

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ ЕКОНОМІЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ВАДИМА ГЕТЬМАНА**

**КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ ЕКОНОМІЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ВАДИМА ГЕТЬМАНА**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

ПОЛИВАЧ ЄВГЕНІЙ ЮРІЙОВИЧ

УДК 347.77:347.211:347.44:004.42

**ДИСЕРТАЦІЯ
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ
ВЛАСНОСТІ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ
У ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ**

Спеціальність 081 – Право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ Є. Ю. Поливач

Науковий керівник: Шимон Світлана Іванівна, доктор юридичних наук,
професор

Київ – 2023

АНОТАЦІЯ

Поливач Є. Ю. Цивільно-правова охорона прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Державний вищий навчальний заклад «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана», Київ, 2023.

У науковій праці досліджено проблему цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах. Обґрунтовано вибір теми дисертації, висвітлено її зв'язок з науковими програмами, планами, темами. Сформульовано мету, завдання, об'єкт, предмет і методи дослідження. Визначено наукову новизну результатів дослідження, а також їхнє практичне значення; наведено відомості про їх апробацію, перелік публікацій, у яких такі результати відображено.

Акцентовано увагу на актуальності теми дослідження, що обумовлена низкою чинників. Так, проблема прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у вітчизняній цивілістиці комплексно не вивчалася, а існуючі фрагментарні наукові результати спираються на законодавство, яке втратило чинність внаслідок уведення в дію Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 1 грудня 2022 р. Комп'ютерні програми є головним інтелектуальним елементом ІТ-індустрії, від якої нині залежать всі галузі економіки. Експорт комп'ютерних програм постійно зростає, що викликає потребу в забезпеченні адекватної правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми, передусім у договірних відносинах. Поява у суспільній практиці нових видів договірних конструкцій з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та нормотворчі ініціативи у сфері права інтелектуальної власності на такі об'єкти потребують доктринального аналізу на дисертаційному рівні.

У дисертації доведено, що головна перевага охорони прав на комп'ютерні програми за допомогою механізму авторського права полягає в презумпції авторства, відповідно до якої за відсутності доказів іншого, автором комп'ютерної програми вважається фізична особа, ім'я якої зазначене в оригіналі або копії цієї програми як автора. За своїм змістом та призначенням комп'ютерна програма є складним твором та як об'єкт права інтелектуальної власності має відповідати закону й моральним засадам суспільства. Норми авторського права захищають виключно вихідний код комп'ютерної програми (текст програми, що створений за допомогою мови програмування); такий захист не поширюється на функції, які виконує комп'ютерна програма, а також на ідеї та принципи, які використовувалися при її створенні.

Досліджено види та зміст авторських прав на комп'ютерні програми та обґрунтовано висновок про тенденцію до підвищення рівня правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та законодавчого розширення змісту особистих немайнових прав автора.

Головним майновим авторським правом на комп'ютерну програму визначено право на її використання. Виключне право автора комп'ютерної програми (іншої особи, якій належить авторське право) уповноважує дозволяти/забороняти щодо комп'ютерної програми такі дії: відтворювати; публічно виконувати, сповіщати; публічно демонструвати чи здійснювати показ; повторно оприлюднювати у будь-який спосіб не тією організацією, яка здійснила це верше; здійснювати переклад, переробку, адаптацію та інші зміни; включати її як складник до інших програм тощо; розповсюджувати шляхом першого продажу, відчуження в інший спосіб, передавати у використання до моменту першого продажу примірників; подавати до загального відома у спосіб, який дозволяє публіці здійснити доступ до неї у будь-який час і з будь-якого місця; здавати в майновий найм та/або комерційний прокат після моменту першого продажу, відчуження в інший спосіб оригіналу або примірників комп'ютерної програми; імпортувати примірники; інші дії, які не суперечать закону, моральним засадам суспільства та змісту авторського права.

Здійснено класифікацію правочинів про створення та/або розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та обґрунтовано висновок, що закон забезпечує досягнення балансу інтересів суб'єктів прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних правовідносинах шляхом чіткого розподілу авторських прав між творцем комп'ютерної програми, за яким залишаються особисті немайнові права автора, та замовником (роботодавцем, ліцензіатом, набувачем), якому належать майнові права на неї, а також наділенням суб'єктів договірних правовідносин рівними можливостями для здійснення своїх суб'єктивних прав та реалізації інтересів і захисту авторських прав на комп'ютерну програму.

У правовому режимі комп'ютерної програми як об'єкта авторських прав у договірних правовідносинах виокремлено три компоненти: публічну, приватну та локальну нормативну. Публічна компонента виражена у правовому режимі об'єктів авторського права, який встановлює правила обігу комп'ютерної програми в цивільному обороті та забезпечує дотримання балансу приватних і публічних інтересів. Приватна компонента втілюється у товарній природі комп'ютерної програми, яка включає її споживчу та мінову вартість як об'єкта майнового обороту; споживча вартість комп'ютерної програми відображає її особливості, які дозволяють задовольняти виробничі, підприємницькі, інші потреби; мінова вартість комп'ютерної програми віддзеркалюється у її здатності до обміну. Локальна нормативна компонента відображає умови договору, що визначають права та обов'язки осіб, яким передано авторські права на комп'ютерну програму.

У дослідженні охарактеризовано класичні договори з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми: договір про створення комп'ютерної програми як службового твору, договір про створення комп'ютерної програми за замовленням, ліцензійний договір, договір з передання (відчуження) майнових прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми. Визначено істотні умови, права та обов'язки сторін за цими договорами; зроблено висновок про дворівневий предмет цих договорів.

Аргументовано пропозицію врегульовувати питання про розподіл авторських прав на комп'ютерну програму, що створена у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту), цивільно-правовим договором; а в тих сферах, де посадові обов'язки зобов'язують працівників створювати комп'ютерні програми у процесі виконання ними трудової функції – визначати в локальних нормативно-правових актах (положеннях, типових договорах тощо). Доведено, що в разі створення за замовленням ексклюзивної комп'ютерної програми замовник має право заявити вимогу щодо обмеження можливості створення автором-виконавцем комп'ютерної програми, аналогічної його замовленню.

Обґрунтовано думку, що незалежно від того, що в законі ліцензійний договір моделюється як реальний, законодавчі ознаки ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми засвідчують його консенсуальну природу; а винятки становлять вільні (публічні) ліцензії. Утілена в ч. 2 ст. 1110 ЦК України правова норма, яка встановлює право на односторонню відмову від ліцензійного договору, є диспозитивною. За законом підставою недійсності ліцензійного договору є невідповідність його змісту умовам типового ліцензійного договору; а відсутність затвердженого у встановленому порядку типового ліцензійного договору негативно позначається на правах та інтересах автора комп'ютерної програми як ліцензіара. Обсяг прав ліцензіара та ліцензіата за договором на використання комп'ютерної програми визначається вибором виду ліцензії, враховуючи правову презумпцію невиключної ліцензії.

Щодо договору з передання (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерну програму доведено, що за цим договором майнові авторські права на комп'ютерну програму, за загальним порядком, передаються безповоротно; відчужувач за цим договором має право залишати за собою окремі майнові права щодо програми (право на використання), визначати темпоральні чи просторові обмеження прав, які відчужує.

У дисертації на основі аналізу прикладів судової практики розглянуто проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах, визначено особливості

нововведень щодо стягнення компенсації та разової грошової виплати натомість відшкодування збитків. Обґрунтовано висновок про аномальний характер грошової компенсації та разової грошової виплати, які передбачають врахування намірів особи, що здійснила посягання на авторські права, тобто форми вини відповідача, а це не притаманне традиційним охоронним нормам цивільного права. До законодавчих критеріїв, які враховуються при визначенні розміру компенсації за порушення авторських прав, запропоновано внести вказівку на засади справедливості, розумності, добросовісності та моральні засади суспільства.

Розглянуто специфіку публічних, відкритих і вільних ліцензій на використання комп'ютерних програм, які відображають особливість правового режиму обігу таких об'єктів. Специфікою ліцензії на програмне забезпечення з відкритими вихідним текстом визначено принцип «копілефту» (Copyleft), відповідно до якого автор комп'ютерної програми з відкритим вихідним текстом дозволяє використовувати цей текст будь-якому користувачеві для розробки іншого програмного продукту за умови, що користувач надасть відкриту ліцензію для власної розробки.

Аргументовано думку, що відкрите та вільне програмне забезпечення відрізняються філософією, цілями та пріоритетами. У концепції відкритого коду основною ціллю є вдосконалення технічної складової, а вільне використання вихідного коду розцінюється як засіб досягнення цієї мети; у концепції вільного програмного забезпечення основним є морально-етичний аспект (вільний доступ до досягнень), а технічне вдосконалення розглядається як побічний результат, що є похідним від етичного стандарту; відповідно у вільному програмному забезпеченні головна увага зосереджена на правах людини на вільне поширення, модифікацію і вивчення комп'ютерних програм, які вона використовує. У вільній ліцензії можуть установлюватися обмеження способів модифікації чи поширення комп'ютерної програми, але не можуть нав'язуватися оплатні умови використання вільного програмного забезпечення.

Вільною є ліцензія на комп'ютерну програму, яка передбачає чотири види свобод: можливість вільно використовувати комп'ютерну програму з будь-якою метою (Free to use «нульова свобода»); вивчати роботу комп'ютерної програми, адаптувати її для своїх цілей (Open source, «перша свобода»); вільно поширювати копії комп'ютерної програми – на допомогу іншим (Copy left, «друга свобода»); вільно покращувати комп'ютерну програму і публікувати її поліпшену версію з метою сприяти всьому співтовариству (Free to commit, «третя свобода»). Вільна ліцензія дозволяє здійснювати майнові та деякі особисті немайнові права на комп'ютерну програму необмеженому колу осіб.

З'ясовано, що права користувачів на підставі вільної ліцензії можуть бути безумовними або обумовленими умовою про копілефт – правилом, за яким власник авторських прав дозволяє вільно розповсюджувати комп'ютерну програму або похідний від неї твір виключно на тих умовах, які встановлені в первісній вільній ліцензії. Якщо ліцензія вимагає, щоб похідні від комп'ютерної програми твори також були вільними, то така ліцензія є вільною ліцензією на комп'ютерну програму з обтяженням авторського права (ліцензія з копілефтом). Якщо ліцензія дозволяє безкоштовне копіювання комп'ютерної програми, але не містить умови про копілефт, то вона є вільною ліцензією на комп'ютерну програму (ліцензія без копілефту). Принцип копілефту не обмежує, а розширює авторські права на комп'ютерну програму.

Доведено, що в Україні вільне (відкрите) програмне забезпечення використовується на основі публічного договору приєднання та вільної ліцензії, специфікою якого є визначення його умов не ліцензіаром, а розробниками вільної ліцензії, яку обрав ліцензіар. Вільна ліцензія на програмне забезпечення є публічною, невиключною; не може бути виключною або одиничною; має бути безвідкличною.

Цивільно-правову природу гіг-контракту засвідчує низка ознак правовідносин, які виникають між гіг-спеціалістом та резидентом Дія Сіті: відсутність у резидента Дія Сіті повноважень, притаманних роботодавцю предмет гіг-контракту, який включає дії зі створення програмного продукту та

цей продукт як об'єкт авторських прав; рівність усіх учасників гіг-контракту; статус гіг-спеціаліста та резидента Дія Сіті як виконавця і замовника; зміст прав та обов'язків сторін гіг-контракту; концепція розподілу авторських прав на комп'ютерні програми, які створюються гіг-спеціалістом за гіг-контрактом.

Наукова новизна одержаних результатів дослідження полягає в тому, що воно є першим у цивільно-правовій доктрині України комплексним науковим дослідженням, у якому на теоретичному рівні обґрунтовано особливості цивільно-правової охорони авторських прав на комп'ютерні програми у правовідносинах, що виникають з договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а також сформовано пропозиції з удосконалення законодавства та правозастосовної практики у цій сфері.

Особистий внесок автора в науковий доробок полягає в розкритті особливостей цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності (авторських прав) на комп'ютерні програми у правовідносинах, які виникають з класичних договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, публічних ліцензій та обґрунтуванні правової природи гіг-контракту.

Практичне значення одержаних результатів дисертаційного дослідження полягає в можливості застосування наведених пропозицій у правотворчій, правозастосовній, науково-дослідній діяльності, а також у межах освітнього процесу в закладах вищої юридичної освіти.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, авторське право, авторські права на комп'ютерні програми, правова охорона комп'ютерних програм, договори про розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерні програми, службовий твір, ліцензія на право використання комп'ютерної програми, публічна ліцензія, вільна ліцензія, гіг-контракт.

ANNOTATION

Polyvach Y. Civil legal protection of intellectual property rights for computer programs in contractual relations. - Qualification scientific work in manuscript form.

Doctor of Philosophy (Ph.D.) dissertation in the specialty 081 "Law". - Vadym Hetman Kyiv National Economic University, Kyiv, 2023.

This scientific work examines the problem of civil law protection of intellectual property rights in computer programs within contractual relationships. The choice of the dissertation topic is justified, and its relevance to scientific programs, plans, and themes is highlighted. The purpose, objectives, object, subject, and research methods are formulated. The scientific novelty and practical significance of the research results are determined, along with information about their approval and a list of publications where these results have been reflected.

The focus is on the topicality of the research topic due to several factors. Specifically, the issue of intellectual property rights in computer programs has not been thoroughly studied in domestic jurisprudence, and existing fragmented scientific results are based on legislation that has become outdated with the introduction of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" on December 1, 2022. Computer programs constitute a vital intellectual element of the IT industry, upon which all sectors of the economy currently rely. The constant growth in the export of computer programs creates a need for adequate legal protection of intellectual property rights, particularly in contractual relationships. The emergence of new types of contractual arrangements concerning the disposal of property rights to computer programs and legislative initiatives in the field of intellectual property rights for such objects requires a doctrinal analysis at the dissertation level.

The dissertation demonstrates that the primary advantage of protecting computer program rights through copyright lies in the presumption of authorship, according to which, in the absence of evidence to the contrary, the author of the computer program is considered to be the individual whose name is indicated in the original or copy of the program as its author. Considering the content and purpose of

computer programs, they are complex works and as objects of intellectual property law, must comply with societal laws and moral principles. Copyright norms protect only the original source code of the computer program (the program's text created using a programming language); such protection does not extend to the functions performed by the computer program or the ideas and principles used in its creation.

The types and contents of copyright for computer programs are examined, and a conclusion is drawn regarding the trend towards increasing the level of legal protection of intellectual property rights in computer programs and legislative expansion of the content of personal non-property rights of the author.

The main property author's right to the computer program is defined as the right to use it. The exclusive right of the author of a computer program (or another person to whom the copyright belongs) includes the authorization to perform the following actions regarding the program: reproduction, public performance, public communication, public display, re-publication in any manner by an organization other than the one that originally released it, translation, modification, adaptation, and other changes, inclusion as a component of other programs, distribution through first sale, alienation in another way, transfer for use until the first sale of copies, disclosure to the public in a manner that allows access to it at any time and from any place, leasing and/or commercial rental after the first sale, alienation in another way of the original or copies of the computer program, importing copies, and other actions that do not contradict the law, societal moral principles, and the content of copyright.

The research classifies legal acts regarding the creation and/or disposal of property rights to intellectual property in computer programs. It justifies the conclusion that the law ensures a balance of interests of the subjects of intellectual property rights in computer programs in contractual legal relationships through a clear division of author's rights between the creator of the computer program, who retains personal non-property rights, and the customer (employer, licensee, acquirer), who owns the property rights to it. Additionally, the subjects of contractual legal relationships are provided with equal opportunities to exercise their subjective rights and protect copyright to computer programs.

This research identifies three components in the legal regime of computer programs as objects of copyright within contractual relationships: the public, private, and local normative components. The public component is expressed in the legal regime of copyright objects, establishing rules for the circulation of computer programs in civil transactions and ensuring a balance between private and public interests. The private component embodies the commodity nature of computer programs, encompassing their consumer and exchange value as objects of property transactions. The consumer value reflects their specific features, satisfying production, entrepreneurial, and other needs, while the exchange value reflects their capability for trade. The local normative component reflects the terms of the contract, determining the rights and obligations of parties to whom copyright in the computer program has been transferred.

The study characterizes classic contracts governing the disposition of property rights to intellectual property in computer programs: the contract for the creation of a computer program as a commissioned work, the contract for the creation of a computer program by order, the license agreement, and the contract for the transfer (alienation) of property rights to computer programs. Essential conditions, rights, and obligations of the parties under these contracts are identified, and a conclusion is drawn about the dual nature of the subject matter of these contracts. It is argued that the issue of allocating copyright to a computer program created in connection with the performance of an employment contract (contract) should be regulated through civil contracts; in areas where job duties require employees to create computer programs in the course of performing their functions, it should be determined in local normative acts (regulations, model contracts, etc.). In the case of commissioning an exclusive computer program, the customer has the right to demand limitations on the author's ability to create a computer program similar to their order.

The research supports the view that, despite the legal classification of a license agreement as a real contract, the legislative characteristics of a license agreement for the use of a computer program indicate its consensual nature, except for free (public) licenses. The legal norm embodied in Part 2 of Article 1110 of the Civil Code of

Ukraine, which grants the right to unilateral termination of a license agreement, is of a discretionary nature. According to the law, the grounds for the invalidity of a license agreement are the non-compliance of its content with the conditions of a standard license agreement; the absence of an approved standard license agreement has a negative impact on the rights and interests of the author of the computer program as the licensor. The scope of rights of the licensor and licensee under a contract for the use of a computer program is determined by the choice of the type of license, taking into account the legal presumption of a non-exclusive license.

Regarding the contract for the transfer (alienation) of exclusive property rights to a computer program, it is established that under this contract, the property copyright in the computer program is transferred irrevocably according to the general procedure. The transferor under this contract has the right to retain certain property rights to the program (right to use), specify temporal or spatial limitations on the rights being transferred.

This dissertation examines the issues related to the civil law protection of intellectual property rights in computer programs within contractual relationships, based on an analysis of court cases. It identifies the peculiarities of recent changes in the compensation and one-time monetary payment for infringement compensation instead of damages reimbursement. The study justifies the anomalous nature of monetary compensation and one-time payment, which take into account the intentions of the infringer, reflecting the degree of the defendant's culpability, a concept not inherent in traditional protective norms of civil law. To the legislative criteria for determining the amount of compensation for copyright violations, the indication of principles of justice, reasonableness, good faith, and moral values of society is proposed.

The research explores the specifics of public, open, and free licenses for the use of computer programs, which reflect the peculiarities of the legal regime governing the circulation of such objects. The open-source software license is characterized by the "Copyleft" principle, where the author of open-source software allows its usage by any user to develop other software products, provided that the

user grants an open license for their own development.

The study argues that open-source and free software differ in philosophy, objectives, and priorities. The primary goal of the open-source code is technical improvement, with free use of the source code considered a means to achieve this goal. On the other hand, free software emphasizes the moral-ethical aspect (free access to achievements), with technical improvement seen as a secondary result derived from ethical standards. Accordingly, free software focuses on the human right to freely distribute, modify, and study the computer programs they use. In a free license, there may be restrictions on the methods of modification or distribution of the computer program, but it cannot impose payment terms for the use of free software.

It is clarified that users' rights under a free license may be unconditional or subject to the Copyleft condition - a rule under which the copyright owner allows free distribution of the computer program or derivative work exclusively on the terms set forth in the original free license. If the license requires that derivative works of the computer program must also be free, such a license is a free license with a Copyleft obligation. If the license allows free copying of the computer program but does not contain the Copyleft condition, it is a free license without Copyleft. The Copyleft principle does not restrict but rather expands the copyright owner's rights to the computer program.

This dissertation establishes that in Ukraine, free (open-source) software is used based on a public accession contract and a free license, characterized by the definition of its terms not by the licensor but by the developers of the free license chosen by the licensor. The free software license is public, non-exclusive, and irrevocable; it cannot be exclusive or singular.

The civil law nature of the gig contract is evidenced by several characteristics of legal relationships arising between the gig specialist and the resident of Dya City: the absence of powers inherent to an employer in the resident of Dya City, which include actions related to creating a software product and this product as an object of copyright; equality of all gig contract participants; the gig specialist and the resident

of Dya City's status as executor and client; the content of rights and obligations of the parties to the gig contract; and the concept of distributing copyrights for computer programs created by the gig specialist under the gig contract.

The scientific novelty of the research lies in being the first comprehensive study in the civil law doctrine of Ukraine, where the peculiarities of civil law protection of copyright for computer programs in relationships arising from agreements on disposal of intellectual property rights and public licenses are theoretically substantiated, and proposals for improving legislation and legal practices in this field are formulated.

The author's personal contribution to the scientific body of knowledge lies in disclosing the peculiarities of civil law protection of intellectual property rights (copyright) in computer programs in relationships arising from classical agreements on disposal of intellectual property rights, public licenses, and substantiating the legal nature of the gig contract.

The practical significance of the research results lies in the applicability of the proposed recommendations in legislative, legal practice, scientific research, and within the scope of legal education in higher educational institutions.

Keywords: intellectual property law, copyright, copyright in computer programs, legal protection of computer programs, agreements on disposal of copyright in computer programs, work for hire, license for computer program usage, public license, free license, gig contract.

Список опублікованих автором праць за темою дисертації:

Статті у наукових фахових виданнях України:

1. Поливач Є. Ю. Договірні механізми створення та розпорядження правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2020. Вип. 6. Том 2. С. 42–47. URL: http://nvppp.in.ua/vip/2020/6/tom_2/10.pdf
2. Поливач Є. Ю. Зміст авторських прав на комп'ютерні програми та їх види. *Науковий журнал «Прикарпатський юридичний вісник»*. 2021. Вип. 1 (36). С. 47–50. URL: <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/730/1066>
3. Поливач Є. Ю. Створення комп'ютерних програм на підставі авторського договору. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 5. С. 63–66. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2021/16.pdf
4. Поливач Є. Ю. Особливості розпорядження авторськими правами на комп'ютерні програми в ліцензійних договорах. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 6. С. 72–75. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2021/20.pdf
5. Поливач Є. Ю. Захист інтересів автора комп'ютерної програми у договірних відносинах. *Науково-практичний журнал «Екологічне право»*. 2021. Вип. 1-4. С. 62–66. URL: <http://ecolaw.idpnan.kyiv.ua/archive/2021/1-4/10.pdf>
6. Поливач Є. Ю. Договірні механізми захисту особистих майнових прав творців комп'ютерних програм. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 8. С. 101–104. URL: http://www.lsej.org.ua/8_2021/24.pdf
7. Поливач Є. Ю. Судова практика у спрах про захист авторських прав, що виникають при порушенні умов ліцензійних договорів. *Науковий журнал «Нове українське право»*. 2021. Вип. 5. С. 139–146. URL: <http://newukrainianlaw.in.ua/index.php/journal/article/view/142/130>
8. Поливач Є. Ю. Судовий захист майнових прав спадкоємців автора комп'ютерної програми. *Науковий журнал «Юридичний бюлетень»*. 2021. Вип. 21. С. 38–45. URL: <http://www.lawbulletin.oduvs.od.ua/archive/2021/21/7.pdf>

9. Поливач Є. Ю. Інтелектуальна власність на комп'ютерні програми, створені внаслідок виконання трудового договору (контракту). Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. 2023. Вип. 78 ч.1. С. 205–209. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2023/07/78_part-1.pdf

В інших виданнях:

1. Поливач Є. Ю. Цивільно-правова охорона комп'ютерної програми як об'єкта авторського права. *Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 18-19 жовтня 2019 р. Харків, 2019. С. 59–62.

2. Поливач Є. Ю. Вільні ліцензії на комп'ютерні програми. *Право, інтелектуальна власність, креативні індустрії: сучасний вимір і подальші перспективи* : матеріали V всеукр. наук.-практ. конф., м. Київ, 19 травня 2023 р. Київ: НАПрНУ, 2023. С. 120-123. URL: <https://drive.google.com/file/d/1RWxeRWAgeDrAX4lj5d3W065QHElj1HI1/view>

3. Поливач Є. Ю. Захист майнових авторських прав на комп'ютерні програми з використанням вільних (публічних) ліцензій у цивільному праві : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Осака, Японія, 03-05 серпня 2023 р. Осака, 2023 С. 259–265. URL: <https://sci-conf.com.ua/wp-content/uploads/2023/08/SCIENCE-AND-TECHNOLOGY-PROBLEMS-PROSPECTS-AND-INNOVATIONS-3-5.08.23.pdf>

4. Поливач Є. Ю. Авторські права на комп'ютерні програми під час виконання гіг-контракту : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Мадрид, Іспанія, 07-09 серпня 2023 р. Мадрид, 2023 С. 176–182. URL: <https://sci-conf.com.ua/wp-content/uploads/2023/08/EUROPEAN-SCIENTIFIC-CONGRESS-7-9.08.23.pdf>

ЗМІСТ

ВСТУП	18
РОЗДІЛ 1. ВИДИ ТА ЗМІСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ	28
1.1. Комп'ютерна програма як результат інтелектуальної діяльності та об'єкт цивільних прав	28
1.2. Види та зміст прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми	72
1.3. Правові засади обігу авторських прав на комп'ютерні програми в цивільному обороті	84
Висновки до розділу 1	98
РОЗДІЛ 2. РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЗАХИСТ ПРАВ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ У КЛАСИЧНИХ ДОГОВОРАХ З РОЗПОРЯДЖЕННЯ ПРАВАМИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	103
2.1. Права інтелектуальної власності на комп'ютерні програми, створені у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту)	103
2.2. Авторські права на комп'ютерні програми, створені за договором замовлення	114
2.3. Розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерні програми на основі ліцензійних договорів	129
2.4. Договір про передання (відчуження) виключних майнових прав інтелектуальної власності на комп'ютерну програму	161
2.5. Способи цивільно-правового захисту авторських прав на комп'ютерні програми у договірних відносинах	173
Висновки до розділу 2	189
РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ АВТОРСЬКИХ ПРАВ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ В НЕТРАДИЦІЙНИХ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ	194
3.1. Цивільно-правова охорона майнових авторських прав на комп'ютерні програми, які передаються на умовах публічної (відкритої, вільної) ліцензії	194
3.2. Передання авторських прав комп'ютерні програми, які створені за умовами гіг-контракту	218
Висновки до розділу 3	233
ВИСНОВКИ	238
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	244
ДОДАТКИ	274

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дисертації. Стрімкий розвиток інформаційних технологій підніс на найвищий щабель у системі економічних цінностей комп'ютерні програми, що є важливою інтелектуальною складовою ІТ-індустрії, від якої нині залежать всі галузі економіки, включаючи тяжку та легку промисловість, бізнес, науку, медицину, освіту та ін. ІТ-індустрія нині формує світову економіку та стає її ключовим гравцем. Україна також слідує глобальному тренду, де основним елементом цифрової економіки є ІТ-сфера. Як наголошувалося у постанові Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань на тему «Створення в Україні сприятливих умов для розвитку індустрії програмного забезпечення» ще 15 березня 2012 р., розробка програмного забезпечення та послуги з його впровадження є самодостатньою індустрією та вагомим складником національних стратегій. З метою сприяння ІТ-індустрії, в основі якої полягає розвиток комп'ютерних програм, в Україні прийнято спеціальні Закони України: «Про національну програму інформатизації» від 1 грудня 2022 р., «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» від 15 липня 2021 р., а також впроваджено спеціальний правовий режим «Дія Сіті» та низку інших заходів, спрямованих на створення сприятливих умов для розбудови цифрової інфраструктури.

Експорт комп'ютерних програм та інших ІТ-технологій вже давно став одним із головних джерел надходжень до бюджету, що підвищує статус України у світових рейтингах. Це викликає потребу в забезпеченні адекватної правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми. В останнє десятиліття в Україні здійснено низку заходів щодо вдосконалення цивільно-правової охорони комп'ютерних програм, зокрема і в контексті інтеграції України до Європейського простору. Відповідні зобов'язання щодо законодавчих змін у цій сфері обумовлені ратифікацією Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (2014 р.) й імплементацією положень Директиви 2009/24/ЕС Європейського

Парламенту та Ради Європи від 23 квітня 2009 р. «Про правову охорону комп'ютерних програм» та інших актів ЄС. З 1 січня 2023 р. в Україні введено в дію новий Закон України «Про авторське право і суміжні права», в якому цивільно-правовій охороні комп'ютерних програм відведене окреме місце. А в правовому режимі авторських прав на комп'ютерні програми у договірних відносинах з уведенням в дію цього Закону відбулися істотні зміни. Ці законодавчі новели потребують доктринального осмислення на предмет відповідності їх міжнародним стандартам, зобов'язанням України у цій сфері та реаліям практичного життя. У зв'язку з глобалізацією інформаційних технологій, предмет дослідження включає міжнародні аспекти авторських прав на комп'ютерні програми, що потребує порівняння законодавства України з міжнародними договорами, які регулюють авторські права, як-от: Бернська конвенція та Договір TRIPS, а також огляду практики зарубіжних країн.

Актуальність правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах обумовлена тим, що, саме договірні конструкції опосередковують обіг комп'ютерних програм і використання їх в економіці. ІТ-компанії та індивідуальні розробники врегульовують питання, пов'язані з розробкою, ліцензуванням і використанням комп'ютерних програм, у договорах. Останнім часом з'явилися й активно поширюються в практичному житті нетрадиційні договірні конструкції з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми – публічні, відкриті, вільні ліцензії, гіг-контракти і подібн. Вивчення цих нововведень потребує доктринального аналізу та оцінювання їх природи із застосуванням методології цивільно-правової науки. Тож, аналіз правового регулювання договірних відносин з розпорядження правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми сприятиме з'ясуванню питань щодо ефективного захисту авторських прав у цих контекстах.

Ураховуючи всі зазначені фактори, дослідження проблем цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах є актуальним та може мати практичне значення як для

цивільно-правової доктрини, так і для нормотворців, практикуючих юристів, розробників програмного забезпечення та ІТ-компаній.

Нині існує значний масив наукових праць з проблем авторських прав та різних видів договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Але лише незначна частина цих праць стосується саме прав на комп'ютерні програми та розпорядження ними, й увага в них, як правило, акцентована на окремих аспектах авторських прав на комп'ютерні програми.

Теоретичною основою дослідження проблем цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах є праці таких вітчизняних та зарубіжних учених: В. М. Антонов, Н. п. Бааджи, М. І. Баженов, В. І. Березанська, Н. О. Білоусова, Н. Я. Борсук, Т. В. Боднар, І. В. Бичков, О. Б. Бутнік-Сіверський, С. Р. Водорезова, М. В. Гура, С. Ф. Гуцу, В. В. Джунь, В. С. Дмитришин, Р. Є. Еннан, О. В. Жилінкова, Ю. С. Канарик, Ю. М. Капіца, А. С. Колісник, І. В. Кривошеїна, П. В. Кикоть, А. О. Кодинець, В. М. Коссак, В. І. Микитин, Н. М. Мироненко, К. Г. Некіт, О. П. Орлюк, Т. Г. Пасько, О. А. Підопригора, М. Ю. Потоцький, О. Д. Святоцький, М. В. Селіванов, О. С. Семенюк, Л. Л. Тарасенко, С. М. Тарасюк, В. М. Троцька, А. Є. Смородина, О. І. Харитонova, А. В. Хрідочкін, Н. В. Філик, О. І. Чепис, Ж. Л. Чорна, Р. Б. Шишка, А. С. Штефан, О. О. Штефан, С. І. Шимон, О. С. Яворська, І. Є. Якубівський та ін. У роботах цих учених досліджуються різноманітні питання, що прямо чи опосередковано пов'язані з охороною комп'ютерних програм як об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, про ознаки комп'ютерних програм як об'єктів, про особливості ліцензійних договорів на використання об'єктів авторських прав, правовий режим службових творів, проблеми захисту авторських прав і подібн. Проте питання щодо авторських прав саме на комп'ютерні програми та їх цивільно-правову охорону у договірних відносинах розглядаються фрагментарно та переважно на основі законодавства про авторське право, яке втратило чинність із введенням в дію Закону України «Про авторське праві і суміжні права» від 1 грудня 2022 р.;

комплексно та на базі новітнього законодавства ця проблема у роботах українських вчених не досліджувалася.

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційної роботи є розробка теоретичних засад цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах та формування науково обґрунтованих пропозицій з розвитку законодавчих положень, спрямованих на вдосконалення інституту авторських прав на комп'ютерні програми та договірного регулювання розпорядження такими правами.

Для досягнення мети дослідження визначені такі завдання:

- з'ясувати особливості комп'ютерної програми як об'єкта права інтелектуальної власності та переваги її охорони засобами авторського права;
- дослідити види та зміст авторських прав на комп'ютерні програми та специфіку їх правового режиму у договірних правовідносинах;
- визначити законодавчу концепцію забезпечення балансу інтересів суб'єктів прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних правовідносинах;
- класифікувати види договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми;
- розкрити особливості класичних договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності;
- з'ясувати проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах та специфіку нововведень у цій сфері;
- визначити види та особливості нетрадиційних договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності;
- визначити співвідношення понять публічної, відкритої та вільної ліцензії на використання комп'ютерної програми;
- з'ясувати специфіку гіг-контракту як виду договору щодо створення та розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми.

Об’єкт дослідження – цивільні правовідносини, які виникають щодо прав інтелектуальної власності (авторських прав) на комп’ютерні програми з договорів про розпорядження цими правами.

Предмет дослідження – цивільно-правова охорона прав інтелектуальної власності на комп’ютерні програми у договірних відносинах з розпорядження майновими авторськими правами на ці об’єкти.

Методи дослідження. Методологія дисертаційного дослідження корелюється з його метою та завданнями. У роботі застосовані філософські (діалектичний, синергетичний, герменевтичний, феноменологічний), загальнонаукові (логічний, історичний, системний, функціональний), спеціальні (метод моделювання, кібернетичний) та власне правові (порівняльний та формально-юридичний) методи наукового аналізу. Так, метод діалектики сприяв визначенню специфіки норм права інтелектуальної власності щодо комп’ютерних програм та тенденцій розвитку законодавства про авторські права на комп’ютерні програми. Герменевтичний метод застосовано у процесі інтерпретації загальних та спеціальних, національних та міжнародних джерел права. Для визначення передумов створення механізму договірного регулювання розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп’ютерні програми використано функціональний метод. За допомогою методу моделювання розроблялися практичні рекомендації, спрямовані на підвищення ефективності цивільно-правової охорони авторських прав на комп’ютерні програми та уніфікацію судової практики щодо захисту таких прав. Історико-правовий метод сприяв вивченню генези правових норм щодо авторських прав на комп’ютерні програми. Класифікація договорів з розпорядження правами інтелектуальної власності на комп’ютерні програми здійснена за допомогою системно-структурного методу. Методи аналізу та синтезу дозволили проаналізувати сучасний стан інституту авторських прав на комп’ютерні програми та сформулювати відповідні висновки щодо цього. Порівняльно-правовий метод застосовано при дослідженні зарубіжного досвіду охорони авторських прав на комп’ютерні програми; а метод порівняння – для

виявлення колізій і прогалин в різних законодавчих актах, які визначають правовий режим комп'ютерних програм як об'єктів інтелектуальної власності. Метод комплексного аналізу використано для визначення правової природи гіг-контракту, договору з відчуження майнових авторських прав на комп'ютерні програми та ін., а формально-юридичний (логіко-юридичний) метод – для обґрунтування наукових висновків і пропозицій щодо цивільно-правової охорони авторських прав на комп'ютерні програми.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертації корелюється з Пріоритетним напрямом розвитку правової науки на 2021-27 2025 роки, затвердженим 26 березня 2021 р. загальними зборами Національної академії правових наук України, а також відповідає комплексній науково-дослідній темі Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана» – «Угода про асоціацію України з ЄС як основа розвитку її національного законодавства» (державний реєстраційний номер 0115U003418). Тему дисертації затверджено на засіданні Вченої ради Юридичного інституту Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана 19 листопада 2018 року, протокол № 4.

Наукова новизна дисертації зумовлена тим, що вона є першим у вітчизняній правовій науці комплексним дослідженням, у якому на доктринальному рівні обґрунтовано особливості цивільно-правової охорони авторських прав на комп'ютерні програми у правовідносинах, що виникають з договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а також сформовано пропозиції з удосконалення законодавства та правозастосовної практики у цій сфері.

Наукова новизна результатів дослідження, які виносяться на захист, конкретизується, зокрема, в таких положеннях:

уперше:

– обґрунтовано висновок, що на рівні законодавства справедливий баланс інтересів суб'єктів прав інтелектуальної власності на комп'ютерні

програми у договірних відносинах забезпечується внаслідок чіткого розподілу авторських прав між автором комп'ютерної програми та замовником (роботодавцем, ліцензіатом, користувачем, набувачем), а також наділенням суб'єктів договірних правовідносин рівними можливостями для здійснення своїх суб'єктивних прав та реалізації інтересів і захисту авторських прав на комп'ютерну програму;

– доведено, що правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта права інтелектуальної власності у договірних відносинах включає три компоненти: *публічну*, яка виражена у законодавчому правовому режимі об'єктів авторського права; *приватну*, що втілена у товарній природі комп'ютерної програми, яка має споживчу та мінову вартість; *локальну нормативну*, яка відображає умови договору з розпорядження правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму;

– обґрунтовано висновок, що перелік законодавчих критеріїв, які враховуються при визначенні розміру компенсації за порушення авторських прав, доцільно доповнити вказівкою на засади справедливості, розумності, добросовісності та моральні засади суспільства;

– доведено, що стягнення компенсації за порушення авторських прав на комп'ютерні програми та разова грошова виплата є аномальними цивільно-правовими способами захисту, які у відступ від традиційних підходів вимагають урахування форми вини відповідача при визначенні розміру компенсації / разової грошової виплати;

– обґрунтовано висновок, що вільна ліцензія на програмне забезпечення є публічною, невиключною; не може бути виключною або одиничною; має бути безвідкличною;

удосконалено:

– наукові положення щодо правової охорони комп'ютерних програм засобами права інтелектуальної власності – доведено, що головна перевага охорони прав на комп'ютерні програми за допомогою механізму авторського права полягає в презумпції авторства;

– наукові положення про предмет договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму – доведено, що він має дворівневу структуру: на першому рівні предметом є дії зі створення комп'ютерної програми та/або передання її в користування, на другому рівні – комп'ютерна програма та майнові авторські права на неї;

– наукові положення про правовий режим вільної ліцензії – доведено, що за умови, якщо ліцензія на використання комп'ютерної програми дозволяє користувачам змінювати вихідний код і створювати похідні твори, вона має містити умову про те, що оригінальний та змінений вихідні коди мають публікуватися під окремими назвами чи номерами версій;

– наукові положення щодо правового режиму вільного (відкритого) програмного забезпечення – доведено, що в Україні воно використовується на основі вільної ліцензії та публічного договору приєднання, специфіка якого полягає в тому, що його умови визначає не ліцензіар, а розробник вільної ліцензії, яку ліцензіар обрав для поширення свого програмного забезпечення;

– наукові положення щодо концепції відкритого та вільного програмного забезпечення – сформовано висновок, що вони відрізняються філософією, цілями та пріоритетами; за концепцією відкритого програмного забезпечення ціллю є вдосконалення комп'ютерної програми (технічний аспект), а вільне використання вихідного коду є засобом досягнення цієї мети; за концепцією вільного програмного забезпечення ціллю є надання вільного доступу до досягнень (морально-етичний аспект), а технічне вдосконалення є наслідком, що є похідним від етичного стандарту;

дістали подальшого розвитку:

– наукові положення щодо напрямів розвитку законодавства про інтелектуальну власність – сформовано висновок про тенденції підвищення рівня правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та законодавчого розширення змісту особистих немайнових прав автора комп'ютерної програми;

– наукові положення щодо концепції правового регулювання відносин з договірною використанням комп'ютерної програми нормами господарського та цивільного законодавства – доведено, що воно є *паритетним* та спирається на функціональну спеціалізацію в праві: договірний аспект забезпечується нормами господарського права, а правовий статус суб'єктів авторського права та правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта авторського права – нормами цивільного законодавства;

– наукові положення щодо регулювання розподілу авторських прав на комп'ютерну програму, що створена у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту) – доведено доцільність його врегулювання цивільно-правовим договором, а в сферах, де посадові обов'язки працівників передбачають створення комп'ютерних програм у процесі виконання ними трудової функції – локальними нормативно-правовими актами (положеннями, типовими договорами тощо);

– наукові положення щодо публічної ліцензії – доведено, що безоплатна публічна ліцензія на використання комп'ютерної програми є вільною ліцензією;

– наукові положення щодо правового режиму відкритого програмного забезпечення – доведено, що специфікою ліцензії на комп'ютерну програму з відкритими вихідним текстом є принцип «копілефту»;

– наукові положення щодо прав користувачів комп'ютерної програми за вільною ліцензією – уточнено, що права користувачів за такою ліцензією можуть бути *безумовними* або *обумовленими умовою про копілефт*; доведено, що принцип копілефту розширює авторські права на комп'ютерні програми;

– наукові положення щодо цивільно-правової природи гіг-контракту – виокремлено низку ознак на її підтвердження: відсутність у резидента Дія Сіті повноважень роботодавця; предмет гіг-контракту; рівність сторін гіг-контракту; статус гіг-спеціаліста та резидента Дія Сіті як виконавця і замовника; зміст прав та обов'язків сторін; концепція розподілу авторських прав на комп'ютерні програми, які створюються за гіг-контрактом;

Практичне значення одержаних результатів полягає в можливості використовувати сформовані в дисертації висновки та пропозиції: – у *нормотворчій діяльності* з метою вдосконалення законодавства у сфері авторського права на комп'ютерні програми та договірному регулювання цивільних правовідносин з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; – у *правозастосовній сфері* для застосування державними органами та установами, фізичними та юридичними особами, особами, які надають правову допомогу, для узагальнення судової практики; – у *науково-дослідній діяльності* для розвитку наукових досліджень у сфері авторського права, права інтелектуальної власності; – *в освітньому процесі* під час викладання дисциплін цивільно-правового та господарсько-правового спрямування та спеціальних курсів з права інтелектуальної власності, авторського права.

Апробація результатів дисертації. Результати дослідження висвітлено у процесі участі в міжнародних і всеукраїнських науково-практичних конференціях: Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні (м. Харків, 18-19 жовтня 2019 р.), Право, інтелектуальна власність, креативні індустрії: сучасний вимір і подальші перспективи (м. Київ, 19 травня 2023 р.), Захист майнових авторських прав на комп'ютерні програми з використанням вільних (публічних) ліцензій у цивільному праві (м. Осака, 03-05 серпня 2023 р.), Авторські права на комп'ютерні програми під час виконання гіг-контракту (м. Мадрид, 07-09 серпня 2023 р.).

Публікації. Основні результати дисертаційного дослідження відображено в **13** наукових працях, загальним обсягом 5,5 д.а., з них: 9 статей – у наукових фахових виданнях України, 4 повідомлення на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, що об'єднують 10 підрозділів, висновків, списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертаційної роботи становить 270 сторінки комп'ютерного тексту, з яких 28 сторінок займає список використаних джерел, що налічує 267 найменувань.

РОЗДІЛ 1. ВИДИ ТА ЗМІСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ

1.1. Комп'ютерна програма як результат інтелектуальної діяльності та об'єкт цивільних прав

В умовах інформаційного суспільства, у світі стрімкого розвитку інформаційних технологій, коли всесвітня мережа Інтернет, соціальні мережі, електронні листи, електронні розрахунки, електронні гроші тощо стали невід'ємною частиною буденного життя, а сучасні надскладні технічні пристрої (комп'ютери, планшети, телефони, смартфони і подібн.) – звичними і необхідними речами як у сфері професійної діяльності, так і в побуті, особливого значення набувають комп'ютерні програми, які, обслуговуючи різноманітні потреби суспільства в цілому та економіки зокрема, чинять істотний вплив на розвиток технологій, розширюють їхні функціональні можливості, збільшують обсяг технологічного прогресу.

Комп'ютерні програми є важливою інтелектуальною складовою ІТ-індустрії; як відзначала Верховна Рада України у постанові ще 15 березня 2012 р. [171], розробка програмного забезпечення, а також послуги з його впровадження в країнах, які є технологічними лідерами стала самодостатньою індустрією та вагомим складником національних стратегій.

Нині саме ІТ-індустрія формує світову економіку; саме ця галузь, незважаючи на свою новизну у порівнянні з усталеними секторами, стає ключовим гравцем в економічному ландшафті держав. Саме ІТ-сфера є провідним сектором економіки, який у сучасному світі забезпечує динаміку інших галузей. ІТ-галузь як інноваційна галузь економіки з високою доданою вартістю дозволяє збільшувати ВВП країни у стислий термін та забезпечувати стабільні валютні надходження до української економіки. Україна слідує глобальному тренду, де ключовим елементом цифрової економіки є ІТ-сфера. В Україні за офіційними даними ще 10 років тому валовий дохід ІТ-компаній

становив 15 млрд грн із приростом у 30-40 % щороку, а 80 % доходу галузі припадало на експорт. За висновками експертів, обсяг експорту цієї галузі до 2025 р. зросте щонайменше вдвічі [43, С. 404]

Інноваційний розвиток України в усіх сферах, зокрема і в сфері інтелектуальної власності, пов'язаний з інтеграцією України до Європейського простору, чому сприяє активна співпраця України з Європейським Союзом [20, С. 330]. А комп'ютерні програми, як зазначено в п. 3 Преамбули Директиви 2009/24/ЕС Європейського Парламенту та Ради Європи від 23 квітня 2009 р. «Про правову охорону комп'ютерних програм» (далі – Директива 2009/24/ЄС), відіграють все важливішу роль у широкому спектрі галузей промисловості більшості країн світу, технологія комп'ютерних програм має розглядатися як така, що має фундаментальне значення для розвитку [251].

Експорт комп'ютерних програм та інших ІТ-технологій вже давно став одним із головних джерел надходжень до бюджету і підносить статус України у світових рейтингах. Доходи від експорту комп'ютерних програм, включаючи комп'ютерні ігри, різноманітні ІТ-технології за своїм обсягом посіли в Україні третє місце. На державному рівні інформаційна галузь визнана пріоритетною для розвитку експортного потенціалу та економіки України. Згідно з макроекономічним дослідженням ІТ-комітету ЕВА та PricewaterhouseCoopers, за умови позитивного сценарію підтримки ІТ-галузі на найвищому державному рівні експортно-орієнтована сфера інформаційних технологій має надзвичайний потенціал для розвитку та здатна майже щорічно подвоювати її дохід до держбюджету [51, С. 112]. ІТ-індустрія, в основі якої – комп'ютерні програми, та авторське право взаємопов'язані; абсолютна більшість порушень та судові процеси щодо них у сфері програмування так чи інакше пов'язані з порушенням законодавства про авторське право. За останні десятиріччя в нашій державі склалася істотна практика розгляду справ у спорах, що виникають із порушення прав інтелектуальної власності; сформувався фахово підготовлений суддівський корпус [108, С. 19]. Але, на жаль, проблема з порушенням прав

інтелектуальної власності залишається невирішеною, особливо в мережі Інтернет, коли визначити порушника дуже складно.

Надзвичайне поширення комп'ютерних програм та програмного забезпечення істотно розширило сферу застосування цього об'єкта права інтелектуальної власності, а стрімке оновлення технологій його створення надало йому нових особливих ознак. Цікаво відзначити при цьому, що в процесі різних циклів існування комп'ютерної програми (створення, використання, обігу) комплекс прав, які виникають щодо неї, є однаковим для всіх операційних систем і прикладних програм.

Нині комп'ютерна програма вважається одним із найскладніших об'єктів авторського права. Первісно жодних проблем у використанні комп'ютерних програм не виникало, оскільки вони продавалися виключно разом з комп'ютерами та охоронялися як їх невід'ємна частина. Проте після поділу ринків комп'ютерів («hardware») і комп'ютерних програм («software») виникла необхідність у забезпеченні ефективної охорони цих об'єктів, складність і ціна яких невідпинно зростали.

Складність комп'ютерної програми як об'єкта інтелектуальної власності ускладнює захист прав авторських прав та в деяких випадках унеможлиблює його. Так в одній зі справ за заявою представника Microsoft, що звернувся з вимогою про порушення авторських прав Компанії на програмне забезпечення діями ПАТ «Житомиргаз», апеляційний суд залишив у силі рішення суду першої інстанції про відмову у позові про захист авторських прав та стягнення компенсації в розмірі 459 939,83 грн. Позивач зазначав у заяві, що у відповідача відсутні будь-які бухгалтерські документи про придбання ліцензій та будь-які документи, що посвідчують права на використання продуктів Microsoft за програмами корпоративного ліцензування Open License та/або Get Genuine Solution (ліцензійні договори за програмами, ліцензійні сертифікати,). При цьому позивач, обґрунтовуючи свої вимоги, посилався на висновки комплексної комп'ютерно-технічної експертизи та протокол обшуку, де зафіксовано факт відтворення 113 контрафактних примірників комп'ютерних

програм Microsoft, та відсутність на всіх оглянутих комп'ютерах сертифікатів автентичності Microsoft, які є основною ознакою ліцензійності відтвореної на пристрої копії програми Microsoft. Але суди зазначали у своїх актах, що за наслідком проведеної комп'ютерно-технічної експертизи неможливо встановити порушення, бо на жорстких дисках системних блоків комп'ютерів встановлене шифрування основного логічного диску. А доводи апелянта про те, що таке шифрування було здійснено самим відповідачем, суди не брали до уваги як такі, що не підтверджені належними доказами [120].

Саме через їх складність тривалий час у суспільстві розгорталася дискусія з приводу того, який саме вид правової охорони цих об'єктів більше відповідає їх природі: вони мають захищатися як об'єкти права промислової власності, як об'єкти авторського права чи в режимі конфіденційної інформації або промислових секретів?

Щодо поняття самої інтелектуальної власності нормативного визначення немає ні в міжнародному, ні в національному праві; інтелектуальна власність – усе, що охороняється правом інтелектуальної власності як сукупністю норм, які регулюють відносини, пов'язані з використанням та охороною об'єктів інтелектуальної власності; правом інтелектуальної власності можна охороняти будь-що, створене творчою працею [192, С. 53].

Права інтелектуальної власності є усталеним явищем, в юриспруденції вони трактуються як сукупність суб'єктивних прав творця на результати його творчої діяльності. У ст. 418 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. [216] (далі – ЦК України) право інтелектуальної власності визначене як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності. В літературі зміст таких прав визначається через юридично конкретизовану можливість особи задовольнити особисті немайнові та майнові потреби щодо об'єктів права інтелектуальної власності [122, С. 6]. Основний сенс права інтелектуальної власності зводиться до можливості особи володіти, користуватися та розпоряджатися належним їй результатом інтелектуальної діяльності.

У науковому обігу, поряд із терміном «право інтелектуальної власності», фігурує термін «виключні права» щодо об'єкта інтелектуальної власності. Проте, як правило, це не пов'язано зі специфікою правових режимів щодо об'єктів інтелектуальної власності. Як зауважував О. А. Підпригора, це зумовлено, скоріш за все, традиціями різних правових систем [125, С. 63].

Практично виключність завжди пов'язується саме з майновими правами інтелектуальної власності. Деякі автори навіть обстоюють теорію виключних майнових прав інтелектуальної власності, центром якої є ідея, що автор має «природне право» на винагороду за його творчу працю; це право є «виключним монопольним» правом автора самому використовувати переваги, комерційно експлуатувати свою ідею, заборонити іншим особам робити це або надати їм відповідне право за винагороду [223, С. 17-18]. Між тим, така «виключність» виявляється в персоніфікації права і протиставленні його носія та будь-яких третіх осіб, тому виключність визнавалася й за правом власності [222, С. 229]. Але саме через їх виключний характер майнові права інтелектуальної власності, що закріплюють за певною особою виняткові повноваження вчиняти щодо об'єкта певні дії та усувати від нього всіх інших, в літературі називають «монопольними» [123, с. 13, 181, С. 135]. Утім до специфіки виключних прав інтелектуальної власності ми звернемося в іншій частині нашої роботи.

Право інтелектуальної власності, як відомо, є узагальнюючою категорією, тоді як права щодо об'єктів інтелектуальної власності завжди конкретні. Тому класична класифікація прав інтелектуальної власності спирається на критерій об'єкта. Такий підхід утілений і в нормах закону, тому у п. 1 ч. 1 ст. 433 ЦК України наведено перелік об'єктів авторського права. Так само було зроблено у ч. 1 ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» від 23 грудня 1993 р. в редакції Закону України від 11 липня 2001 р. [129] (далі – Закон про авторське право), який втратив чинність із прийняттям Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 1 грудня 2022 р., що введений в дію з 1 січня 2023 р. [128] (далі – Закон України «Про авторське право і суміжні права»). В цих законах комп'ютерні програми визначені як самостійні об'єкти

авторського права. Проте лише в Законі України «Про авторське право і суміжні права» питанням авторських прав на комп'ютерні програми відведено окрему статтю 20, яка має назву «Авторське право на комп'ютерні програми».

Широке та повсякчасне використання комп'ютерів, що притаманне всім галузям науково-технічного, культурного, економічного життя сучасного суспільства, виводить на перший план питання про забезпечення ефективності правової охорони комп'ютерних програм. Зрозуміло, що щодо такого об'єкта, як комп'ютерна програма, який реально існує, має певну матеріальну цінність, здатний задовольняти певні потреби та може належати певним особам, виникає цілий комплекс прав та обов'язків, а тому є необхідність розглянути, що власне собою являє цей об'єкт авторських правовідносин [89].

У більшості наукових праць відсутнє комплексне дослідження поняття комп'ютерної програми як об'єкта інтелектуальної власності та її специфічних характерних рис, відтак, висвітлення цих питань є одним із наших завдань. Насамперед, важливою є термінологія, яка стосується комп'ютерної програми як об'єкта права інтелектуальної власності. Безперечно, терміни, які стосуються комп'ютерної програми як об'єкта авторського права, належать до професійних (технічних) або спеціально-технічних термінів; вони можуть зазнавати змістовної адаптації до особливостей юридичної науки та потреб юридичної практики, набувати відмінного від свого прототипу обсягу та додаватися до системи юридичних понять і категорій.

Варто відзначити, що в літературі зустрічається кілька термінів, які близькі за змістом: комп'ютерна програма, програмне забезпечення, програмний продукт; комп'ютерна інформація. Попри те, що в деяких випадках вони ототожнюються, комп'ютерна програма та програмне забезпечення – це не зовсім тотожні поняття. Програма визначається як дані, що призначені для управління конкретними компонентами системи обробки інформації з метою реалізації певного алгоритму, а також послідовність машинних команд, яка призначена для досягнення конкретного результату. Тоді як програмне забезпечення є ширшим поняттям і включає власне комп'ютерні програми, а

також процедури, документацію й дані, які з ними асоційовані та стосуються функціонування комп'ютерної системи в цілому [200, С. 3]. Щодо комп'ютерної інформації, то слушною видається думка, що вона є поняттям ширшим, аніж комп'ютерна програма, яка є лише видом комп'ютерної інформації. А програмний продукт, як це визначено в ст. 1 Закону України «Про національну програму інформатизації» від 1 грудня 2022 р. [161], є результатом комп'ютерного програмування у вигляді операційної системи, або комп'ютерної програми (системної, прикладної, розважальної, навчальної) чи її компонентів. Програмний продукт також виробляється у вигляді інтернет-сайтів та/або онлайн-сервісів і доступу до них; це примірники (копії, екземпляри) комп'ютерних програм або їх частин, інших компонентів у матеріальній та/або електронній формі, включаючи форму коду (кодів) та/або посилань для завантаження комп'ютерної програми та/або її частин, компонентів у формі коду (кодів) для активації комп'ютерної програми чи в іншій формі, а також криптографічні засоби захисту інформації. За цим законом програмний продукт є програмним забезпеченням, тобто це поняття тотожні.

Комп'ютерна програма містить певні відомості й одночасно побудована за особливими правилами – сукупністю «зрозумілих» комп'ютеру даних (символів, кодів, сигналів, команд, тощо), що забезпечує функціонування та керування комп'ютерними системами та/або телекомунікаційними мережами, виконання ними певних завдань. [83, С. 86]. З технічної точки зору, комп'ютерне обладнання являє собою єдність власне технічних (апаратних) засобів (обчислювальних машин та обладнання), які мають загальне означення як «hardware» та засобів математичного забезпечення цієї техніки – комп'ютерного програмного забезпечення, або «software». Тому свого часу в літературі комп'ютерна програма ототожнювалася з програмним забезпеченням, яке об'єднувало такі компоненти: алгоритми – узагальнені принципи вирішення певного завдання, на підставі яких можливо скласти конкретні програми для реалізації на комп'ютері; програми – послідовності машинних команд, які складені відповідно до певного алгоритму і відображені

у вигляді записів на папері чи іншому носіїві (магнітному або оптичному диску тощо), придатному до зчитування машиною. Поряд із цим, до програмного забезпечення відносили інші матеріали, що використані у процесі підготовки програми, та аудіовізуальні подання (наприклад, інтерфейси), що створені в процесі виконання програмних команд у комп'ютері. Але цей підхід, попри те, що суттєво заставнений, формувався з позиції науки кібернетики.

Сам термін «програмне забезпечення», який досить широко вживається в повсякденному житті і сприймається як синонім «комп'ютерної програми» у вітчизняному законодавстві ніяк не розкритий. У вітчизняній та зарубіжній науковій літературі поняття «програмне забезпечення» завжди трактувалося дещо ширше – як увесь комплекс неапаратних засобів, які обслуговують комп'ютери. Тобто, поняття програмного забезпечення обіймає за своїм змістом математичне забезпечення, алгоритми [274, С.311], отже під програмним забезпеченням маються на увазі не тільки різні програми, але й покладені в їх основу алгоритми – сукупність чітко визначених правил для вирішення тієї чи іншої задачі за конкретно визначене число кроків.

Умовно в комп'ютерному програмному забезпеченні можна виділити три великі блоки: 1) алгоритми, які є ідеями, принципами вирішення конкретної задачі та на основі яких можна скласти програми, що призначені для реалізації на комп'ютері; 2) алгоритми, що можуть бути записані у вигляді деякого тексту або у вигляді умовної блок-схеми (flow-chart), що наглядно демонструє кроки вирішення поставленої задачі; 3) програми, що являють собою способи опису алгоритму на будь-якій мові програмування. Очевидно те, що один і той самий алгоритм може бути виражений різними програмами та різними мовами програмування. При цьому самі програми можуть бути записані як мовою програмування високого рівня, яка спеціально пристосована до наглядного опису алгоритмів для полегшення сприйняття людиною, так і у вихідному коді, тобто символічною мовою, яка призначена для сприйняття комп'ютером, так і в об'єктному коді – у вигляді машинних команд однією з мов програмування.

При цьому саме програмне забезпечення практично не фігурує в законодавстві як самостійний об'єкт правової охорони. Виняток становить абзац 2 ч. 4 ст. 440 ЦК України, де йдеться про «майнові права інтелектуальної власності на твір образотворчого мистецтва, створений за замовленням (крім твору, спеціально створеного як елемент *програмного забезпечення*)». Враховуючи те, що в ч. 3 згаданої ст. 440, де йдеться про майнові права на об'єкти авторських прав, створені в процесі виконання трудового договору, у відповідних положеннях фігурує «комп'ютерна програма», можна дійти висновку, що у нормах ЦК України законодавець ототожнює ці поняття. Аналогічний висновок можна було зробити з положень ст. 1 чинного раніше Закону про авторське право, де «програмне забезпечення» згадувалося при визначенні поняття облікового запису у частині щодо запису, який «ідентифікує користувача, включає в себе дані про доступ до частини каталогів і *програмного забезпечення* комп'ютерного обладнання». На відміну від цього, в положеннях чинного Закону України «Про авторське право і суміжні права» програмне забезпечення не згадується як самостійний об'єкт авторських прав.

На підтвердження доцільності такого нормативного рішення скористаємося висновками представників економічної науки, які дійшли висновку про недоцільність виділяти в Національному положенні (стандарті) бухгалтерського обліку – п. 5 П(С)БО 8 «Нематеріальні активи») два самостійні види об'єктів – комп'ютерні програми та програм для ЕОМ (програмне забезпечення) та пропонують залишити єдиний об'єкт авторського права «комп'ютерні програми» [90, С. 407].

Слід відмежовувати комп'ютерні програми від баз даних, на яких побудовані популярні сайти та програми: YouTube, Shazam, Google, Wikipedia. Вони, володіючи величезною кількістю інформації, вводять її в базу даних за певним алгоритмом, для забезпечення найшвидшого пошуку та доступу до неї. Так, YouTube працює як відеохостинг, що надає послуги розміщення відеоматеріалів, Shazam – це сервіс, який за коротким аудіозаписом здійснює пошук інформації щодо музичних творів, Google є пошуковим сервісом, а

Wikipedia є гіпертекстовою збіркою документів, що дозволяє користувачам змінювати самостійно вміст сторінок через браузер [51, С. 293].

Таким чином, у нашій праці виходимо з того, що комп'ютерна програма є поняттям вужчим, аніж комп'ютерна інформація; змістовно комп'ютерна програма є складником комп'ютерної інформації та складником програмного забезпечення. Проте у професійному середовищі розробників комп'ютерних програм, як правило, фігурує термін «програмне забезпечення». Тож, попри те, що терміни «комп'ютерна програма», «програмне забезпечення», «програмний продукт» з технічної точки зору є різними, ототожнення їх у межах нашої роботи не суперечить цілям дослідження.

Законодавче трактування поняття комп'ютерної програми було наведене у ст. 1 Закону про авторське право, яка визначала комп'ютерну програму як набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, що є придатною для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату. Поняття комп'ютерної програми охоплює операційну систему та прикладну програму, що виражені у вихідному або об'єктному кодах. У цілому таке визначення було досить повним, проте воно не змінювалося практично з моменту введення в дію ЦК України, а для розвитку сучасних інформаційних технологій це надто великий проміжок часу. Натомість у п. 26 ч. 1 чт. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» комп'ютерна програма визначена як набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи в будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату, зокрема операційна система, прикладна програма, виражені у вихідному або об'єктному кодах. «Комп'ютер, який зчитує» відповідно до цієї норми – це будь-який технічний пристрій: настільний комп'ютер, ноутбук, смартфон, ігрова приставка, смарт-телевізор тощо.

Спроби визначення поняття комп'ютерної програми спостерігаються й на практиці. Так, в постанові Київського апеляційного господарського суду від

6 серпня 2015 року в одній зі справ про захист авторських прав на комп'ютерні програми зазначено, що відповідно до п. 1.1. договору, укладеного між сторонами, під терміном «комп'ютерна програма» розуміється відповідний об'єкт авторського права – набір інструкцій у вигляді цифр, кодів, схем, символів чи в будь-якому іншому вигляді, які виражені у формі, придатній для технічного зчитування комп'ютером, та які приводять його в дію для досягнення певної мети або результату; у цьому договорі це комп'ютерна програма «Програмний комплекс «Державний реєстр речових прав на нерухоме майно» [119]. Проте на практиці трактування відповідного поняття завжди здійснюється в конкретних цілях; у наведеному прикладі – для цілей договору, з якого виникли спірні правовідносини.

Відповідно до положень Директиви 2009/24/ЕС [166] термін «комп'ютерна програма» обіймає програми в будь-якій формі, включаючи й ті, які вбудовані в обладнанні, а також підготовчі проектні роботи, що ведуть до розробки комп'ютерної програми, за умови, що характер цих робіт такий, що їх результатом на пізнішому етапі може бути комп'ютерна програма;

Вітчизняна законодавча дефініція комп'ютерної програми є доволі складною, адже включає низку технічних характеристик, які є зрозумілими тільки для фахівців і викликають утруднення щодо їх сприйняття навіть для суб'єктів правозастосування, зокрема для суду, який розглядає спір. У зв'язку з цим деякі науковці доводять необхідність детального тлумачення поняття комп'ютерної програми та подібних до неї об'єктів сфери програмування у спеціалізованих Державних стандартах (ДСТУ).

Нині поняття комп'ютерної програми нормативно окреслене в Державному стандарті України, який визначає її як дані, що призначені для управління конкретними компонентами системи обробки інформації з метою реалізації визначеного алгоритму. На думку окремих авторів, таке трактування є виправданим з технічної точки зору, проте не може прямо бути застосоване у сфері права, оскільки відповідно до нього програма – це *дані*, тобто фактичний зміст програми, а засобами авторського права захист надається саме *формі*

вираження твору [210, С. 5]. З таким аргументом слід погодитися, хоча комп'ютерна програма відокремлена від творів у переліку об'єктів авторських прав і в ст. 433 ЦК України, і в ст. 6 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Крім того враховуючи специфіку об'єктів авторських прав, їх здатність до множення, засобами авторського права, за загальним правилом, захищається саме ідея, виражена зовні у відповідній формі. Саме тому й науковці акцентують увагу на тому, що авторське право охороняє форму вираження комп'ютерних програм; при її захисті має значення код, а не ідея, концепція, принципи [241, С. 108]; в Україні охороняються авторським правом лише форми виразу комп'ютерних програм [53, С. 97].

Разом із тим, специфіка комп'ютерної програми як результату інтелектуальної діяльності виправдовує і робить зрозумілою позицію вчених, які критично ставляться до норм національного законодавства, згідно з якими комп'ютерні програми охороняються як літературні твори. Так, І. Є Якубівський та М. В. Оприско зауважують, що чинні норми закону відтворюють ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право, але в дещо усіченому вигляді, оскільки за цією нормою комп'ютерні програми охороняються як літературні твори саме в розумінні ст. 2 Бернської конвенції. Тобто комп'ютерні програми є об'єктами авторського права, щодо яких діє такий самий режим правової охорони, який встановлено Бернською конвенцією для літературних творів. Але це не означає, що між комп'ютерними програмами та літературними творами поставлено знак рівності; ці об'єкти лише прирівнені у цілях правової охорони [234, С. 42].

І відповідно до положень Директиви 2009/24/ЄС, комп'ютерні програми охороняються авторським правом як літературні твори у значенні Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів. Для цілей цієї Директиви термін «комп'ютерні програми» включає їхній підготовчий проектний матеріал. За ст. 2 цієї Директиви охорона поширюється на виражену в будь-якій формі комп'ютерну програму; але ідеї та принципи, які полягають в

основі будь-якого елемента комп'ютерної програми, включаючи ті, що покладені в основу її інтерфейсів, не захищені авторським правом.

Така специфіка комп'ютерної програми знайшла своє чітке відображення в положеннях ст. 20 Закону України «Про авторське право», прямо зазначено, що не охороняються авторським правом ідеї та принципи, на яких ґрунтується будь-який елемент комп'ютерної програми, включаючи й ті, на яких базується її інтерфейс, логічні схеми, алгоритми й мови програмування (ч. 3). Охорона авторським правом надається саме формі вираження комп'ютерної програми (ч. 2). При цьому не є формами вираження комп'ютерної програми графічний інтерфейс користувача, набір виконуваних функцій, формат файлів даних, які використовуються у комп'ютерній програмі для експлуатації її функцій. Тобто нормами авторського права захищається виключно вихідний код комп'ютерної програми (текст комп'ютерної програми, що створений за допомогою мови програмування); такий захист не поширюється на функції, які виконує комп'ютерна програма, а також на ідеї та принципи, які використовувалися при створенні цієї програми. А в літературі цей аспект розглядається як основний недолік захисту комп'ютерних програм засобами авторського права [21, С. 72]

У наукових працях підкреслюється, що законодавче визначення містить більше ознак комп'ютерної програми, аніж їх налічується в її технічному визначенні, яке вживається на практиці. З технічної точки зору, як наголошує Тарасенко Л. Л., комп'ютерна програма є описом процесу оброблення інформації; такий опис має зчитуватися комп'ютером та приводити його у дію для вирішення конкретної задачі [198]. Ідеться, зокрема, про обробку інформації, виконання певної функції, досягнення певного результату.

Фахівці у сфері програмування відмічають дві властивості кожного програмного продукту: перша обумовлює комплекс кроків, які має зробити комп'ютер, а друга визначає, що кожна окрема інструкція як складник програми управляє частиною даних або інформації. Тобто комп'ютерна

програма є сукупністю завдань, які послідовно виконуються комп'ютером (іншою технікою), у підсумку ж користувач отримує бажаний результат.

Спосіб із застосуванням комп'ютера (чи іншого пристрою для автоматичного оброблення інформації) і комп'ютерної програми може характеризуватися і діями обчислювального або інформаційного характеру, оскільки вони будуть лише частиною ознак такого способу, інші ознаки якого будуть саме діями з матеріальними об'єктами та за їх допомогою. У пристрої, що реалізує комп'ютерну програму, використовується не програма як така, не текст програми, а послідовність машинних команд, що обумовлена цим текстом. Самі команди переведені у форму, яку сприймає комп'ютер (інший пристрій для автоматичного оброблення інформації), тобто записані в пам'ять.

На підставі алгоритму, призначеного для використання в комп'ютері, фахівець може скласти безліч різних програм, які при їх виконанні в комп'ютері забезпечать роботу цього комп'ютера відповідно до вихідного алгоритму. Ці програми являють собою записи послідовностей команд на будь-якому носії, включаючи і носій із записом даних або команд (дискета, оптичний диск тощо), які використовується в пристроях автоматичного оброблення інформації. Іншими словами, складені на підставі деякого алгоритму програми є текстами й саме у цій якості належать до об'єктів авторського права.

Будь-яка комп'ютерна програма, хоч і є текстом, проте складається для того, щоб при її втіленні в комп'ютері він міг виконувати дії відповідно до того алгоритму, на підставі якого ця програма складена. Будь-який комп'ютер, процесор чи інший пристрій для автоматичного оброблення інформації являє собою нерозривну єдність апаратної («hardware») і програмної складових («software»). Апаратна частина комп'ютера є пристроєм (тобто об'єктом винаходу чи корисної моделі) і принципово непрацездатна без відповідної програмної складової. Комп'ютер, що працює під керуванням завантаженої в його пам'ять програми, реалізує спосіб (чи бере участь у його реалізації) відповідно до конкретного алгоритму. Функціонування ж комп'ютера – самостійно чи в складі іншого пристрою – не можна класифікувати інакше, як

технічне рішення. При цьому програма вводиться до пам'яті комп'ютера не як текст, а як послідовність сигналів, що зберігаються в комп'ютерній пам'яті у вигляді змін фізичних властивостей відповідного носія даних, тобто як своєрідні відбитки введених сигналів. Інакше кажучи, введена в комп'ютер програма виступає тим засобом, який керує роботою всього комп'ютера чи його окремих складових

Сформувані правові поняття комп'ютерної програми без фахових технічних знань у цій сфері неможливо, оскільки складно відобразити правовою термінологією певні технічні процеси. Враховуючи правила формулювання юридичних понять, визначення комп'ютерної програми як правового терміну має містити перелік необхідних і достатніх ознак, які дозволяють б ідентифікувати результат інтелектуальної й творчої діяльності як комп'ютерну програму та водночас дозволяти підводити під це поняття всі об'єкти, які по своїй суті є комп'ютерними програмами.

Доктринальні трактування комп'ютерної програми відрізняють від законодавчого. Так, на думку М. В. Селіванова, комп'ютерною програмою як об'єктом авторського права є структура послідовності виконання операцій, її логічна організація, яка деталізована в ступені, що є достатнім для визначення набору команд, а також аудіовізуальні відображення, породжувані програмою. Порівнюючи властивості речі та комп'ютерної програми як об'єктів правовідносин, цей автор робить висновок, що комп'ютерна програма є індивідуально-визначеною нетілесною річчю, яка швидко копіюється і легко знищується; вона є подільною річчю, яка може бути складеною; при її експлуатації і з введенням до цивільного обігу вона здатна приносити доходи, внаслідок її використання може бути отримана продукція [190, С. 94-95].

На нашу думку, такий підхід є дискусійним, адже розглядає комп'ютерну програму як алгоритм, власне структуру послідовності виконання операцій, що не повною мірою відповідає п. 26 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Крім того, у наведеному авторському визначенні не відображено одну з основних особливостей комп'ютерної

програми як об'єкта авторського права – творчий характер її створення, критерій інтелектуальної діяльності особи.

Учені–правознавці трактують комп'ютерну програму як логічно впорядковану послідовність команд, які необхідні для вирішення задачі [215, С. 113]; як певний план діяльності, складений для комп'ютера [59, С. 124].

Зважаючи на те, що предмет нашої уваги зосереджений на дещо інших аспектах правової охорони комп'ютерних програм, прийmemo за основне визначення, що сформоване у праці, в якій вивчаються саме об'єкти інтелектуальної власності і де комп'ютерна програма визначається як створений творчою діяльністю фізичної особи набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, втілений на носіях будь-якого виду (електронних, паперових тощо), для використання в автоматичних пристроях для обробки інформації, або іншому обладнанні, що базується на цифровій техніці з метою приведення його у дію для досягнення певної мети або результату [39, С. 16].

У спрощеному вигляді комп'ютерна програма – це набір інструкцій, які написані для того, щоб дати комп'ютеру певні команди та дії, які необхідні для виконання конкретних завдань. Програми можуть виконуватися на різних пристроях, використовуватися для різних цілей, включаючи створення документів, обробку зображень та відео, ігри, аналіз даних та багато іншого. Програми можуть бути комерційними або відкритими, тобто доступними для використання та редагування будь-якою людиною. Відкриті програми зазвичай розробляються спільнотою розробників та користувачів, які спільно працюють над покращенням та розвитком програми.

Важливим, на наш погляд є те, що деякі комп'ютерні програми відносно легко можуть бути застосовані для збору персональних даних про особу, що у разі неправомірності таких дій посягає на фундаментальні права людини, які охороняються Конституцією України та міжнародними стандартами у галузі прав людини. Це обумовлює вимогу щодо обмеження використання таких програм відповідно до законодавства, яке охороняє персональні дані фізичної

особи та її приватність. Поряд із цим доцільно заборонити на законодавчому рівні створення з метою використання, розповсюдження або збуту, а також розповсюдження або збут комп'ютерних програм, які: можуть нанести шкоду здоров'ю людини (які використовуються в медичних закладах), честі й гідності особи; можуть сприяти незаконному доступу до інформації, яка зберігається, обробляється, передається в інформаційних системах, наприклад, для обробки персональних даних; створюються з порушенням законодавства про ліцензування (як-от: криптографічні програми); створюються з порушенням антимонопольного законодавства; порушують авторські права інших осіб. Поза сумнівом, комп'ютерна програма за своїм змістом має відповідати вимогам моральності, не повинна ображати честь і гідність людини.

Програми можуть бути написані різними мовами програмування, яких існує безліч, проте серед них є кілька найпопулярніших, як-от: Java – мова програмування, що використовується для розробки програмного забезпечення, яка працює на різних пристроях, включаючи комп'ютери, мобільні телефони та сервери; Python – високорівнева мова програмування, яка використовується для наукових досліджень, аналізу даних та розробки веб-додатків; JavaScript – для розробки веб-додатків, для створення скриптів та інтерактивної графіки на веб-сторінках; C++ – для розробки програмного забезпечення на різних пристроях, включаючи операційні системи, відеоігри та інші додатки; C# – створена компанією Microsoft для розробки програмного забезпечення для платформи Windows та інших пристроїв. Вибір конкретної мови завжди залежить від потреб користувача та його проєктів. Кожна мова має свої особливості та переваги, які можуть бути корисними для виконання певних завдань.

На практиці охорона авторським правом поширюється на доволі широкий перелік об'єктів, які прирівнюються до комп'ютерних програм та є об'єктом авторського права в розумінні ст. 420 ЦК України, в тому числі веб-сайти, веб-сторінки, електронні платіжні засоби; до них можна віднести також і відому програму Word і Приват-24, 1-с, банківську програму «Сінергія»,

бухгалтерську програму «Medoc», «Бест», «Акцент», «Парус» в якій обчислюють заробітну плату та улюблену програму юристів «Ліга Закон».

В літературі до числа комп'ютерних програм відносять також Інтернет-сайт (веб-сайт, веб-портал), що, на нашу думку, є помилковим, оскільки це різні об'єкти права інтелектуальної власності. У законодавстві України визначення Інтернет-сайту вперше було наведене у відомчому підзаконному нормативно-правовому акті – наказі Державного комітету інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України, Державного комітету зв'язку та інформатизації України від 25 листопада 2002 р. № 327/225 «Про затвердження Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного веб-порталу органів виконавчої влади та Порядку функціонування веб-сайтів органів виконавчої влади» [190]. Цей акт визначає веб-сайт як сукупність програмних й апаратних засобів з унікальною адресою в мережі Інтернет у сукупності з інформаційними ресурсами, які перебувають у розпорядженні визначеного суб'єкта і забезпечують доступ юридичних та фізичних осіб до цих інформаційних ресурсів і надання інформаційних послуг через мережу Інтернет. Веб-портал визначається як вид веб-сайту, що організований у вигляді багаторівневого системного об'єднання різних ресурсів і сервісів для забезпечення максимальної можливості доступу до інформації та послуг.

Питання авторських прав саме на веб-сайт розглядалося, зокрема, в листі Державного департаменту інтелектуальної власності № 16-13/4470 від 5 серпня 2009 р., де зазначено, що з позиції авторського права інформаційна складова веб-сайтів може включати твори дизайну, письмові літературні твори, твори белетристичного, наукового, технічного, іншого характеру, включаючи комп'ютерні програми, бази даних, тощо, а також об'єкти суміжних прав. У цьому листі підкреслено можливість визнання веб-сайту складеним твором (як сукупності інформаційних ресурсів), за умови дотримання вимог Закону про авторське право, а веб-сайт як об'єкт права практично прирівняний до комп'ютерної програми. Важливо при цьому, що подібні об'єкти права інтелектуальної власності, включаючи веб-сайт, є нематеріальними активами та

за Законом України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» [130] підлягають взяттю на відповідний бухгалтерський облік.

У доктрині Інтернет-сайт визначається, зокрема як відокремлений і логічно завершений елемент мережі Інтернет, який: створений на основі технології гіперпосилань, розташований на сервері (host), має унікальну адресу (url), за якою до нього може отримати доступ будь-який користувач, та у своїй основі містить Інтернет-сторінки, які мають графічний вигляд і можуть бути переглянуті за допомогою спеціальних комп'ютерних програм (браузерів), таких як-от: Google Chrome, Internet Explorer, Mozilla, Opera та ін. Автор цього визначення М. В. Гура застерігає, що існують винятки із загального правила, так, можливим є блокування доступу до веб-сайту окремих користувачів або користувачів певної країни тощо [32, С. 12].

У цілому формальна та змістовна єдність веб-сайту досягається завдяки його трьом основним складовим: 1) програмним та апаратним засобам (серверним програмним засобам; програмним засобам сайту); 2) адресі в мережі Інтернет або доменному імені; 3) інформаційному наповненню, яке охоплює текстову інформацію, графічну інформацію, аудіовізуальну інформацію. Дійсно, Інтернет-сайт має власне унікальне ім'я (домен), функціонує завдяки засобам програмування та містить візуалізацію через інформацію, яка придатна для використання користувачами Інтернету. Комп'ютерна програма є складовою Інтернет-сайту як складного об'єкта права інтелектуальної власності та забезпечує функціонування й можливість інформаційного наповнення веб-сайту [190, С. 94].

Таким чином, з нормативних визначень та доктринального тлумачення можна зробити висновок, що Інтернет-сайт (веб-сайт, веб-портал) включає комп'ютерну програму (програмне забезпечення), але як явище не збігається з нею за змістом. Комп'ютерна програма є складником (поряд з інформаційною складовою, доменним ім'ям) веб-сайту як складного об'єкта права інтелектуальної власності, вона забезпечує його функціонування та можливість інформаційного наповнення в мережі Інтернет.

Інтернет-сайт є складним об'єктом, який може об'єднувати в собі об'єкти авторських, суміжних, патентних прав, має відповідне доменне ім'я, що може бути віднесене до засобів індивідуалізації, і, зрештою, стати торговельною маркою. Усі ці права потребують якісної регламентації та захисту, що обумовлює особливу увагу, передусім, до договору на створення веб-сайту. Правова природа такого договору зумовлює дискусії в науці, деякі юристи вважають його договором підряду. Як правило, на практиці в додаток до договору на розробку веб-сайту сторони складають технічне завдання, де зазначається опис структури, системи оновлення веб-сайту, а в самому договорі визначаються терміни його створення, етапи робіт, порядок представлення їх результату, умови оплати. З настанням термінів здачі-прийняття робіт виконавець представляє замовнику результат виконаних робіт, виражений в об'єктивній формі; замовник оцінює, чи відповідає результат технічним завданням; тож ці відносини регулюються нормами про підряд. Інша думка зводиться до того, що відносини щодо створення веб-сайту слід регулювати авторським договором, бо веб-сайт є об'єктом права інтелектуальної власності, з чим ми згодні з наведених нижче міркувань.

Специфіка договірних зобов'язальних правовідносин визначається об'єктом зобов'язання, який об'єднує в собі юридичний та матеріальний об'єкт (предмет), відповідно – це дії боржника та річ [213, С. 612], а також предметом договору, яким, наприклад, за висновками науковців, є та конкретна дія, яку належить вчинити для досягнення мети договору [221, С. 62]. Деякі автори виокремлюють і предмет виконання зобов'язання, який на думку Т. В. Боднар, є однією з кваліфікуючих ознак, що дозволяє відрізнити одне зобов'язання від іншого. Предметом договору є зобов'язальне правовідношення, предметом договірною зобов'язання є вчинення конкретних дій боржником, матеріальним об'єктом зобов'язання, який збігається з предметом виконання, є речі (майно, товар, гроші), які сторони надають на виконання договору [16, С. 147, 155-156]. Ці питання ми розглянемо докладніше в іншій частині дослідження.

У сфері створення об'єктів інтелектуальної власності є певна специфіка

в порівнянні зі сферою користування традиційними речами. Комп'ютерна програма як об'єкт права інтелектуальної власності має специфічні ознаки, що відрізняють її від матеріальних предметів у зобов'язаннях підряду. Вона є результатом інтелектуальної діяльності, нематеріальним явищем, що дозволяє її використання одночасно кількома (багатьма) суб'єктами без шкоди чи обмежень для самого творця (власника). Відповідно до цього і закон дозволяє одиничні, виключні й невиключні ліцензії (ст. 1108 ЦК України). Враховуючи цю обставину, концепція договору підряду видається непридатною для регулювання відносин, пов'язаних зі створенням комп'ютерної програми, вони мають регулюватися окремим договором про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуальної власності. За таким договором одна сторона (творець комп'ютерної програми) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установленний строк (ч. 1 ст. 1112 ЦК України).

Важливо відмітити також, що аналогом комп'ютерної програми як об'єкта права часом вважається смарт-контракт (розумний контракт). Наприклад, акти деяких штатів США визначають смарт-контракт як програму, яка активується певними подіями, діє у розподіленому, децентралізованому відтворюваному реєстрі, що допускає множинність користувачів, і може управляти та передавати активи у цьому реєстрі; як програму, яка відображає визначений стан, виконується на децентралізованому реєстрі, що має спільний доступ, здатна контролювати враховані у ньому активи й ініціювати їх передачу. За французькою доктриною смарт-контракт є комп'ютерною програмою, призначеною для автоматичного оформлення, виконання та припинення будь-якого договору. У будь-якому разі смарт-контракт являє собою електронний протокол, написання якого здійснюється комп'ютерним кодом, а головним завданням якого є передання інформації та виконання договору. Головна ідея смарт-контракту – автономність механізму виконання договору від сторін, які його уклали [228, С. 188]. Тому вітчизняні науковці розглядають смарт-контракти саме як комп'ютерні програми, які пов'язані із

виконанням зобов'язань. Відповідно до цього К. Г. Некіт пропонує розрізняти поряд з «юридичним смарт-контрактом» як електронною формою правочину, «смарт-контракт як технічне явище» (комп'ютерна програма), на позначення чого використовувати терміносполучення «програмний код» або «код контракту» у разі, якщо смарт-контракт не замінює угоди, а лише автоматизує виконання [85, С. 53, 250]; він і є об'єктом права інтелектуальної власності.

Надсучасним об'єктом, який є продуктом інтелектуальної діяльності людини та охороняється як програмне забезпечення за допомогою засобів авторського права, є штучний інтелект. Як зазначає М. М. Яшарова, штучний інтелект може бути захищений і засобами патентного права, але патенти на програмне забезпечення видаються сумнівними щодо рівня захисту, адже через стрімку динаміку та імовірність маніпуляцій користувача існує велика вірогідність порушення прав, які випливають з такого патенту [243, С. 59]. Штучний інтелект є особливим об'єктом, який потребує окремої уваги та вартий стати самостійним предметом іншого дисертаційного дослідження. Ми ж обмежимося констатацією того факту, що він є об'єктом авторського права та в його основі полягає комп'ютерна програма як така.

Питання про те, які саме засоби правової охорони найефективніші для захисту прав інтелектуальної власності на комп'ютерну програму, потребує аналізу нормативної бази як національного, так і міжнародного рівня.

Вихідним джерелом права з питань інтелектуальної власності в межах національної правової системи є Конституція України, ст. 41 якої проголошує право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Згідно зі ст. 54 Основного Закону кожному гарантується захист його інтелектуальної власності, його авторських прав, кожен має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності, при цьому ніхто не в змозі використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, які встановлені законом [69]. На правовідносини щодо комп'ютерних програм як об'єктів поширюються положення ЦК України, законодавство про авторські права та низка інших нормативно-правових актів.

До законодавчих актів, пов'язаних з правовою охороною комп'ютерних програм, раніше належав Закон України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» в редакції Закону від 10 липня 2003 р. (№ 1098-IV) [172], який визначав правила розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, комп'ютерних програм, баз даних тощо і був спрямований на захист інтересів суб'єктів авторського права та захист прав споживачів. Однак цей закон *втратив чинність* на підставі Закону від 15 грудня 2021 р. [135].

Підзаконним нормативно-правовим актом, який забезпечує правове регулювання у сфері обігу примірників комп'ютерних програм, який не прив'язується до якогось певного носія таких програм, є затверджені Урядом правила роздрібної торгівлі, прокату примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, які визначають основні вимоги до здійснення роздрібної торгівлі, прокату, зберігання примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних та спрямовані на захист прав споживачів у частині забезпечення належної якості таких примірників і правомірного користування ними [154].

Важливим джерелом права щодо права інтелектуальної власності на комп'ютерні програми є також Укази Президента України, які визначають основні напрямки державної політики спрямованої на реалізацію прав і свобод, захист інтересів юридичних та фізичних осіб, забезпечення розвитку нашої держави та інтеграцію до світового співтовариства. До таких рішень можна віднести «Стратегію інтеграції України до Європейського Союзу» яка встановлює, що адаптація законодавства України передбачає поступове приведення правової системи у відповідність із європейськими стандартами й охоплює різні галузі законодавства, визначені Угодою про партнерство та співробітництво, включаючи законодавство про інтелектуальну власність.

Питання внутрішньої державної політики щодо об'єктів інтелектуальної власності знайшли своє відображення в Указі Президента України про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні [157], який був прийнятий з

метою забезпечення конституційних прав громадян на захист інтелектуальної власності, сприятливих умов для створення об'єктів інтелектуальної власності, розвитку українського ринку цих об'єктів та передбачав ряд вкрай важливих для держави положень, зокрема приєднання України до Міжнародної конвенції про охорону прав виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення, підписаної в м. Римі 26 жовтня 1961 р., Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, удосконалення законодавства України у сфері інтелектуальної власності з урахуванням положень міжнародних договорів України, а також Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода TRIPs); утворення у складі Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України спеціальних підрозділів боротьби з правопорушеннями у сфері інтелектуальної власності, у складі Державного департаменту інтелектуальної власності – підрозділу інспекторів з питань інтелектуальної власності; запровадження у вищих навчальних закладах курсу з основ інтелектуальної власності. Важливим чинником реформування правової системи України слід вважати участь України у конвенціях Ради Європи, які встановлюють спільні для цієї організації та ЄС стандарти [169].

Інтеграція законодавства України до міжнародних стандартів у сфері інтелектуальної власності, як зазначає Л. В. Міхневич, не видається чимось надзвичайним, адже історично склалося так, що норми авторського права були і є найбільш інтернаціональними [81, С. 14]. До того ж становлення цього інституту в українському праві історично проходило під впливом європейських концепцій правової охорони авторських прав [80, С. 59, 82, С. 36-39]. Саме тому новий істотний поштовх для вдосконалення правової охорони об'єктів інтелектуальної власності, зокрема й комп'ютерних програм, надала ратифікація Україною 16 вересня 2014 р. [170] Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони

[170]. Відповідно до цієї Угоди наша держава взяла на себе низку зобов'язань у сфері інтелектуальної власності. Враховуючи цей факт, при побудові системи об'єктів права інтелектуальної власності у процесі рекодифікації цивільного законодавства України, як відзначає І. Є. Якубівський, слід зважати на необхідність дотримання Україною усіх своїх міжнародно-правових зобов'язань, зокрема таких, що випливають із її участі в міжнародних організаціях (ВОІВ, Міжнародний союз з охорони нових сортів рослин (UPOV), СОТ (WTO) та ін.) та двосторонніх угод [237, С. 163].

Міжнародними актами, які впливають на правову охорону комп'ютерних програм є Бернська конвенція з охорони літературних і художніх творів (1971 р.) [13], Женевська конвенція про авторське право (1952 р.), а також Всесвітня конвенція про авторське право[23], що була розроблена за участю ЮНЕСКО як альтернатива до Бернської конвенції для тих країн, які не погодилися з її положеннями, але бажали стати учасниками багатосторонньої конвенції про авторське право. У 2001 р. Україна приєдналася до Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право [167] Але ще з 1970 р. Україна є членом Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ або англ. WIPO), яка є спеціалізованим агентством ООН, глобальним форумом, що опікується питаннями політики, співпраці, інформації в галузі інтелектуальної власності; основною функцією цієї організації є розробка заходів щодо поліпшення захисту інтелектуальної власності у всьому світі та забезпечення функціонування служб, які здійснюють захист цього права [51, С. 104-116].

Визнання об'єктами права інтелектуальної власності безпосередньо комп'ютерних програм відбулося в 1973 р., коли Європейська патентна конвенція встановила, що комп'ютерні програми не є об'єктом патентної охорони; вважається, що цим Конвенція визнала, що охорона комп'ютерних програм має здійснюватися лише засобами авторського права [253]. Остаточне ж міжнародне нормативне закріплення за комп'ютерними програмами режиму об'єкта саме авторського права відбулося із прийняттям у 1991 р. Директиви

Ради Європи про правову охорону комп'ютерних програм (1991 р.) [247]. Відповідно до ст. 4 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право комп'ютерні програми охороняються як літературні твори у розумінні ст. 2 Бернської конвенції, незалежно від способу або форми їх вираження. Цей підхід утілено і в Угоді про торговельні аспекти прав на інтелектуальну власність Світової організації торгівлі від 1995 р. [205], де проголошено, що комп'ютерні програми у вихідному або об'єктному коді охороняються подібно до охорони, яка надається літературним творам за Бернською конвенцією. Аналогічну норму закріпив Договір ВОІВ про авторське право, за яким комп'ютерні програми охороняються як літературні твори в сенсі статті 2 Бернської конвенції.

Зазначений Договір закріплює три окремі види авторських прав щодо комп'ютерних програм: право на поширення, право на прокат, право на сповіщення для загального відома. Договір зобов'язує Сторони передбачати правові засоби захисту прав на такі об'єкти від обходу існуючих технічних засобів (скажімо, кодування), а також від усунення або зміни інформації або даних, які ідентифікують твір чи автора, та є важливими для управління правами (ліцензування, збір і розподіл винагороди) [3, С. 61].

Наразі основними актами Європейського Союзу, які встановлюють стандарти щодо правової охорони комп'ютерних, захищають авторські права на комп'ютерні програми та забезпечують їх захист від незаконного використання, є: Директива ЄС 2009/24/ЄС, яка визначає правовий статус комп'ютерних програм та їх захист від копіювання та інших незаконних дій; Директива ЄС 91/250/ЄЕС «Про правову охорону програм для ЕОМ», яка встановлювала, що авторські права на комп'ютерні програми виникають автоматично і належать автору; Регламент ЄС № 6/2002 «Про створення європейської патентної системи», який дозволяє отримувати єдині патенти на винаходи, включаючи комп'ютерні програми, в усіх країнах-членах ЄС; Конвенція Європейського Союзу про комп'ютерне програмне забезпечення (European Union Software Patent Convention), яка захищає інтелектуальну власність компаній, які

розробляють комп'ютерні програми в ЄС; Європейська конвенція про авторські права (European Convention on Copyright), яка визнає права авторів на всіх рівнях, включаючи права авторів на комп'ютерні програми.

Найважливішими у цій сфері вважаються Директива 91/250/ЄЕС та Директива 2009/24/ЄС, яка замінила попередню Директиву 91/250/ЄЕС. Директива ЄС 2009/24/ЄС має на меті забезпечити ефективний захист авторських прав на комп'ютерні програми, а також встановити регулятивний фреймворк^{1*} для їх використання в різних сферах життєдіяльності. Згідно з цією Директивою, комп'ютерні програми вважаються об'єктами авторського права, що означає, що їх створення і використання регулюється авторським законодавством. Автори комп'ютерних програм мають право на відшкодування за будь-яке використання програм без їх згоди, крім випадків, передбачених законом. Директива 2009/24/ЄС також містить положення про виключні права авторів комп'ютерних програм, які дозволяють їм контролювати використання своїх програм, крім випадків, передбачених законом. Вона встановлює винятки та обмеження цих виключних прав, наприклад, право робити резервну копію програми та право декомпілювати програму за певних обставин. Крім того, Директива встановлює права держави на використання комп'ютерних програм у визначених випадках, зокрема, для забезпечення національної безпеки, підтримки правосуддя, наукових досліджень і т. ін.

Відповідно до ст. 4 Директиви 2009/24/ЄС перший продаж копії комп'ютерної програми правовласником або за його згодою вичерпує право на розповсюдження цієї копії, за винятком права контролювати подальшу оренду програми чи її копії. Аналогічне положення є в законах країн-членів ЄС. Так, за

^{1*}Фреймворк - це набір програмних компонентів, що надає високорівневу абстракцію, зменшуючи кількість написаного коду та забезпечуючи стандартизацію для розробки програмного забезпечення. Його можна уявити як каркас або базову структуру, на основі якої можна розробляти програмне забезпечення. Фреймворк зазвичай включає в себе бібліотеки, інструменти розробки, структуру файлів та папок, а також інші компоненти, які допомагають програмістам ефективніше розробляти програмне забезпечення. Фреймворки можуть бути спрямовані на різні галузі, наприклад, на веб-розробку, мобільні додатки, штучний інтелект тощо. Використання фреймворка дозволяє програмістам швидше та ефективніше розробляти програмне забезпечення.

законом Чеської Республіки перший продаж чи інше передання права на оригінал або копію твору, внаслідок якого твір правомірно розповсюджується, вичерпує право автора на розповсюдження такого оригіналу чи копії твору; це не стосується права передання в майновий найм чи в оренду [48]. Наразі в ЄС сформувалася єдина система охорони комп'ютерних програм; одночасно в країнах-членах ЄС прийняті спеціальні закони, які унормовують відносини з приводу цих об'єктів, та на які поширюються загальні положення національного авторського права [44, С. 13].

Основним актом, який захищає авторські права на комп'ютерні програми у США, є Закон про авторські права (Copyright Act), а також поправки до нього, що були внесені в рамках різних актів, наприклад, Digital Millennium Copyright Act (DMCA) та Computer Software Rental Amendments Act. У США діє також патентний закон (Patent Act), який захищає винаходи, включаючи програми для комп'ютерів, які відповідають патентним вимогам. Також в США діє закон про торговельні марки (Lanham Act), який захищає найменування та логотипи компаній, що стосуються комп'ютерних програм.

В Україні також підтверджене міжнародне трактування комп'ютерних програм та їх правова охорона як творів. Така охорона поширюється на всі види програм, у тому числі на прикладні програми й операційні системи, виражені будь-якою мовою і у будь-якій формі, включаючи вихідний текст і об'єктний код. Але при цьому, за висновками деяких науковців, принаймні положення ст. 1 Закону України про авторське право безпідставно звужувало зміст «комп'ютерної програми» у порівнянні з підходом до визначення юридичної природи комп'ютерних програм, що задекларований в Угоді про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності [189, С. 38]. Ця теза зберігає свою актуальність і щодо чинного нині закону.

Власне питання полягає в тому, чи може захищатися інтелектуальна власність на комп'ютерну програму засобами патентного права в умовах національної правової системи? Дискусії щодо віднесення комп'ютерної програми до об'єктів промислової власності й досі не вщухають у вітчизняній

юридичній науці [232, 142]. Комп'ютерні програми охороняються як літературні твори, що склалося історично, адже на момент появи комп'ютерних програм, які складались по своїй суті із тексту та будувалися на творчій основі, саме в цілях юридичного захисту за аналогією їх було віднесено до творів. Згідно з ч. 4 ст. 433 ЦК України та діючою до 1 січня 2023 р. ст. 18 Закону про авторське право, незалежно від способу чи форми їх вираження, комп'ютерні програми охоронялися як літературні твори. У чинному Законі України «Про авторське право і суміжні права» комп'ютерні програми також розглядаються як самостійні об'єкти, щодо яких встановлюється комплекс особистих немайнових і майнових авторських прав (п. 16 ч. 1 ст. 6; ст. 20 та ін.).

Тобто комп'ютерна програма на законодавчому рівні визнана об'єктом саме *авторського права*, що природно, адже як об'єкт правової охорони комп'ютерна програма вперше у світі була зареєстрована в листопаді 1961 р. у США саме в Регістрі з авторського права (циркуляр 61). Відповідно до іншого джерела в США комп'ютерна програма вперше почала охоронятися як об'єкт саме авторського права в 1964 р. Поряд із цим, з огляду на високий рівень складності численних програмних продуктів, на сьогодні у США та в європейських державах одночасно діють авторсько-правова та патентно-правова охорона комп'ютерних програм. За даними статистики, близько 30 тисяч патентів, які були видані Європейським патентним відомством, стосуються саме комп'ютерних програм [209, с. 136].

Проте, не всі країни дозволяють патентування програмного забезпечення, а ті, які дозволяють, встановлюють різні вимоги та обмеження. Так, у США програмне забезпечення може бути патентоване за умови, якщо воно містить нові технічні рішення, які не є очевидними та дають певний технічний ефект. В ЄС програмне забезпечення може бути патентоване лише у разі, якщо воно вирішує технічні проблеми та містить нові технічні рішення. Проте, за загальним правилом, захист прав на комп'ютерні програми забезпечується засобами авторського права, що дозволяє правовласникам

програмного забезпечення контролювати використання своєї програми та забезпечувати її захист від копіювання та несанкціонованого використання.

Водночас серед науковців та практиків побутує думка, що комп'ютерна програма також може бути об'єктом винаходу (корисної моделі), оскільки таким об'єктом може бути або продукт, або процес (спосіб), що вирішує певне технічне завдання [198]. Комп'ютерна програма запускає певний технічний процес, який обов'язково має завершуватися результатом, у цьому контексті комп'ютерна програма близька до об'єктів патентного права; а саме вона, як і винахід або корисна модель, може вирішувати певне технічне завдання в будь-якій сфері технології [51, С. 207].

Відповідь на питання, наскільки доцільно поширювати на комп'ютерні програми засоби патентного права в Україні, потребує порівняння їх з винаходами і корисними моделями. За технічними характеристиками комп'ютерна програма близька до об'єктів патентного права: вона, як і винахід або корисна модель, може вирішувати певне технічне завдання в будь-якій сфері технології. Поняття «технологія» на законодавчому рівні трактується як результат науково-технічної діяльності, сукупність систематизованих наукових знань, технічних, організаційних й інших рішень про перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг (ст. 1 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14 вересня 2006 р. [136]). Науковці відзначають, що судова практика часом виходить з того, що комп'ютерна програма може бути об'єктом винаходу (корисної моделі), саме через те, що об'єктом винаходу (корисної моделі) може бути або продукт, або процес (спосіб), який вирішує певне технічне завдання, [198].

Нам, власне, імпонують аргументи, що наведені О. М. Пастуховим: комп'ютерна програма є похідною від алгоритму, у певному сенсі вона є його еквівалентом, тобто основні риси алгоритму властиві і програмі; але алгоритм є послідовністю логіко-математичних операцій перетворення інформації, а програма, на відміну від нього, містить послідовність команд, які описують

процес реалізації алгоритму та забезпечують управління цим процесом. Вираженням програми в об'єктивній формі є її запис мовою однотипних комп'ютерів і саме таке вираження є об'єктом авторського права. Тоді як захист ідей, які покладені в основу комп'ютерної програми, не охороняються авторським правом; вони є об'єктом охорони в іншій галузі права інтелектуальної власності – патентному праві [2, С. 34].

Тому деякі науковці висловлюють занепокоєння щодо того, що за наявного авторсько-правового режиму комп'ютерної програми поза охороною залишається її алгоритм як базовий структурний елемент, який визначає сутність комп'ютерної програми та ефективність роботи. Наразі це вважається найслабшим місцем у правовій охороні комп'ютерної програми, адже авторське право захищає форму комп'ютерної програми, але не її зміст [19, С. 62].

Аналогічні питання постають щодо таких об'єктів, як комп'ютерна гра, яка наразі також вважається об'єктом авторського права, що не забезпечує її всебічну оборону. Тому деякі науковці, зокрема О. І. Чепис, пропонують використовувати для захисту прав інтелектуальної власності на комп'ютерну гру різні інститути: авторським правом захищати відеогру як аудіовізуальний твір, сценарій, персонажі, їх імена, музику, дизайн вебсайту, шрифти, вихідний об'єктний код комп'ютерної програми тощо; патентним правом – інноваційні елементи та інноваційні технічні рішення (спосіб гри, апаратний пристрій, за допомогою якого гра функціонує тощо) та ін.; як торговельну марку – назву гри, назву компанії-виробника, логотип, «меми», які асоціюються з грою і подібн.; як конфіденційну інформацію – відомості про клієнтів, робочі матеріали розробку гри, характеристики учасників гри тощо [218, С. 95-96].

Непевність щодо ефективності охорони комп'ютерних програм нормами авторського права змусила і європейське співтовариство шукати нові шляхи захисту прав авторів програмних продуктів. Протягом останніх років країни ЄС активно обговорюють проект нової директиви Парламенту і Ради ЄС щодо патентоздатності винаходів, реалізованих на базі комп'ютеру (computer-implemented inventions). У своїх поясненнях до проекту директиви

COM(2002)92 2002/0047 спеціальний доповідач А. Маккарті відзначив, що пропонується підтвердити обмежувальний підхід, який застосовує Апеляційна палата Європейського патентного офісу, щоб забезпечити видачу патентів на єдиних підставах у всьому Європейському Союзі й однаковість судової практики щодо розгляду патентних спорів. Більш того, коли незабаром буде прийнята директива, Суд Справедливості зможе здійснювати попереднє регулювання. Основна ж задача зазначеної Директиви, що постійно обговорюється в цьому комітеті, це забезпечення правової стабільності (legal certainty). Метою є уникнення ситуації, за яких невеликі компанії, що здійснюють діяльність в галузі розробки комп'ютерних програм, зіштовхувалися б із патентами на неясні чи очевидні «винаходи» [252].

З погляду охорони прав інтелектуальної власності планується створення нової юридичної конструкції, коли на рівні директиви ЄС буде закріплений дуалізм правової охорони комп'ютерних програм: програмне забезпечення як один з компонентів винаходів, реалізованих на базі комп'ютеру, буде захищене як патентним, так і авторським правом. З іншого боку, сам текст комп'ютерної програми не втрачає своєї унікальності і може бути захищений засобами авторського права. Важливо при цьому врахувати і факт, на який звертають увагу науковці – комп'ютерні програми не належать до жодної з традиційних категорій авторського права (творів літератури, творів науки), проте це не перешкоджає їм бути об'єктами саме авторського права [226, С. 15].

Як відомо, відповідно до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р. [163] винахід і корисна модель є результатами інтелектуальної, творчої діяльності у будь-якій сфері технології. Але слід враховувати, передусім, що ч. 3 ст. 6 цього Закону прямо виключає комп'ютерні програми з числа об'єктів, яким може надаватися правова охорона як винаходам та корисним моделям, що зрозуміло, адже об'єктом винаходу або корисної моделі може бути, продукт (зокрема, пристрій) та процес (спосіб), що не корелюється з поняттям комп'ютерної програми.

Фахівці визначають низку переваг та недоліків правової охорони комп'ютерних програм саме авторським правом. До переваг віднесені: простота й доступність охорони, оскільки авторське право не потребує обов'язкової реєстрації, перевірок тощо; достатньою є наявність охороноздатності твору; авторське право поширюється на комп'ютерну програму в цілому та на її окремі компоненти, що вигідно в комерційних цілях; строк дії авторських прав щодо комп'ютерної програми є тривалим та, як правило, перевищує строк її технічної експлуатації; доведення фактів порушення саме авторських прав є простішим у порівнянні з іншими засобами правової охорони інтелектуальної власності. Недоліками правники вважають, передусім, те, що охорона засобами авторського права поширюється тільки на текст коду та виключає з об'єктів захисту функції програмного коду, що спричиняє наявність програм-клонів, які відрізняються лише на рівні деталей. Крім того реалізація засобів захисту авторських прав на комп'ютерну програму часто утруднена через специфіку програми як об'єкта правовідносин інтелектуальної власності [67].

Перевагами патентування комп'ютерних програм правознавці вважають те, що патент здатний захистити функції, алгоритм, інтерфейс програми, її зміст; він надає творцеві виключне право власності на саму ідею та упереджує її неправомірне використання [29]. Однак досить жорсткими є критерії патентоспроможності, а подача заявки передбачає розкриття і зовнішньої форми, і внутрішнього змісту об'єкта. Все це у сукупності з тривалістю процесу одержання патенту при швидкому застаріванні комп'ютерних програм спричиняє непридатність патентної охорони щодо цих об'єктів.

Фахівці з країн також ЄС відстоюють пріоритет засобів авторського права для захисту комп'ютерних програм над патентами, адже патенти не мають майже нічого спільного з авторським правом. Якщо авторське право надається безпосередньо на комп'ютерну програму, то патенти надаються на ідеї, які можна використати в комп'ютерній програмі. Як зазначають експерти Free Software Foundation Europe (FSFE), патенти на комп'ютерні програми додають юридичних ризиків, а отже, й витрат на розробку таких об'єктів

інтелектуальної власності; патенти перешкоджають розробці корисного програмного забезпечення, блокуючи сумісність і взаємодію. Патенти несумісні з комп'ютерними програмами, бо програми настільки складні, використовують так багато ідей, що практично неможливо їх підрахувати та порівняти з існуючими патентами. Незалежно від того, стосується це великих чи малих компаній, окремих розробників комп'ютерних програм, користувачів, вільного чи не вільного їх використання, патенти на комп'ютерні програми стали б проблемою для всіх [270].

І дійсно, за умови визнання комп'ютерної програми об'єктом патентного права суб'єкт господарювання мав би витрачати більше коштів на юридичну службу, реєстрацію патентів, переговори про перехресне ліцензування патентів і на захист від патентних претензій. При цьому певний час патенти були б інструментом для великих компаній, щоб запобігти конкуренції з ними. Їм довелося б стикатися з компаніями, які постійно подають до суду вимоги про спростування інших патентів на комп'ютерні програми та не розробляють такі програми самостійно; будь-який розробник може тільки програти проти них. Усе це пов'язане з додатковими витратами, які в підсумку покладатимуться на кінцевих споживачів комп'ютерної програми.

Поряд із цим для самих розробників комп'ютерних програм патенти означають правову невизначеність, адже щоразу, коли він починає розробку програми, може порушити патентний закон, бо не в змозі достеменно знати, чи порушує патент. А за умови, якщо ознайомиться з патентом, може не зрозуміти, що він стосується такого самого об'єкта, який він намагається реалізувати. Патент вимагає плати за реєстрацію. Тоді як з авторським правом кожна оригінальна новостворена програма підпадатиме під авторське право без жодних додаткових дій. Фактично, патенти на комп'ютерні програми можуть перешкоджати використанню прав, які має автор, наприклад, на розповсюдження програми.

У зв'язку з цим деякі країни на законодавчому рівні вводять обмеження на видачу патентів на комп'ютерні програми. Так, парламент Німеччини ще в

2013 р. закликав Уряд вжити відповідних заходів щодо цього та підкреслив, що програмне забезпечення має охоронятися виключно авторським правом, і права авторів не мають бути знецінені патентами третіх осіб на комп'ютерні програми. Єдиним винятком, коли патенти дозволені, є комп'ютерні програми, які замінюють механічний або електромагнітний компонент [256].

Та і в цілому в ЄС розгорнувся масштабний рух проти патентування комп'ютерних програм, представники якого заявляють, що патенти на комп'ютерні програми шкодять суспільству. Вони вважаються особливою загрозою наукоємним галузям, бо обмежують розробку програмного забезпечення: вони роблять комп'ютери менш безпечними, менш надійними та перешкоджають конкуренції. Найсуттєвіші відкриття в галузі інформаційно-комп'ютерних технологій були успішними саме тому, що вони не були запатентовані, як-от: винахід Всесвітньої мережі Тімом Бернерсом-Лі. Якщо патенти на комп'ютерні програми будуть прийняті, світ ніколи не дізнається, яке відкриття могло б стати наступною Всесвітньою павутиною. Такі патенти створюють загрози для банків, європейського енергопостачального бізнесу, міжнародних фінансових стандартів та навіть здоров'я людей [270].

Аналіз наведених аргументів свідчить, що головна перевага охорони прав на комп'ютерні програми за допомогою механізму авторського права, яка зумовлює всі інші можливості захисту порушених авторських прав на комп'ютерну програму, полягає в презумпції авторства, що є неможливим у сфері патентного права.

Згідно із Законом України «Про авторське право і суміжні права» охороняються як оприлюднені, так і неоприлюднені, як завершені, так і незавершені твори (ч. 1 ст. 7), а авторське право на будь-який твір виникає внаслідок самого факту його створення – автор автоматично набуває прав інтелектуальної власності на нього. Тобто авторське право на комп'ютерну програму виникає внаслідок самого факту створення комп'ютерної програми творчою працею особи та надання їй певної об'єктивної форми: письмової, електронної, звуку чи відеозапису, зображення, об'ємно-просторової, усної.

Як зазначає законодавець у ч. 1 ст. 20 зазначеного Закону України, правова охорона програми поширюється на комп'ютерні програми, що виражені у вихідному або об'єктному кодах за умови, якщо вони є оригінальними. Правова охорона засобами авторського права надається саме формі вираження комп'ютерної програми. При чому, не є формами вираження комп'ютерної програми використовувані в такій програмі з метою експлуатації її функцій графічний інтерфейс користувача, формат файлів даних, набір виконуваних функцій. Та не підлягають охороні авторським правом самі ідеї та принципи, на яких ґрунтується будь-який елемент комп'ютерної програми, включаючи інтерфейс, логічні схеми, алгоритми й мови програмування.

Тобто законом передбачена охорона комп'ютерних програм саме за допомогою механізму авторського права й за аналогією з літературними творами. З цього слідує висновок, що захист авторським правом поширюється саме на текст коду і не поширюється на принципи, методи, процеси або процедури, які використовуються в програмі. Тобто авторське право не охороняє окремо ідеї, процеси, системи, методи функціонування, концепції принципи, відкриття, рішення технічних, організаційних та інших задач, навіть якщо вони відображені в комп'ютерній програмі. Сюди входять алгоритми, внутрішня структура програми, структура даних і система організації даних, формати файлів, організація інтерфейсу, окремі слова.

Науковці також зазначають, що по суті, авторське право захищає не власне алгоритм (ідею), а її матеріальне втілення, що представлене у вигляді набору кодів, чисел, схем, символів, слів, чи в будь-якому іншому вигляді, який може розрізняти комп'ютер; а ті ідеї й процеси, які полягають в основі елемента комп'ютерної програми, не охороняються законом [177, С. 67].

Обсяг охорони комп'ютерної програми засобами авторського права не залежить від розміру програми, її кількісних характеристик (кількість мов програмування, які використані при її створенні, кількість рядків коду, символів, чисел тощо), від переваг чи недоліків комп'ютерної програми, від способів її вираження, від її специфіки (прикладна програма, програмний

комплекс, операційна система), від рівня унікальності та новизни.

Попри це особливою вимогою, яка є необхідною умовою для надання комп'ютерній програмі правової охорони авторським правом, визнана наявність оригінальних особливостей елементів компонування, вибору, розміщення і текстових виразів. Вперше ця умова була нормативно зафіксована саме в Регістрі з авторського права у США, а згодом знайшла своє підтвердження і в судовій практиці США. Поштовхом до формування такого підходу стала справа про порушення авторського права на комп'ютерну програму, яку розглядав Федеральний суд. Відповідач у цій справі вивчив методи і способи, за допомогою яких ЕОМ отримує, зберігає, оброблює та передає дані під час роботи програми, що була створена позивачем, і відтворив вихідний текст цієї програми на іншій мові програмування. При цьому структура надання та відображення інформації на екрані монітора у відповідача та позивача за своїм форматом була однаковою – використовувалися ідентичні скорочення та термінологія [272].

Вимога щодо оригінальності комп'ютерної програми в тому сенсі, що вона є власним інтелектуальним твором автора, для надання їй правової охорони авторським правом зафіксована і в ст. 2 Директиви 2009/24/ЄС; при чому жодні інші критерії не застосовуються для визначення придатності комп'ютерної програми для захисту.

Проблеми, пов'язані з оригінальністю комп'ютерних програм, загострилися в останнє десятиліття внаслідок стрімкого зростання асортименту та кількості програмних продуктів. Законодавче оформлення правової охорони комп'ютерних програм у більшості країн відбувалося в умовах, коли домінували програмні продукти, створені переважно фірмами IBM і DEC, тобто ще до моменту цього стрімкого зростання [31, С. 15-17]. У той період країни Європи прагнули розвивати власну індустрію комп'ютерних програм, зокрема, за рахунок створення пільгових умов для своїх розробників і виробників. Так само Японія започаткувала претензійну програму створення ЕОМ інтелектуального (п'ятого) покоління, але цей проект не дав успіху, адже

основою такої техніки є програмне забезпечення у створенні якого ця країна відставала. Попри всі ці намагання країн ЄС та Японії тривалий час зберігалось істотне домінування виробників програмного забезпечення США.

Важливим фактором при цьому стало те, що виявилось неможливим наслідування комп'ютерних програм, оскільки компілювання вихідного тексту програми в діючу комп'ютерну програму є незворотним процесом. А на момент створення законодавчих актів щодо охорони авторських прав незворотність компілювання не була відома нормотворцям. Нерозуміння сутності компіляції комп'ютерних програм, прагнення домогтися рівня інших розробників і виробників без вкладення необхідних інвестицій призвели до очевидного результату: досягнення належного рівня розвитку виробництва комп'ютерних програм шляхом декомпіляції виявилось неможливим.

На вирішення питань оригінальності комп'ютерних програм спрямовані положення Директиви 2009/24/ЄС, яка, серед іншого, забороняє без згоди автора здійснювати трансляцію, адаптацію, аранжування чи будь-яке перероблення комп'ютерної програми. Якщо ж відтворення і перетворення коду комп'ютерної програми необхідне для одержання інформації, яка потрібна для досягнення здатності до взаємодії незалежно створеної комп'ютерної програми з іншими програмами, то відповідно до ст. 6 Директиви дозволу правоволодільця (за дотримання певних умов) не потрібно. Ці ідеї Директиви відтворені в національних законодавствах держав ЄС та інших країн.

Аналогічну норму впровадили у своїх національних законодавствах багато країн Східної Європи, де є спеціальні закони про авторське право. Та варто підкреслити, що жоден виробник програмного забезпечення, у тому числі і з країн ЄС, раніше не дозволяв будь-якої декомпіляції чи декодування своїх програм. Більше того, у ліцензійній угоді, яка супроводжує кожен екземпляр комп'ютерної програми, такі дії прямо заборонені. Аналогічні норми закріплені в ст. 117 Закону США про авторське право [246, С. 104].

Наразі ж у чинному законодавстві України практично відтворено практику Європейського суду з прав людини щодо застосування положень

Директив про правовий захист комп'ютерних програм [247]. Так, розглядаючи справу за участю резидентів Бельгії, Суд констатував, що відповідно до ст. 5(1) Директиви 91/250/ЄЕС законний покупець має право декомпілювати комп'ютерну програму або її частину з метою виправлення помилок, які впливають на її роботу, у тому числі, коли виправлення полягає у відключенні функції, яка впливає на належну роботу програми. Причому такий законний покупець не зобов'язаний задовольняти вимоги, викладені у ст. 6 Директиви^{2*}. Але такий покупець має право здійснити таку декомпіляцію лише тою мірою, якою це необхідно для здійснення такого виправлення, та має дотримуватися всюди, де це доречно, умов, викладених у договорі з власником авторських прав на цю комп'ютерну програму [276].

Якщо у комп'ютерній програмі використовуються елементи, які є об'єктами права інтелектуальної власності іншої особи, то на їх використання необхідна згода цієї особи; якщо відтворюється графічне зображення іншої особи, то такі дії можливі лише з дозволу автора цього зображення або осіб, яким належить авторське право на нього. Відповідно до Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, що затверджена наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 [147] при дослідженні комп'ютерних програм як об'єктів авторського права в порядку судових експертиз вирішуються питання щодо властивостей таких об'єктів, якщо вони за добором або впорядкуванням їх складових є результатом інтелектуальної діяльності. Для визначення рівня оригінальності комп'ютерної програми необхідно з'ясувати низку питань: чи не є вихідні тексти (коди) або їх частина комп'ютерної програми переробкою вихідних текстів (кодів)

^{2*}Стаття 6 Директиви 91/250/ЄЕС дозволяє здійснювати декомпіляцію комп'ютерної програми без дозволу правовласника, якщо відтворення коду та переклад його форми є потрібними для отримання інформації, необхідної виключно для досягнення сумісності, а також за умови, що ці дії виконуються ліцензіатом чи іншою особою, яка має право використовувати копію комп'ютерної програми, або уповноваженою на це особою від її імені та що інформація, яка необхідна для досягнення оперативної сумісності, раніше не була легкодоступною і ці дії обмежуються частинами оригінальної програми.

комп'ютерної програми; чи є комп'ютерна програма самостійним, оригінальним твором, відмінним від схожої комп'ютерної програми; чи є ознаки неліцензійності використання комп'ютерної програми; чи відповідає комп'ютерна програма технічному завданню чи технічному опису; чи були внесені до комп'ютерної програми зміни (модифікації), чи вчинялися дії, пов'язані із функціонуванням комп'ютерної програми відповідно до її призначення, запис і збереження в пам'яті комп'ютера, виправлення помилок та ін. з метою забезпечення її функціонування на технічних засобах особи?

Порушення принципу оригінальності свідчить про посягання на авторство творців інших об'єктів інтелектуальної власності. Як відомо, особисті немайнові права автора (зокрема, визнання авторства, вимоги збереження цілісності твору тощо) охороняються безстроково. Інші авторські права на комп'ютерну програму діють протягом усього життя автора та 70 років після його смерті, хоча у програмування це немає принципового значення, адже комп'ютерні програми дуже швидко застарівають і втрачають свою комерційну цінність за кілька місяців та навіть за короткий час.

Основною метою авторського права є правова охорона інтересів творця комп'ютерної програми, який зацікавлений у тому, щоб його творіння залишалося у повному його владарюванні, щоб треті особи не посягали на нього, не використовували, не експлуатували без дозволу самого автора. Сам автор чи інша уповноважена автором особа відповідно до закону може передати права на комп'ютерну програму третім особам на умовах, визначених у договорі. Суб'єкт авторського права може покладати, наприклад, на покупців корпоративного програмного забезпечення обов'язок не порушувати авторське право, зокрема не робити копій та не перепродавати програмне забезпечення або не здійснювати копій та не використовувати програмне забезпечення у комбінації з іншими комп'ютерами [123, С. 481].

Як ми вже зазначали, для виникнення і здійснення авторських прав не вимагається реєстрація, авторські права на комп'ютерні програми них виникають з моменту та з самого факту створення таких об'єктів. Але разом з

тим міжнародні конвенції гарантують автору право здійснити державну реєстрацію, депонування або нотаріальне засвідчення своїх прав. Саме реєстрація авторського права на комп'ютерну програму дає можливість отримати охоронний документ (свідоцтво), що підтверджує належність авторських прав конкретній особі. Свідоцтво є засобом підтвердження авторства щодо комп'ютерної програми у разі її неправомірного використання іншими особами, в судових спорах, при укладанні договорів на отримання винагороди за використання тощо.

Процедура реєстрації авторських прав на комп'ютерну програму врегульована в Порядку державної реєстрації авторського права та договорів, які стосуються права автора на твір, що затверджений постановою Кабінету міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756 [137] (далі – Порядок реєстрації авторського права). Для реєстрації авторських прав на комп'ютерну програму автор (чи уповноважена ним особа від його імені) подає до Національного органу інтелектуальної власності відповідну заявку, що являє собою сукупність документів, які необхідні для державної реєстрації авторського права.

Поряд із цим в Україні діє Реєстр виробників та розповсюджувачів програмного забезпечення, держателем якого відповідно до Положення про такий реєстр [152] є Державна служба інтелектуальної власності України, а адміністратором – державне підприємство, що входить до сфери управління цієї Державної служби. Цілями Реєстру є створення інформаційно-довідкової бази, проведення статистичних спостережень, створення прозорого і цивілізованого конкурентного середовища у відповідній сфері, забезпечення ідентифікації й обліку виробників комп'ютерних програм та їх розповсюджувачів, а також сприяння розвитку інфраструктури та механізмів функціонування вітчизняної індустрії програмного забезпечення. До Реєстру вносяться розробники і розповсюджувачі комп'ютерних програм, якщо вони є суб'єктами господарювання, які здійснюють виробництво програмного забезпечення на території України.

Автором комп'ютерної програми та відповідно суб'єктом особистих немайнових прав автора може бути лише фізична особа, незалежно від віку та обсягу дієздатності. Автором завжди є фізична особа, навіть якщо комп'ютерну програму створив працівник у процесі виконання своїх трудових обов'язків, або якщо така програма створена за замовленням юридичної особи.

Первинним суб'єктом авторського права є автор комп'ютерної програми (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Інші фізичні або юридичні особи можуть бути суб'єктами майнових авторських прав за умови, що такі права перейшли до них на підставі правочину або закону. Не можуть вважатися авторами (співавторами) та претендувати на відповідні авторські права особи, які не внесли особистого творчого вкладу у створення комп'ютерної програми, зокрема й ті, які надавали консультаційну, організаційну, технічну, матеріальну підтримку, або особи, що здійснювали контроль за виконанням відповідних робіт.

Зазначимо при цьому, що Директива 2009/24/ЄС у ст. 2 визначає автором фізичну особу (групу осіб), що створила комп'ютерну програму, або, якщо це дозволяє законодавство держави, – юридичну особу, яка розглядається як носій прав. Якщо ж комп'ютерна програма створена працівником на виконання його трудових обов'язків або згідно з інструкціями, які надав роботодавець, то здійснювати всі майнові права щодо такої програми повноважний тільки роботодавець, якщо інше не встановлено в контракті з працівником – її розробником.

Порядок реєстрації авторського права також визначає процедуру подання заявок на реєстрацію авторського права на комп'ютерну програму, їх розгляду, державної реєстрації, публікації відомостей про цю реєстрацію, видачі свідоцтва про реєстрацію авторського права, а також ведення Державного реєстру свідоцтв про реєстрацію авторського права на твір і Державного реєстру договорів, які стосуються права автора на твір. Важливо при цьому, що положення п. 22 Порядку дозволяють автору у разі, якщо він бажає залишитись анонімом, заборонити, щоб його ім'я згадувалося в

офіційному бюлетені Національного органу інтелектуальної власності та в каталозі державних реєстрацій авторського права і вимагати зазначення в цих документах його псевдоніма.

Відповідно до п. 5 цього Порядку для реєстрації авторських прав на комп'ютерну програму подається її примірник у вигляді вихідного тексту (його фрагментів) програми в обсязі, що необхідний для її ідентифікації. Які саме фрагменти вихідного тексту комп'ютерної програми передати на зберігання вирішує особисто заявник, який при цьому має право вилучати з поданих фрагментів вихідного тексту ті місця, які, на його погляд, не варто висвітлювати. Поряд із загальними документами автор додає до заяви про реєстрацію його авторського права на комп'ютерну програму, настанову (вказівки, поради діяти певним чином) щодо використання цієї програми.

З огляду на те, що Україна проголосила одним із стратегічних напрямів зовнішньоекономічної політики інтеграцію до ЄС, прискорення адаптації законодавства України до законодавства ЄС у сфері інтелектуальної власності набуває особливого значення у зв'язку з виконанням міжнародних зобов'язань України та її завдань відповідно до Угоди про партнерство та співробітництво (УПС) між Україною та ЄС, Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС» від 18 березня 2004 р. [143], Угоди між Україною та ЄС про наукове і технологічне співробітництво. В цьому аспекті, важливим є сучасний досвід правової охорони комп'ютерних програм в ЄС., зокрема, в положеннях Директиви 2009/24/ЄС, в якій доцільно відзначити ще кілька вагомих, на нашу думку, положень.

У Директиві відзначена специфіка комп'ютерних програм, яка полягає у вразливості таких об'єктів: їх розробка вимагає значних інвестицій (людських, технічних і фінансових), тоді як комп'ютерні програми можуть бути скопійовані за ціну, яка становить нікчемну частку цих витрат. Комп'ютерні програми нині мають фундаментальне значення для промислового розвитку всього ЄС, але існуючі в законах держав-членів відмінності в правовій охороні таких об'єктів негативно впливають на функціонування внутрішнього ринку

комп'ютерних програм, тому ці відмінності мають бути вилучені, та мають вживатися заходи для запобігання виникненню нових; законодавчий захист комп'ютерних програм має застосовуватися без шкоди для використання, у належних випадках, інших форм захисту; особі, яка має права на використання комп'ютерної програми, не мають створюватися перешкоди для виконання дій, які є необхідними для здійснення спостереження, аналізу, контролю за функціонуванням відповідної програми, звісно, за умови, що ці дії не порушують авторські права на комп'ютерну програму.

Автор має право вживати заходів для упередження неправомірного використання комп'ютерної програми та перешкоджати такому використанню. Одним з засобів реалізації такого права є створення перешкод за допомогою так званих «програмних засобів», юридичною підставою до чого є ст. 11 Договору ВОІВ про авторське право, яка встановлює, що Договірні Сторони передбачають належну правову охорону та ефективні засоби захисту від обходу існуючих технічних засобів, які вживаються авторами у зв'язку із реалізацією їхніх прав (згідно з цим Договором та/або Бернською конвенцією) й обмежують дії, які не погоджені авторами або не дозволені законом щодо цих творів.

Створення таких перешкод здійснюється шляхом внесення до комп'ютерної програми спеціальних команд, які активуються автоматично при будь-якій спробі користувача вчинити з цією програмою дії, які не дозволені її автором. Існують два способи захисту комп'ютерної програми такими засобами – за допомогою паролів та з використанням вбудованої до комп'ютерної програми функції безпеки. При цьому комп'ютерну програму, яка захищена апаратними засобами, неможливо прочитати або записати апаратними засобами; створення перешкоди здійснюється на етапі написання програми і її зняття можливе лише за умови стирання усієї програми.

Отже, автором комп'ютерної програми є виключно фізична особа чи група фізичних осіб (колектив авторів, співавтори). Майнові права автора можуть належати також юридичній особі, іншим суб'єктам права.

1.2. Види та зміст прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми

Оскільки комп'ютерна програма охороняється авторським правом, остільки вона має відповідати критеріям, які є визначальними для віднесення певного результату інтелектуальної діяльності до об'єктів авторського права. Вищий господарський суд України у п. 25 постанови Пленуму від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [140] зазначив, що при вирішенні питання про те, чи є конкретний твір об'єктом авторського права, слід урахувати таке: об'єктом є лише такий результат, який створено творчою працею; будь-який результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею, доки судом не доведено інше; охороні засобами авторського права підлягає твір, що набув вираження в об'єктивній формі. Охороні підлягають твори, в яких викладено (описано, проілюстровано) відповідні ідеї, методики тощо, а не самі ідеї, концепції, принципи, методи, способи.

Отже комп'ютерна програма як об'єкт авторського права має бути саме результатом творчої діяльності, який виражений в об'єктивній формі. Відсутність однієї з цих ознак зумовлює правову незахищеність об'єкта. Так, в судовій справі, предметом якої був захист майнових авторських прав, суд встановив, що комп'ютерна програма, яка була предметом спору, у порівнянні з іншою вже існуючою комп'ютерною програмою, містить деякі відмінності, однак вони не є оригінальними, не містять ознак творчого характеру. Розробники оспорюваного програмного комплексу використали вже існуючу комп'ютерну програму шляхом внесення до неї деяких змін; результат їх роботи не відповідає умовам оригінальності та творчості. Ці обставини були зафіксовані у висновку комплексної судової експертизи комп'ютерної техніки та програмних продуктів й об'єктів інтелектуальної власності [198]. Враховуючи це, суд констатував, що авторське право на комп'ютерну програму не виникло і не підлягає захисту. Очевидно у таких випадках має місце аберація

специфічних відносин, які характеризуються як авторські, виникають як умовний зв'язок між особою та створеним нею твором, і специфічного права вимагати визнання цього факту при будь-якому використанні твору.

У наведеному вище випадку суд звернувся до фахової експертизи, хоча у разі, коли знань судді достатньо для з'ясування обставин справи, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, цілком можливе вирішення суддею питань, які виникають, з позиції споживача без призначення судової експертизи. На цьому наголошував свого часу ще Вищий господарський суд України у згадуваній вище постанові Пленуму «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності» № 5 від 23 березня 2012 р. [140].

Як ми вже зазначали, для виникнення та здійснення авторського права на комп'ютерну програму не вимагається її реєстрація чи будь-яке інше спеціальне оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей (ст. 9 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Авторське право виникає внаслідок факту створення комп'ютерної програми, яка вважається такою з моменту первинного надання їй будь-якої об'єктивної форми. Таким чином, у цьому випадку має місце юридичний факт – створення такої програми як результату інтелектуальної, творчої діяльності, що зумовлює виникнення авторських правовідносин, незалежно від наявності факту державної реєстрації. При цьому Закон України «Про авторське право і суміжні права» встановлює презумпцію авторства, відповідно до якої за відсутності доказів іншого, автором комп'ютерної програми вважатиметься фізична особа, ім'я якої, як автора, зазначено у оригіналі або копії цієї програми.

Авторське право на комп'ютерну програму, що створена у співавторстві, належить співавторам спільно, незалежно від того, чи становить вона єдине ціле чи складена із частин, кожна з яких має самостійне значення (ст. 436 ЦК України). Такою, що має самостійне значення як об'єкт правової охорони, є частина комп'ютерної програми, що створена у співавторстві, за умови, якщо вона може бути використана незалежно від інших складових цього об'єкта.

Фактично йдеться про види співавторства – роздільне і нероздільне: якщо створена у співавторстві частина твору має самостійне значення та може бути використана незалежно від інших авторів цього твору, то має місце роздільне співавторство, в іншому ж випадку – співавторство є нероздільним.

Володіти примірником комп'ютерної програми, окрім осіб, які мають авторські права, можуть треті особи, яким належить право власності на носій цього результату інтелектуальної діяльності, тобто на цей примірник твору. Проте, відповідно до закону, згідно з позицією вищих судових інстанцій та самого духу права інтелектуальної власності майнові авторські права не пов'язані із правом власності на той матеріальний об'єкт, в якому твір виражено; передання прав на такий матеріальний носій не тягне за собою передання авторських прав на твір, прав на його використання.

В літературі висловлюється думка, що така форма зв'язку суб'єкта з об'єктом є не володінням, а так званим «утримуванням» (твору). На нашу думку, таке твердження є дискусійним, адже в цьому випадку особи володіють лише примірниками об'єктивного вираження твору, носія, в якому втілено об'єкт авторського права, і жодних прав на цей об'єкт, власне авторських прав, які б уповноважували щодо будь-яких дій щодо нього, не мають.

Основний суб'єкт комплексу авторських прав щодо комп'ютерної програми – це автор, якому, насамперед, належить право авторства. Але комп'ютерну програму неможливо прочитати як певний письмовий твір, тому, як зазначають правники, ім'я автора може бути відображене у вихідному коді, в аудіовізуальних зображеннях, породжуваних комп'ютерною програмою, у супровідній документації і на упаковці носіїв її примірника [107]. Відтак ім'я автора можливо дізнатися при відкритті файлу з вихідним кодом, за умови його розміщення. Водночас суди не завжди вдаються до таких дій при розгляді спору, а автори не у всіх випадках зазначають своє ім'я саме в такий спосіб. До того ж, комп'ютерна програма нерідко створюється колективом авторів, який може бути чисельним, зважаючи на складність комп'ютерного продукту, а

відтак постає питання щодо технічної можливості зазначення імен всіх авторів у примірнику комп'ютерної програми [108, С. 424].

Проте невирішеним на законодавчому рівні є питання щодо технічної можливості автора зазначати своє ім'я на примірнику комп'ютерної програми таким чином, щоб його могла бачити будь-яка особа, зокрема й суд при розгляді спору щодо авторських прав на комп'ютерну програму. З урахуванням стрімкого розвитку цифрового середовища, розвитком ІТ-права, є потреба у вдосконаленні правового регулювання цих відносин на рівні закону.

За традиційним поділом авторських прав на види за критерієм їх змісту, насамперед, виокремлюють особисті немайнові та майнові права автора. *Особисті немайнові права* – право авторства, право на авторське ім'я і право на захист твору діють безстроково і не можуть бути відчужені [230]. Особисті немайнові права автора є невідчужуваними, вони не можуть бути передані іншим особам ні на підставі правочину, ні в порядку правонаступництва; у ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначено, що особисті немайнові права належать виключно автору і не можуть бути передані (відчужені) іншим особам. Ці права не переходять у спадщину, але спадкоємці можуть здійснювати захист цих прав, і ці правомочності спадкоємців не обмежуються жодними строками.

Право авторства є абсолютним цивільним правом, якому кореспондують обов'язки всіх і кожного утримуватися від порушення цього права автора. У теорії цивільного права право авторства прийнято визначати як юридично забезпечену можливість конкретної особи вважати себе автором твору і вимагати визнання цього юридичного факту від інших осіб.

Законодавець у ст. 438 та ст. 423 ЦК України закріпив перелік особистих немайнових прав інтелектуальної власності: право на визнання людини творцем (автором) об'єкта права інтелектуальної власності; право перешкоджати будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, яке може завдати шкоди честі чи репутації творця; інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Перелік особистих немайнових прав автора

закріплений також в нормах Закону України «Про авторське право і суміжні права», які певною мірою відрізняються від положень ЦК України. Так, відповідно до ст. 11 цього Закону автору належать *такі особисті немайнові права*: право вимагати визнання свого авторства, що здійснюється шляхом зазначення імені автора належним чином (якщо це практично можливо) за будь-якого його використання в оригіналі та всіх копіях твору; право забороняти згадувати своє ім'я під час будь-якого використання твору, якщо автор бажає залишитися анонімом; право обирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора в оригіналі і копіях твору; право вимагати збереження цілісності твору, протидіяти спотворенню, будь-якому перекручуванню, іншій зміні твору, включаючи його супроводження без згоди автора передмовами, післямовами, ілюстраціями, коментарями тощо; право надати твору певну назву або залишити його без назви; право присвятити свій твір певній особі, визначеній події або даті.

З приводу цих норм доцільно зазначити, що положення Закону України «Про авторське право і суміжні права» як спеціальні норми визначають більш розгорнутий зміст особистих немайнових прав автора. В цілому зазначимо, що автор комп'ютерної програми має такі особисті немайнові права: а) право зазначати своє ім'я або обраний для себе псевдонім на кожному примірнику програми або у зв'язку з будь-яким її використанням; б) право вимагати зазначення свого імені/псевдоніму на кожному примірнику програми або у зв'язку з будь-яким її використанням; в) право забороняти згадування свого імені/псевдоніму на примірнику програми або у зв'язку з будь-яким її використанням; г) право на недоторканість комп'ютерної програми, що включає право на збереження її цілісності, протидію будь-якій переробці, перекручуванню, спотворенню, іншій зміні програми, будь-якому іншому посяганню на неї, яке може зашкодити інтересам автора.

Майнові права автора – це виключні права на використання твору, які уповноважують особу відтворювати твір, поширювати, привселюдно демонструвати, публічно виконувати, повідомляти до загального відома в ефір

або по кабельній мережі, перекладати тощо, а також одержувати авторську винагороду, що є важливою складовою в системі авторських прав. У науковій літературі навіть сформована теорія виключних майнових прав, в основі якої полягає «природне право» автора на винагороду за його творчу працю. Автор цієї теорії Р. Б. Шишка підкреслює, що правами інтелектуальної власності можуть вважатися лише майнові права, які становлять виключне монопольне право автора використовувати переваги його твору, комерційно експлуатувати твір самому, а також заборонити на певний час іншим особам робити це або ж надати їм це право за певну винагороду [223, С. 17]. Майнові права на комп'ютерну програму, як вважають учені, виникають у її творця на досягнутий результат інтелектуальної, творчої праці, аналогічно до права власності, яке з'являється в особи, яка створила річ; це економічний результат інтелектуальної діяльності особи [7, С. 12].

Відповідно до закону майнові права на комп'ютерну програму належать її авторові (авторам), якщо інше не встановлено договором чи законом. Якщо комп'ютерна програма створена автором (працівником) у зв'язку з виконанням ним трудового договору (контракту), то майнові права інтелектуальної власності на цю програму належать юридичній (фізичній) особі – роботодавцю працівника, який створив цю комп'ютерну програму, якщо інше не встановлено договором між ними. Якщо комп'ютерна програма створена за замовленням, то майнові права інтелектуальної власності на неї належать замовникові, інше може бути встановлено договором або законом. Особливості прав щодо таких комп'ютерних програм ми розглянемо в іншій частині нашого дослідження.

Майнові права автора відображають приналежність автору результатів його інтелектуальної діяльності; такі права слугують здійсненню майнових інтересів автора та інших осіб за рахунок використання об'єкта. Практично майновими ці права є саме через те, що внаслідок їх здійснення уповноважена особа одержує економічну вигоду. Хоча варто відзначити, що майнові права автора мають свої особливості і в цілому здійснення цих прав не завжди

зумовлює економічний ефект, а майнова вигода у сфері обігу об'єктів авторського права не завжди пов'язана з реалізацією майнових прав автора.

У класичній літературі на прикладі авторських прав доводилася наявність «чистих» та «нечистих» майнових прав на такі об'єкти. «Чистими» вважаються: 1) права на грошові суми, що одержані автором або його спадкоємцем як плата за транслятивну або конститутивну передачу авторських прав; 2) права вимоги щодо компенсацій та сплати штрафів внаслідок порушення прав автора; 3) права, які перейшли до третіх осіб (не враховуючи спадкоємців) внаслідок оплатного чи безоплатного правонаступництва; 4) права, які що впливають з патенту; 5) інші права, які автор мав намір передати для задоволення вимог його кредиторів; дослідник підкреслював, що звісно, неможливо примусити автора оприлюднити твір, але якщо він оприлюднений, то право на одержані кошти належатиме кредиторам [244, С. 146].

Хоч у науці визнано, що можливість одержання винагороди на використання об'єкта інтелектуальної власності закладена в самих правах на нього, очевидно, що в наведеному вище переліку згадуються різні за природою права. Тому ми погоджуємося з думкою С. І. Шимон про те, що, слід розрізняти майнові права інтелектуальної власності та майнові права, які виникають внаслідок здійснення прав інтелектуальної власності та які за природою є зобов'язальними [222, С. 235-236]. Саме такими є, зокрема, права: автора на плату за використання його твору (ст. 445 ЦКУ); право творця на плату за створення об'єкта інтелектуальної власності за замовленням (ст. 430 ЦКУ).

Законодавчий перелік майнових прав автора закріплений у ст. 440 ЦК України, яка встановлює, що майновими правами інтелектуальної власності є: право на використання твору; виключне право дозволяти використання твору; право забороняти неправомірне використання твору, право перешкоджати неправомірному використанню твору; інші майнові права інтелектуальної власності, які встановлені законом. Дещо інший підхід до визначення переліку майнових прав автора закріплено у ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Ця норма визначає, власне, два види майнових прав автора чи

особи, якій належать майнові авторські права: право використовувати твір будь-яким способом (способами); *виключне* право дозволяти або забороняти використання твору іншими особами.

Звернемо увагу, насамперед, на відмінності в термінології, які спостерігалися раніше, оскільки ст. 440 ЦК України закріплює за автором «право на використання твору» та «*виключне* право дозволяти використання твору», а в ст. 15 Закону про авторське право фігурувало «*виключне* право на використання твору». Тоді як відповідно до згаданої вище ст. 12 чинного Закону України «Про авторське право і суміжні права» *виключним* є саме *право дозволяти або забороняти використання твору іншими особами*. Враховуючи той факт, що ст. 12 є спеціальною нормою, а виключність протиставляє автора усім іншим особам, виключність означає, що тільки автор (особа, якій належать майнові авторські права) є суб'єктом, який у змозі надавати дозволи для використання комп'ютерної програми, беремо за основу ідею, що таке право є виключним, а головним майновим авторським правом на комп'ютерну програму є право на її використання.

Варто акцентувати увагу на особливості терміну «використання», що застосований законодавцем для визначення змісту головного з майнових прав автора. Закон розкриває зміст цього терміну щодо об'єктів авторських прав шляхом встановлення переліку дій, які розкривають сутність використання. Так відповідно до ст. 441 ЦК України використанням є опублікування твору, його відтворення в будь-який спосіб, у будь-якій формі, переробка, адаптація, переклад, аранжування, інші подібні зміни, включення як складника до збірника, до баз даних, енциклопедій тощо, а також публічне виконання, продаж, передання в оренду, імпорт його примірників, примірників його перекладів, переробок тощо та інші дії). Цікаво, що стосовно інших об'єктів права інтелектуальної власності (зокрема, винаходів, корисних моделей, промислових зразків) закон застосовує термін «користування», за яким вбачаються, зокрема, такі дії: виготовлення, пропонування для продажу,

застосування, введення в господарський оборот продукту, який виготовлено за допомогою винаходу (корисної моделі, промислового зразка [84, С.745].

Виключне право автора (іншої особи, якій належить авторське право) дозволяти чи забороняти використання твору іншими особами уповноважує його дозволяти/забороняти такі дії: а) відтворювати твір; б) публічно виконувати, публічно сповіщати; в) публічно демонструвати чи здійснювати показ; г) повторно оприлюднювати твір у будь-який спосіб не тією організацією, яка здійснила це верше; д) здійснювати переклад, переробку, адаптацію, аранжування та інші зміни твору; е) включати твір як складник до збірників, антологій тощо; є) розповсюджувати твір шляхом першого продажу, відчуження в інший спосіб, здавати в найм, в прокат, шляхом іншої передачі до моменту першого продажу примірників твору; ж) подавати твір до загального відома у спосіб, який дозволяє публіці здійснити доступ до твору за її власним вибором у будь-який час і з будь-якого місця; з) здавати в майновий найм та/або комерційний прокат після моменту першого продажу, відчуження в інший спосіб оригіналу або примірників аудіовізуальних творів, комп'ютерних програм, баз даних, музичних творів у нотній формі, а також творів, зафіксованих у фонограмі чи відеограмі або у формі, яку зчитує комп'ютер; є) імпортувати примірники творів. Цей перелік не є вичерпним. Низка цих дій прийнятна і може здійснюватися в порядку здійснення виключного права щодо комп'ютерної програми за умови, що ці дії не суперечать закону, моральним засадам суспільства та змісту самого суб'єктивного авторського права.

Одним із способів використання творів як об'єктів авторських прав відповідно до ч. 1 ст. 441 ЦК України є їх опублікування (випуск твору в світ). При цьому, як випливає з положень ч. 12 ст. 442 твір є випущеним у світ, якщо він будь-яким способом повідомлений невизначеному колу осіб зокрема: виданий, публічно виконаний, показаний, переданий по радіо, продемонстрований по телебаченню, відображений в загальнодоступних електронних системах інформації. Тоді як у ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» щодо твору застосовується термін

«оприлюднення» – це дія, яка вперше робить твір доступним для необмеженого кола осіб. Отже, з одного боку, в спеціальному законі опублікування розглядається як один з видів оприлюднення об'єкта авторського права, з другого боку, поняття опублікування та оприлюднення за змістом є множинами, які пересікаються, що свідчить про колізії в законодавстві та доцільності узгодження термінології, яка має бути розпізнаваною.

Для визначення більш прийняттого варіанту щодо аналогічного способу використання комп'ютерної програми як об'єкта авторського права звернемося до етимологічного значення згаданих термінів. Відповідно до академічного словникового трактування слово «опублікувати» означає друкувати що-небудь (статтю, книгу, листи тощо) для загального ознайомлення; слово ж «оприлюднення» розглядається як синонім «опублікування». Зважаючи ж на те, що опублікування традиційно сприймається як вихід твору друком, щодо комп'ютерних програм, на нашу думку, доцільно застосовувати термін «оприлюднення». Оприлюдненням комп'ютерної програми є будь-яка дія, що здійснена за згодою автора (іншого суб'єкта авторського права), внаслідок якої комп'ютерна програма стає доступною для публіки.

Але при цьому в положеннях ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права», яка встановлює майнові права автора, визначено способи використання твору, перелік яких не є вичерпним: публічне виконання, публічне демонстрування, інтерактивне надання доступу публіці тощо; відтворення; включення до іншого твору (або до складеного твору); розповсюдження примірників; імпорт примірників твору; здавання твору в найм або в позичку; переробка, адаптація, аранжування, інші подібні зміни. Але в цьому переліку немає згадування про оприлюднення.

Водночас Закон встановлює певні обмеження майнових прав автора, оскільки у певних випадках дозволяє використання (відтворення) творів без погодження з автором, зокрема, в особистих цілях, в цілях навчання, і подібн. Таке використання дозволене за умови, що воно не завдає шкоди використанню твору та не обмежує законні інтереси автора. Разом із тим, Закон України «Про

авторське право і суміжні права» містить спеціальні норми про вільне використання твору, які дозволяють певні дії без погодження з автором, але за умови, що це не завдає шкоди використанню об'єкта і не обмежує законні інтереси автора (особи, яка має майнові авторські права). Так, у ст. 22 цього Закону визначено вичерпний перелік способів вільного використання творів, але щодо комп'ютерних програм діє окрема норма. Відповідно до ст. 25 Закону законний користувач комп'ютерної програми у змозі безоплатно, без дозволу власників прав на комп'ютерну програму:

- виготовити резервну копію комп'ютерної програми, якщо це необхідно для її використання; вивчати, спостерігати, досліджувати функціонування комп'ютерної програми для визначення ідей і принципів, які покладені її основу, за умови, якщо це здійснюється в процесі виконання певної дії із завантаження, функціонування, показу, передачі чи збереження (записування в пам'ять) комп'ютерної програми;

- декомпілювати комп'ютерну програму (тобто перетворити її з об'єктного коду у вихідний текст) для одержання інформації, що є необхідною для досягнення її взаємодії з іншою незалежно розробленою комп'ютерною програмою, за умови якщо: така необхідна інформація раніше не була доступною цій особі з інших джерел; ця декомпіляція здійснюється виключно щодо тих частин програми, які є необхідними для досягнення здатності до взаємодії; отримана внаслідок декомпіляції інформація може бути використана лише для здатності її взаємодії з іншими комп'ютерними програмами, та при цьому не може передаватися іншим особам (за винятком випадків, коли це необхідно для здатності до взаємодії з іншими такими програмами), та не може бути використана для розробки, виготовлення, продажу комп'ютерної програми, що за своїм вираженням є істотно подібною до декомпільованої, або для вчинення іншої дії, яка порушує авторське право.

Це положення Закону відтворює пропозиції вчених, які висловлювалися в юридичній науці задовго до його ухвалення [124, С. 35-36; 202, С. 197].

Без дозволу носія авторського права на комп'ютерну програму законний користувач такої програми має право здійснювати відтворення програми в цілому або частково, у будь-якій формі, у будь-який спосіб, а також здійснювати переклад, адаптацію, будь-яку іншу модифікацію (зміну) комп'ютерної програми і відтворення результатів таких дій. Таке право законний користувач має виключно за умови, якщо це необхідно для належного використання копії комп'ютерної програми за її дійсним призначенням, включаючи виправлення помилок. Проте договором між суб'єктом авторського права та законним користувачем може бути передбачене інше правило.

Цікаво, що зарубіжне, зокрема, американське законодавство передбачає довільне право на використання об'єкта авторського права у разі його добросовісного використання (fair use), аналогом якого у Великобританії є добросовісне ведення справ (fairdealing). У будь-якому разі відповідно до Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності суб'єкти мають дотримуватися обмежень та винятків щодо виключних прав певних особливих випадків, котрі не суперечать звичайному використанню об'єкта та не призводять до надмірної шкоди законним інтересам автора [205].

За загальним порядком, за винятком випадків, коли український закон дозволяє вільне використання комп'ютерної програми, автор (особа, яка має майнові авторські права) у змозі вимагати виплати винагороди за будь-яке використання програми. Винагорода може здійснюватися або як одноразовий (паушальний) платіж, або у вигляді відрахувань за кожен проданий примірник чи за кожне використання твору (роялті), або у вигляді комбінованих платежів.

Порядок виплати авторської винагороди за створення або за використання комп'ютерної програми, а також розмір такої винагороди встановлюються в авторському договорі (у договорі, укладеному за дорученням суб'єкта авторського права організацією колективного управління із суб'єктами, які використовують комп'ютерну програму).

1.3. Правові засади обігу авторських прав на комп'ютерні програми в цивільному обороті

Майнові авторські права на комп'ютерні програми відповідно до ч. 2 ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права» можуть бути передані (відчужені) іншій особі. Такі права передаються на підставі закону або договору повністю або частково. Передання авторських майнових прав на комп'ютерну програму повністю означає, що передаються права на всі способи використання програми на території всіх держав світу, а передання таких прав частково наділяє набувача правом на всі способи її використання на території окремої держави (окремих держав) або на окремі способи її використання як на всесвітньому рівні, так і в межах території окремих держав.

Особа, до якої перейшли авторські майнові права на комп'ютерну програму, є суб'єктом авторського права у межах набутих прав і має право надавати дозвіл на використання комп'ютерної програми або розпоряджатися майновими правами на неї в інший спосіб, який не суперечить закону. Наразі питання обігу прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми регулюються нормами ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права». Водночас, слід згадати, що з моменту введення в Україні воєнного стану внаслідок збройної агресії РФ проти України [132, 155] виникли проблеми здійснення та захисту прав інтелектуальної власності, що спонукало законодавця до низки нормотворчих ініціатив.

Запровадження воєнного стану в Україні особливим чином вплинуло на тенденції саме в галузі законодавства про інтелектуальну власність. І. Є. Якубівський у цьому сенсі виділив два напрямки розвитку: модернізація та європеїзація законодавства про інтелектуальну власність, а також ухвалення норм щодо особливостей набуття, здійснення і захисту прав інтелектуальної власності в умовах воєнного стану [235, С. 68-69]. Проявом першого стало ухвалення 1 грудня 2022 р. та введення в дію з 1 січня 2023 Закону України «Про авторське право і суміжні права» та Закону України «Про внесення змін

до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності» від 20 березня 2023 р. [134]. Свідченням другого стало прийняття Закону України «Про захист інтересів осіб у сфері інтелектуальної власності під час дії воєнного стану, введеного у зв'язку із збройною агресією Російської Федерації проти України» від 1 квітня 2022 р. [156]. Серед іншого цей Закон призупиняє перебіг строків, які стосуються охорони прав інтелектуальної власності та строків стосовно процедури набуття таких прав, які закріплені в спеціальному законодавстві. Закон передбачив можливість подавати документи (заяви, клопотання, заперечення тощо), які мають надаватися за спеціальними нормами, протягом 90 днів від дня скасування воєнного стану, причому без сплати додаткового збору за продовження чи поновлення строків. При цьому Закон не передбачає зупинення строків дії свідоцтва чи інших документів, які засвідчують права інтелектуальної власності; не впливають норми цього Закону і на чинність прав інтелектуальної власності та строки дії таких прав; незалежно від дії воєнного стану, права інтелектуальної власності є чинними і здійснюються суб'єктами безперешкодно та в повному обсязі.

Хоча вчені відзначають проблеми, пов'язані з трактуванням положень абз. 3 п.1 ст. 1 цього Закону щодо строків охорони прав інтелектуальної власності. Згідно з цією нормою, якщо строк чинності майнових права на об'єкти інтелектуальної власності припиняється в день введення воєнного стану в Україні або під час його дії, то ці права зберігаються чинними до того дня, який буде наступним за днем припинення (скасування) воєнного стану; після чого чинність цих прав може бути продовжена відповідно до закону.

Проте, ми погоджуємося з думкою І. Є Якубівського, який на основі системного аналізу положень цього Закону дійшов висновку, що згадана норма стосується тих майнових прав інтелектуальної власності, для яких закон передбачає можливість продовження їх чинності [235, С.71]. Ідеться про об'єкти патентного права, на предмет нашого інтересу ці норми не впливають.

Важливо, що у сфері цивільних та господарських правовідносин правовий режим воєнного стану прирівнюється до форс-мажорних обставин, що впливає з закону та підтверджено правозастосовною практикою Зокрема, Торгово-промислова палата України у листі від 28 лютого 2022 р. зазначила, що обставини, які почалися 24 лютого 2022 р. та обумовили введення воєнного стану в Україні, до моменту їх офіційного закінчення, слід вважати надзвичайними, невідворотними та об'єктивними обставинами для всіх суб'єктів господарської діяльності, а також фізичних осіб за договорами, окремим зобов'язаннями чи обов'язками, строк виконання яких настав згідно з умовами договору чи закону, але виконання яких є унеможливленим у передбачений термін внаслідок настання цих форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили) [229].

Проте, як зазначає А. О. Кодинець, обставини непереборної сили діють у приватно-правовій сфері, а в правовідносинах з набуття прав інтелектуальної власності не можуть виправдовувати відтермінування юридично значимих дій (подання заявок тощо, сплати зборів, державного мита та ін.), бо ці правовідносини виникають на основі закону та є публічно-правовими, на виконання обов'язків їх учасниками воєнний стан не впливає. Тому Національний орган інтелектуальної власності має у повному обсязі забезпечувати виконання своїх функцій і під час воєнного стану [65, С. 131].

Таким чином, слід дійти висновку, що обмежень щодо обігу майнових прав інтелектуальної власності в період дії воєнного стану не встановлено. Передання авторських майнових прав на комп'ютерні програми від однієї особи до іншої може здійснюватися як на договірній, так і на недоговірній основі. Причому повне безповоротне відчуження усього комплексу майнових авторських прав або частини таких прав може відбуватися в обох цих формах, а передання комплексу прав, або частини таких прав у тимчасове користування – виключно на договірній основі.

Відповідно до ст. 1113 ЦК України, за договорами про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що

має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах.

До недоговірних способів відчуження майнових авторських прав на комп'ютерну програму належить передання таких прав за рішенням суду; майнове авторське право суб'єкта, який є юридичною особою, може бути передане іншій особі у встановленому законом порядку внаслідок реорганізації цієї юридичної особи – суб'єкта авторського права, зокрема внаслідок банкрутства; можливий також перехід у спадщину майнових права авторів та інших осіб, які мають виключне право, в порядку правонаступництва (ст. 448 ЦК України; ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Чинне законодавство відносить до виключних прав інтелектуальної власності на об'єкти авторського права, передусім, право дозволяти використання твору, яке є майновим правом. Комп'ютерні програми є об'єктом товарно-грошових відносин і мають мінову вартість. Таким чином володілець майнових прав на комп'ютерну програму має право обміняти свої права на неї на інший товар чи на еквівалент такого товару у грошовому виразі. Майнові авторські права є засобом, завдяки якому властивість створеного автором об'єкта інтелектуальної власності трансформується через договірні відносини у придбання майнових благ, отримання доходу.

Особливості, пов'язані з економічним змістом цих прав, і є специфікою виключних майнових прав на комп'ютерні програми є. Саме тому, як зазначає І. В. Кривошеїна, юридична можливість передання прав на об'єкти інтелектуальної власності наразі є одним із дієвих механізмів розвитку економіки. В умовах сучасного суспільства й розвитку економічних відносин майнові права інтелектуальної власності мають економічну цінність і є предметом обігу на договірних засадах. А договірне надання права на використання є способом комерціалізації об'єкта інтелектуальної власності та найпоширенішою формою забезпечення економічної вигоди для правоволодільца [71, С. 80, 82].

У цілому комп'ютерна програма є об'єктом договірних правовідносин, щодо якого виникають права й обов'язки, завдяки своїй здатності до обороту. Саме здатність бути об'єктом майнового обороту (цивільного, підприємницького, господарського), яким є законодавчо врегульований процес переходу благ від одного суб'єкта до іншого [195, С. 367], дозволяє залучати комп'ютерну програму як певне соціальне благо до договірних правовідносин.

В літературі з проблем господарських договорів оборотоздатність розглядається як спроможність об'єктів до ринкового обміну в товарній формі, що є спільною властивістю усіх об'єктів комерційних договорів та часом ототожнюється із товароздатністю. У структурі товароздатності виокремлюють приватну та публічну компоненти. Приватна компонента проявляється у товарній природі таких об'єктів, що виражається через їхню споживчу та мінову вартість. Споживча вартість втілюється у корисних властивостях, завдяки яким об'єкт здатен задовольняти людські потреби. Міноюю вартістю є здатність товару обмінюватися на інше майно, що в цілому виявляється у можливості обмінювати будь-який товар на гроші, які виконують функцію загального еквівалента. При цьому мінова вартість товару не є тотожною сумі всіх витрат на його створення й реалізацію, а, як правило, перевищує такі витрати на величину прибутку від його обміну [79, С. 204-205].

Беручи за основу такий підхід для визначення специфіки предмета договорів про передання у використання прав інтелектуальної власності у сфері підприємництва (договорів комерційної концесії), П. В. Кикоть, доходить висновків, що приватна компонента таких об'єктів договірних відносин проявляється в їхній товарній природі, що відображає споживчу вартість, а також у їх здатності обмінюватися на інше майно, що виражає їхню мінову вартість. Тоді як публічна компонента товароздатності таких об'єктів полягає у правовому режимі об'єктів інтелектуальної власності [55, С. 132].

Прикладаючи цей підхід до оцінювання комп'ютерної програми як об'єкта, можна дійти висновків, що правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта авторських прав у договірних відносинах включає три компоненти.

Приватна компонента такого об'єкта (як об'єкта договірних відносин) втілюється у товарній природі комп'ютерної програми, що включає споживчу та мінову вартість програми як об'єкта майнового обороту. *Споживча вартість* комп'ютерної програми відображає її особливості як об'єкта інтелектуальної власності, що наділений корисними властивостями, які дозволяють задовольняти різноманітні виробничі, підприємницькі, інші потреби. Мінова вартість комп'ютерної програми віддзеркалюється у її здатності до обміну на інше майно, передусім на всезагальний еквівалент економічних цінностей – гроші. *Публічна компонента* товароздатності комп'ютерної програми як об'єкта договірних відносин виражена у закріпленому законодавчо правовому режимі об'єктів авторського права, який встановлює нормативні правила обігу комп'ютерної програми в цивільному обороті та забезпечує дотримання балансу приватних та публічних інтересів.

Поряд із цим, візьмемо до уваги і той факт, що договір, за яким право на використання комп'ютерної програми передається суб'єктом авторського права іншим особам, також встановлює правила поведінки та конкретизує правовий режим конкретного об'єкта (комп'ютерної програми). Проте, маючи важливе, але виключно локальне значення, він не може бути віднесений до публічної компоненти цього об'єкта. Це дає підстави виокремити *локальну нормативну компоненту* – умови договору, які визначають права та обов'язки осіб, яким передано авторські права на комп'ютерну програму.

Мінова вартість створеної автором комп'ютерної програми реалізується шляхом оплатного передання автором комплексу майнових прав (їх частини) на неї іншій особі. Виключні права, які за змістом є майновими, за загальним правилом, являють собою правомочності з використання, розпорядження і захисту. Такі правомочності щодо нематеріального об'єкта, яким є комп'ютерна програма, відрізняються від близьких за змістом виключних правомочностей власника – права володіння, користування і розпорядження.

Особливістю, яка визначає виключність прав на комп'ютерні програми як об'єкти авторських прав, та обумовлює їх специфіку як об'єкта договірних

відносин, є їх транстериторіальність: одна і та сама комп'ютерна програма може використовуватись одночасно в різних регіонах однієї країни, в різних країнах, на територіях з різними правовими режимами, а отже реалізація виключних прав на комп'ютерні програми практично не обмежена в просторі.

Авторські права на комп'ютерну програму виникають за умови наявності певних юридичних фактів, які поділяють на первісні, коли права виникають незалежно від волі третіх осіб (власне, це створення автором комп'ютерної програми) та похідні, за яких майнові авторські права набуваються за волею попереднього правовласника та, як правило, набувача прав, тобто на основі договору. Зі змісту норм законодавства випливає висновок про множинність підстав виникнення/набуття майнових авторських прав. Такі права на комп'ютерну програму можуть виникати внаслідок: а) створення її автором (групою авторів); б) створення автором комп'ютерної програми в порядку виконання обов'язків за трудовим договором/контрактом; в) створення комп'ютерної програми на замовлення; г) укладення договору про передання права на комп'ютерну програму і подібн.; д) внесення майнових прав інтелектуальної власності як вкладу до статутного капіталу юридичної особи; е) рішення суду; є) спадкування. Особисті немайнові і майнові права як комплекс прав виникають виключно у авторів, тоді як в інших суб'єктів виникають виключно майнові авторські права на комп'ютерні програми.

Водночас, слід враховувати, що саме створення комп'ютерної програми можливе на основі договору – трудового або цивільного (за замовленням). Тому питання авторського договору на розробку комп'ютерної програми може бути розглянуто у різних аспектах. Передусім, становить інтерес питання про створення комп'ютерної програми фізичною особою як працівником організації, тобто в порядку виконання трудових (службових) обов'язків. Відносини між роботодавцем та працівником як автором у цих випадках охороняються цивільним законодавством. Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» комп'ютерна програма, яка створена автором як працівником у зв'язку з виконанням обов'язків за

трудовим договором (контрактом) є *службовим твором*. За колишнім законодавством (ст. 16 Закону про авторське право) особисте немайнове авторське право на таку комп'ютерну програму належало його автору, а розподіл майнових прав на неї як на службовий твір визначався законом, якщо інше не передбачено договором між автором і роботодавцем. Отже складалася ситуація, за якої норми спеціального законодавства (Закону про авторське право) відсилали акту загальнішого значення – ЦК України, де ст. 429 встановлювала спільність майнових прав інтелектуальної власності автора та роботодавця. Це певною мірою порушувало правила нормотворення та ієрархію нормативно-правових актів, відповідно до яких загальна норма відсилає до спеціальної, а не навпаки. Ця ситуація наразі виправлена, про що ми скажемо в наступному розділі нашої роботи.

Іншим випадком є створення комп'ютерної програми за замовленням, коли автор не перебуває у трудових (службових) правовідносинах. За таких умов комп'ютерна програма створюється на основі договору замовлення на створення комп'ютерної програми. З таким договором автор зобов'язується створити об'єкт інтелектуальної власності відповідно до умов договору та передати його замовникові [259, С. 43]. Правила щодо таких договорів передбачені у ст. 1112 ЦК України та ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права». При чому в нормах колишнього законодавства також спостерігався некоректний підхід, що суперечив правилам нормотворення, коли загальні норми регулювали відносини докладніше, аніж норми спеціальні. Так, у положеннях Закону про авторське право лише ч. 6 ст. 33 визначала поняття авторського договору замовлення, а ч. 2 ст. 34 згадувала про відповідальність за невиконання обов'язків за авторським договором на замовлення; в іншому норми спеціального закону відсилали до «закону», яким вважався ЦК України.

У зазначених випадках – при створенні комп'ютерної програми в порядку виконання трудового договору/контракту або договору замовлення майнові авторські права виникають в іншій (крім автора) особи – роботодавця, замовника без додаткових правочинів. При цьому майнові авторські права

можуть передаватися іншим особам на підставі інших договорів, учасником яких є автор чи інша особа, якій належать такі права. Докладний розгляд цих правовідносин ми здійснимо в наступній частині нашого дослідження.

Правові основи обігу примірників комп'ютерних програм раніше були визначені Законом «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» від 23 березня 2000 р. в редакції Закону від 10 липня 2003 р., який втратив чинність на підставі Закону України від 15 грудня 2021 р. Внаслідок скасування цих норм ті діяння, які були передбачені ст. 216 Кримінального кодексу України («Незаконне виготовлення, підробка, використання, збут підроблених контрольних марок») та ст. 164-9 Кодексу України про адміністративні правопорушення («Незаконне розповсюдження контрольних марок»), були декриміналізовані. Також з повноважень Мінекономіки виключено функцію із забезпечення відтворювачів, імпортерів/експортерів примірників комп'ютерних програм (та іншої продукції) контрольними марками, а також ведення Єдиного реєстру одержувачів контрольних марок. Такі заходи були обумовлені рівнем розвитку інформаційних технологій, за якого нанесення контрольних марок втратило ефективність як засіб протидії незаконному розповсюдженню комп'ютерних програм, та при цьому таке маркування ускладнювало б діяльність добросовісних виробників і розповсюджувачів цього виду продукції. Наразі правовласники у змозі обирати сучасніші, ефективніші способи захисту авторських прав на комп'ютерні програми.

Відповідно до правил, які діяли ще в період чинності Закону України від 22 березня 2000 р. розповсюдження комп'ютерних програм дозволялося лише за умови маркування комп'ютерних програм контрольними марками та з дотриманням інших умов [58]. Після скасування цього акту в Україні відсутній спеціальний закон, який би визначав правила обігу примірників комп'ютерних програм. Разом із тим, такий процес опосередковує низка договорів, за якими суб'єкти авторських прав передають права на комп'ютерні програми іншим особам, що є предметом докладного аналізу в іншій частині цього дослідження.

Певний період часу, до 1 січня 2004 р. відповідно до законодавства можливість передання авторських прав була обмежена виключно укладенням *авторського* договору, за яким автор (чи інша уповноважена особа) мала право передати свої майнові права будь-якій іншій особі повністю чи частково. Авторіві (особі, яка мала авторське право) належало виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами саме на підставі авторського договору [37, С. 20].

Колишній Закон про авторське право, не визначав конкретних видів договорів, за якими могли передаватися права на використання об'єктів авторських прав, зокрема й на використання комп'ютерної програми; але ст. 33 в ньому містила загальні норми про договори на право використання творів.

При цьому в положеннях ЦК України аналогічні договори (авторські договори про передачу виключного права на використання твору) названі *договорами про розпорядження правами інтелектуальної власності*. Відповідно до ст. 1107 ЦК України розпорядження майновими авторськими правами може здійснюватися на підставі таких правочинів: ліцензія на використання комп'ютерної програми; ліцензійний договір; договір про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми; договір про передання виключних майнових авторських прав; інші правочини щодо розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерну програму.

Як зазначалося у постанові Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» використання творів, якщо інше не встановлено законом, допускається лише на підставі передбаченого ст. 1107 ЦК України договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності [139]. Така категоричність щодо правової підстави розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (виключно договір, що передбачений саме у ст. 1107 ЦК України) видається невинуватною, адже принцип свободи договору надає широкі можливості у цьому сенсі. Разом із тим, судова практика очевидно спирається на відкритість переліку видів договорів у цій

нормі, яка спрямовує, серед іншого, до «інших видів договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності».

Для цієї групи договорів законодавець застосував особливу назву, яка дозволяє зрозуміти, що йдеться про визначення юридичної долі майнових прав інтелектуальної власності, що обіймає собою випадки як передання майнових прав, так і видачі дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Класифікаційною ознакою, яку використав законодавець у ЦК України, вважається очікуваний правовий результат. Так, наслідком укладення договорів про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності є зміна правоволодільця, за ліцензійним договором виникає право на використання об'єкта, а за договором про створення та використання об'єкта – творчі дії з його створення [42, С. 13, 15]. Договори щодо розпорядженнями саме майновими авторськими правами, за висновками вчених, у системі цивільно-правових договорів становлять окремий тип, що обумовлено предметом, який має специфічний, нематеріальний характер [45, С. 104].

Конкретизовано перелік договорів, на основі яких може здійснюватися розпорядження майновими правами на об'єкти авторського права, і в ст. 48 Закону України «Про авторське право і суміжні права», де згадано такі види правочинів: 1) трудовий договір (контракт) – у частині умов про розподіл майнових прав на службовий твір; 2) договір про створення за замовленням і використання об'єкта авторського права; 3) договір про передання (відчуження) майнових прав на об'єкт авторського права; 4) ліцензійний договір на використання об'єкта авторського права; 5) публічна ліцензія на використання об'єкта авторського права; 6) інший правочин щодо розпоряджання майновими правами на об'єкт авторського права.

До інших правочинів у літературі віднесено, зокрема, договір про розподіл майнових прав інтелектуальної власності на об'єкти, які створені при виконанні трудових обов'язків; договір між роботодавцем і творцем про винагороду; договір про передання права на одержання охоронного документа на створений у зв'язку з виконанням трудового договору об'єкт права

інтелектуальної власності; договір між співавторами об'єкта інтелектуальної власності про вклад кожного автора у створення об'єкта та розподіл винагороди тощо [197, С. 197].

Таким чином можливо систематизувати передбачені законом види договорів щодо створення та розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерні програми. Це такі види правочинів: а) трудовий договір (контракт) – у частині умов про розподіл майнових прав на комп'ютерну програму – службовий твір; б) договір про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми; в) ліцензійний договір (ліцензія на використання комп'ютерної програми); г) договір про передання виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму; д) договір про розподіл майнових прав на комп'ютерну програму, що створена при виконанні трудових обов'язків (або за окремим дорученням роботодавця); е) договір між співавторами про вклад у створення комп'ютерної програми та розподіл винагороди між ними; є) договір між автором та роботодавцем про винагороду за створену комп'ютерну програму; ж) договір про передання права на одержання охоронного документа на комп'ютерну програму, що створена у зв'язку з виконанням трудового договору.

У доктрині представлено й інші класифікації договорів з розпорядження майновими права інтелектуальної власності. Спільною ознакою для всіх цих договорів І. Є Якубівський вважає основний результат, на який вони спрямовані – це розпорядження такими майновими правами. Цей учений поділяє такі договори за сферою застосування на універсальні та спеціальні; до перших відносить ліцензійний договір та договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, а до других – договір про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуальної власності та договір комерційної концесії [236, С. 62].

Поряд із цим в літературі практичного спрямування вирізняють два види договорів про відчуження майнових авторських прав. По-перше, договори про передання (відчуження) авторських майнових прав у повному

складі. Особа, яка набуває такі права, може використовувати об'єкт авторського права самостійно, дозволяти його використання іншим особам, відчужувати ці авторські майнові права, тоді як автор (інша правомочна особа, яка здійснила таке відчуження авторських майнових прав) такі правомочності втрачає. По-друге, договори, за якими відбувається часткове передання авторських майнових прав; тут автор чи інша правомочна особа, та набувач майнових авторських прав розподіляють між собою правомочності щодо об'єкта авторських прав шляхом визначення тих способів його використання, які «відступаються» на користь набувач, і тих, які залишаються за автором (іншою правомочною особою) [108, С. 67].

Стосовно наведеної класифікації зазначимо, що на думку її авторів за першим з цих видів договорів «відбувається зміна власника майнових прав» на об'єкт авторського права. Імовірно це спонукає і цих, й інших авторів іменувати набувача авторських прав – правонаступником [226, С. 87]. Такий підхід видається не коректним, оскільки в самих термінологічних конструкціях, які використані дослідниками, закладена суперечність: по-перше, внаслідок відчуження об'єкта відбувається зміна власника, але це не є правонаступництвом; водночас, і саме позначення набувача «власником» авторських майнових прав також не є безспірним. Заперечення викликає і твердження авторів аналізованого підходу про те, що у другому з наведених видів договорів кілька осіб набувають авторські майнові права, але вони не здійснюють їх спільно; кожен здійснює їх у межах своєї «частки прав». Передусім, зазначена термінологія застосована у нормах щодо права власності, проте законодавець говорить про частку у *праві*, а не про частку прав; частка визначається як складник цілого, тому не застосовується щодо множини (прав). Набувач за договором про передання майнових авторських прав набуває такі «цілі» права, а не їх частку. Так право використання комп'ютерної програми, яке обмежене, скажімо, певною територією, чи певними способами використання цього об'єкта, не є часткою майнових авторських прав. Тут ідеться не про частку, а про вид та обсяг майнового авторського права.

При цьому деякі правознавці, досліджуючи проблеми цивільно-правового регулювання договірних відносин з передання (відчуження) майнових прав інтелектуальної власності ведуть мову не про правонаступництво, а про «наступництво» [60, С. 412], що все ж не вирішує проблеми. Термін «розпорядження» більшою мірою відповідає суті правовідносин. Розпорядження ж майновими правами інтелектуальної власності, як зазначає І. В. Кривошеїна, полягає в можливості змінювати юридичну долю такого права, відчужувати його, обмежувати [70, С. 50], з чим ми погоджуємося, адже дійсно, автор, укладаючи договір з розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерну програму, вирішує долю цього права.

В науковій літературі пропонується диференціювати цивільно-правові договори про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності саме на програмне забезпечення. Так, О. В. Розгон виокремлює чотири групи таких правочинів: а) договори, спрямовані на створення таких об'єктів або їх механічне відтворення (виникнення прав); б) договори, спрямовані на розпорядження майновими правами на такі об'єкти; в) договори, які регулюють розповсюдження комп'ютерних програм; г) договори, які регулюють ліцензування таких об'єктів [186, С. 172].

А ліцензійні договори на комп'ютерне програмне забезпечення поділяють на види, зокрема, за двома критеріями: 1) за доступністю вихідного коду програми; 2) за ціною програмного забезпечення. Кожен вид таких ліцензійних договорів обумовлює особливі підходи щодо способів використання об'єкта та специфікації й захисту авторських прав. Види ліцензій у цій сфері впливають на способи використання, організаційну модель розробки (параметри комп'ютерної програми), на структуру витрат тощо [68, С. 4, 16]. У будь-якому разі предметом договору на використання об'єкта авторського права можуть бути виключно дійсні права та не можуть бути такі права, яких не існувало на момент укладання договору [77, С. 27].

Водночас, як зазначають учені на основі аналізу доктрини і нормативних джерел, і на законодавчому, і на науковому рівнях поки що відсутній єдиний

підхід до системи договорів щодо об'єктів інтелектуальної власності та передавання прав на них. Така ситуація склалася внаслідок існування різних теоретичних підходів до визначення сутності правового режиму об'єктів інтелектуальної власності, а також через диференціацією правового регулювання на рівні спеціальних законів та загального закону, яким є ЦК України [66, С. 133].

Висновки до розділу 1

1. Комп'ютерна програма як об'єкт авторського права – це створений творчою діяльністю фізичної особи набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, втілений на носіях будь-якого виду (електронних, паперових тощо), для використання в автоматичних пристроях для обробки інформації, або іншому обладнанні, що базується на цифровій техніці з метою приведення її у дію для досягнення певної мети або результату. За своїм змістом та призначенням комп'ютерна програма має відповідати закону та моральним засадам суспільства.

2. Поняття Інтернет-сайту (веб-сайту, веб-порталу) не збігається за змістом з комп'ютерною програмою, яка, поряд з інформаційною складовою та доменним ім'ям, є частиною веб-сайту як складного об'єкта права інтелектуальної власності; комп'ютерна програма забезпечує функціонування та можливість інформаційного наповнення Інтернет-сайту в мережі Інтернет.

3. Комп'ютерні програми не мають ознак патентоздатності та не належать до об'єктів, яким може надаватися правова охорона патентом комп'ютерні програми охороняються правом як об'єкти авторських прав.

4. Головна перевага охорони прав на комп'ютерні програми за допомогою механізму авторського права, яка зумовлює всі інші можливості захисту порушених авторських прав на комп'ютерну програму, полягає в презумпції авторства, що унеможливлене у сфері патентного права. Відповідно до презумпції авторства за відсутності доказів іншого, автором комп'ютерної

програми вважається фізична особа, ім'я якої зазначене в оригіналі або копії цієї програми як автора.

5. Авторське право на комп'ютерну програму виникає внаслідок самого факту створення комп'ютерної програми творчою працею особи та надання їй певної об'єктивної форми: письмової, електронної, звуку чи відеозапису, зображення, об'ємно-просторової, усної. Авторське право на комп'ютерну програму виникає незалежно від її оприлюднення, переваг, призначення, способу вираження; рівня новизни, унікальності результату інтелектуальної діяльності. Майнові авторські права на комп'ютерні програми можуть виникати внаслідок створення комп'ютерної програми, на підставі закону та/або договору, рішення суду, спадкування.

6. Необхідною умовою для надання комп'ютерній програмі правової охорони є наявність оригінальних особливостей елементів компонування, вибору, розміщення і текстових виразів.

7. Авторське право охороняє всі види комп'ютерних програм; комп'ютерна програма захищається як цілісний об'єкт, хоча є складним твором, що включає вихідний код, об'єктний код, супровідні матеріали, аудіовізуальні зображення та ін. Об'єктами авторського права є і функціонально завершені окремі елементи комп'ютерної програми (підпрограми, модулі, бібліотеки тощо) та об'єкти, які створені й використані для розробки програми.

8. Обсяг охорони комп'ютерної програми засобами авторського права не залежить від розміру програми, її характеристик (кількість мов програмування, які використані при її створенні, кількість рядків коду, символів, чисел тощо), від її переваг, недоліків, способів її вираження, її специфіки (прикладна програма, програмний комплекс, операційна система), рівня унікальності.

9. Норми авторського права захищають виключно вихідний код комп'ютерної програми (текст комп'ютерної програми, що створений за допомогою мови програмування); такий захист не поширюється на функції, які виконує комп'ютерна програма, а також на ідеї та принципи, які використовувалися при створенні цієї програми.

10. Виключно автору комп'ютерної програми належать такі особисті немайнові права: а) право зазначати своє ім'я або обраний для себе псевдонім на кожному примірнику програми або у зв'язку з будь-яким її використанням; б) право вимагати зазначення свого імені/псевдоніму на кожному примірнику програми або у зв'язку з будь-яким її використанням; в) право забороняти згадування свого імені/псевдоніму на примірнику програми або у зв'язку з будь-яким її використанням; г) право на недоторканість комп'ютерної програми, що включає право на збереження її цілісності, протидію будь-якій переробці, перекручуванню, спотворенню, іншій зміні програми, будь-якому іншому посяганню на неї, яке може зашкодити інтересам автора.

11. Головним майновим авторським правом на комп'ютерну програму є право на її використання. Виключне право автора (іншої особи, якій належить авторське право) дозволяти чи забороняти використання комп'ютерної програми уповноважує дозволяти/забороняти щодо комп'ютерної програми такі дії: відтворювати; публічно виконувати, публічно сповіщати; публічно демонструвати чи здійснювати показ; повторно оприлюднювати у будь-який спосіб не тією організацією, яка здійснила це верше; здійснювати переклад, переробку, адаптацію та інші зміни; включати її як складник до інших програм тощо; розповсюджувати шляхом першого продажу, відчуження в інший спосіб, передавати у використання до моменту першого продажу примірників; подавати до загального відома у спосіб, який дозволяє публіці здійснити доступ до неї у будь-який час і з будь-якого місця; здавати в майновий найм та/або комерційний прокат після моменту першого продажу, відчуження в інший спосіб оригіналу або примірників комп'ютерних програм; є) імпортувати примірники; інші дії, які не суперечать закону, моральним засадам суспільства та змісту авторського права.

12. Правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта авторських прав у договірних правовідносин містить публічну, приватну та локальну нормативну компоненти. *Публічна компонента* виражена у правовому режимі об'єктів авторського права, який встановлює нормативні правила обігу

комп'ютерної програми в цивільному обороті та забезпечує дотримання балансу приватних і публічних інтересів. *Приватна компонента* втілюється у товарній природі комп'ютерної програми, яка включає її споживчу та мінову вартість як об'єкта майнового обороту. *Споживча вартість* комп'ютерної програми відображає її особливості як об'єкта інтелектуальної власності, що наділений корисними властивостями. Мінова вартість комп'ютерної програми віддзеркалюється у її здатності до обміну на інше майно. *Локальна нормативна компонента* відображає умови договору, що визначають права та обов'язки осіб, яким передано авторські права на комп'ютерну програму.

13. Види договорів щодо створення та розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерні програми доцільно систематизувати за сферами та предметом. *У сфері трудових правовідносин*: а) трудовий договір (контракт) – у частині умов про розподіл майнових авторських прав на комп'ютерну програму, яка є службовим твором; б) договір про розподіл авторських майнових прав на комп'ютерну програму, що створена при виконанні трудових обов'язків (або за окремим дорученням роботодавця); в) договір між автором та роботодавцем про винагороду за створену комп'ютерну програму; договір про передання права на одержання охоронного документа на комп'ютерну програму, що створена у зв'язку з виконанням трудового договору. *У сфері цивільних правовідносин*: а) договір про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми; б) ліцензійний договір на використання комп'ютерної програми; є) договір про передання (відчуження) виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму; ж) договір між співавторами про вклад у створення комп'ютерної програми та поділ винагороди між ними.

14. Аналіз законодавства про авторське право свідчить про підвищення рівня правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та тенденцію до законодавчого розширення змісту особистих немайнових прав автора комп'ютерної програми.

Основні результати розділу опубліковано у наукових працях [94], [95], [96].

РОЗДІЛ 2. РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЗАХИСТ ПРАВ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ У КЛАСИЧНИХ ДОГОВОРАХ З РОЗПОРЯДЖЕННЯ ПРАВАМИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

2.1. Права інтелектуальної власності на комп'ютерні програми, створені у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту)

Набуття прав на комп'ютерну програму особою, яка не є її творцем, та набуття офіційного статусу правовласника вимагає від суб'єкта чіткого дотримання встановленого законом порядку набуття прав інтелектуальної власності [187, С. 86]. Як ми вже зазначали, щодо комп'ютерних програм виникають саме авторські права, адже в умовах масового виробництва програмних продуктів найвищий рівень правової охорони комп'ютерних програм може дати саме визнання їх об'єктами авторського права. Цьому сприяє низка чинників: вихідний текст комп'ютерної програми має ознаки, подібні до літературного твору. Використані при розробці комп'ютерної програми алгоритми, методи, теорії та формули, аудіо та відео зображення, анімація графіка тощо доповнюють її ознаки як твору; але комп'ютерні програми наділені й ознаками, що притаманні виключно їм [39, С. 26].

Розпорядження авторськими майновими правами на комп'ютерні програми, як правило, здійснюється на основі правочину. У сучасному світі такі правочини мають стратегічне економічне значення, адже саме поняття інтелектуальної власності має дуалістичний, економіко-правовий характер, права на об'єкти інтелектуальної власності обліковуються як нематеріальні активи [212, С. 100]. А майнові права інтелектуальної власності в цивільному обороті виступають об'єктами цивільних прав (скажімо, у процесі спадкування), а в господарському – об'єктами господарських прав (зокрема, при комерційній експлуатації за договором комерційної концесії) [79, С. 188].

Майновими правами на об'єкт права інтелектуальної власності породжують для носія цих прав певний майновий інтерес. Закон наділяє

власника майнових прав об'єкта інтелектуальної власності можливістю розпоряджатися цим правом, яке власник може реалізувати на підставі низки передбачених для цих цивільних правовідносин договорів [79, С. 61].

Як зазначають дослідники, абсолютна більшість об'єктів права інтелектуальної власності в сучасному світі створюється в межах трудових правовідносин [33, С. 80]. Стосовно таких об'єктів інтелектуальної власності у ст. 429 ЦК України фігурує термін «об'єкт, створений у зв'язку із виконанням трудового договору», тоді як у ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» йдеться про «службовий» твір. Деякі дослідники пояснюють таку колізію тим, що, формуючи текст ст. 429 ЦК України, законодавець запозичив підходи, які склалися в зарубіжних правових системах, та прагнув зробити законодавчі формулювання доступнішими для пересічної особи [227, С. 105]. На нашу ж думку, формулювання, що застосоване в ст. 429 ЦК України, звісно термінологічно дещо переобтяжене; термін «службовий твір» є лаконічнішим, зручнішим та цілком відображає зміст явища, про яке йдеться, але виключно за умови, якщо йдеться про об'єкти авторських прав, якими і є «твори». Тоді як щодо інших об'єктів інтелектуальної власності цей термін застосовувати неправильно. Тому остання редакція ст. 440 ЦК України (чинна з 1 січня 2023 р.), яка стосується саме об'єктів авторського права, також містить термін «службовий твір», а в ст. 429, яка поширюється на всі інші об'єкти інтелектуальної власності, залишаються «об'єкти, створені у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту)».

Відповідно до п. 55 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» службовим твором комп'ютерна програма буде за умови, що вона створена працівником у зв'язку з виконанням обов'язків за трудовим договором (контрактом). Важливо, що й положення ст. 429 ЦК України стосуються саме тих випадків, коли працівник створює об'єкт інтелектуальної власності (комп'ютерну програму) у процесі виконання своїх обов'язків за трудовим договором. При цьому, працівник може створити комп'ютерну програму або виконуючи свої трудові функції, які прямо передбачені

посадовими обов'язками, або за окремим службовим завданням, за окремою угодою з роботодавцем.

З позиції правників, ефективніше було б оформлювати відносини між роботодавцем та працівником щодо об'єктів інтелектуальної власності не трудовим, а цивільно-правовим договором; якщо ж відносини регулюються трудовим договором, то для працівників, які за посадовими обов'язками створюють об'єкти інтелектуальної власності, варто передбачити у трудовому договорі окремий розділ прав на такі об'єкти інтелектуальної власності, дотримання сторонами вимог закону у цій сфері, збереження конфіденційності інформації тощо [40, С 49]. А деякі з учених, зокрема О. Яворська, вважають доцільним укладення у цій сфері договорів організаційного характеру, які регулюють створення, використання об'єктів інтелектуальної власності, розпорядження правами на них, та виконують допоміжні функції. Такі відносини можуть регулюватися як трудовим, такі і самостійним цивільно-правовим договором між працівником та роботодавцем. Але в силу специфіки його змісту та інших особливостей він не належить до певної групи цивільних договорів, а має організаційний характер [231, С. 156].

Важливо й те, що внаслідок трактування згаданих норм закону в літературі висловлюється думка, що твір має вважатися службовим лише за умови що створення таких творів передбачається в умовах трудового договору (контракту) або є наслідком виконання працівником службового завдання, яке може виходити за рамки його трудової функції, а крім того за обсягом затрат праці не перевищує норми закону. Якщо створення працівником творів не передбачено трудовим договором, а створений твір не є наслідком виконання службового завдання, то цей твір не є службовим і права на нього належать лише автору. У разі, коли твір створено за дорученням роботодавця, але це прямо не пов'язане з трудовими обов'язками працівника, то всі питання щодо нього мають регулюватися саме цивільно-правовим договором [57, С. 31]. Правники рекомендують укладати цивільно-правові договори між роботодавцем та працівником-автором і щодо створення службового твору, і

щодо розпорядження майновими правами щодо вже існуючого об'єкта, передусім, у разі, коли створення службових творів не передбачено трудовим договором чи в ньому відсутні умови про права на такий твір [208, С. 121].

Щодо тих об'єктів інтелектуальної власності, які створено працівником із власної ініціативи, без використання матеріальної бази роботодавця у вільний від роботи час, або від прав на які роботодавець відмовився, у літературі склалася концепція «вільного об'єкта» [1, С. 140]. Якщо твір, створений працівником, є вільним, то всі особисті немайнові та майнові права на нього належать автору, який здійснює їх на свій розсуд.

Цікаво, що у законодавчій дефініції службового твору, у ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» та у ст. 429 ЦК України як суб'єкт згадується саме «працівник», що видається не зовсім коректним, адже, по-перше, статус працівника (і щодо конкретного роботодавця) фізична особа має тимчасово, тоді як авторство є довічним, а по-друге, працівником є сторона трудових правовідносин, а в нашому випадку йдеться про цивільні правовідносини. Така ситуація вимагає виправлення шляхом внесення змін до положень ст. 429 та заміни терміну «працівник» на «автор».

Привертає увагу і те, що у ст. 429 ЦК України сторона іменується як «юридична або фізична особа, де або у якої працює *працівник*», у ст. 440 ЦК України – це «юридична або фізична особа, де або у якої працює *автор*», а в нормах Закону України «Про авторське право і суміжні права» – це «роботодавець». Такий розбрат терміносполучень і термінів, що застосовуються на позначення одного й того самого суб'єкта, є невиправданим, що потребує виправлення на законодавчому рівні.

У науковій літературі вже висловлювалися критичні зауваження щодо термінології, яка застосована в положеннях ЦК України щодо суб'єктів прав інтелектуальної власності на службовий твір. Буквальне трактування норм закону підштовхує деяких учених, зокрема В. Дмитришина, до висновку, що в них «автор» як суб'єкт зникає, замінюється «працівником», якому належать трудові права, а не авторські; поняття «працівник» та «автор» співвідносяться

як загальне та індивідуально визначене; загалом у регулюванні таких правовідносин перевагу слід надавати спеціальним нормам, які регулюють саме відносини інтелектуальної власності [40, С. 48].

Відповідно до ч. 1 ст. 429 ЦК України особисті немайнові права на комп'ютерну програму, створену у зв'язку з виконанням трудового договору, належать авторів, який створив цей об'єкт. Право на визнання особи творцем та право на недоторканність об'єкта інтелектуальної власності не залежать від розподілу майнових прав інтелектуальної власності і назавжди залишаються за працівником, навіть якщо всі виключні майнові права на об'єкти інтелектуальної власності належать або передані роботодавцю [62, С. 138-139]. Друге речення ч. 1 ст. 429 дозволяє, щоб у встановлених законом випадках окремі особисті немайнові права на об'єкт інтелектуальної власності належали роботодавцеві. Таке саме положення містить і ч. 2 ст. 423 ЦК України, але всі ці норми є загальними і стосуються всіх об'єктів інтелектуальної власності.

А згідно зі спеціальною нормою – ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» особисті немайнові авторські права на службовий твір належать винятково працівникові (автору), працею якого створено цей твір. Та і в ст. 11 цього Закону, яка визначає перелік особистих немайнових прав автора, зазначено, що такі права належать виключно автору, не можуть бути передані (відчужені) іншим особам, не переходять у спадщину. Отже такі права належать лише автору, який створив комп'ютерну програму. Проте у зв'язку з колізією норм, закріплених у згаданій ст. 14 Закону та у ст. 11 Закону і ст. 429 ЦК України постає питання, чи можуть належати роботодавцеві особисті немайнові права на комп'ютерну програму?

Загальний перелік особистих немайнових прав автора, як ми вже зазначали, наведено в положеннях ст. 423 ЦК України; їх конкретизовано у ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права», де до особистих немайнових віднесено права: вимагати визнання свого авторства і зазначення імені автора належним чином і в оригіналі, й у копіях твору (якщо це

практично можливо) при будь-якому його використанні; залишатися автору анонімом та забороняти згадування його імені при будь-якому використанні твору; обирати й використовувати псевдонім, вимагати його зазначення за будь-якого використання твору; вимагати збереження цілісності твору, протидіяти будь-якому спотворенню, перекрученню, іншій зміні твору, включаючи супроводження твору ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо без згоди автора; надати назву твору або залишити його без назви, присвятити твір особі (особам), події або даті.

Разом із тим, враховуючи зміст деяких особистих немайнових авторських прав, можливо дійти висновку, що роботодавцеві цілком може належати низка повноважень, зокрема, щодо недоторканності твору – вимагати збереження цілісності твору, протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору. Також роботодавець у змозі вимагати зазначення імені автора на всіх примірниках твору, згадування імені автора при використанні твору тощо.

Важливо при цьому, що Закон України «Про авторське право і суміжні права» у ч. 3 ст. 14 надає роботодавцю право доручити іншій особі завершити незавершений службовий твір, вносити зміни у завершений службовий твір, супроводжувати його передмовами, післямовами, ілюстраціями, тощо, якщо тільки інше не передбачено трудовим договором (контрактом) або цивільно-правовим договором між працівником-автором і роботодавцем щодо майнових прав на службовий твір. Але ж правомочності супроводжувати об'єкт авторського права ілюстраціями, передмовою, післямовою тощо можуть вчинятися виключно за згодою автора і вони є складовою особистих немайнових авторських прав, що прямо передбачено у п. 4 ч. 1 ст. 11 цього ж Закону. Таким чином ми маємо суперечність між положеннями ст. 11 Закону, де зазначено, що особисті немайнові права належать лише автору, та положеннями ч. 3 ст. 14, яка дозволяє роботодавцеві (який не є автором) здійснювати певні особисті немайнові авторські права на твір без згоди автора. Для її виправлення вважаємо за доцільне доповнити другий абзац ч. 1 ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» та викласти його в такій

редакції: «Особисті немайнові права належать лише автору та не можуть бути передані (відчужені) іншим особам, за винятком випадків, передбачених законом. Особисті немайнові права автора не переходять у спадщину».

Питання ж про майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, який створено у зв'язку з виконанням трудового договору, в законодавстві України має свою окрему історію. За однією з редакцій ч. 2 ст. 16 Закону про авторське право 1993 р. виключне майнове право на службовий твір належало саме роботодавцю, якщо інше не передбачалося трудовим або цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем. Ці положення діяли до 2021 р. і суперечили ст. 429 ЦК України, яка передбачала, що майнові права на такий твір належать *спільно* автору та роботодавцеві. На таку невідповідність загальної норми (ст. 429) та спеціальних норм, які діють щодо окремих видів об'єктів інтелектуальної власності звертали увагу дослідники, які зазначали, що положення ч. 2 ст. 429 не узгоджуються із принципами розподілу майнових прав на службові об'єкти інтелектуальної власності, закладені в нормах спеціальних законів, і прямо їм суперечать [242, С. 714].

Зі свого боку, Пленум Вищого господарського суду України у ч. 1 п. 35 постанови «Про деякі питання вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17 жовтня 2012 р. № 12 наголошував, що за умови, якщо об'єкт інтелектуальної власності створений за завданням роботодавця і за його рахунок або в процесі виконання обов'язків за трудовим договором, або за спеціальним замовленням, то виключні майнові права на нього належать сторонам договору *спільно*, якщо інше не встановлено самим договором [139]. Зважаючи на те, що ЦК України уведений в дію пізніше, на думку Пленуму, норми ст. 429 кодексу, які інакше врегульовують це питання, повинні замінювати положення ст. 16 Закону про авторське право 1993 р.

Зазначений підхід законодавця суперечив зарубіжній та міжнародній практиці, що підкреслювалося у різноманітних джерелах [263]. Поряд із цим, ця колізія давала окремим дослідникам підстави стверджувати, що правовідносини щодо службового твору, які виникають між роботодавцем та

автором, мають регулюватися не трудовим, а цивільним законодавством, з урахуванням ч. першої ст. 5 ЦК України. При цьому у працівника виникають виключно немайнові права на комп'ютерну програму, а авторська винагорода входить до заробітної плати [196, С. 32-33, 36].

На думку деяких інших учених, питання щодо прав на комп'ютерні програми вирішилося з моменту набуття чинності Угоди про асоціацію України з ЄС, яка передбачає, що всі майнові права на комп'ютерні програми – службові твори мають належати роботодавцеві [56, С. 374-375]. Дійсно, відповідно до ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. [159] чинні міжнародні договори України, на обов'язковість яких надана згода Верховною Радою України, стають частиною національного законодавства і повинні застосовуватися саме як норми національного права. Угода про асоціацію України з ЄС, що ратифікована Україною 16 вересня 2014 р., є частиною національного законодавства. Згідно з ч. 4 ст. 181 Угоди, усі виключні майнові права на комп'ютерну програму, яка створена працівником на виконання трудових обов'язків або відповідно до вказівок його роботодавця, належать саме роботодавцю, якщо інше не передбачено контрактом.

Очевидно саме у зв'язку з ратифікацією Угоди неузгодженість відповідних положень ЦК України з ч. 4 ст. 181 Угоди про асоціацію України з ЄС подолана, адже у 2021 р. ст. 440 ЦК України була доповнена частиною третьою, другий абзац якої містив положення про те, що майнові права на комп'ютерні програми, які створені у процесі виконанням трудового договору (контракту), належать юридичній або фізичній особі, де або у якої працює працівник, який створив ці комп'ютерні програми та (або) бази даних, якщо інше не встановлено договором. Перший абзац ч. 3 ст. 440 закріплював норму, за якою всі майнові права на інші об'єкти авторського права – службові твори належали авторові та роботодавцю спільно. А ч. 2 ст. 16 Закону про авторське право 1993 р. була змінена та відсилала до іншого акту законодавства. Важливо, що зміни до змісту ст. 440 ЦК України та ч. 2 ст. 16 Закону про

авторське право 1993 р. вносилися Законом України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» від 15 липня 2021 р. [173], вже в період дії Угоди про асоціацію України з ЄС.

Однак, одночасно із прийняттям Закону України «Про авторське право і суміжні права» знову були внесені зміни до ч. ст. 440 ЦК України: з неї вилучено абзац, що стосувався комп'ютерних програм, та зазначено, що майнові права на твір, що створений у зв'язку з виконанням трудового договору/контракту, з моменту його створення у повному складі переходять до роботодавця, якщо інше не передбачено договором чи законом. Отже принцип розподілу майнових прав на службові твори, що закріплений в Угоді про асоціацію України з ЄС, який раніше стосувався виключно комп'ютерних програм, поширено на всі види службових творів.

Аналогічний підхід до цього питання задекларовано і в ЄС. Так, п. 3 ст. 2 Директиви 91/250 ЄЕС Ради ЄС [247] встановлює, що якщо комп'ютерна програма створена працівником у порядку виконання ним службових обов'язків або згідно вказівок, наданих йому роботодавцем, то виключно роботодавець має право здійснювати всі майнові права на створену таким чином комп'ютерну програму, якщо інше не передбачено контрактом.

Самостійним майновим правом, яке належить виключно автору, є його право на справедливу винагороду за відповідні способи використання його твору. Відповідно до ч. 2 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автору службового твору належить авторська винагорода за створення і використання службового твору, а також за перехід прав на нього. У разі, якщо трудові обов'язки працівника безпосередньо передбачають створення службових творів певного виду, то така винагорода може бути включена до заробітної плати працівника за умови, якщо це правило передбачене в договорі між працівником і роботодавцем. Саме договір, з позиції вчених, є гарантією майнових прав інтелектуальної власності на службовий твір [188, С. 111].

В іншому випадку винагорода автора не обіймається заробітною платою і виплачується окремо. Розмір винагороди за створення службового твору, його

використання та за перехід прав на нього визначається відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» та Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» [142].

Отже авторська винагорода за створення і використання такої комп'ютерної програми, за перехід прав на неї може бути включена до заробітної плати автора (якщо це передбачено трудовим договором), або розмір такої винагороди має визначатися окремим цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем. Саме в договорі ці особи мають можливість визначити права та обов'язки стосовно використання, розподілу та розпорядження майновими правами на об'єкт інтелектуальної власності, що може перебувати і в їхньому спільному володінні [25, С. 336-337].

У більшості випадків на практиці застосовується фіксована сума авторської винагороди, яка визначається в договорі, вона може також пов'язуватися з обсягом робіт. Це відповідає інтересам як автора, який завдяки цьому є обізнаним з розміром очікуваної винагороди, так і роботодавця, бо дозволяє планувати передбачати обсяг імовірного прибутку від використання службового твору [34, С. 55].

Характерним саме для комп'ютерних програм, є те, що в переважній більшості випадків сучасні програми є настільки складними і об'ємними творами, що створення їх у прийнятні для умов ринку часові терміни однією особою є майже неможливим. Як правило, замовлення на створення комп'ютерних програм виконують авторські колективи; кожен зі співавторів створює певну частину такої програми, які об'єднуються в єдине ціле. Зазвичай кожна така частина має самостійне значення, може бути використана окремо, проте комп'ютерна програма не може функціонувати без якоїсь із цих частин. Якщо комп'ютерна програма, створена спільною працею кількох авторів, які створювали її у процесі виконання своїх трудових обов'язків, то розподіл прав між ними на цей об'єкт здійснюється за правилами про співавторство. Як правило, авторське право на твір створений у співавторстві, належить

співавторам спільно як у разі, коли такий твір становить одне нерозривне ціле, так і тоді, коли він складається з частин, кожна з яких має самостійне значення (ст. 436 ЦК України). Тож особисті немайнові авторські права та комп'ютерну програму, яка є службовим твором, співавтори здійснюють спільно, а майнові права на таку комп'ютерну програму з моменту її створення переходять до роботодавця, якщо інше не передбачено договором між цими особами.

Водночас, слід звернути увагу на той факт, що правовідносини між співавторами такої комп'ютерної програми є суто цивільними, трудовими ж є правовідносини між роботодавцем та кожним зі співавторів як працівником. Розподіл майнових прав на такий об'єкт між автором (авторами) та роботодавцем урегульований нормами цивільного права, альтернативою чого може бути договір. За змістом ці правовідносини є цивільними, тому доцільним видається врегулювання усіх питань щодо авторських прав на комп'ютерну програму, створену у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту), або цивільно-правовим договором. У сферах, де посадові обов'язки працівників передбачають створення об'єктів авторського права в процесі виконання трудової функції, доцільно розробляти нормативні акти локальної дії – положення, типові договори тощо, в яких урегулювати питання розподілу майнових прав на службові твори (комп'ютерні програми).

Стосовно моменту набуття авторських прав кожним зі співавторів логічно вважати, що у разі, коли співавторство на комп'ютерну програму є нероздільним, авторські права виникають одночасно в усіх співавторів у момент створення такого твору їхніми спільними зусиллями. У разі, якщо співавторство є роздільним, то на частину (складник) комп'ютерної програми, яка має самостійне значення і може використовуватись окремо, авторські права виникають в момент створення цієї частини, а на увесь твір – в момент об'єднання окремих частин в єдину комп'ютерну програму [51, С. 51].

У зарубіжних країнах регламентація взаємовідносин між роботодавцем та працівником з приводу об'єктів інтелектуальної власності регулюється дещо інакше. Так, в США вони регулюються законами штатів, які мають свої

особливості, але судові рішення на території всієї країни характеризуються єдністю і виносяться за такими правилами. Якщо існує угода між працівником і роботодавцем, то в ній визначаються права на об'єкт інтелектуальної власності. Об'єкт належить роботодавцеві, якщо в угоді: а) прямо зазначено про передачу працівником створеного ним об'єкта інтелектуальної власності роботодавцю; б) обумовлено, що працівник був найнятий саме з метою створення об'єкта інтелектуальної власності або його створення є невід'ємним обов'язком працівника. За відсутності спеціальної угоди між ними створений об'єкт є власністю працівника. Роботодавець має право на отримання ліцензії за умови, якщо зробив певний вклад у створення цього об'єкта інтелектуальної власності, зокрема, вкладом визнається створення об'єкта в робочий час (оплачений роботодавцем) та/чи використання його обладнання й матеріалів [41, 4-7].

2.2. Авторські права на комп'ютерні програми, створені за договором замовлення

Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності передбачено у ст. 1107 ЦК України як один з видів договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Проте, на нашу думку, укладення і виконання цього договору спрямоване передусім на створення самого об'єкта права інтелектуальної власності (комп'ютерної програми) лише з подальшим його використанням. Тому розглядати зазначений договір виключно як правову форму розпорядження майновими правами інтелектуальної власності не зовсім правильно.

Цікаво, що раніше в спеціальному законодавстві, зокрема у ст. 31 та ст. 32 Закону про авторське право 1993 р., подібні договори іменувалися авторськими договорами; використання твору будь-якою особою допускалося виключно на основі авторського договору, за винятком законодавчо встановлених випадків вільного використання творів; авторський договір передбачав передання виключного або невиключного права на використання

твору. За авторським договором про передання виключного права на використання твору автор (чи інша особа, яка має виключне авторське право) передавала право використовувати твір певним способом і у встановлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, і надавала цій особі право дозволяти або забороняти подібне використання твору іншим особам. Таке визначення договору частково співпадало з визначенням договору про передання майнових прав інтелектуальної власності у ст. 1113 ЦК України.

Тоді як ЦК України не містить згадування про авторські договори. Попри це, узгоджено із законодавчим підходом, який існував у відповідні часи, в юридичній літературі авторські договори класифікували за низкою критеріїв, виділяючи такі: 1) за змістом правовідносин, які регулюються – договори про надання дозволу на використання твору, про надання права на використання твору, про передачу (відчуження) майнових прав на твір, про передачу права на управління майновими правами; 2) за обсягом прав, які передаються – договори про повне відчуження прав; про часткове відчуження прав; 3) за ступенем готовності об'єкта авторського договору – договори щодо готового твору та про створення твору (замовлення); 4) за характером відносин між автором та іншими суб'єктами – договори з роботодавцем, договори з іншими особами, договори про співавторство; 5) залежно від мети договору – договори про передання права використання об'єкта зі створенням похідного твору або без створення похідного твору; 6) за способом використання твору – договори видавничі, про депонування рукопису, постановочні, сценарні, художнього замовлення, на використання неоприлюдненого твору декоративно-прикладного мистецтва; 7) за обсягом прав, які передаються – договори про передання виключного права або невиключного права на використання; 8) за критерієм відплатності – оплатні та безоплатні; 8) за формою – договори письмові та усні [17, С. 143-144].

На нашу ж думку, авторський договір передбачає діяльність сторони договору саме як автора (комп'ютерної програми), тоді як передання майнових прав інтелектуальної власності у змозі здійснювати не тільки автор,

але й інша особа, якій належать такі права. Єдиним авторським договором у досліджуваних нами сфері є договір на створення за замовленням комп'ютерної програми як об'єкта авторських прав. Проте чинний Закон України «Про авторське право і суміжні права» виключив із законодавчої термінології «авторські договори».

За аналогією до визначеного у ст. 1112 ЦК України поняття за договором про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми одна сторона (автор) зобов'язується створити комп'ютерну програму відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установлений строк. Аналіз цієї дефініції викриває консенсуальну природу цього договору, про що свідчить застосування словесної формули «зобов'язується створити». Тобто, фактична дія буде створена в майбутньому, після укладення договору.

Цей договір є взаємним, оскільки з факту його укладення кожна зі сторін набуває взаємних прав та обов'язків. Основним для автора є обов'язок створити комп'ютерну програму відповідно до вимог замовника. Цьому обов'язку кореспондує право замовника вимагати створення саме такого об'єкта. Оскільки йдеться не тільки про створення за замовленням, а й використання комп'ютерної програми як об'єкта авторського права, то автор зобов'язаний передати замовникові створену ним комп'ютерну програму, а замовник має обов'язок прийняти її. Обов'язком замовника є використання комп'ютерної програми відповідними способами та на умовах, що погоджені сторонами. Цьому обов'язку кореспондує право автора вимагати дотримання такого порядку та способів використання. Саме способи використання комп'ютерної програми є питанням, яке часто зумовлює спори на практиці. Якщо договір є відплатним, то автор має право на винагороду за свою працю, а замовник відповідно зобов'язаний її виплатити згідно з умовами договору.

У нормативній дефініції такого договору нічого не зазначено щодо оплати праці творця, але тут варто взяти до уваги законодавчу презумпцію відплатності договору (ч. 4 ст. 626 ЦК України). Поряд із цим у ст. 445 ЦК України передбачено право автора на плату за використання створеного ним

твору, якщо інше не встановлено законом. Тому залежно від домовленості сторін договір може мати як відплатний, так і безвідплатний характер, сама умова про оплату є договірною, розмір та порядок оплати має визначатися сторонами. У практичному житті є широкі можливості для використання безоплатних договорів про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуальної власності, зокрема в порядку благодійництва, в культурній, освітній сфері тощо. Разом із тим, враховуючи презумпцію відплатності договору, слід визнати, що у разі, якщо в договорі відсутня умова про оплату, то договір на створення за замовленням комп'ютерної програми має вважатися відплатним; якщо в ньому не зазначено іншого, то договір є відплатним.

Сторонами договору є творець (автор) та замовник. Замовником може бути будь-яка фізична або юридична особа. Автором, як відомо, може бути будь-яка фізична особа, незалежно від обсягу її дієздатності. У разі, якщо фізична особа не має повної цивільної дієздатності, то укладення договорів у її інтересах здійснюється її законними представниками (за їх згодою). Юридична особа об'єктивно не може бути творцем, оскільки первинним суб'єктом авторського права є саме фізична особа. Проте на стороні замовника, як правило виступає саме юридична особа. Для укладення такого договору достатньо загальної цивільної дієздатності юридичної особи і немає необхідності в одержанні спеціальних дозволів.

Водночас у деяких сферах цивільного обороту суб'єкти мають дотримуватися певних правил вчинення правочинів. Так, в одній зі справ, яку в порядку касаційного перегляду розглядав Вищий господарський Суд України, ДП «Інформаційний центр» Міністерства юстиції України звернулося до господарського суду міста Києва з позовом до ТОВ (відповідач) про визнання недійсним авторського договору про надання виключного права на використання комп'ютерної програми як такого, що не відповідає закону через відсутність у позивача на момент його укладення необхідного обсягу цивільної дієздатності. Рішенням місцевого та апеляційного господарських судів у задоволенні позову відмовлено через недоведеність заявлених

позовних вимог. Так, між позивачем та відповідачем було укладено договір, умови якого передбачали, що відповідач на визначених в договорі умовах надає позивачеві право на використання комп'ютерної програми «Реєстр виконавчих проваджень», а позивач виплачує роялті. Як з'ясувалося, майнові права інтелектуальної власності на програмне забезпечення, яке є складником автоматизованої системи Єдиних та Державних реєстрів, без якого вони не функціонують, не належить ні відповідачеві, ні позивачеві, що суперечить п. 4 Загальних вимог до програмних продуктів, які закуповуються та створюються на замовлення державних органів, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 12 серпня 2009 р. № 869 [148]. А позивач на обґрунтування своїх вимог посилався на те, що його фінансовим планом не було передбачено видатків по сплаті роялті комерційним підприємствам за надання права користування програмним забезпеченням для роботи Єдиних та Державних реєстрів. Укладення договору, на думку позивача, суперечить і приписам Положення про Єдиний державний реєстр виконавчих проваджень. Тому позивач вважає, що він сам не мав достатнього обсягу цивільної дієздатності, щоб укласти цей договір. Всі судові інстанції у цій справі констатували, що фінансовий план ДП (позивача) жодним чином не обмежує цивільну дієздатність юридичної особи, зокрема її право укласти цивільні правочини; відповідач не створював Реєстр, а надав позивачу право на користування комп'ютерною програмою «Реєстр виконавчих проваджень»; а Положення про реєстр визначає не порядок укладення правочинів позивачем, а правила ведення Реєстру. Тому суди дійшли висновку про відсутність підстав для визнання авторського договору недійсним [116].

Для укладення договору його сторони повинні погодити відповідні умови, насамперед істотні, досягнення згоди щодо яких є обов'язковим для укладення договору. За висновками Ю. М. Капіци, щодо договору про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності істотними умовами є: предмет, який включає власне об'єкт права інтелектуальної власності; конкретні права, які передаються щодо цього об'єкта; способи його

використання тощо); ціна (плата за використання цього об'єкта); строк (період у часі, протягом якого діє договір). За власним бажанням сторони можуть включити до змісту договору інші умови, досягнення згоди за якими є необхідним для того, що договір вважався укладеним [54, С. 11].

Із законодавчої дефініції випливає, що істотною умовою договору є умова про його предмет. Щодо предмета договору в теорії права наразі визначено кілька підходів. Відповідно до першого предметом договору вважається той об'єкт цивільних правовідносин, щодо якого укладається договір. Така позиція ймовірно спирається на сформовану Й. С. Іоффе теорію, за якою виокремлено юридичний об'єкт зобов'язального правовідношення (дії боржника) та матеріальний об'єкт зобов'язання – предмет, яким є речі, майно і подібн. Однак, слід мати на увазі, що ця концепція двоїстичного об'єкта, хоч на сьогодні і є загальновизнаною, проте була сформована у контексті розробки теорії зобов'язального правовідношення, тоді як предмет договору радше стосується договору як юридичного факту.

Другий підхід, прихильниками якого є В. В. Луць, Н. С. Кузнєцова, Р. А. Майданик та інші вчені, полягає в ідеї, що предметом договору є дії боржника. Так, за твердженням С. І. Шимон, об'єкти різних видів договорів можуть співпадати, а предмет має бути індивідуальним у кожного; предмет договору слугує критерієм розмежування різних видів договорів у межах одного договірного типу. Тому предметом договору є основна дія, яку необхідно вчинити задля досягнення його мети; правильно визначений предмет договору вказує його юридично значиму мету [221, с. 63]. Згадана авторка визначає предмет договору саме як юридичного факту.

Нарешті, третій з підходів спирається на ідею, що предмет договору об'єднує в собі як дії зобов'язаної сторони, так і об'єкти, щодо яких ці дії вчиняються. Деякі дослідники йдуть далі (зокрема, М. М. Гудима) і вважають предметом договору його істотну умову, що є ядром, довкола якого формуються всі інші елементи договору; предметом договору є сукупність

певних дій з об'єктами матеріального чи нематеріального світу та самих цих об'єктів, на які безпосередньо спрямована воля сторін [30, С. 185].

Підтримуючи саме таку позицію П. В. Кикоть, доходить висновку про доцільність виділити у предметі договору кілька рівнів: на першому рівні це дії правоволодільца щодо надання користувачеві права використання комплексу прав інтелектуальної власності; на другому – сам об'єкт інтелектуальної власності та комплекс прав на нього [55, С. 132-133]. Цей підхід, який пропагує дворівневу структуру предмета договору, видається придатним для визначення предмета договорів у сфері створення та передання в користування об'єктів інтелектуальної власності. Враховуючи те, що самого об'єкта (комп'ютерної програми) на момент укладення досліджуваного нами в цій частині роботи договору не існує, він буде створений в результаті виконання договірних зобов'язання, первинним предметом договору на створення за замовленням об'єкта інтелектуальної власності та передання його в користування, є дії виконавця зі створення об'єкта, який замовляється, та його передання в користування. На другому рівні предметом договору безперечно є об'єкт, що створений і передається в користування (комп'ютерна програма).

Із законодавчої дефініції договору замовлення очевидно, що в договорі визначається строк, протягом якого має бути створено відповідний об'єкт та переданий замовникові. Тому строк також є істотною умовою договору, без досягнення домовленості щодо якої, договір вважатиметься неукладеним.

Відповідно до ч. 2 ст. 1112 ЦК України договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності повинен визначати способи та умови використання цього об'єкта замовником. Тому, враховуючи імперативність приписів ч. 2 ст. 1112 ЦК України, спосіб та умови використання комп'ютерної програми є істотними умовами договору, без досягнення домовленості щодо яких, договір вважатиметься неукладеним.

У цілому, аналіз положень ст. 1112 ЦК України дозволяє виокремити такі істотні умови договору про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми: умова про предмет; строк виконання; умови та спосіб

використання комп'ютерної програми замовником. Всі інші умови визначаються на розсуд сторін; такими умовами можуть бути: умова про винагороду автора; умова про сприяння замовником виконанню робіт (надання приміщення, матеріалів тощо), доступ замовника у процесі виконання робіт; порядок прийняття створеної комп'ютерної програми замовником; про розподіл майнових прав на створений об'єкт тощо.

Відповідно до ч. 4 ст. 1112 ЦК України умови договору про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми, що обмежують право автора на створення інших об'єктів, є нікчемними. Такий підхід узгоджується зі ст. 54 Конституції України, у якій проголошено свободу літературної, художньої, наукової та технічної творчості. Як бачиться, згадане положення закону потребує чіткішої редакції. Адже за домовленістю між автором та замовником може бути створена ексклюзивна комп'ютерна програма, а отже автор не повинен був би створювати такий самий об'єкт для іншого замовника. Така вимога є правомірною, оскільки в протилежному випадку втратиться якість ексклюзивності об'єкта. Ексклюзивним є такий об'єкт, який не має аналогів, є єдиним у своєму роді, неповторним. Отже створення аналогічного твору для іншого замовника може зашкодити інтересам першого замовника, за замовленням якого створено ексклюзивний об'єкт, який втратив би своє значення у разі появи його копій. Тож у подібних випадках замовник має право заявити вимогу щодо обмеження можливості створення автором-виконавцем комп'ютерної програми, аналогічної його замовленню.

У зв'язку з цим вважаємо за доцільне внести доповнення до змісту ч. 4 ст. 1102 ЦК України та викласти її в такій редакції: «4. Умови договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, що обмежують право творця цього об'єкта на створення інших об'єктів, є нікчемними, за винятком обмеження права копіювання створеного за замовленням ексклюзивного об'єкта».

За загальним правилом, закріпленим у ч. 2 ст. 1107 ЦК України, будь-який договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної

власності укладається у письмовій формі, недодержання якої призводить до нікчемності договору. Ці правила справедливі і щодо договору про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми. Відповідно до ст. 1114 ЦК України договір про створення за замовленням комп'ютерної програми не підлягає обов'язковій державній реєстрації. Відсутність державної реєстрації не впливає на чинність прав, що надаються на підставі договору.

В Україні широко розвинена мережа компаній, які розробляють програмне забезпечення, надають професійні послуги з обробки даних комп'ютеризованої системи, комп'ютерного дизайну, обслуговування комп'ютерних програм та їх компонентів. У їх діяльності використовуються різноманітні договори. Вибір договірної конструкції залежить від технічного завдання, способу формування ціни на послуги та інших факторів. Результатом виконання таких договорів є, як правило, комп'ютерні програми.

Специфікою таких договорів є те, що в них можуть відображатися права на гіпертекстовий документ не лише як на комп'ютерну програму, але і як на сукупність дизайнерських рішень, скажімо, коли за замовленням розробляється Інтернет-сторінка. Ідеться про створення в електронній формі сукупності інформаційної структури (текст, таблиці, графіки, їх взаємозв'язок) та її дизайнерського оформлення. Враховуючи це, в літературі пропонується так формулювати предмет такого договору: «Виконавець бере на себе зобов'язання особисто розробити гіпертекстові документи та передати всі виключні права на них Замовникові. Замовник зобов'язується надати вихідні матеріали для інформаційного наповнення, прийняти та сплатити створені гіпертекстові документи для розміщення у мережі Інтернет» [77, С. 67].

Водночас загальним проблемним питання цього виду договорів є те, що такий договір за вимогами ст. 1112 ЦК України може укладатися лише з фізичними особами. У разі, якщо укладено договір, за яким створити об'єкт права інтелектуальної власності потенціалом своїх працівників зобов'язується юридична особа, цей договір не підпадатиме під дію ст. 1112 ЦК України.

Правильність вибору договірної конструкції при укладенні договору на створення та передання у використання комп'ютерної програми є запорукою його успішної реалізації. Доцільно навести характерні ознаки таких договорів:

- вони реалізуються за допомогою мережі Інтернет, технічних засобів зберігання та передачі даних; тому географічні межі місця укладення договору мають значення лише в ч. оподаткування діяльності сторін;

- результатом їх реалізації часто є нематеріальні активи (налагодження системи, тестування, програмні рішення, модулі), передання прав на які, має фіксуватися також з розумінням особливостей різних правових систем;

- всесвітнє поширення зобов'язує сторін дотримуватись вимог національного законодавства певної держави в частині обробки персональних даних, конфіденційної інформації, конкурентних умов тощо;

- важливим для сторін є конфіденційність співпраці, тому умови про нерозголошення інформації є обов'язковою компонентом договору;

- сторони договору можуть бути резидентами різних юрисдикцій, тому питання вибору права та/чи юрисдикції розгляду спорів вирішується за принципом свободи договору, яка часто полягає у використанні договірних конструкцій як прецедентної, так і континентальної правових систем;

- сторони практикують укладати рамкові договори (Professional services agreement, service level agreement), якими встановлюють загальні умови, що врегульовують спільні питання для таких послуг, і додатки до них (statement of work, work order, purchase order, etc.), де конкретизуються особливості виконання зобов'язань, способи формування ціни та інші специфічні умови.

Якщо замовник, володіє попередніми матеріалами, то виконавцеві на час виконання договору можуть передаватися виключні або невиключні права на ці матеріали. Якщо такі матеріали є власністю виконавця, то їх передання здійснюється сукупно з результатом виконання. Попередні матеріали, що належать виконавцю і будуть використовуватися на виконання замовлення, можуть передаватися й окремо на підставі ліцензії. Такі матеріали можуть належати й третім особам – це різноманітні платформи, бібліотеки, програмні

рішення, інше програмне забезпечення, яке може бути використане для реалізації проекту. Такі матеріали можуть мати комерційне або некомерційне (навчальне, демонстраційне) призначення, а також використовуватися розробниками для спільних цілей договору на оплатній чи безоплатній основі.

Використання замовником чи виконавцем матеріалів, права на які належать третім особам, здійснюється, як правило, на підставі договорів приєднання, у яких треті особи виключають будь-яку відповідальність та гарантійні зобов'язання щодо їх якості. Тому використання бібліотек чи платформ третіх осіб, що, як правило, спрощує та пришвидшує виконання технічних завдань, в цілому може завдати непередбачуваних наслідків в роботі виконавця у разі прояву будь-яких недоліків у них [51, С. 429].

Використання хмарних технологій надає можливість мати доступ до результатів ще в процесі створення програмного продукту. Проте хмарний ресурс використовується не завжди, тому зберігання будь яких напрацювань має місце на власних драйверах виконавця (або й замовника з можливістю доступу виконавця через VPN чи подібні канали). Наявність доступу створює можливість замовнику здійснювати контроль за виконанням.

Загальні правила щодо прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, викладені у ст. 430 ЦК України. *Особисті немайнові* права інтелектуальної власності на такий об'єкт належать його творцеві. Відповідно до приписів другого абзацу ч. 1 ст. 430 у передбачених законом випадках окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати замовникові, що відповідає принципу, закріпленому у ч. 2 ст. 423 ЦК України. Проте, норми ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» устанавлюють інше: особисті немайнові права належать лише автору та не можуть бути передані (відчужені) іншим особам. А ч.1 ст. 15 цього Закону, яка регулює авторські права на твір, створений за замовленням також не передбачає передання особистих немайнових прав на такий твір до інших осіб; ці права належать лише автору. Тоді як ч. 4 цієї самої статті надає право замовнику вносити зміни до твору, який створено за його замовленням,

супроводжувати цей твір передмовами, післямовами, ілюстраціями і т. п., якщо інше не передбачено договором.

Оцінюючи вдалість такого законодавчого рішення, слід звернути увагу на те, що частина 4 ст. 15 слідує за частиною 3, яка регулює майнові права на твір, створений за замовленням. Це наштовхує на висновок, що і в цьому випадку законодавець у нормах Закону України «Про авторське право і суміжні права» розглядає дії щодо внесення змін до твору, супроводження його передмовою, післямовою тощо як такі, що виконуються в рамках здійснення майнових прав та твору. Водночас, у п. 4 частини 1 ст. 11 цього Закону реалізація таких повноважень віднесена до особистих немайнових прав на твір. А частина 2 цієї ж статті визначає, що особисті немайнові права можуть належати тільки автору та не можуть бути передані (відчужені) іншим особам.

Отже, по-перше, наявною є законодавча колізія між положеннями ст. 11 та ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права». По-друге, видається дещо порушеною система викладення правових норм у ч. 3 ст. 14 та ч. 4 ст. 15 Закону, оскільки положення про право роботодавця та замовника вносити зміни до творів викладені безпосередньо за нормами щодо майнових прав авторів, тоді як вони стосуються особистих немайнових прав і за своїм змістом мали б слідувати прямо за текстом ч. 3 ст. 14 та ч. 1 ст. 15 Закону.

Враховуючи викладене видається доцільним внести зміни до структури ст. 14 та ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права: 1) зміст частини 3 ст. 14 викласти у другому абзаці частини 1 цієї статті, яка внаслідок цього складатиметься з двох частин; 2) частину 4 ст. 15 викласти у другому абзаці цієї статті, яка внаслідок цього складатиметься з трьох частин.

Питання щодо *майнових* прав на комп'ютерну програму, яка створена за замовленням, регулюються нормами ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права». Передусім відповідно до ч. 2 ст. 430 якщо інше не встановлено договором або законом майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві та замовникові спільно. А спеціальна норма щодо авторських прав (ч. 4. ст. 440)

передбачає, що майнові авторські права на твір, що створений за замовленням, з моменту створення твору у повному складі переходять до замовника, якщо інше не передбачено договором чи законом. Зауважимо, що ця норма, аналогічно до згадуваної нами вище ч. 3 ст. 440 (щодо службових творів) отримала нове формулювання у зв'язку із введенням в дію Закону України «Про авторське право і суміжні права», тоді як раніше передбачала спільність майнових прав автора і замовника. Звідси ми робимо висновок, що ст. 440 є спеціальною нормою: авторські майнові права належать замовникові.

Таке саме положення містить і ч. 2 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»: майнові права на твір, створений за замовленням, переходять на користь замовника, якщо інше не передбачено самим договором замовлення. Питання ж моменту набуття прав на комп'ютерну програму вирішується в умовах договору, виходячи зі специфіки комп'ютерної програми як об'єкта авторського права та традиційних способів переходу прав. На практиці момент переходу прав на створену програму пов'язується або з моментом її створення, або з моментом здійснення розрахунків; перший підхід вигідний для замовника, другий – для виконавця.

Якщо в умовах договору момент переходу майнових прав на комп'ютерну програму до замовника не визначений, то діятиме звичайна умова, яка передбачена у ч. 4 ст. 440 ЦК України та в ч. 2 ст. 15 Закону: майнові права інтелектуальної власності на твір, який створено на замовлення, у повному складі переходять до замовника з моменту створення твору.

Відповідно до ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» у разі, якщо майнові права на твір переходять до замовника, то автор має право на винагороду. Практично у цих випадках єдине майнове право, яке залишається за автором комп'ютерної програми – це право на винагороду. Оскільки перехід майнових прав на такий твір до замовника є звичайною умовою таких договорів, остільки за загальним правилом автор має право на винагороду. Розмір такої винагороди визначається відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» та Закону України

«Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» від 15 травня 2018 р. [142].

Права інтелектуальної власності на комп'ютерні програми (в початковому або об'єктному коді), алгоритми, нотатки, записи, креслення, проекти, винаходи, корисні моделі, поліпшення, розробки, відкриття та комерційні таємниці, що були створені, винайдені, розроблені або реалізовані на практиці виконавцем, переходять на користь замовника, який набуває майнові права інтелектуальної власності щодо комп'ютерної програми. Відповідно, виконавець дає згоду на це та безвідклично відчужує замовнику всі свої права щодо комп'ютерної програми.

В розумінні ЦК України і Бернської конвенції можливе відчуження лише майнових авторських прав. У питаннях обсягів передання прав інтелектуальної власності важливо розуміти, що передається не одне якесь майнове авторське право, а весь обсяг прав на комп'ютерну програму як об'єкт права інтелектуальної власності.

На практиці до умов договорів про створення за замовленням комп'ютерної програми, як правило, включають такі: обов'язок виконавця створити комп'ютерну програму особисто, професійно, належної якості, не вміщувати до об'єкта вірусів або інших інструкцій комп'ютера, або технологічних засобів, призначених для руйнування, пошкодження або створення перешкод в роботі комп'ютерів або пов'язаних систем; обов'язок виконавця забезпечити відповідність створеної комп'ютерної програми специфікації, наведеній у технічному завданні. Договірні умови містять і гарантії виконавця щодо того, що: створений об'єкт не є повністю або частково скопійованим з будь-якої іншої роботи; виконавець не порушуватиме прав третіх осіб, які становлять спільну інтелектуальну власність; виконавець не надає, не відчужує жодного з прав на створену ним комп'ютерну програму третім особам; виконавець дотримується правил захисту інформації при створенні програми відповідно до технічного завдання, специфікації, інших документів, правил інформаційної безпеки та політики конфіденційності.

Замовник зобов'язується сприяти виконавцю шляхом надання необхідних матеріалів, інформації тощо протягом строку дії договору.

Як зазначалося у постанові Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» використання творів, яке правило, допускається лише на підставі договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. У постанові сформульовані узагальнені рекомендації щодо укладення таких договорів [139]. Прикладаючи їх до випадків передання прав на використання комп'ютерних програм, можливо сформулювати рекомендації для укладення договорів про передання майнових авторських прав на комп'ютерну програму:

- майнові авторські права, які не зазначені в договорі як такі, що передаються чи дозволяються до використання, вважаються такими, що не передані та використання яких не дозволене;
- предметом договору не можуть бути недійсні на момент його укладення права на використання комп'ютерних програм;
- невиключні права на комп'ютерну програму, що одержані за ліцензійним договором, у подальшому можуть бути передані іншим особам за умови, якщо це прямо передбачено у первісному договорі;
- якщо в ліцензійному договорі на використання і тиражування комп'ютерної програми винагорода визначена у вигляді фіксованої суми, то в договорі як його істотна умова визначається максимальний тираж програми, який включає і пробне чи технологічне тиражування.

Майнові авторські права, які передаються за договором про створення за замовленням та використання прав на комп'ютерну програму, мають строки чинності. Строк чинності таких прав обмежений строками чинності прав самого автора. Майнові права автора, за загальним правилом, є чинними упродовж життя автора та сімдесят років після його смерті. Відтак, усі договори щодо розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерну програму є строковими. Якщо сторони не визначили строк дії

договору, то він не може перевищувати граничних строків чинності відповідних майнових прав автора.

При укладенні зазначених договорів слід ураховувати і оборотоздатність окремих об'єктів інтелектуальної власності. Так, зокрема, майнові права інтелектуальної власності можуть бути предметом договору застави (ч. 3 ст. 424 ЦК України, Закон України «Про заставу» [145]). Отже майнові авторські права на комп'ютерну програму можуть бути предметом застави; у такому разі до відносин сторін, окрім положень авторського права застосовується законодавство про заставу.

2.3. Розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерні програми на основі ліцензійних договорів

Ліцензійний договір є одним з поіменованих договорів про передання прав інтелектуальної власності, що прямо передбачений законодавством, зокрема, у частині 1 ст. 1109 ЦК України. Питання передання прав на комп'ютерні програми як об'єкти авторського права на основі ліцензійних договорів у сфері підприємництва регулюються нормами цивільного та господарського законодавства внаслідок чого в літературі сформовано ідею «паралельного» регулювання цих відносин засобами цивільного й господарського права [224, С. 160]. Договірний аспект цих правовідносин унормований ГК України, а правовий статус автора, його права, права та обов'язки сторін договору, правовий режим об'єкта авторського права – нормами ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Подібний підхід конструювання правового регулювання в літературі називають функціональною спеціалізацією в праві [61, С. 34]. Така спеціалізація, з позиції одних учених, відображає процес перерозподілу навантаження між нормами однієї галузі (нормами господарського права щодо порядку укладення договорів та нормами щодо окремих видів договорів з урахуванням їх специфіки), та між нормами різних галузей (господарського та

цивільного) права [11, С. 79]; а з позиції других – віддзеркалює створення правових режимів окремих договорів [28, С. 218]. Деякі автори, Зокрема Н. Я. Борсук та П. В. Кикоть розглядають такий підхід як комплексне регулювання [18, С. 157].

З цього можливо дійти висновку, що правове регулювання відносин з договірною використання комп'ютерної програми нормами господарського та цивільного законодавства є *паритетним* і спирається на функціональну спеціалізацію в праві: договірний аспект забезпечується нормами ГК України, а правовий статус автора (іншої особи, якій належать майнові авторські права) та правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта авторського права – нормами цивільного законодавства (ЦК України та Закон про авторські права).

До моменту введення в дію ЦК України, відповідно до спеціального законодавства ліцензійний договір розглядався як такий, що опосередковував розпорядження майновими правами виключно у сфері промислової власності. Наразі ж ліцензійний договір практично набув значення універсального договору, який може слугувати правовою підставою використання будь-якого об'єкта інтелектуальної власності. Такий договір передбачений у главі 75 ЦК України, у ст. 48 Закону України «Про авторське право і суміжні права» згадується як вид договору про розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права, а ст. 50 Закону присвячена саме цьому виду договору.

Враховуючи положення ч. 1 ст. 1109 ЦК України та ст. 50 Закону ліцензійний договір, предметом якого є використання комп'ютерної програми, можна визначити як договір, за яким одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта авторського права визначеним способом (способами) протягом певного строку на певній території, а ліцензіат зобов'язується вносити плату за використання об'єкта, якщо інше не встановлено договором.

Сторонами ліцензійного договору є ліцензіар та ліцензіат. Ліцензіат – це фізична чи юридична особа, яка на підставі договору отримує дозвіл на використання комп'ютерної програми у визначених межах та на певний строк.

Ця сторона договору може бути представлена як однією, так і кількома особами. Особа, яка виступає ліцензіатом має відповідати загальним вимогам щодо суб'єкта договірних правовідносин, спеціальних вимог щодо таких осіб нормативно не встановлено. За умови укладення ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми, авторські права на яку належать спільно кільком особам, загальне волевиявлення щодо укладення договору та видачі ліцензії повинні виявити усі ці особи [97, С. 74]. Ліцензіат здійснює свої права щодо комп'ютерної програми виключно за умови дотримання особистих немайнових прав автора відповідно до закону та умов ліцензійного договору.

Ліцензіар – це сторона, яка надає дозвіл (ліцензію) на використання комп'ютерної програми, отже ліцензіаром виступає особа (фізична або юридична), якій належать виключні права дозволяти використання комп'ютерної програми. Відповідно до закону ліцензіаром може бути суб'єкт майнових авторських прав, а якщо це передбачено договором або законом, – інша уповноважена особа, зокрема організація колективного управління. Ліцензіаром за договором про передання права використання комп'ютерної програми може виступати автор, роботодавець, якому належать майнові авторські права на цю програму, особа, на замовлення якої створено комп'ютерну програму, інші особи, які на законних підставах мають виключні майнові права на розпорядження комп'ютерною програмою.

Як сторона договору ліцензіар має відповідати загальним нормативним вимогам щодо суб'єктного складу договору. Позиція вищих судових інстанцій щодо цього є чіткою: статус особи як суб'єкта підприємництва, її громадянство, інші соціальні характеристики не мають правового значення [139].

Якщо такі права належать спільно кільком особам, то слід враховувати вимоги ст. 428 ЦК України. Майнові авторські права на комп'ютерну програму, які належить кільком особам, здійснюються за договором між ними, а за його відсутності – цими особами спільно. У разі укладення ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми, права на яку належать кільком особам,

усі вони беруть участь в укладенні договору; у цьому випадку на стороні ліцензіара існуватиме множина осіб.

Судячи з нормативного визначення, ліцензійний договір моделюється як реальний – одна сторона надає іншій стороні дозвіл (ліцензію) на використання об'єкта авторського права. Тобто, договір мав би вважатися укладеним не з моменту досягнення домовленості сторін з усіх його істотних умов, а лише після видачі дозволу (ліцензії) на використання об'єкта. Проте сама ліцензія може бути оформлена як окремий документ або бути складовою ліцензійного договору. У ліцензійному договорі, відповідно до ч. 3 ст. 1109 ЦК України визначаються всі умови, які сторони вважають доцільним включити до договору. З факту досягнення домовленостей виникають взаємні зобов'язання для сторін договору. Реальна ж конструкція ліцензійного договору не знаходить свого підкріплення в інших правових нормах, тому інших, окрім законодавчої дефініції, підстав для висновків про його реальний характер немає.

Ліцензійний договір про надання дозволу на використання комп'ютерної програми є консенсуальним договором і вважається укладеним з моменту, коли сторони досягли згоди щодо всіх істотних умов договору. Укладений договір породжує взаємні права та обов'язки для його сторін, тому ліцензійний договір на використання комп'ютерної програми є взаємним, взаємо зобов'язуючим. Аналогічні підходи до визначення правової природи ліцензійного договору прослідковуються в літературі – більшість науковців вважають, що такий договір є двостороннім, консенсуальним та відплатним [12, С. 22].

У законодавчій дефініції ліцензійного договору зазначено про майнову еквівалентність надання дозволу на використання, тобто про оплатність цього договору. Презумпція відплатності договору (ч. 5 ст. 626 ЦК України) не спростована, та і в ч. 3 ст. 1109 ЦК України йдеться про те, що у ліцензійному договорі визначаються розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності. Отже, як правило, ліцензійний договір є відплатним, але не виключається можливість сторін погодити в ліцензійному договорі умови про безвідплатне використання комп'ютерної програми.

Протилежний підхід застосовано законодавцем щодо публічних ліцензійних договорів (публічних ліцензій), що є новелою, утіленою у ст. 51 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Публічною ліцензією є наданий суб'єктом авторських прав дозвіл на використання об'єкта авторських прав будь-якою особою. Якщо в публічній ліцензії не передбачено сплату винагороди за використання об'єкта або визначено, що сплата може здійснюватися ліцензіатом на власний розсуд, добровільно, то така ліцензія вважається безоплатною. Щодо публічної ліцензії на використання комп'ютерної програми діє презумпція безоплатності.

Плата за використання об'єкта інтелектуальної власності за ліцензією, на думку вчених, є «суттєвою» умовою ліцензійного договору. Науковці вирізнили два її види – ціна ліцензії та ліцензійна винагорода. Найскладнішим питанням вважається визначення ціни ліцензії, яка має забезпечувати справедливий баланс майнових інтересів ліцензіара та ліцензіата. Ціна ліцензії обумовлюється низкою чинників: економічною цінністю об'єкта, що забезпечує належний ефект протягом строку дії договору; часом, необхідним для освоєння й використання об'єкта у виробничому процесі; обсягом капіталовкладень; змістом сукупності прав, які передаються ліцензіату (видом ліцензії); строком дії договору; видом і порядком сплати ліцензійних платежів та ін. [92, С. 72].

Ліцензійний договір вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди по всіх істотних умовах (ч. 1 ст. 638 ЦК України, а щодо сфери господарювання – ч. 2 ст. 180 ГК України). Перелік істотних умов ліцензійного договору визначено в ч. 3 ст. 1109 ЦК України. Враховуючи ці норми, істотними умовами ліцензійного договору про надання права на використання комп'ютерної програми є: вид ліцензії, сфера використання об'єкта, розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити у договір. При цьому сфера використання визначає конкретні права, які надаються за договором, а також способи використання комп'ютерної програми, територію дії договору, строки дії прав, які надаються тощо.

Стосовно істотних умов саме ліцензійного договору у літературі висунуто концепцію їх поділу на об'єктивні та суб'єктивні істотні умови. До об'єктивних істотних умов (визначаються законом) запропоновано відносити такі: сторони у договорі, предмет договору, вид ліцензії, вартість ліцензії, винагорода, строк чинності договору. Суб'єктивними істотними умовами ліцензійного договору (погоджені як істотні на вимогу сторони договору) пропонується вважати умови про: вступну частину договору, територію дії договору, сферу використання прав інтелектуальної власності, захист прав, субліцензії, порядок розгляду спорів, порядок розірвання договору через неможливість виконання його умов, припинення зобов'язання [219, С. 108]. Зі свого боку підкреслимо, що у пропонованому переліку допущено змішування різноплощинних понять: сторони не є умовами договору, це інша складова у структурі зобов'язання; вступна частина договору розрізняється як структурний елемент письмового документа, який втілює умови договору, але не є частиною умов договору тощо. Тому, на нашу думку, такий поділ істотних умов не відповідає загальним цивілістичним постулатам та не має практичного сенсу.

Ліцензійний договір має строковий характер, строк є договірною умовою (ст. 1110 ЦК України). Відповідно до абз. 3 ч. 4 ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» у разі, якщо у ліцензійному договорі відсутні умови про строк його дії (дії ліцензії), то договір вважається укладеним на строк, який залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на об'єкт права інтелектуальної власності, що визначений у договорі, але не більше ніж на 5 років. Якщо за 6 місяців до спливу цього строку жодна зі сторін письмово не повідомить другу сторону про відмову від договору, то договір вважатиметься продовженим на невизначений строк. У цьому випадку ліцензіар та ліцензіат у змозі в будь-який час відмовитися від договору, заздалегідь повідомивши про це другу сторону. Таке повідомлення надсилається у письмовій формі заздалегідь – за 6 місяців до моменту розірвання договору; однак за домовленістю між сторонами може бути встановлений більший строк для такого повідомлення.

Відповідну позицію підтверджує судова практика. У п. 5.2. постанови Пленуму Вищого господарського Суду України від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» зазначено, що якщо визначений у ліцензійному договорі строк його дії перевищує строк чинності виключного майнового права на визначений у цьому договорі об'єкт інтелектуальної власності, то цей договір вважається укладеним на строк, який дорівнює строкові дії виключного майнового права [139]. Таким чином, якщо строк дії ліцензійного договору про передання права на використання комп'ютерної програми перевищує строк чинності виключного майнового права на цю комп'ютерну програму, то строк дії такого договору дорівнює строкові дії виключного майнового права на комп'ютерну програму.

Зі строками договору пов'язаний ще один правовий наслідок, що встановлений у частині 2 ст. 1110 ЦК України: у разі порушення ліцензіатом встановленого договором терміну початку використання комп'ютерної програми ліцензіар у змозі відмовитися від ліцензійного договору. Причому причини з яких сталося таке порушення не мають правового значення.

Строк дії ліцензійного договору не може перевищувати встановлених законом граничних строків чинності виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму, які передаються за договором; якщо у ліцензійному договорі не визначені умови про строк його дії, то договір є укладеним на строк, який залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на комп'ютерну програму, але не більше ніж на 5 років.

Ліцензіар у змозі укласти кілька договорів щодо однієї і тієї самої комп'ютерної програми на різних умовах. Закон не передбачає необхідності одержання згоди ліцензіата за раніше укладеними ліцензійними договорами на передання виключних майнових прав інтелектуальної власності іншій особі.

Також відповідно до ч. 2 ст. 1113 ЦК України перехід виключного майнового права інтелектуальної власності до іншої особи не є підставою для зміни або розірвання раніше укладеного ліцензійного договору. Отже у разі,

коли майнові авторські права на комп'ютерну програму переходять до іншої особи, то укладений раніше ліцензійний договір про надання ліцензії на використання комп'ютерної програми зберігає свою силу для нового власника.

Незалежно від специфіки ліцензійного договору, в положеннях ЦК України, крім визначення форми, не встановлені інші особливі правила щодо укладення ліцензійного договору. Цікаво, що ст. 33 Закону про авторське право 1993 р. передбачала укладення договору про передачу прав на використання творів у письмовій формі, але не визначала прямих наслідків порушення цієї вимоги та при цьому вимагала підписання договору сторонами. З позиції ж кодифікованих актів цивільного та господарського законодавства підписи сторін договору є обов'язковим атрибутом самої письмової форми договору та підтверджують факт дійсного погодження його умов.

У чинному Законі України «Про авторське право і суміжні права» ч. 2 ст. 48 вимагає, щоб правочини щодо розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права вчинялися в письмовій (електронній) формі, але також не встановлює наслідків порушення такої форми. Водночас відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 1107 ЦК України недодержання письмової форми договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності призводить до нікчемності такого договору. Отже ліцензійний договір про передання права на використання комп'ютерної програми укладається в письмовій формі, недотримання якої має наслідком нікчемність договору.

Окремої уваги заслуговує питання державної реєстрації ліцензійного договору. Відповідно до ст. 1114 ЦК України державна реєстрація ліцензії та ліцензійного договору не є обов'язковою, вона може проводитися за вимогою однієї зі сторін договору. Державна реєстрація чи її відсутність жодним чином не впливає на дійсність прав, отриманих за ліцензією, ліцензійним договором. Процедура державної реєстрації прав автора і договорів, які їх стосуються, унормована в постанові Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір» № 1756 від 27 грудня 2001 р. [138]. Для державної реєстрації ліцензійного договору на

використання комп'ютерної програми до Міністерства економічного розвитку і торгівлі України подається: заява встановленого зразка, до якої додаються: примірник твору (комп'ютерної програми) у матеріальній формі; примірник авторського договору; якщо передачу (відчуження) майнових прав або права на використання програми здійснює не автор, а інша особа, яка має виключне майнове право на неї, то до заявки додається документ, який підтверджує таке право; документ про сплату збору (копію документа, який звільняє від сплати збору); якщо заявка подається не суб'єктом авторського права, то додається документ, який посвідчує повноваження довіреної особи (довіреність). Свідоцтва про реєстрацію авторського права на комп'ютерну програму при цьому не вимагається.

Хоча, як зазначає І. І. Зазуляк, державна реєстрація ліцензійного договору не створює самостійну форму договору [47, С. 17], добровільний характер, необов'язковість державної реєстрації ліцензійних договорів піддана критиці в науковій літературі. Так, А. Є. Смородина порівнює ситуацію з правами на об'єкти патентного права та доходить висновку про незахищеність ліцензіата за договором про надання права на використання об'єктів авторських прав. Так, інформація про особу ліцензіара при використанні об'єкта патентного права може бути встановлена шляхом перевірки даних у відповідному реєстрі, тоді як належна ідентифікація майбутнього ліцензіара для об'єктів авторського права є проблемною. Наразі в Україні відсутній доступ до відомостей про видані свідоцтва та відсутня можливість пошуку відповідної інформації про автора твору. У цьому сенсі авторка звертає увагу на послугу від ВОІВ – WIPO PROOF [278], яка передбачає засвідчення ВОІВ факту створення будь-якого результату інтелектуальної діяльності у формі цифрових файлів та надання підтверджуючого документу, який утім, не має правовстановлюючого характеру. Внутрішньо державна реєстрація таких прав, хоч і не є обов'язковою, але з практичної точки зору є доцільною, про що свідчить стійке зростання динаміки такої реєстрації [193, С. 170-171, 190-193].

Видаються переконливими аргументи згаданої вище авторки на користь запровадження обов'язкової державної реєстрації ліцензійного договору. По-перше, вона сприятиме захисту прав сторін завдяки підтвердженню чинності авторських прав (ліцензіара) та набутого права використання (ліцензіатом) визначеного у договорі об'єкта. По-друге, така реєстрація допоможе вирішити проблеми «паралельних» ліцензій (зокрема, виключної) тощо. По-третє, забезпечуватиме дотримання прав ліцензіата, адже за наявності інформації про зареєстрований ліцензійний договір ліцензіар буде обмежений у видачі вільних ліцензій тощо. Дослідниця пропонує здійснювати таку реєстрацію безоплатно, шляхом надсилання однією зі сторін договору електронного повідомлення (заповнення форми на сайті уповноваженого органу держави) про укладення ліцензійного договору із зазначенням його основних характеристик; ведення відкритого реєстру ліцензійних договорів, на її думку, має здійснюватися в електронній формі [193, С. 192-193].

Консенсуальна природа ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми засвідчує, що договір є укладеним з моменту, коли сторони досягли згоди щодо всіх істотних умов договору (строку його дії; способу використання комп'ютерної програми; території, на яку поширюється право, яке передається; розміру і порядку виплати винагороди автору; інших умов, щодо яких на вимогу однієї зі сторін має бути досягнуто згоди).

З метою досягнення певної єдності практичного застосування нормативних положень щодо ліцензійних договорів законодавець у ст. 1111 ЦК України передбачив затвердження типового ліцензійного договору. Відповідно до ст. 630 цього ж кодексу окремі умови договору визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду. З цих положень законодавства формуються доктринальні ідеї щодо типових договорів, які стали загальноприйнятими. Так, типові договори, що затверджені у встановленому порядку, мають силу підзаконного нормативно-правового акту, тобто вони є обов'язковими для використання при укладенні договорів певного виду.

Відповідно до закону типові ліцензійні договори правомочні затверджувати уповноважені відомства або творчі спілки. Укладення договорів на підставі типових, як вважається, полегшує становище його сторонам, які при цьому вільні укладати договір на власний розсуд і визначити у ньому положення, що набирають обов'язкової сили саме для них. Проте, за висновками вчених, типового ліцензійного договору донині не затверджено і в ньому немає необхідності, оскільки його недотримання нічим не загрожує б сторонам, бо не призводить до нікчемності договору [194, С. 21].

На нашу думку, це дещо поверховий погляд, адже, враховуючи нормативне значення типового договору, відповідність змісту ліцензійного договору умовам типового договору має розглядатися як умова дійсності договору як правочину відповідно до положень ч. 1 ст. 203 ЦК України, відповідно до яких зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Якщо типовий договір має силу нормативно-правового акту, то він належить до актів цивільного законодавства (ст. 4 ЦК України). Отже невідповідність змісту ліцензійного договору умовам типового ліцензійного договору має наслідком невідповідність змісту ліцензійного договору вимогам закону. Це порушує першу умову його дійсності як правочину, а це за вимогами ч. 1 ст. 215 ЦК України є підставою недійсності правочину.

При цьому згідно з частиною 2 ст. 1111 ЦК України ліцензійний договір може містити також умови, які не передбачені типовим ліцензійним договором, що повністю узгоджується з принципом свободи договору. Але нікчемними є такі умови ліцензійного договору, які погіршують становище автора порівняно із становищем, яке визначене для нього законом або типовим договором; такі умови замінюються умовами, що встановлені типовим договором або законом.

З аналізу згаданих законодавчих приписів можливо дійти низки висновків: умови типового ліцензійного договору є обов'язковими для сторін ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми; умови ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми, які

погіршують становище автора порівняно з нормами закону та/або типового ліцензійного договору, є нікчемними; натомість нікчемних умов ліцензійного договору про передання права використання комп'ютерної програми застосовуються норми закону та/або умови типового ліцензійного договору, що регулюють аналогічні питання; відсутність затвердженого у встановленому порядку типового ліцензійного договору негативно позначається на правах та інтересах автора комп'ютерної програми як ліцензіара.

Разом із тим, у практичному житті поширеною є практика укладення таких ліцензійних договорів, в яких сторона ліцензіату приєднується до запропонованих ліцензіаром умов, приймаючи їх без обговорення та застережень, і в змозі лише приєднатися до договору в цілому. Традиційно такі договори вважаються договорами приєднання, що передбачені у ст. 634 ЦК України. Останнім часом така форма ліцензійного договору («browse-wrap») активно використовується для регулювання використання інформації та надання послуг на веб-сайтах [249, с. 1172-1173]. Термін «browse-wrap» уперше з'явився в рішенні Окружного суду США Східного округу Каліфорнії у справі Pollstar v. Gigmania Ltd. від 17 жовтня 2000 р. Суд установив, що користувачі веб-сайту не були обізнані з тим, що використання бази даних регулюється ліцензійним договором; при цьому відповідне попередження з'являлося у повідомленні, але воно надруковане дрібним світлим шрифтом на сірому фоні; сам ліцензійний договір розміщувався на іншій веб-сторінці, на яку слід було переходити за гіперпосиланням, яке при цьому не було підкреслене, а це не відповідає «common Internet practice». За таких обставин, на думку суду, оскаржений договір не підлягав виконанню. [245].

Українські дослідники, вважаючи такі ліцензійні угоди договорами приєднання, визначають їх як «браузер-обгорткові» договори, яким притаманний спрощений порядок укладення. Пропозиція укласти такий ліцензійний договір надається у стандартних формах, вона має всі необхідні стандартні умови оферти, а також включати вимоги щодо: повідомлення ліцензіата про умови ліцензійного договору, здійснене належним чином;

забезпечення ліцензіата можливістю ознайомлюватися з умовами договору; повідомлення ліцензіату, що саме вважається акцептом браузер-обгорткового ліцензійного договору. Акцепт може вчинятися конклюдентними діями та за замовчуванням; акцепт має фіксуватися ліцензіаром. Це допомагає модернізувати правові норми, оскільки, на їх думку, чинне українське законодавство є надміру формалізованим у питанні щодо обов'язкової письмової форми ліцензійного договору [6, С. 11]. В зарубіжній літературі також підкреслюється спрощений порядок укладення браузер-обгорткових ліцензійних договорів: по-перше, цей договір є електронним, по-друге, ліцензіар у визначених стандартних формах виражає умови договору, а ліцензіат приєднується виключно до договору в цілому [260, с. 317]. Саме в зарубіжній практиці склалася й спеціальна вимога щодо браузер-обгорткових ліцензійних договорів про те, що ліцензіат має бути належним чином поінформований про умови ліцензійного договору, про спосіб надання акцепту та має мати можливість їх переглянути [250, С. 291]. Такі вимоги підштовхують дослідників до думки, що за таких умов за українським законодавством browwrap-контракти не є життєздатними [207, с. 72]. При цьому варто зазначити, що положення ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. [141] передбачають, що пропозиція укласти електронний договір може включати умови, які зазначені в іншому електронному документі, шляхом перенаправлення (відсилання) до цього документа. Для всіх вірогідних акцептантів шляхом перенаправлення (відсилання) до них має бути наданий безперешкодний доступ до електронних документів, які містять умови договору. Така форма ліцензійного договору про передання прав на використання комп'ютерної програми, на нашу думку, може використовуватися при наданні публічної ліцензії.

Загалом процедура укладення ліцензійного договору про передання права використання комп'ютерної програми традиційно передбачає погодження сторонами його істотних умов, що є умовою дійсності договору, а момент погодження цих умов визначає момент укладення договору. Істотними

умовами такого ліцензійного договору відповідно до ч. 3 ст. 1109 ЦК України є умови про: предмет; строк дії договору; спосіб використання комп'ютерної програми; територію, на яку поширюється право використання, що передається; інші умови, щодо яких за вимогою однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Отже, у ліцензійному договорі про передання права використання комп'ютерної програми обов'язково визначаються: вид ліцензії, сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права тощо), розмір, порядок та строки виплати плати за використання об'єкта. Будь-які інші умови сторони включають на власний розсуд за взаємною домовленістю.

До наукової дискусії щодо розуміння предмета договору ми вже частково зверталися в попередніх частинах нашого дослідження. Наукові підходи щодо визначення предмета саме ліцензійного договору систематизувала А. Є. Смородина, яка згрупувала їх у кілька груп. У межах різних підходів предметом ліцензійного договору дослідники визнають: 1) право використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключні майнові права інтелектуальної власності; 4) об'єкт права інтелектуальної власності; 5) охоронний документ; 6) дії сторін ліцензійного договору. Авторка ж дійшла висновку, що предметом ліцензійного договору є дії, спрямовані на надання права використання об'єкта права інтелектуальної власності у визначений договором спосіб (способами), а сам об'єкт права інтелектуальної власності є не предметом, а об'єктом ліцензійного договору [193, С. 95, 97].

Пропонувалася в літературі й ідея вважати предметом ліцензійних договорів «корисного ефекту, який очікується від використання даного об'єкта» [91, С. 59], проте такий підхід піддано критиці [193, С. 135-136]. Висловлена також особлива думка, автори якої відзначають, що предмет такого договору має свою специфіку, він є результатом інтелектуальної творчої діяльності людини та має нематеріальний характер, тому може розглядатися в різних ракурсах: як благо надання дозволу на використання

об'єкта інтелектуальної власності. Предметом такого договору вони вважають саме об'єкт інтелектуальної власності із вихідних даних охоронного документа (за його наявності). Водночас розробники цього підходу зазначають, що предмет ліцензійного договору – визначення обсягу майнових прав, що надаються в користування іншій особі [50, С. 108-109]. Отже автори цього підходу врешті визначають два складники в предметі ліцензійного договору, що відповідає розглянутій нами вище концепції дворівневої структури предмета договору, якої ми також дотримуємося. Згідно з цією концепцією предмет ліцензійного договору про передання права використання комп'ютерної програми включає: на першому рівні дії ліцензіара щодо надання ліцензіату дозволу (права) на використання комп'ютерної програми (правонаділення); на другому – комп'ютерна програма та право її використання (або комплекс прав на неї).

Проте законодавчі підходи дещо інші: в абз. 2 ч. 1 ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначено, що *предметом* договору про передання майнових прав на об'єкти авторського права не можуть бути такі об'єкти і такі майнові права, яких не існувало на момент укладення договору. Тобто з позиції закону предметом такого договору є об'єкт авторських прав і майнові авторські права на нього.

На підставі ліцензійного договору може бути видано ліцензію, тоді саме в ній окреслюються сфера використання комп'ютерної програми: територія та строк, на які надаються права, конкретні права, які надаються за договором, способи використання комп'ютерної програми, тощо. У разі відсутності в ліцензійному договорі чи ліцензії умови про територію, на яку поширюються надані права на використання комп'ютерної програми, дія ліцензії поширюється на всю територію України.

Нарешті, специфічною умовою, яка встановлює нестандартні права та обов'язки договірних сторін, є передбачена ч. 2 ст. 1110 ЦК України можливість кожної сторони відмовитися від ліцензійного договору у разі порушення його умов протилежною стороною. З буквального трактування цієї

норми впливає висновок, що йдеться про односторонню відмову від договору. Таким чином ліцензіар та ліцензіат за договором про передання права на використання комп'ютерної програми має право відмовитися від договору в односторонньому порядку, якщо друга сторона порушує умови договору.

Наприклад, якщо ліцензіат, який отримавши ліцензію на використання комп'ютерної програми (програмного продукту), мав приступити до використання об'єкта, скажімо 15 грудня 2022 р., але з певних причин не робить цього, ліцензіар може відмовитися від договору. Відмова від договору має наслідком скасування відповідної ліцензії та припинення використання цього об'єкта авторського права.

Як зазначено у п. 5.5. постанови Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [139], передбачена частиною 2 ст. 1110 ЦК України можливість відмови від ліцензійного договору не потребує звернення до суду для своєї реалізації, хоч і не виключає можливості оскарження обґрунтованості відмови в суді. Відмова вважається такою, що відбулася, з моменту одержання ліцензіаром або ліцензіатом повідомлення про неї, якщо інше не передбачено договором.

Однак, спираючись на принципи свободи договору та диспозитивності, сторони в змозі вирішити ці питання інакше: відмовитися в договорі від права на односторонню відмову від зобов'язання; обумовити можливість відмови певними строками; передбачити обов'язкове попереднє письмове повідомлення тощо. Такі права існують у сторін ліцензійного договору про передання права на використання комп'ютерної програми остільки, оскільки утілена в ч. 2 ст. 1110 ЦК України правова норма, яка встановлює право на односторонню відмову від ліцензійного договору, є диспозитивною.

Відповідно до ч. 5 ст. 1109 ЦК України за ліцензійним договором про передання прав на використання комп'ютерної програми можуть передаватися виключно ті права, які є дійсними на момент укладення договору, і не можуть бути передані права, які не були чинними. Щодо цього питання Касаційний

господарський суд у складі Верховного Суду у 2022 р. сформував правову позицію, зазначивши в ній, що положеннями ч. 5 та ч. 9 ст. 1109 ЦК України є імперативними приписам, якими унормовано, що предметом ліцензійного договору не можуть бути такі права на об'єкт права інтелектуальної власності, які не були чинними на момент укладення договору; якщо умови ліцензійного договору суперечать цьому правилу, то такі умови є нікчемними [110].

В умовах ліцензійного договору визначається повний перелік прав на використання комп'ютерної програми, а також конкретні способи її використання. Ліцензіат має обов'язок використовувати комп'ютерну програму відповідно до погоджених у договорі умов та виду ліцензії. Цьому обов'язку кореспондує право ліцензіара вимагати дотримання відповідних умов використання комп'ютерної програми. Ліцензіат має право вимагати забезпечення нормального використання програми з кореспондуючим йому обов'язком ліцензіара тощо [51, С. 386]. Права, які не визначені у ліцензійному договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату.

Ліцензійний договір може включати умову про зобов'язання ліцензіата фактично використовувати комп'ютерну програму. Саме у випадку, якщо це є обов'язком ліцензіата, то ліцензіар у змозі вимагати від нього фактичного використання програми. Це має суттєве значення для вирішення питання про плату за ліцензійним договором. Відповідно до п. 5.3. постанови Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», суд не може відмовити ліцензіарові у вимозі про стягнення плати, якщо відмова ліцензіата мотивується невикористанням ліцензіатом відповідного об'єкта. Якщо ліцензіар і ліцензіат погодили розмір плати у вигляді відрахувань від прибутку, то розмір плати може визначатися відповідно до ціни, яка за порівнюваних обставин стягується за правомірне використання такого самого об'єкта. Для обчислення ціни може застосовуватися дохідний підхід щодо оцінки майнових прав інтелектуальної власності, який ґрунтується на застосуванні оціночних процедур переведення очікуваних доходів у вартість об'єкта оцінки згідно з п. 9 Національного

стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» [151]. Але цей підхід застосовується, коли можливо визначити розмір дійсного доходу, який отримує або може отримувати ліцензіат.

Конкретний вид та обсяг прав і обов'язків за ліцензійним договором, за яким передаються права на використання комп'ютерної програми, сторони визначають самостійно. Однак Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлює низку вимог щодо умов такого договору. Так, ліцензіар зобов'язаний надати ліцензіату відомості про наявність ліцензійних, субліцензійних договорів, а також інших прав і зобов'язань щодо комп'ютерної програми, права на яку передаються за ліцензійним договором. Укладення ліцензійного договору на комп'ютерну програму не впливає на чинність ліцензійних, субліцензійних правочинів, які були укладені раніше, якщо інше не передбачено самим ліцензійним договором.

Ліцензіат зобов'язаний використовувати комп'ютерну програму способами, які прямо передбачені ліцензійним договором, і не в змозі використовувати її у спосіб, який не передбачено умовами договору. Це питання зумовлює найбільше спорів у процесі правозастосування; на практиці; поширеними є позови ліцензіарів про захист належних їм авторських прав внаслідок використання ліцензіатом комп'ютерних програм у спосіб, який не передбачено договором.

Так, в одній зі справ апеляційний господарський суд визнав необґрунтованими й такими, що не підлягають задоволенню, позовні вимоги позивача щодо припинення використання відповідачем та вилучення в нього комп'ютерних програм, авторські права на які належать позивачеві. За умовами справи між позивачем (ліцензіаром) та відповідачем (ліцензіатом) було укладено ліцензійний договір від про передачу права на використання комп'ютерних. У положеннях про предмет договору було визначено, що ліцензіар передає ліцензіатові право на комерційне використання комп'ютерних програм на визначений строк, а ліцензіат виплачує відповідну винагороду. Під під комерційним використанням комп'ютерних програм, за умовами договору,

сторони розуміли вільне відтворення комп'ютерних програм, їх тиражування, надання третім особам у ліцензійне користування за ліцензійними правочинами, продаж зареєстрованих копій, а також будь-яке інше їх використання в комерційному обороті [118]. Враховуючи таке широке трактування комерційного використання комп'ютерних програм, суд констатував, що в діях відповідача з використання комп'ютерних програм як об'єктів авторського права, а саме використання спірного об'єкта інтелектуальної власності в ході експлуатації електрообладнання, в яке встановлене програмне забезпечення, не виявлено протиправності та порушення умов ліцензійного договору. Суд постановив, що використання об'єкта інтелектуальної власності (комп'ютерних програм) в ході експлуатації технологічного обладнання не є використанням твору в розумінні ст. 441 ЦК України та норм іншого законодавства про авторські права.

Тому на практиці сторони в умовах договору окреслюють конкретні способи використання комп'ютерної програми, перелік яких є закритим. Скажімо, в одній зі судових справ спірні правовідносини випливали з договору, в умовах якого було передбачено, що комп'ютерна програма має використовуватися виключно у такі способи: забезпечення створення (накопичення) бази даних Державного реєстру речових прав на нерухоме майно; технічна обробка інформації в цій базі даних; технічна обробка формування відомостей з неї; обробка інформації з Реєстру прав власності на нерухоме майно, з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, з Державного реєстру іпотек та формування відомостей з них. Вважаючи, що відповідач (виконавець) порушив істотні умови договору, тобто умову про способи використання об'єкта інтелектуальної власності, бо створена ним комп'ютерна програма не відповідає технічному завданню, що унеможливорює її використання зазначеними способами, позивач (замовник) вимагав розірвання цього договору [119]. В іншій судовій справі спір випливав з договору, за умовами якого комп'ютерна програма повинна була використовуватися виключно в один із таких способів: створення (накопичення) бази даних Єдиного державного реєстру виконавчих

проваджень; обробка інформації в цій базі даних; формування відомостей з реєстру; забезпечення обміну інформацією з іншими державними реєстрами та державними службами України відповідно до закону [116].

За загальним правилом, якщо у ліцензійному договорі (субліцензійному правочині) не визначено вид ліцензії, то ліцензія вважається невиключною. Якщо у ліцензійному договорі (ліцензії) не визначено територію його дії, то вона поширюється на всю територію України.

Якщо в ліцензійному договорі не визначено строк, на який поширюється його дія (дія ліцензії), то договір вважається укладеним на строк, який залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на комп'ютерну програму, але не більше ніж на п'ять років. Якщо за шість місяців до завершення цього п'ятирічного строку жодна зі сторін не повідомить у письмовій формі другу сторону про відмову від договору, то ліцензійний договір вважається продовженим на невизначений строк. У цьому випадку кожна зі сторін у змозі відмовитися від договору в будь-який час, письмово повідомивши про це другу сторону заздалегідь – за шість місяців до моменту розірвання договору, якщо сторони не погодили між собою триваліший строк для такого повідомлення.

Ліцензіат (субліцензіат) при здійсненні своїх повноважень зобов'язаний дотримуватися особистих немайнових прав автора комп'ютерної програми, які передбачені законом.

Закон визнає за ліцензіатом низку прав, які можуть бути конкретизовані, уточнені чи змінені сторонами у ліцензійному договорі. За загальним порядком, ліцензіат має право вчиняти різноманітні дії допоміжного характеру (допоміжні способи використання комп'ютерної програми) щодо визначених у ліцензійному договорі видів майнових прав на комп'ютерну програму за умови, якщо без вчинення таких дій реалізація ліцензіатом своїх прав та обов'язків за договором є об'єктивно неможливою або істотно ускладненою. Ліцензіат також має право залучати під власну відповідальність третіх осіб без права укладення субліцензійного договору, якщо без їх участі здійснення ним своїх прав та

обов'язків за ліцензійним договором є об'єктивно неможливим або істотно ускладненим.

Взаємні права та обов'язки у сторін виникають із самого факту укладення ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми, ці права та обов'язки кореспондуються. Так, основними обов'язками ліцензіара є: передати ліцензіату комп'ютерну програму, включаючи передання необхідної інформації та технічної документації, що забезпечує її використання згідно з погодженими умовами; надати ліцензіару відомості про наявність ліцензійних і субліцензійних договорів, а також інших прав та зобов'язань щодо прав на комп'ютерну програму, які передаються; забезпечити ліцензіату безперешкодне використання комп'ютерної програми в обумовлених межах; не розголошувати змісту ліцензії на використання комп'ютерної програми; не передавати комп'ютерну програму третім особам, якщо інше не передбачено договором. Цим обов'язкам ліцензіара кореспондують відповідні права ліцензіата: право вимагати передання комп'ютерної програми разом з усією документацією, яка забезпечує його використання на договірних умовах; право на використання комп'ютерної програми в межах, обумовлених ліцензією; право вимагати від ліцензіара надання інформації про існуючі ліцензійні та субліцензійні договори, інші права та зобов'язання щодо прав на комп'ютерну програму; право вимагати від ліцензіара забезпечення належних умов використання комп'ютерної програми; на вчасне й безоплатне передання ліцензіаром усіх удосконалень комп'ютерної програми, якщо це передбачено договором тощо.

Водночас основними обов'язками ліцензіата є, зокрема, обов'язки: дотримуватися особистих немайнових прав автора комп'ютерної програми; сплачувати винагороду за використання комп'ютерної програми, якщо вона передбачена умовами договору; використовувати комп'ютерну програму у межах наданої ліцензії; надавати інформацію про межі використання комп'ютерної програми, про отримані прибутки, про зроблені удосконалень. Цим обов'язкам кореспондують відповідні права ліцензіара, який має право: на отримання винагороди за ліцензійним договором, якщо вона передбачена

умовами договору; вимагати від ліцензіата використання комп'ютерної програми відповідно до умов ліцензії; на інформацію про межі та обсяг використання комп'ютерної програми, про одержані внаслідок використання прибутки, про подальше удосконалення ліцензіатом комп'ютерної програми та їх безоплатне використання.

У положеннях ЦК України безпосередньо не йдеться про можливість укладення субліцензійного договору, хоча в ч. 4 ст. 1108 ЦК України передбачена можливість видачі субліцензії. Водночас Закон України «Про авторське право і суміжні права» прямо дозволяє, якщо це визначено ліцензійним договором, уповноважити ліцензіата дозволом надати право на використання об'єкта авторського права іншій особі (субліцензіату). Право субліцензіата надається в обсязі, який за жодних умов не перевищує обсяг прав, які було надано ліцензіату на підставі ліцензійного договору. Вид ліцензії за субліцензійним договором відповідає ліцензії за основним ліцензійним договором. В основному ліцензійному договорі може бути передбачене право субліцензіата укладати наступні субліцензійні договори, якщо таке повноваження передбачено для наступних субліцензіатів.

Принцип договірної свободи надає сторонам можливість передбачити укладення субліцензійних договорів. За відсутності будь-яких спеціальних правил, спираючись на загальні норми договірного права та принцип свободи договору, умова щодо права ліцензіата на укладення субліцензійного договору на використання комп'ютерної програми може бути зафіксована у змісті основного ліцензійного договору або у разі виникнення такої потреби може бути погоджена згодом у вигляді доповнення до ліцензійного договору, форма якого відповідає формі основного договору.

Судова практика виходить з того, що у разі укладення субліцензійного договору ліцензіар у змозі обмежити свою згоду на використання об'єкта інтелектуальної власності визначенням конкретних субліцензіатів або вказівкою про укладення конкретного субліцензійного договору чи про укладення субліцензійних договорів виключно у певний спосіб [139].

На підставі ліцензійного договору видається ліцензія, вид якої визначається умовами договору. Тож варто визначити співвідношення ліцензії та ліцензійного договору. В літературі зазначається, що відмінності між ними полягають в тому що ліцензією є документ, що надає дозвіл використовувати об'єкт інтелектуальної власності в певній сфері; ліцензія може існувати незалежно від ліцензійного договору; тоді як предметом ліцензійного договору є саме ліцензія, яка надає право використання об'єкта інтелектуальної власності на таких умовах, які визначені за згодою сторін відповідно до закону. Одні дослідники вважають, що ліцензійний договір є ширшим за змістом поняттям, оскільки ліцензія є складником ліцензійного договору [87, С. 30], отже розглядають ліцензійний договір та ліцензію як ціле і частку. Інші ж, зокрема Н. П. Бааджи, вбачають відмінності в тому, що ліцензійний договір є двостороннім (взаємозобов'язуючим), тоді як ліцензія є одностороннім договором, який укладається зазвичай у формі приєднання та за яким ліцензіат бере на себе обов'язки використовувати об'єкт та сплачувати винагороду тощо, утримуватися від певних дій (не порушувати прав автора та меж використання об'єкта), а ліцензіар має право вимагати від ліцензіата виконання умов договору. Враховуючи такий підхід, авторка цієї думки вбачає певне «протистояння» понять «повноваження» (яке ліцензіар може надати іншій особі – ліцензіату) та «договір» [8, С. 505-506]. Такий висновок був безумовно справедливим щодо попередньої редакції частини 1 ст. 1108 ЦК України, яка визначала ліцензію як письмове повноваження, видане ліцензіаром іншій особі – ліцензіату та яке надає останньому право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері. З чого дійсно впливав висновок, що ліцензія є саме одностороннім договором, оскільки її видача передбачає участь двох сторін, проте уповноважує виключно одну сторону.

З уведенням в дію Закону України «Про авторське право та суміжні права» формулювання цієї норми змінилося. Чинна редакція ч. 1 ст. 1108 ЦК України визначає ліцензію не як «письмове повноваження», а як «дозвіл» на використання об'єкта інтелектуальної власності в певній обмеженій сфері.

Враховуючи лінгвістичне значення цих термінів, можна стверджувати, що законодавець відступив від трактування ліцензії як *права*, яке надане особі для здійснення певних дій (повноваження) та тлумачить її як *згоду*, яка дає право на здійснення певних дій. Дійсність згоди як юридичного акту не потребує участі іншої особи (сторони), для дійсності наданої згоди достатньо участі тої сторони, яка її надає у відповідній формі. Цей підхід свідчить, що надання ліцензії є одностороннім правочином; можливостями, які вона відкриває для особи, остання може скористатися чи не скористатися на свій розсуд.

Ліцензійний договір може передбачати видачу виключної або невиключної ліцензії. Саме вибір сторонами конкретного виду ліцензії, як відзначають науковці, обумовлює обсяг прав ліцензіара за договором [8, С. 505]. У разі укладення ліцензійного договору про передання права на виключне використання комп'ютерної програми (виключна ліцензія) ліцензіар передає право використовувати комп'ютерну програму у певний спосіб та в установлених межах винятково одній особі, а також надає їй право дозволяти або забороняти подібне використання цього об'єкта іншим особам. За ліцензіаром зберігається право на використання цієї комп'ютерної програми в частині тих прав, які не передаються. За умови, якщо договір передбачає передання права на невиключне використання комп'ютерної програми (невиключна ліцензія) ліцензіар передає право використовувати комп'ютерну програму у певний спосіб та в установлених межах. За ліцензіаром зберігається право на використання цієї комп'ютерної програми, а також право на передання невиключного права на її використання третім особам.

Загальні правила, що передбачені у ч. 4 ст. 1109 ЦК України та в ч. 4 ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» утілюють правову презумпцію невиключної ліцензії: якщо інше не встановлено ліцензійним договором, вважається, що за таким договором надана невиключна ліцензія.

Як ми вже відзначали, законодавчою новелою, що запроваджена із введенням в дію Закону України «Про авторське право і суміжні права» є

публічна ліцензія, яка заслуговує окремої уваги й буде проаналізована в іншій частині нашого дослідження.

Відповідно до ст. 1107 ЦК України ліцензія закріплена як самостійна правова підстава розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. А в ч. 2 ст. 1108 кодексу зазначено, що ліцензія може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору, ліцензійний договір є лише одним зі способів оформлення видачі ліцензії. Тобто, йдеться про два самостійні способи розпорядження майновими правами інтелектуальної власності: ліцензію та ліцензійний договір.

Колізія полягає у тому, що відповідно до ст. 1107 ліцензія розглядається як самостійний правочин з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Ліцензія (від лат. *licitus* – дозволений) власне як дозвіл має широке нормативне застосування. Відповідні правовідносини виникають з факту її видачі, який дійсно набуває характеру одностороннього правочину, оскільки для її дійсності достатньо участі сторони, яка її видає. Тоді як у нормах Закону України «Про авторське право і суміжні права» застосовано інший підхід: серед підстав розпорядження майновими авторськими правами закріплено ліцензійний договір та лише публічну ліцензію на використання об'єкта авторського права. Тобто згідно з нормами спеціального Закону видача звичайної (виключної, невиключної) ліцензії не розглядається як самостійна підстава для розпорядження правами на комп'ютерну програму. Що є зрозумілим, оскільки ліцензія видається саме в межах договірних правовідносин та має конкретного адресата. Зазначимо, що в доктрині і раніше критично оцінювалися відповідні норми закону та висловлювалася думка, що ліцензія на використання об'єкта інтелектуальної власності виступає лише одним зі складників ліцензійного договору; при цьому ліцензія не тільки є правовою формою розпорядження майновими правами у сфері інтелектуальної власності, але й опосередковує певну трансформацію авторських правовідносин: майнові права використання об'єкта передаються певній особі та належать до змісту зобов'язальних правовідносин [191, С. 135].

Пряме ж виокремлення публічної ліцензії як самостійної підстави для розпорядження такими правами, як це зроблено у ч. 1 ст. 48 Закону України «Про авторське право і суміжні права», має теоретичне підґрунтя: на момент оголошення умов публічної оферти сторона ліцензіата не конкретизована. Водночас зазначимо, що в дійсності йдеться про публічний договір, що добре відомий вітчизняному праву, враховуючи специфіку якого ліцензія також має бути публічною. У цьому випадку публічне оголошення оферти має всі ознаки одностороннього правочину, оскільки зобов'язує сторону, яка публічно оголосила умови використання об'єкта інтелектуальної власності.

Важливо й те, що у ч. 1 ст. 1108 ЦК України сторони відносин з видачі ліцензії позначені тими ж термінами, що і сторони ліцензійного договору у ст. 1109 ЦК України. На стороні ліцензіара може бути і множина осіб, які спільно здійснюють належні їм права. У разі видачі ліцензії на використання об'єкта, права на який належать спільно кільком особам, усі вони повинні виявити спільну волю щодо видачі ліцензії. Ліцензіар має відповідати загальним вимогам щодо суб'єктного складу правочину. Для сторони, яка отримує ліцензію (ліцензіата), також не встановлено спеціальних вимог (бути суб'єктом підприємництва, комерційною юридичною особою тощо), така особа має відповідати загальним вимогам щодо суб'єктного складу правочину.

Виключна ліцензія видається тільки одному ліцензіату і виключає можливість використання ліцензіаром комп'ютерної програми у сфері, що обмежена ліцензією, та видачу ліцензій на використання цієї програми у зазначеній сфері іншим особам. Використання комп'ютерної програми на умовах виключної ліцензії є сприятливим для ліцензіата, адже право використання зазначеним у ліцензії об'єктом має винятково він, що надає йому певні комерційні переваги на ринку.

Одинична ліцензія на використання комп'ютерної програми видається тільки одному ліцензіату і виключає можливість видачі іншим особам ліцензії у сфері, що обмежена дією першої, але не обмежує використання цього об'єкта у зазначеній сфері самим ліцензіаром. Одинична ліцензія унеможливорює

використання об'єкта іншими особами, окрім ліцензіата та ліцензіара. Невиключна ліцензія не виключає можливості використання комп'ютерної програми у сфері, що обмежена ліцензією, самим ліцензіаром та видачі ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері третім особам.

Перелік видів ліцензій, що наведений у ч. 3 ст. 1108 ЦК України, є відкритим. Ліцензіар може видати будь-яку іншу ліцензію, що не суперечить закону. У практичному житті використовуються повні, перехресні, зворотні, відкриті ліцензії, а також субліцензії. Повна ліцензія надає ліцензіату усі права на використання об'єкта у повному обсязі протягом всього строку її дії; вона видається ліцензіату без будь-яких обмежень щодо способів, строків, території тощо. Перехресні ліцензії («крес-ліцензії») видаються для взаємного обміну правами на використання об'єктів інтелектуальної власності. Зворотна ліцензія надає ліцензіару зворотне право на використання комп'ютерної програми, яку створено ліцензіатом на основі отриманих знань внаслідок поліпшення чи удосконалення об'єкта основної ліцензії. Відкрита ліцензія надає право на використання комп'ютерної програми будь-якій особі.

Наведені види ліцензій на практиці можуть доповнюватися будь-якими іншими. Сам поділ ліцензій на види є умовним, оскільки сторони вправі погодити будь-які умови використання комп'ютерної програми, поєднавши їх в одній ліцензії. У ліцензії можуть встановлюватися різні умови використання, які можуть стосуватися території, строку, обсягу, способів використання комп'ютерної програми, сфери застосування тощо. Так, може бути наданий дозвіл на використання програми на всій території чинності авторських прав або в обмеженому її секторі. Ліцензія може стосуватися лише окремих чи деяких способів використання комп'ютерної програми. Можливим є видання кількох виключних ліцензій на одну й ту саму програму, але в різних сферах її застосування та встановлення заборони на її використання поза цими сферами.

У світовій практиці стратегії ліцензування програмного забезпечення поділяють на три категорії: запатентовані, безкоштовні з відкритим вихідним кодом, або гібрид двох [267].

Принагідно зазначимо, що український законодавець, відступивши від формулювання «письмове повноваження» щодо визначення поняття ліцензії, зберіг такий підхід до трактування субліцензії. За письмовою згодою ліцензіара ліцензіат відповідно до закону (ч. 4 ст. 1108 ЦК України) може видати іншій особі субліцензію – *письмове повноваження* на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Оскільки в законі відсутні будь-які застереження щодо моменту надання такої згоди (при видачі основної ліцензії чи згодом), ліцензіар за потреби у змозі надати дозвіл на видачу субліцензії на використання комп'ютерної програми у будь-який час. Субліцензія є похідною від основної ліцензії на використання комп'ютерної програми, тому зміст і обсяг прав, які надаються за субліцензією, обмежений умовами основної ліцензії, зокрема щодо території і строку дії договору. Субліцензіат у змозі укласти наступні субліцензійні договори, якщо це передбачено умовами основного ліцензійного договору для наступних субліцензіатів.

Самостійним правом ліцензіата за ліцензійним договором на використання комп'ютерної програми є право на плату. Така плата може визначатися або у формі фіксованого (паушального) платежу, або у формі періодичних виплат (роялті), або у формі комбінованих платежів. Паушальним є одноразовий платіж у вигляді фіксованої суми, який не залежить від обсягів виробництва продукції з використанням об'єкта права інтелектуальної власності. Перевага саме такої форми платежів за ліцензійним договором полягає, по-перше, у відсутності потреби контролювати діяльність ліцензіата, по-друге – отримання істотних коштів протягом короткого часу. Паушальні платежі убезпечують ліцензіара від наслідків дострокового припинення ліцензійного договору, наприклад, на підставі судового рішення [211, с. 103].

На практиці ціна ліцензії на використання комп'ютерної програми визначається зазвичай на засадах поточних процентних відрахувань (роялті) або у вигляді фіксованого платежу у твердій сумі. На ціну ліцензії впливає вид платежів: у разі застосування одноразової виплати ціна зазвичай є нижчою, але гарантує одержання ліцензіаром повної вартості ліцензії незалежно від

результатів використання програми. Щодо роялті, то відповідно до п. 14.1.225 Податкового кодексу України від 2 грудня 2010 р. [93] – це будь-який платіж, що отриманий як винагорода за використання (чи за надання права на використання) об'єкта права інтелектуальної власності, включаючи комп'ютерні програми. Комбіновані ж платежі передбачають виплату ліцензіатом первинного сталого платежу до започаткування виробництва ліцензійної продукції та подальші виплати у формі періодичних платежів тої частини ціни ліцензії, яка залишилася упродовж строку дії ліцензійного договору. Тож комбінований платіж поєднує в собі роялті та паушальні платежі, як це і визначено в Національному стандарті № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» [151]. Саме комбіновані платежі за ліцензійними договорами на використання комп'ютерних програм є найпоширенішими на практиці [183].

Науковці звертають увагу на певний розбрат термінів щодо таких платежів. Так, у законодавстві з авторського права фігурують терміни «винагорода», «авторська винагорода», «роялті», у сфері патентного права – виключно «винагорода», тоді як в Національному стандарті № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» – це ліцензійний платіж. Тому пропонується для позначення будь-якої плати за ліцензійним договором використовувати термін «ліцензійний платіж» [193, С.125]. При цьому, незалежно від того, що відповідно до чинних нормативно-правових актів ліцензійні виплати існують у формі роялті, паушального та комбінованого платежів, за правилами бухгалтерського та податкового обліку всі такі виплати вважаються роялті. Наприклад, у змісті постанови Кабінету Міністрів України № 72 від 18 січня 2003 р. «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» [150] «винагорода» та «роялті» застосовуються як синоніми.

Разом із тим, як зазначено в листі Державної фіскальної служби України «Про платіж за використання комп'ютерної програми» № 30644/7/99-99-19-02-02-17 від 18 серпня 2015 р. [164], не будуть роялті платежі, які отримані як

винагорода за використання комп'ютерної програми, у разі, якщо умови використання такої програми обмежені її функціональним призначенням, а її відтворення обмежене кількістю копій, що є необхідними для забезпечення такого використання (тобто використання «кінцевим споживачем»). Не належать до категорії роялті також платежі, які отримані за передачу прав на комп'ютерну програму, якщо умови передачі прав на неї надають право особі, яка отримує ці права, продати або здійснити відчуження в інший спосіб майнових авторських прав на програму. Тому, як зазначає цей компетентний державний орган, питання про те, чи підпадає під визначення роялті з метою оподаткування певний платіж за використання комп'ютерної програми, має бути вирішене на підставі аналізу умов договору: чи обмежені умови використання програми за її функціональним призначенням, чи передбачено умовами договору права щодо продажу прав на комп'ютерну програму.

Поряд із цим, саме в цілях оподаткування слід враховувати фактичне використання придбаної комп'ютерної програми за функціональним призначенням чи з іншою метою (для розробки інших програм, продажу іншому споживачу). Так, не є роялті для цілей оподаткування винагорода, яка виплачується за користування копією комп'ютерної програми кінцевим користувачем за функціональним призначенням. Не є роялті також: платіж за комп'ютерну програму для використання у власній підприємницькій (господарській) відповідно до її функціонального призначення на умовах обмеженого відтворення чи встановлення на робочих місцях, в обмеженій кількості копій; платіж за придбані виключні майнові права на комп'ютерну програму. Але в цілях оподаткування під визначення роялті підпадає платіж за комп'ютерну програму, якщо відповідно до ліцензійного договору автор чи інший власник майнових авторських прав надав невиключне майнове право множення і розповсюдження примірників комп'ютерної програми на певній території та протягом певного строку.

Але отримання ліцензіаром платежу від ліцензіата як винагороди за надання зазначеного права з метою оподаткування визначається як роялті за

умови, якщо в ліцензійному договорі передбачено надання ліцензіату права на використання комп'ютерної програми без можливості продажу такої програми або відчуження в інший спосіб; якщо умови використання не обмежені функціональним призначенням комп'ютерної програми (програмного забезпечення) і її відтворення не обмежене кількістю копій, необхідних для такого використання (використання «кінцевим споживачем»).

Щодо питання визначення природи платежу стосовно роялті з використання комп'ютерних програм судова практика виходить з того, що необхідною умовою для визначення юридичної природи платежу за використання певного об'єкта авторських прав є наявність у особи права відповідного виду – авторського права на комп'ютерну програму чи права власності на матеріальний об'єкт, у якому втілена така програма. В одній зі справ суд встановив, що розробники програмного забезпечення не надали позивачеві права користування авторськими правами на комп'ютерні програми; такі програми були надані йому виключно для внутрішнього використання у межах його власної господарської діяльності, тобто позивач придбав виключно право використання комп'ютерних програм без переходу авторських прав до нього. За цих умов природа платежу не відповідає особливостям роялті [206].

Тож, правозастосовна практика виходить з ідеї, що саме платежі за користування правом на комп'ютерні програми, а не платежі за користування комп'ютерними програмами, визнаються роялті в цілях оподаткування.

Враховуючи це, фахівці вважають, що для того, щоб існував ліцензійний договір з платежем – роялті щодо комп'ютерних програм (у сенсі положень Податкового кодексу України), слід дотримуватися певних умов. Так, договір має передбачати не лише використання комп'ютерної програми за її призначенням, а й користування іншими майновими авторськими правами та не має обмежувати відтворення комп'ютерної програми кількістю копій, необхідних для такого використання. За умовами договору плата має здійснюватися не за придбання матеріального носія, на якому записана

комп'ютерна програма, не за послуги, надані ліцензіату, а за користування майновими авторськими правами на комп'ютерну програму [73].

Умови ліцензійного договору про розмір ліцензійних виплат та (або) порядок визначення їх розміру (за кожен спосіб використання) є істотними умовами ліцензійного договору про надання права на використання комп'ютерної програми. Це дає підстави вважати, що якщо в ліцензійному договорі не визначена ціна або не зазначено, що він є безвідплатним, то такий договір буде визнаватися неукладеним через відсутність домовленості сторін щодо ціни [75, с. 102]. Такої самої позиції дотримується і судова практика: в одній зі справ у зв'язку з тим, що в договорі не було визначено розміру та порядку виплати авторської винагороди, суд визнав договір недійсним, незважаючи на наявність положення договору про те, що ціна винагороди буде визначена в додатковому договорі (якого, втім, укладено не було) [184].

Помітною є вимога закону щодо істотної умови ліцензійного договору, яка стосується ціни. Так, у ч. 3 ст. 1109 йдеться про розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта прав інтелектуальної власності, тобто про кілька елементів умови про ціну. Це дає підстави дослідникам стверджувати, що в цій нормі йдеться про три окремі умови щодо ціни, при цьому істотною умовою ліцензійного договору є умова про розмір виплати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, але умови щодо порядку та строків виплати не є істотними для такого договору [193, С. 133].

З такими висновками складно погодитися. Так, розміром плати за використання комп'ютерної програми слід вважати конкретну суму грошових коштів, яка ліцензіат має виплатити (виплачувати) ліцензіару. Розмір прямо пов'язаний із порядком виплати, яким є процес її здійснення, послідовність дій ліцензіата щодо розрахунків з ліцензіаром, процедура передання йому ліцензійного платежу. Якщо це платежі у формі роялті, то вони здійснюються систематично (періодично) у визначені строки. Якщо ж це паушальний платіж, то він проводиться в домовлений сторонами термін, може здійснюватися одноразовим платежем або частинами у певні строки. Комбінований платіж

потребує визначення терміну головного платежу і строків періодичних виплат. З чого очевидно, що строки ліцензійних платежів прямо і нерозривно пов'язані з порядком їх здійснення, який безпосередньо залежить від виду платежів, а вид платежу визначає і його розмір і порядок. Таким чином умова про плату за використання комп'ютерної програми є єдиною і цілісною, незалежно від того, що об'єднує в собі вимоги щодо розміру, порядку та строків виплати.

Важливо, що в законі йдеться саме про «виплати за користування», а не про ціну ліцензійного договору (ліцензії), не про вартість об'єкта права інтелектуальної власності. Звісно в договорі може бути визначена вартість ліцензії, яка визначається на момент укладення договору, наприклад, за угодою сторін, або на підставі незалежного оцінювання тощо. Крім того на практиці, як зазначають правознавці, до загальної ціни ліцензійного договору можуть включатися інші складники, наприклад, вартість додаткових послуг, які ліцензіар надає ліцензіатові (технічна допомога, консультації, обслуговування тощо) [126, С.331], мінімальні платежі, які будуть виплачуватися в разі, якщо ліцензіат не використовуватиме комп'ютерну програму, інші гарантійні виплати тощо. Такі умови можуть набути статусу істотних умов ліцензійного договору виключно у разі, якщо сторони (одна зі сторін) за своєю волею нададуть їм такого значення.

2.4. Договір про передання (відчуження) виключних майнових прав інтелектуальної власності на комп'ютерну програму

Одним із видів правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 1107 ЦК України є договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. У цій нормі він виокремлений як самостійний вид правочину, його аналоги згадуються в інших нормах законодавства, проте відрізняються за назвою. Так, у самому ЦК України ст. 1113 регулює питання «договору про передання майнових прав інтелектуальної власності»; ні в назві

статті, ні в її тексті не йдеться про виключність майнових прав, які передаються. Проте, слід згадати, що ст. 1113 зазнала змін у зв'язку з прийняттям Закону України «Про авторське право і суміжні права», в попередній її редакції йшлося про «договір про передання *виключних* майнових прав інтелектуальної власності». Положення ст. 1113 в її колишній редакції узгоджувалися з приписами ст. 1107 щодо назв договорів. Очевидно, що до п. 4 ч. 1 ст. 1107 помилково не були внесені відповідні зміни, пов'язані із уведенням в дію Закону України «Про авторське право і суміжні права», через що може складатися враження, що ст. 1113 ЦК України регулює не той вид договору, який фігурує в п. 4 ч. 1 ст. 1107 ЦК України, проте системне тлумачення положень глави 75 ЦК України свідчить, що у згаданих нормах ідеться про один і той самий договір, по-різному поіменований у різних статтях кодексу.

У нормах спеціального законодавства також спостерігається певна динаміка щодо зазначеного питання. Так, у ч. 2 ст. 32 Закону про авторське право передбачалася можливість передання права на використання об'єкта на основі «договору про передачу *виключного* права на використання твору» або на основі «договору про передачу *невиключного* права на використання твору». Тоді як у ст. 48 Закону України «Про авторське право і суміжні права» серед підстав розпорядження майновими авторськими правами згадується «договір про передання (відчуження) майнових прав на об'єкт авторського права» (п. 3 ч. 1). Тобто, на відміну від колишнього закону, який передбачав відчуження як виключних, так і невиключних майнових авторських прав, розцінюючи це як самостійні види правочинів, чинний закон не розрізняє таких правочинів і не акцентує увагу на виключності чи невиключності відчужуваних майнових прав.

Тож постає питання, у чому полягає виключність майнових прав та які саме майнові права (виключні, невиключні, будь-які) передаються за договором про передання майнових прав інтелектуальної власності? Передусім, варто з'ясувати позицію законодавця. В нормах ЦК України виключність приписується двом видам майнових прав творця об'єкта інтелектуальної власності: праву дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної

власності, а також праву перешкоджати неправомірному використанню об'єкта, зокрема й забороняти таке використання (п. 2, п. 3 ч. 1 ст. 424, ч. 2, ч. 3 ст. 426). Тоді як у нормах, які стосуються саме авторських майнових прав, спостерігаються розбіжності. У п. 2 ч. 1 ст. 440 ЦК України законодавець позначає як виключне винятково право дозволяти використання твору, а в ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права» – право дозволяти або забороняти використання твору іншими особами. У цілому загальна норма (ст. 424 ЦК України) та спеціальна (ст. 12 Закону) співпадають за змістом, але відмінності спостерігаються в самому підході. У першому випадку право дозволяти та право забороняти використання твору закріплені як два самостійні виключні майнові права, а в другому – як єдине виключне майнове право.

На нашу думку, обґрунтованішим є другий з підходів, оскільки дії щодо надання дозволу на використання об'єкта авторського права та заборони його використання пов'язані між собою; так, заборона використання об'єкта авторського права зазвичай презюмується, оскільки власне право використання виникає на підставі певного юридичного факту – внаслідок створення твору, на підставі закону або укладення договору. Для заборони, як правило, не вчиняються конкретні активні дії, таке право реалізується і пасивною поведінкою уповноваженої особи, яка притаманна й випадкам здійснення виключного права на надання дозволу на використання об'єкта авторського права певним особам. Тому доцільніше визначати виключне майнове авторське право надавати дозвіл на використання комп'ютерної програми та заборони щодо її використання як єдиного суб'єктивного права.

При цьому, як підкреслюють учені, формулювання «виключні майнові права» в назві цього договору не має вводити в оману – це не має жодного стосунку до виключної ліцензії. У певному сенсі видача повної ліцензії на строк дії охоронного документа порівнювана з переданням (відчуженням) виключних майнових прав інтелектуальної власності, проте з правової точки зору між цими явищами є істотні відмінності. Так, при видачі повної ліцензії суб'єктом права інтелектуальної власності залишається ліцензіар, а при

переданні виключних майнових прав – ним стає правонаступник; ліцензія надається на певний строк, із закінченням якого всі повноваження ліцензіата поновлюються [127, С. 590-593]. Важливо й те, що на підставах, передбачених договором, ліцензія може бути достроково припинена, наприклад, у разі несплати ліцензіатом платежів, тоді як договорам про передання (відчуження) виключних майнових прав це не притаманне: якщо такий договір укладено на умовах виплати, що здійснюється частинами, несплата чергових внесків не зумовлює припинення прав набувача та поновлення прав у відчужувача.

В юридичній літературі стверджується, що виключні майнові права становлять ядро прав на об'єкти інтелектуальної власності; ці права визначають специфіку правової охорони цих об'єктів, наділені такими юридичними властивостями, завдяки яким правовий режим інтелектуальної власності істотно відрізняється від правового режиму власності [36, С. 24-25]. Виключність права інтелектуальної власності трактується як виняткова можливість здійснювати на власний розсуд закріплені законом правомочності щодо використання об'єкта, які не в змозі здійснити жодна особа, крім тієї, кому вони належать [124, С. 13]. Виключні права розглядаються як такі, що становлять сутність авторських прав: з одного боку – це особисті немайнові права, з другого – повноваження майнового характеру, які дозволяють автору використовувати свій твір або надавати дозвіл на використання твору третім особам, отримувати за його використання певну винагороду [127, С. 157-158]. Виключні майнові права інтелектуальної власності закріплюють монополію суб'єкта цих прав на використання об'єкта [10, С. 19]. Виключні права наділяють їхніх носіїв можливостями дозволяти іншим зацікавленим особам використання об'єкта інтелектуальної власності; ці виключні права можуть бути здійснені шляхом укладення ліцензійних та інших видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності [127, С. 576].

На нашу думку, виключними є саме такі майнові авторські права на комп'ютерну програму, які наділяють суб'єкта повноваженнями дозволяти або забороняти третім особам використання об'єкта авторського права. Тоді як інші

майнові авторські права (права суб'єктів авторських прав) – право використання (комп'ютерної програми) не мають виключного характеру.

Таке уточнення є вкрай важливим для визначення природи договору з передання (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерну програму. Адже у випадку, якщо передається право використання комп'ютерної програми, то ефективним є інший договірний механізм – ліцензійний договір, інший правочин у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, які повною мірою задовольняють потреби у сфері передання іншим особам права на використання такого об'єкта. Такі правовідносини можуть регулюватися авторським чи ліцензійним договором про передачу невиключних майнових прав, де правоволоділець не позбавляє себе права на використання об'єкта інтелектуальної власності та в змозі видавати відповідні ліцензії на цей об'єкт іншим особам [76, С. 58].

Не акцентує увагу на виключності майнових прав інтелектуальної власності у таких договорах і І. Є. Якубівський, який зазначає що за договором про передання майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (правоволоділець) відчужує другій стороні (набувачеві) «майнові права інтелектуальної власності» [239, С. 9]. Однак слід врахувати те, що на думку цього автора зміст та юридична природа майнових прав інтелектуальної власності має базуватися саме на теорії виключних прав [238, С. 233].

Тоді як відповідно до ч. 1 ст. 1113 ЦК України у разі укладення договору про передання (відчуження) майнових прав суб'єкт авторського права передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах. Власне у тексті ст. 1113 не згадується виключність майнових прав інтелектуальної власності, які передаються. Тому залишається невирішеними питання, чи передаються виключні права чи просто майнові права та чи існує можливість частково передати саме виключні права – право надавати дозвіл на використання комп'ютерною програмою?

Для відповіді на них слід звернутися до тексту самої ст. 1113 та використаних у ньому формулювань. Показовими, як бачиться, є положення

ч. 4, де зазначено, що якщо для набуття майнових прав інтелектуальної власності необхідна їх державна реєстрація, то до набувача за договором про передання майнових прав інтелектуальної власності такі права переходять з моменту їх державної реєстрації. Але ж право використання об'єкта інтелектуальної власності не вимагає державної реєстрації, такої можуть вимагати лише авторські права як такі. Тож, якщо згідно зі ст. 1113 ЦК України передаються майнові права, виникнення яких може пов'язуватися з державною реєстрацією, то єдиним видом таких прав є виключні майнові права. З контексту цієї норми очевидно, що йдеться саме про виключні майнові права, які уповноважують розпоряджатися об'єктом та надавати третім особам можливість його використання. В іншому випадку саме існування такого договору як самостійного виду договору з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності втрачає сенс.

Для уникнення різночитань, які неминуче з'являються щодо положень п. 4 ч. 1 ст. 1107 та ст. 1113 ЦК України вважаємо за доцільне внести зміни до ст. 1113, назву якої викласти в такій редакції «Стаття 1113. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності», що гармонізує її з приписами ст. 1107.

Щодо питання про передання майнових прав «частково чи в повному обсязі», то передання часткове не може стосуватися частки виключного права, яке є цілісним, тому має стосуватися часткового передання. Наприклад, за договором особа отримує право дозволяти використання комп'ютерної програми виключно на певній території (скажімо, в межах кордонів певної держави, регіону), у певний спосіб, з визначеною метою (для власних потреб, реалізації соціальних проектів тощо). Як ми вже визначили на підставі аналізу положень ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права», при переданні авторських майнових прав на комп'ютерну програму повністю до набувача переходять права на всі способи використання програми на території всіх держав світу, а при переданні таких прав частково набувач отримує право на всі способи використання програми на території окремої держави (окремих

держав) або на окремі способи її використання на всесвітньому рівні або в межах території окремих держав. Тобто, при переданні виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму частково правомочності набувача обмежуються можливістю дозволяти використання комп'ютерної програми або на певній території, або визначеним способом.

Дослідники проблем авторського права вважають, що зазвичай за договором про передання майнових прав інтелектуальної власності передаються всі такі права. Так, А. О. Кодинець зазначає, що за таким договором, як правило, здійснюється «повна уступка майнових прав» інтелектуальної власності на певний об'єкт. Цей автор акцентує увагу на тому, щоб відрізнити такий договір від договору про передання виключного права на використання об'єкта інтелектуальної власності, який надає одній особі право використовувати об'єкт певним способом, у певних межах [64, С. 6-7].

Внаслідок реалізації договору про передання виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму право надавати дозвіл чи забороняти використання комп'ютерної програми переходить від суб'єкта виключного майнового авторського права до його контрагента за таким договором разом із правом на використання комп'ютерної програми.

Сторони такого договору не отримали чіткого законодавчо визначеного найменування. Так, у ч. 1 ст. 1113 ЦК України одна зі сторін названа «особа, що є суб'єктом майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності», а в ч. 4 цієї ж статті друга сторона згадується як «набувач». Тоді як в абз. 2 ч. 2 ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права» сторони такого договору позначені як «особа, яка передає (відчужує) майнові права на об'єкт авторського права» та «особа, яка набуває такі права». З огляду на те, що за цим договором передаються (відчужуються) саме виключні майнові авторські права, пропонуємо у цілях нашого дослідження іменувати сторони відчужувачем та набувачем виключних майнових авторських прав.

Враховуючи концепцію дворівневого предмета договору, доцільно визначити предметом договору про передання (відчуження) виключних

майнових авторських прав на комп'ютерну програму, по-перше, дії з передання виключних майнових прав, по-друге, виключні майнові права на комп'ютерну програму та власне комп'ютерну програму як об'єкт таких прав. Відповідно до закону, предметом такого договору не можуть бути об'єкти і майнові права, яких не існувало на момент укладання договору (абз. 2 ч. 1 ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Виключні майнові авторські права переходять до набувача за таким договором з моменту його укладення, якщо тільки інше правило не передбачене договором або не встановлене законом. Якщо набуття таких виключних майнових прав пов'язується законом з їх державною реєстрацією, то такі права переходять до набувача за договором з моменту їх державної реєстрації.

Законодавство не містить обов'язкової вимоги щодо відплатності такого договору, тож сторони в змозі здійснювати безоплатне передання набувачеві виключних майнових прав на комп'ютерну програму. Зважаючи на положення ч. 5 ст. 626 ЦК України, які встановлюють презумпцію платності договору, умова про безоплатне передання виключних майнових авторських прав має бути прямо зазначена у тексті договору. В оплатному договорі ціна виключних майнових авторських прав може бути визначена у вигляді фіксованої суми, яка може бути сплачена одноразовим платежем, або виплачуватися частинами (періодичними сплатами протягом певного часу).

Згідно з ч. 3 ст. 1113 ЦК України укладення договору про передання (відчуження) виключних майнових авторських прав не впливає на ліцензійні договори, які було укладено щодо цього об'єкта (комп'ютерної програми) раніше. Однак спеціальна норма – положення абз. 3 ч. 2 ст. 49 Закону України «Про авторське право та суміжні права» вносить уточнення: якщо іншого не передбачено у відповідному ліцензійному договорі. Тобто, дія ліцензійного договору може бути припинена внаслідок укладення ліцензіаром із третьою особою договору про передання (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерну програму лише у разі, якщо такий наслідок передбачений умовами ліцензійного договору.

За вимогою закону, укладення договору про передання виключних майнових авторських прав не впливає на ті ліцензійні договори, які було укладено щодо об'єкта таких прав раніше (ч. 3 ст. 1113 ЦК України). Водночас, закон не вимагає державної реєстрації ліцензійних договорів або іншої форми надання їм публічності. Відтак набувач може бути не обізнаний щодо існування ліцензійних договорів. Тому, якщо передання виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму здійснюється в період дії чинних ліцензійних договорів, за якими ліцензіатам передані права на використання цієї програми, відчужувач зобов'язаний поінформувати набувача про такі ліцензійні договори, а також отримати його письмову згоду на прийняття на себе зобов'язань, які випливають з цих ліцензійних договорів.

Враховуючи проблеми практичної реалізації положень закону щодо договорів про передання (відчуження) виключних майнових прав інтелектуальної власності, науковці пропонують законодавчо встановити обов'язок відчужувача за таким договором повідомити іншу сторону (набувача) про всі ліцензійні договори, які були укладені раніше, про їх умови та про ліцензіатів, а також кореспондуюче цьому обов'язку право набувача під час укладання такого договору вимагати від відчужувача надання належно завірених копій укладених раніше ліцензійних договорів [204, С. 116]. Варто погодитися з такою пропозицією з тим лише уточненням, що, на нашу думку, необхідності в наданні та офіційному завірненні копій таких договорів немає потреби і такі дії можуть порушувати інтереси ліцензіатів. Тому достатньо обмежити обов'язки відчужувача (який є ліцензіаром в раніше укладених ліцензійних договорах щодо цього самого об'єкта інтелектуальної власності) наданням набувачеві інформації про наявність ліцензійних договорів, відомостей про ліцензіатів за цими договорами, тип та строк дії ліцензії.

Вимоги щодо таких обов'язків відчужувача доцільно закріпити в нормах законодавства. Зокрема, внести зміни до положень ст. 1113 ЦК України – доповнити частину третю реченням такого змісту: «Особа, що є суб'єктом майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності, одночасно з

переданням цих прав має надати другій стороні відомості про всі укладені раніше та чинні на той момент ліцензійні договори, ліцензіатів за цими договорами, вид ліцензій та строки їх дії».

Аналогічні зміни слід внести до другого абзацу частини 2 ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права», доповнивши його реченням такого змісту: «Особа, яка передає (відчужує) майнові права на об'єкт авторського права або об'єкт суміжних прав, одночасно з переданням цих прав зобов'язана надати другій стороні відомості про всі укладені раніше та чинні на той момент ліцензійні договори, ліцензіатів за цими договорами, вид ліцензій та строки їх дії».

Головна відмінність договору про передання (відчуження) виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму полягає в тому, що він передбачає повне передання (відступлення) майнових авторських прав, їх незворотне відчуження. При цьому, як це впливає із норм закону, відчужувач (особа, яка передає (відчужує) майнові авторські права на комп'ютерну програму) у змозі залишати за собою певне майнове право щодо цього об'єкта, зокрема, право на його використання; він у змозі визначати будь-які темпоральні чи просторові обмеження тих прав, які відчужує. Це важливо, оскільки така можливість існує саме у сфері авторських прав, об'єктом яких і є комп'ютерна програма, і було б доволі проблемною за умови, якби такі об'єкти охоронялися засобами патентного права, права промислової власності.

При укладенні договору про передання виключних майнових авторських прав такі права на комп'ютерну програму відчужуються, тобто передаються безповоротно. Тому до набувача за договором переходять і відповідні права, й обов'язки щодо комп'ютерної програми як об'єкта авторських прав. Безповоротність такого відчуження майнових прав інтелектуальної власності означає, що такі права передаються назавжди, до завершення строку їх дії, який обчислюється відповідно до закону з моменту виникнення цих прав [214, С. 636]. Внаслідок цього деякі вчені називають таке відчуження за договором про передання майнових авторських прав «відстороненням» майнових прав на

твір самим автором [76, С. 69]. У певному сенсі це є виправданим, бо в цьому випадку автор (інший суб'єкт, якому належать майнові авторські права) передає виключні повноваження дозволяти/ забороняти використання об'єкта авторського права та усуває себе від таких можливостей.

Саме це дає підстави науковцям вести мову про правонаступництво за договором про передання майнових прав інтелектуальної власності [50, С. 114]. Це обумовлено з тим, що традиційно передання майнового права пов'язується з відступленням права (цесією) [222, С. 445-448], наслідком чого є перехід права від однієї особи до іншої, що і є правонаступництвом.

Однак, важливим є те, що цесія опосередковує процес відчуження саме зобов'язальних майнових прав, а не абсолютних. Наслідком відступлення зобов'язального права дійсно є правонаступництво, що пов'язане з тим, що такому праву завжди протистоїть конкретно визначений боржник, до якого таке майнове право звернене, до якого може бути пред'явлено вимогу про вчинення дій спрямованих на задоволення цього права. У цій ситуації зобов'язальне правовідношення існувало до моменту передання права та існує з тим самим змістом після відступлення права. Тоді як передання (відчуження) абсолютного права (права власності) не розглядається як відступлення, оскільки у разі передання його іншій особі правовідношення, в якому на стороні носія абсолютного права виступала певна особа, припиняється та виникає нове правовідношення з іншим активним учасником – носієм абсолютного права.

У нашому ж випадку ситуація суттєво відрізняється і від відчуження зобов'язального права, і від передання абсолютного права – права власності. Авторські права є абсолютними, тому процедура цесії в прямому її значенні щодо них неприйнятна. Водночас важливо те, що предметом передання є саме майнові авторські права, тоді як особисті немайнові права щодо цього самого об'єкта авторського права залишаються за автором у будь-якому разі.

Врешті, навіть у випадку передання виключних майнових авторських прав неможливо стверджувати, що особа відчужує всі без винятку права на конкретний об'єкт інтелектуальної власності. У цілому ж правовий результат

залежить від того, хто саме виступає відчужувачем за договором про передання майнових прав. Якщо відчужувачем є автор, який відмовляється від виключних майнових авторських прав і передає їх набувачеві, то, враховуючи те, що він залишається суб'єктом особистих немайнових авторських прав, можна дійти висновку, що він наділяє набувача виключними майновими авторськими правами (повністю чи частково), тобто відбувається правонаділення. У випадку, коли відчужувачем є інша особа, які належать майнові авторські права, з переданням таких прав набувачеві ця особа припиняє їх для себе. У жодному з цих випадків не настає правонаступництва. Інакше слід було б вважати правонаступництвом наслідки будь-якого договору купівлі-продажу, дарування та інших правочинів, тоді як насправді їх наслідком є припинення одного правовідношення та виникнення іншого, нового.

Неможливість правонаступництва при відчуженні абсолютних прав обумовлена тим, що в абсолютних правовідносинах визначена тільки уповноважена сторона, а склад учасників зобов'язаної сторони змінюється саме внаслідок відчуження: відчужувач з уповноваженої сторони переміщується на сторону зобов'язаних осіб, коло яких є невизначеним, а обов'язок – пасивним.

Помітним є і те, що законодавець у ст. 1113 та у п. 4 ч. 1 ст. 1107 ЦК України застосував саме термін «передання», а не «відчуження». Хоча таке передання може відбуватися за договором оплатним чи безоплатним, тоді до цих відносин застосовувані правила про купівлю-продаж чи дарування, наприклад, які передбачають відчуження об'єкта.

Поняття «відчуження» розглядається в літературі як волевиявлення власника (правоволодільця), яке спрямоване на передання відповідного об'єкта цивільних прав у власність іншої особи та припинення відповідних правових можливостей щодо нього для себе [222, С. 445]. Відчуження доречно розглядати саме в сенсі дій власника, тоді як протилежна сторона є набувачем. Відчуження завжди спричиняє набуття відповідного блага (майнового права) набувачем з припиненням прав на це благо у відчужувача. З цього можна дійти висновку, що договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної

власності є договором з відчуження таких прав, а договір про передання майнових авторських прав на комп'ютерну програму є договором з відчуження таких прав. Саме тому законодавець у п. 3 ч. 1 ст. 48 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначає такий договір як «договір про передання (відчуження) майнових прав на об'єкт авторського права».

Специфіка ж об'єкта, майнові права на який передаються за таким правочином, обумовлює спеціальну вимогу закону щодо умов цього договору: якщо умови договору погіршують становище творця (або його спадкоємців) порівняно зі становищем, яке визначене ЦК України та спеціальним законодавством, або обмежують право творця на створення інших об'єктів, то ці умови договору є нікчемними (ч. 3 ст. 1113 ЦК України).

Перелік та зміст майнових прав, які відчужуються за договором про передання майнових авторських прав на комп'ютерні програми, є частиною предмета цього договору, тому у ньому має бути чітко визначено перелік та зміст та обсяг прав, які передаються. Тут діє загальне правило, згідно з яким майнові авторські права, які не зазначені в договорі як такі, що передаються, вважаються такими, що не передані.

2.5. Способи цивільно-правового захисту авторських прав на комп'ютерні програми у договірних відносинах

У межах договірних правовідносин права на комп'ютерні програми чітко розподілені між сторонами. За загальним правилом, як ми визначили в попередніх частинах дослідження, внаслідок укладення договору про розпорядження правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму за автором залишаються особисті немайнові права, а протилежна сторона набуває майнові права та деякі особисті немайнові. У разі порушення ними своїх договірних зобов'язань та сторона, на чиї права та/або інтереси здійснено посягання, має можливості застосувати всі засоби захисту, які передбачені цивільним законодавством та договором. У разі, якщо порушуються саме

авторські права на комп'ютерні програми, потерпіла сторона у змозі застосувати засоби захисту прав інтелектуальної власності, які передбачені ЦК України та Законом України «Про авторське право і суміжні права».

Специфіка авторських прав як виду цивільних прав, серед іншого, полягає в тому, що вони можуть захищатися не інакше як способами, які відповідають характеру суб'єктивних цивільних прав, а також тих відносин, які становлять предмет цивільного права [201, С. 8]. Водночас, розглядаючи питання захисту авторських прав на комп'ютерні програми у договірних правовідносинах, слід врахувати, що передання майнових прав на комп'ютерні програми за договором (крім вільних ліцензій) передбачає можливість особи, яка їх набула, здійснити відтворення ліцензійного примірника комп'ютерної програми, а саме: копіювати два примірники; перший – з метою забезпечити функціонування комп'ютера, а другий – в архівних цілях з можливістю використати у разі втрати, пошкодження першого. Зважаючи на це, деякі автори вважають, що повністю відповідають ринку інформаційних технологій та гарантують дотримання авторсько-правової охорони комп'ютерних програм виключно тільки ліцензійні договори, які дозволяють відтворення необмеженої кількості примірників комп'ютерних програм [68, С. 9].

Захист прав інтелектуальної власності традиційно розглядається як система заходів, які спрямовані на перешкодження порушенню таких прав або припинення порушення прав інтелектуальної власності та їх відновлення. У правовій доктрині запропоновано різноманітні дефініції захисту прав інтелектуальної власності, які пов'язують його із діяльністю правомочної особи або компетентних органів держави щодо застосування державних заходів примусового характеру, що направлені на визнання чи відновлення порушеного права [27, С. 24; 211, С. 28; 78, С. 30], припинення порушення та застосування заходів юридичної відповідальності [5, С. 7; 9, С. 5].

Зі свого боку зазначимо, що, як це очевидно з попередніх частин нашого дослідження, ми дотримуємося концепції відповідно до якої, по-перше, з поняття цивільно-правової охорони охоплює цивільно-правове регулювання та

захист, по-друге, цивільно-правовий захист є поняттям ширшим, аніж цивільно-правова відповідальність, адже деякі способи захисту цивільних прав, зокрема і прав інтелектуальної власності, не пов'язані із застосуванням цивільно-правової відповідальності. Так, скажімо, визнання права є способом захисту, але не зумовлює цивільно-правової (чи іншої юридичної) відповідальності.

Авторські права на комп'ютерні програми у разі посягання на них можуть захищатися відповідно до норм міжнародного права, положень ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права». Згідно зі ст. 53 цього Закону підставами для захисту авторських прав є будь-яке невизнання чи оспорювання цих прав, їх порушення або створення загрози їх порушення. З-поміж тих видів порушень авторських прав, які перелічені в ч. 2 зазначеної статті Закону, такими, що вірогідно можуть мати місце щодо комп'ютерних програм, є такі види діянь: плагіат; використання комп'ютерної програми, якщо такі дії не підпадають під випадки їх законного вільного використання без дозволу суб'єкта авторських прав, у тому числі: піратство; ввезення на митну територію України примірників програм без дозволу суб'єктів авторського права; використання комп'ютерної програми з дозволу суб'єкта авторських прав, але з порушенням умов, на яких цей дозвіл надано (використання способом, який не передбачено договором, використання всупереч умовам публічної ліцензії та ін.); зловживання уповноваженими особами організацій колективного управління своїм службовим становищем, наслідком чого є невплата чи неналежний розподіл авторської винагороди; будь-які дії із застосуванням недозволеного обходу технологічного захисту комп'ютерної програми; підробка, зміна, свідоме вилучення без дозволу суб'єкта авторських прав: інформації про управління правами, інформації, яка ідентифікує комп'ютерну програму, її автора чи іншу особу, яка має майнові авторські права на неї; інформації про умови використання комп'ютерної програми чи будь-які цифри чи коди, у яких утілена така інформація, якщо будь-який із цих елементів прикладений до копії програми або вміщений у неї, з'являється у зв'язку з наданням її до загального відома), зокрема в електронній

(цифровій) формі; імпорт, розповсюдження примірників комп'ютерної програми, з якої у будь-якій формі (включаючи цифрову) без дозволу суб'єктів майнових прав вилучено чи змінено інформацію про управління правами; управління веб-сайтом, який через індексацію метаданих та надання пошукової системи, дозволяє користувачам у межах однорангової мережі знаходити і поширювати комп'ютерну програму без дотримання авторських прав.

До дій, що створюють загрозу порушення авторських прав, Закон відносить: по-перше, ввезення на митну територію України та розповсюдження технічних пристроїв, обладнання, яке включає комп'ютерну програму й надає без дозволу суб'єктів авторського права доступ до неї; по-друге, налаштування комп'ютерної програми, а також застосунків і додатків до неї, технологій та технічних пристроїв, які надають доступ до програми без дозволу суб'єктів авторських прав; і перші, і другі випадки включають ситуації, коли комп'ютерна програма, застосунки й додатки до неї, відповідні технології чи технічні пристрої використовують сигнали, що виходять з інших Інтернет-ресурсів; по-третє, надання у будь-якій формі та з метою отримання винагороди інструкцій із настройки комп'ютерної програми, а також застосунків і додатків до неї та технологій і технічних пристроїв з метою отримання доступу до комп'ютерної програми без дозволу суб'єктів авторських прав на неї.

Відповідно до закону за захистом авторських прав на комп'ютерні програми до суду та інших органів відповідно до їх компетенції мають право звертатися такі особи: суб'єкти особистих немайнових та майнових авторських прав на комп'ютерну програму – автори, інші особи, яким належать майнові права інтелектуальної власності на комп'ютерну програму; особи, яким надано виключне право на використання комп'ютерної програми (ліцензіат) та які мають право на отримання винагороди за її використання, для захисту своїх прав та законних інтересів у межах відповідного договору від посягань будь-якої третьої особи; організації колективного управління авторськими правами відповідно до доручення правовласників відповідно до Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського

права і (або) суміжних прав» від 15 травня 2018 р. [142]; акредитовані організації колективного управління правами інтелектуальної власності; особи, яким відповідно до закону належить право особливого роду (*sui generis*)^{3*}.

Особа, якій належать авторські права у змозі звертатися за захистом особисто або через представника. Так, скажімо захист у суді авторських прав на продукцію Корпорації «Майкрософт» на території України здійснюється через офіційних представників. В одній з таких судових справ представник зазначив у позові, що Корпорація «Майкрософт» є власником майнових авторських прав на комп'ютерні програми Microsoft Windows та Microsoft Office; Корпорація розповсюджує оригінальні примірники програмного забезпечення безпосередньо та через її афілійованих осіб і партнерів за різними програмами ліцензування; кожен оригінальний примірник комп'ютерної програми має певні ознаки, що підтверджують його оригінальність (справжність). У рамках громадського контролю, передбачений ст. 9 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. [168], представник Корпорації дізнався, що одна зі шкіл за процедурою публічної закупівлі придбала комп'ютерну техніку у підприємця, що здійснив поставку з попередньо встановленими на цю техніку копіями операційної системи Microsoft Windows 10 Professional. Але обстеження комп'ютерної техніки представником позивача засвідчило, що сертифікати автентичності Microsoft, які наклеєні на це обладнання, є підробленими, тому що зазначені на них ключі продуктів є ключами Windows Professional 10 OEM OA3 Digital Product Key, які інтегруються в базову систему введення/виведення (BIOS) під час виробництва пристрою, вони не видрукуються на сертифікатах автентичності та не доступні для продажу з цими наклейками. Отже, відсутність оригінальних наклейок програмного забезпечення GML та ключів програмних продуктів, які були б попередньо інстальовані виробником в BIOS, свідчить про те, що програмне забезпечення є

^{3*}Право особливого роду (*sui generis*) – право, яке надається для охорони баз даних, а також право, яке надається на неоригінальний об'єкт, згенерований комп'ютерною програмою.

контрафактним, розповсюджене без згоди правовласника, що порушує авторські права Корпорації «Майкрософт» [182].

Закон наділяє усіх уповноважених осіб правом звернутися до суду з вимогою про застосування цивільно-правових способів захисту: про визнання авторських прав на комп'ютерну програму; про відновлення того становища, яке існувало до порушення авторських прав; про припинення або про заборону вчиняти дії, які порушують авторські права на комп'ютерну програму або створюють загрозу порушення цих прав; про стягнення винагороди за створення та/або використання комп'ютерної програми; про відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням авторських прав; про відшкодування майнової шкоди (збитків), включаючи упущену вигоду, які завдані внаслідок порушення авторських прав; про стягнення доходу, який отримав порушник в результаті порушення ним авторських прав на комп'ютерну програму; про стягнення компенсації; про оприлюднення в засобах масової інформації за кошт порушника відомостей про допущені порушення авторських прав та про судові рішення стосовно цих порушень; про застосування інших правомірних заходів, які пов'язані із захистом авторських прав на комп'ютерні програми.

Тобто закон встановлює досить широкий і відкритий перелік способів цивільно-правового захисту авторських прав на комп'ютерні програми. При цьому суд внаслідок розгляду справи про порушення таких прав у змозі постановити рішення про застосування будь-якого з означених способів захисту, щодо цього в судовій практиці є відповідні напрацювання.

У доктрині представлено різноманітні класифікації способів захисту прав інтелектуальної власності. Так, І. Є Якубівський поділяє способи захисту майнових прав інтелектуальної власності за їх цільовою спрямованістю на припинювальні, відновлювальні та компенсаційні [239, С. 23-25]. На нашу думку, в таку класифікацію цілком вписуються всі передбачені законом цивільно-правові способи захисту авторських прав, які прийнятні для захисту таких прав на комп'ютерні програми.

До *припинювальних* способів захисту авторських прав, передусім, слід віднести припинення дій, які порушують право або створюють загрозу порушення такого права. Це спосіб захисту може бути застосований як самостійний або у поєднанні з іншими способами захисту, наприклад з відшкодуванням майнової та/або моральної шкоди. Прикладом реалізації цього припинювального способу захисту може бути, зокрема, рішення суду про припинення подальшого незаконного використання комп'ютерної програми, про заборону подальшого розповсюдження комп'ютерної програми; про заборону використання комп'ютерної програми певним способом. Хоча останнє не передбачено як самостійний спосіб захисту в українському законодавстві. Це спонукало науковців обґрунтовувати відповідні зміни до законодавства. Так, І. Є. Якубівський запропонував нормативно впровадити заборону неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності конкретним способом (способами) як окремий спосіб захисту майнових прав інтелектуальної власності, що сприяло б гармонізації законодавства України про інтелектуальну власність із правом ЄС [240, С. 360]. На нашу думку, таке впровадження є виправданим, передусім, для захисту майнових прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми в правовідносинах, що випливають з ліцензійного договору, в якому умова про спосіб (способи) використання об'єкта інтелектуальної власності може мати значення істотної.

Ліцензія, наприклад, може передбачати всі можливі способи використання комп'ютерної програми або окремі з них. Якщо дії ліцензіата з використання комп'ютерної програми певним способом не передбачені умовами ліцензії, то вони порушуються авторські майнові права на комп'ютерну програму. У цих випадках ліцензіар має право вимагати дотримання умов договору (ліцензії) щодо способу використання об'єкта його прав інтелектуальної власності та заборони на використання його у конкретний спосіб, який, враховуючи умови договору (ліцензії), є неправомірним.

Так, у постанові від 11 квітня 2017 р. Вищий господарський суд України, залишаючи без змін рішення суду першої інстанції та постанову суду

апеляційної інстанції, в яких позивачеві було відмовлено у задоволенні його вимоги про заборону використання ліцензіатом комп'ютерних програм, автором яких є позивач (ліцензіар), констатував, що за матеріалами справи не знайшло підтвердження будь-яке використання відповідачем програмного забезпечення інакше, ніж у процесі безпосередньої технічної експлуатації електроприводів, як і було передбачено умовами ліцензійного договору. За умовами договору, з якого виникли ці спірні правовідносини, ліцензіар, який є власником авторських прав на комп'ютерні програми, передав ліцензіатові право на комерційне використання комп'ютерних програм на певний строк; комерційним використанням сторони вважали вільне тиражування, відтворення комп'ютерних програм, надання третім особам на підставі ліцензійних договорів, продаж зареєстрованих копій, інше їх використання в комерційному обороті. Дізнавшись, що ліцензіат встановив комп'ютерні програми на електрообладнанні, яке використовував у виробництві, ліцензіар звернувся до ліцензіата з листом, в якому запропонував припинити з використання з певної дати та забезпечити доступ фахівців до електротехнічного обладнання для здійснення операцій щодо видалення комп'ютерних програм з пам'яті мікропроцесорних модулів, а згодом – з категоричною вимогою негайно припинити «порушення авторських прав щодо незаконного використання комп'ютерних програм». У процесі розгляду справи суди встановили, що всі примірники комп'ютерних програм, які були встановлені на виробничому обладнанні відповідача, фактично були введені у цивільний оборот шляхом їх першого продажу за згодою автора цих програм (позивача) або встановлені відповідачу безпосередньо їх автором, що виключає їх неправомірне використання у зазначений позивачем спосіб [115].

Аналогічне рішення з подібними аргументами, що пов'язані з недоведенням позивачем (який набув майнові авторські права на комп'ютерні програми за договором) самого факту неправомірного використання відповідачем комп'ютерних програм, винесла Судова палата у господарських справах Верховного Суду України 17 вересня 2017 року. У матеріалах справи

підтверджено, що відповідач придбав електрообладнання, функціонування якого спирається на оригінальне авторське програмне забезпечення, яке було встановлене на цьому обладнанні до моменту його поставки покупцю; а також доведено, що всі примірники спірних комп'ютерних програм установлені на виробничому обладнанні відповідача та введені у цивільний обіг шляхом їх першого продажу за згодою їх автора або передані безпосередньо їх автором у процесі налагодження виробничого обладнання, що засвідчує правомірність їх використання відповідачем [121]. З чого можна зробити висновок про невідповідність на практиці уявлень ліцензіата та ліцензіара щодо поняття способу використання комп'ютерної програми: як правило ліцензіар, яким є носій майнових авторських прав, зазвичай автор, трактує це поняття вужче, аніж ліцензіат, який використовує програмне забезпечення в комерційній діяльності, та судова практика. Це додатково актуалізує пропозицію закріпити в законі спосіб захисту авторських прав, пов'язаний із заборонаю конкретного способу використання об'єкта інтелектуальної власності.

Протилежним прикладом справа, що розглядалася Господарським судом міста Києва у 2021 р., в якій суд ухвалив рішення про заборону на використання комп'ютерної програми. За матеріалами справи ТОВ «Моленарі» (позивач) звернула позов до ТОВ «Сервісна компанія «Експрес – Сервіс» (відповідач) з вимогою заборонити відповідачеві використання комп'ютерної програми «1С: Підприємство 8. Управління торговим підприємством для України». Як було доведено в суді, відповідач під час провадження господарської діяльності здійснив відтворення зазначеної комп'ютерної програми, а ліцензійних договорів на право використання цього об'єкта авторського права не укладав, отже порушив вимоги ст. 426 та ст. 440 ЦК України, норми Закону України «Про авторське право і суміжні права» та виключні майнові авторські права позивача. Цікавим у цій справі є те, що факт порушення авторських прав було встановлено внаслідок отримання позивачем від відповідача документів «Рахунок-фактура від ХХ.ХХ.2018 № ХХХ» та «Видаткова накладна від ХХ.ХХ.2018 № ХХХ», які (що підтвердила

експертиза) були сформовані з використанням робочого середовища комп'ютерної програми «1С:Підприємство 8. Управління торговим підприємством для України» з модифікованим програмним кодом. Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у 2022 р. залишив без змін рішення місцевого та апеляційного господарських судів, які заборонили відповідачеві використання зазначеного об'єкта авторських прав через відсутність правових підстав для цього та порушення майнових авторських прав правоволодільців щодо цієї комп'ютерної програми [111].

Серед *відновлювальних* способів захисту авторських прав головним є визнання авторських прав на комп'ютерну програму, що здійснюється шляхом звернення до суду, який у змозі офіційно підтвердити наявність права. Цей спосіб захисту авторських прав здійснюється виключно в юрисдикційній формі; суд у процесі розгляду справи встановлює наявність певних фактів, досліджує їх й аргументовано констатує, підтверджує, визнає певне авторське право за визначеною особою [226, С. 129]. При цьому суд не створює авторське право, його виникнення впливає з інших юридичних фактів, а судові рішення тільки підтверджує наявність або відсутність авторського права [225, С. 332].

Визнання права притаманне саме захисту авторських прав, які виникають внаслідок самого факту створення об'єкта таких прав і не вимагають формальної процедури їх засвідчення, на відміну від, скажімо, об'єктів патентного права. Визнання авторських прав на комп'ютерну програму може бути передумовою застосування інших способів захисту авторських прав, наприклад для пред'явлення вимоги про відшкодування заподіяної внаслідок порушення авторських прав майнової та моральної шкоди.

До цієї групи способів захисту авторських прав на комп'ютерну програму належить і відновлення становища, яке існувало до порушення права. Цей спосіб захисту прийнятний щодо випадків, коли право інтелектуальної власності не припиняє свого існування внаслідок порушення і може бути відновлене завдяки усуненню наслідків посягання на нього. Його застосування свідчить, що право не оспорується, його існування у суб'єкта ніким не

заперечується, але вчинення протиправних дій однією особою призвело до посягання на авторські права іншої особи [226, С. 132].

До *компенсаційних* способів захисту авторських прав, передусім, належать відшкодування майнової та моральної шкоди. Умови відшкодування завданої майнової шкоди (збитків) та відшкодування моральної шкоди у справах, коли такі дії заподіяні посяганням на авторські права, є аналогічними до умов виникнення тих зобов'язань, які передбачають відшкодування в інших видах договірних правовідносин: наявність шкоди, протиправне діяння (порушення умов договору), причинно-наслідковий зв'язок між діянням і шкодою та вина заподіювача шкоди. Це підтверджує й Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у своїй постанові від 5 квітня 2021 р. [109].

Щодо протиправної дії (бездіяльності) як умови виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди, то зважаючи на те, що предметом нашої уваги є захист авторських прав у договірних правовідносинах, зауважимо, що авторські права є абсолютними і їх порушення завжди є протиправною дією, а посягання на них можливе як у договірних, так і в недоговірних правовідносинах. Якщо посягання на авторські права здійснюється в межах договірних правовідносин, то йдеться про здійснення майнових авторських прав правонабувачем з порушенням тих способів і меж, які визначені договором (ліцензією) та посягання на особисті немайнові права автора.

Поняття майнової шкоди (збитків) у цих справах трактується за традиційним підходом. Склад збитків визначається відповідно до ст. 22 ЦК України та обіймає реальні збитки, що включають втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, витрати, які особа зробила чи мусить зробити для відновлення свого права, а також упущену вигоду (неодержані доходи) — доходи, які особа реально могла б одержати за звичайних обставин, у разі, якби її право не було порушене. Тобто у разі порушення авторських прав на комп'ютерні програми збитки виражатимуться у

сумі, на яку зменшилося майно суб'єкта авторських прав внаслідок порушення його прав, упусти вигоду та здійснені ним для захисту порушених прав витрати.

Поняття моральної шкоди у цих справах визначається відповідно до позиції Пленуму Верховного Суду України, який у своїй постанові № 4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [174] роз'яснює, що під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Моральна шкода виявляється в негативних змінах у немайновій сфері особи, вона не має засобів виміру, не має безумовного грошового еквіваленту, компенсується у грошовій чи іншій майновій формі; розмір її компенсації завжди є умовним і призначений для згладжування негативних наслідків посягання на права особи.

Зміст моральної шкоди визначається відповідно до положень ст. 23 ЦК України; щодо справ про порушення авторських прав моральна шкода може полягати у душевних стражданнях, яких особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї; у приниженні її честі, гідності, ділової репутації, що стало наслідком посягання на авторські права.

Зважаючи на те, що предмет нашої уваги є значно ширшим, аніж це питання, звернемо нашу увагу до специфічних способів захисту, притаманних саме авторським правам. Так, п. 6 ч. 2 ст. 55 Закону України «Про авторське право і суміжні права» як альтернативу відшкодуванню збитків передбачає стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права, або стягнення компенсації.

У разі, якщо особа, яка посягнула на авторські права, отримала внаслідок цього доходи, то потерпіла сторона має право вимагати стягнення на її користь у розмірі, який відповідає сумі цих доходів. Тому на практиці існує альтернатива: довести розмір власних збитків, включаючи частину упущеної вигоди, та вимагати відшкодування шкоди або визначити суму незаконно отриманих правопорушником доходів і вимагати їх стягнення на свою користь;

останнє може бути дещо простішим, аніж доведення розміру упущеної вигоди, яке потребує значніших зусиль і часу. Водночас зазначимо, що такого способу захисту авторських прав не передбачено у ст. 432 ЦК України.

Порівняно новим способом захисту, який з'явився в національному законодавстві в 2018 р., є стягнення компенсації з особи, яка порушила авторські права на комп'ютерну програму. Відповідно до п. 4 ч. 3 ст. 55 Закону України «Про авторське право і суміжні права» такою компенсацією є разове грошове стягнення, що визначається судом на розсуд суб'єкта авторських прав натомість відшкодування збитків (стягнення доходу) у розмірі від 2 до 200 прожиткових мінімумів для працездатних осіб або як подвійна чи потрійна (якщо порушення навмисне) сума винагороди, котра була б сплачена у разі правомірного надання дозволу на використання комп'ютерної програми.

Суд, визначаючи конкретний розмір компенсації, має взяти до уваги обсяг порушення, його тривалість, систематичність, сферу, а також наміри особи, яка порушила авторські права, форму її вини, інші об'єктивні обставини (абзац 3 п. 4 ч. 3 ст. 55 Закону). Це ставить під сумнів природу такого способу захисту, оскільки традиційно в цивільно-правових відносинах форма вини відповідача (боржника) не має значення; у цивільно-правовій відповідальності обсяг стягнення з боржника визначається об'єктивним обсягом заподіяної шкоди. При цьому всі інші елементи цього способу захисту відповідають ознакам цивільно-правового захисту. Головним при цьому є те, що відповідно до Закону компенсація сплачується «на розсуд суб'єкта авторських прав» (потерпілого) та на його користь, що є безумовним підтвердженням цивільно-правової природи цих відносин. Таким чином можна стверджувати, що стягнення компенсації за порушення авторських прав на комп'ютерні програми є аномальним цивільно-правовим способом захисту, який у відступ від загальних принципів цивільно-правової відповідальності, при визначенні розміру такої компенсації враховує форму вини відповідача.

Закон встановлює і принципи такої компенсації – її розмір має бути ефективним, співрозмірним та водночас стримуючим. Компенсація має бути

спрямована на відновлення порушених авторських прав та застосовуватися так, щоб не створювати перешкод для правомірної діяльності користувача і при цьому забезпечити захист від його зловживань.

У положеннях п. 42 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 4 червня 2010 р. «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» визначено, що суб'єкт авторського права у змозі вимагати виплату компенсації замість відшкодування збитків або стягнення доходу. Суди ж при вирішенні відповідних спорів мають мати на увазі, що компенсація виплачується у разі доведення самого факту порушення майнових авторських прав, а не доведення розміру заподіяних збитків. Отже для задоволення вимоги про виплату такої компенсації достатньо наявності доказів про вчинення дій, які порушують авторські права [146]. Щодо визначення розміру такої компенсації Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду сформував у 2018 р. правові позицію, яка полягає, зокрема, у висновку, що для визначення розміру компенсації, яка є адекватною порушенню, суд повинен дослідити: факт порушення майнових авторських прав та вид порушення (яке саме); об'єктивні критерії, які засвідчують орієнтовний розмір шкоди, заподіяної кожним окремим неправомірним використанням об'єкта авторських прав; тривалість порушення, його обсяг (разове чи чисельне використання об'єкта); наміри відповідача; розмір отриманого правопорушником неправозгідного доходу; кількість потерпілих осіб, права яких порушено; можливість відновлення стану, який існував до правопорушення та необхідні для цього зусилля та ін. Мають бути враховані й загальні засади цивільного права, передбачені в ст. 3 ЦК України, зокрема, справедливість, добросовісність, розумність. У рішенні про визначення розміру компенсації мають бути наведені відповідні мотиви щодо її розміру [112].

Зауважимо, що у наведеній правовій позиції згадано традиційну тріаду принципів, які є загальними засадами цивільного права (справедливість, добросовісність, розумність), проте не згадано такого принципу, як відповідність моральним засадам суспільства, який вже набув загального

значення. Особливо вагомим є відповідність моральним засадам суспільства як принцип здійснення цивільних прав: особа має додержуватися моральних засад суспільства під час здійснення суб'єктивних цивільних прав (ч. 4 ст. 13 ЦК України), застосування самозахисту (ст. 19, ст. 1169). Право на компенсацію внаслідок порушення авторських прав також є суб'єктивним правом, здійснення якого особою має підпорядковуватися принципам та межах здійснення цивільних прав. Тому відповідна правова позиція у частині критеріїв, які враховуються при визначенні розміру компенсації, має бути доповнена вказівкою на моральні засади суспільства.

Відповідно до цього вважаємо за доцільне внести аналогічні доповнення з посиланням на загальні засади цивільного законодавства до змісту абз. 2 п. 4 ч. 3 ст. 55 Закону України «Про авторське право і суміжні права» та викласти її в такому вигляді: «Розмір компенсації має бути ефективним, співрозмірним і стримуючим, спрямовуватися на відновлення порушених прав та застосовуватися таким чином, щоб уникнути створення перешкод законній діяльності користувача і водночас забезпечити захист від зловживань користувача; розмір компенсації має відповідати вимогам справедливості, добросовісності, розумності та моральним засадам суспільства».

Відповідно до згаданих правових позицій суди, вирішуючи справи про компенсацію, відзначають у своїх рішеннях, що компенсація підлягає виплаті саме внаслідок доведення самого факту порушення майнових авторських прав, а доведення розміру заподіяних збитків не вимагається. В одній із таких справ, що вирішувалася в 2023 р., суд, маючи намір визначити адекватний розмір компенсації за порушення авторських прав, призначив її, враховуючи обставини справи, а також принципи справедливості, добросовісності та розумності в розмірі 103 560,00 грн. [185] При чому, Верховний Суд зазначає у постановках від 15 липня 2019 р. [113] та від 8 серпня 2019 р. [114], що кожна сторона самостійно має визначати стратегію свого захисту, а також зміст своїх вимог і заперечень.

Визначення розміру компенсації може пов'язуватися з різноманітними обставинами справи. Так, у наведеній вище справі про порушення авторських прав Корпорації «Майкрософт» внаслідок поставки комп'ютерної техніки з попередньо встановленими контрафактними примірниками комп'ютерних програм Microsoft Windows та Microsoft Office, господарський суд ухвалив рішення про стягнення з відповідача за порушення авторських прав на комп'ютерні програми компенсації в розмірі 832 тис. грн, яку визначено внаслідок множення чинного на час правопорушення розміру прожиткового мінімум для працездатних осіб 1600 грн. на кількість одиниць поставленої комп'ютерної техніки та нелегальних примірників програмного забезпечення – 26 штук ($1600 \times 26 = 832000$) [182]. Такий підхід є усталеною практикою; так в іншій подібній справі про порушення авторських прав корпорації Microsoft суд зазначив, що кожен неліцензійний примірник комп'ютерної програми, який незаконно відтворено в пам'яті належних відповідачеві комп'ютерів, має вважатися окремим фактом порушення авторських прав на комп'ютерні програми, за який слід стягувати компенсацію [181].

Нарешті слід згадати нововведення, яке внесене Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності»: ч. 2 ст. 432 ЦК України, яка визначає способи захисту прав інтелектуальної власності судом, доповнено пунктом 4⁻¹, який передбачає застосування разової грошової виплати, що є альтернативою іншим способам захисту. Умовою застосування цього способу захисту є неспівмірність способів захисту, пов'язаних із вилученням з цивільного обігу товарів, які виготовлені чи введені до нього з порушенням права інтелектуальної власності, матеріалів та знарядь, які використовувалися для їх виготовлення, знищенням таких товарів (матеріалів, знарядь) за рахунок особи, яка вчинила порушення. Разова грошова виплата здійснюється за заявою відповідача та виключно за умови, якщо права інтелектуальної власності порушені ним ненавмисно, а також без недбалості, що також свідчить про аномальний характер цього способу захисту. Розмір такої разової грошової

виплати визначається судом як розмір винагороди, яка мала б бути виплачена відповідачем за надання позивачем дозволу на використання права інтелектуальної власності, що є предметом спору, та яка обґрунтовано задовольняє вимоги позивача й відповідає його інтересам.

У цілому ж свідоцтва, за висновками правознавців, сама наявність авторського є своєрідним способом захисту права, адже це має превентивний вплив і сприяє захисту авторських прав від імовірних порушень [240, С. 341]. Так само дійсний договір, ліцензія на використання комп'ютерної програми самі по собі виступають певними гарантіями безперешкодного здійснення авторських прав учасниками договірних правовідносин.

Висновки до Розділу 2.

1. Правове регулювання відносин з договірною використання комп'ютерної програми нормами господарського та цивільного законодавства є *паритетним* та спирається на функціональну спеціалізацію в праві: договірний аспект забезпечується нормами господарського права, а правовий статус автора (іншої особи, якій належать майнові авторські права на комп'ютерну програму) та правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта авторського права – нормами цивільного законодавства.

2. Право на справедливу винагороду за відповідні способи використання комп'ютерної програми є самостійним майновим правом, яке належить виключно автору комп'ютерної програми.

3. Розподіл авторських прав на комп'ютерну програму, що створена у зв'язку з виконанням трудового договору/контракту, слід врегульовувати цивільно-правовим договором. У сферах, де посадові обов'язки працівників передбачають створення комп'ютерних програм у процесі виконання ними трудової функції, такі питання доцільно визначати в локальних нормативно-правових актах (положеннях, типових договорах тощо).

4. Предмет договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму має дворівневу структуру. Предметом *договору на створення за замовленням* і використання комп'ютерної на первинному рівні, є дії виконавця зі створення та передання в користування комп'ютерної програми, а на другому рівні – створена комп'ютерна програма та право на її використання. Предметом *ліцензійного договору* на першому рівні є дії ліцензіара щодо надання ліцензіату дозволу (права) на використання комп'ютерної програми (правонаділення), а на другому – комп'ютерна програма та право її використання (комплекс прав на неї). Предметом *договору про передання (відчуження) виключних майнових прав* на комп'ютерну програму, на первинному рівні є дії з передання виключних майнових прав, а на другому – виключні майнові права на комп'ютерну програму та комп'ютерна програма як об'єкт таких прав.

5. У разі створення за замовленням ексклюзивної комп'ютерної програми замовник має право заявити вимогу щодо обмеження можливості створення автором-виконавцем комп'ютерної програми, аналогічної його замовленню.

6. Майнові авторські права на комп'ютерну програму, які передаються за договором, діють протягом строку чинності прав самого автора, що спричиняє строковість усіх договорів щодо розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерну програму.

7. Незалежно від того, що в законодавчій дефініції ліцензійний договір моделюється як реальний, законодавчі ознаки ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми засвідчують його консенсуальну природу; винятки становлять вільні (публічні) ліцензії.

8. Істотними умовами ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми є: вид ліцензії, сфера використання комп'ютерної програми, розмір, порядок і строки виплати винагороди за її використання, інші умови, яким сторони надають силу істотних; сфера використання визначає

конкретні права, які надаються за договором, способи використання комп'ютерної програми, територію дії договору, строки дії прав і подібн.

9. Умови типового ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми є обов'язковими для сторін договору; невідповідність змісту ліцензійного договору умовам типового ліцензійного договору є підставою недійсності першого; відсутність затвердженого у встановленому порядку типового ліцензійного договору негативно позначається на правах та інтересах автора комп'ютерної програми як ліцензіара.

10. Ліцензіар та ліцензіат за договором на використання комп'ютерної програми мають право відмовитися від договору в односторонньому порядку, якщо друга сторона порушує умови договору. Утілена в ч. 2 ст. 1110 ЦК України правова норма, яка встановлює право на односторонню відмову від ліцензійного договору, є диспозитивною.

11. Надання ліцензії на використання комп'ютерної програми є одностороннім правочином.

12. Обсяг прав ліцензіара та ліцензіата за договором на використання комп'ютерної програми визначається вибором виду ліцензії, враховуючи законодавчу презумпцію невиключної ліцензії.

13. Умова про плату за використання комп'ютерної програми є єдиною і цілісною, незалежно від того, що об'єднує в собі вимоги щодо розміру, порядку та строків виплати.

14. Правомочності набувача за договором про передання (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерну програму обмежуються можливістю дозволяти/забороняти використання комп'ютерної програми або на певній території, або визначеним способом, або в певних цілях.

15. Внаслідок реалізації договору про передання (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерну програму право надавати дозвіл чи забороняти використання комп'ютерної програми переходить від відчужувача до набувача разом із правом на використання комп'ютерної програми.

16. Відчужувач за договором про передання (відчуження) виключних майнових прав на комп'ютерну програму має право залишати за собою окремі майнові права щодо програми (право на використання), визначати темпоральні чи просторові обмеження прав, які відчужує.

17. Договір про передання майнових авторських прав на комп'ютерну програму є договором з відчуження таких прав. За договором про передання (відчуження) виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму такі права передаються безповоротно.

18. При переданні авторських майнових прав на комп'ютерну програму повністю до набувача переходять права на всі способи використання програми на території всіх держав світу, а при переданні таких прав частково набувач отримує право на всі способи використання програми на території окремої держави (окремих держав) або на окремі способи її використання на всесвітньому рівні або в межах території окремих держав. При переданні виключних авторських майнових прав на комп'ютерну програму частково правомочності набувача обмежуються можливістю дозволяти використання комп'ютерної програми або на певній території та/або визначеним способом.

19. Безповоротне відчуження комплексу авторських майнових прав повністю або частково може здійснюватися на договірній та недоговірній основі; передання авторських майнових прав у тимчасове користування може здійснюватися виключно на договірних засадах.

20. На законодавчому рівні слід закріпити заборону конкретного способу використання об'єкта авторських прав як окремий спосіб захисту прав інтелектуальної власності.

21. Стягнення компенсації за порушення авторських прав на комп'ютерні програми та разова грошова виплата, що передбачена п. 4-1 ч. 2 ст. 432 ЦК України, є аномальними цивільно-правовими способами захисту, які у відступ від загальних принципів цивільно-правової відповідальності, вимагають врахування форми вини відповідача при визначенні розміру компенсації (разової грошової виплати).

22. Перелік законодавчих критеріїв, які враховуються при визначенні розміру компенсації за порушення авторських прав, доцільно доповнити вказівкою на засади справедливості, розумності, добросовісності та моральні засади суспільства.

Основні результати розділу опубліковано у наукових працях [97], [98], [99], [100], [101], [102], [103].

РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ АВТОРСЬКИХ ПРАВ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ В НЕТРАДИЦІЙНИХ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

3.1. Цивільно-правова охорона майнових авторських прав на комп'ютерні програми, які передаються на умовах публічної (відкритої, вільної) ліцензії

Одним з головних пріоритетів України, як це було визначено ще в Законі України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки» від 9 січня 2007 р. [162] є прагнення побудувати орієнтоване на інтереси людей, відкрите для всіх і спрямоване на розвиток інформаційне суспільство. Посеред іншого, одним із завдань є забезпечення вільного доступу населення до телекомунікаційних послуг, зокрема до мережі Інтернет, інформаційно-комунікативних технологій та інформаційних ресурсів. Такому вільному доступу до програмних продуктів істотно сприяє надання права на їх використання на основі публічних і вільних ліцензій. Такі ліцензії виконують важливу соціальну функцію, адже сприяють суспільному прогресу.

Нині ціла низка професій та видів робіт вимагає використання різних видів програмних продуктів, без чого виконання певних функцій є немислимим. Винятково комерційні ліцензійні умови унеможливили б використання таких комп'ютерних програм, що створило б безліч перешкод для цивільного обороту та розвитку суспільства загалом.

Свого часу у Концепції легалізації програмного забезпечення та боротьби з нелегальним його використанням, що затверджена постановою Кабінету Міністрів України № 247-р від 15 травня 2002 р. [149], зазначалося, що широке використання неліцензійного програмного забезпечення в Україні обумовлене неспроможністю деяких категорій населення придбати легальне комерційне програмне забезпечення, бо воно має дуже високу ціну. Таким чином, обмеження можливості використання комп'ютерних програм

комерційними ліцензіями спричиняє масові порушення авторських прав та унеможливорює виконання програмними продуктами їхньої соціальної функції.

Для уникнення численних порушень авторських прав на комп'ютерні програми, зокрема, у сфері діяльності органів державної влади, Кабінет Міністрів України у 2004 р. затвердив Порядок легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади [153], яким зобов'язав всі органи державної влади здійснити інвентаризацію використовуваних комп'ютерних програм та їх легалізацію шляхом заміни неліцензійних програм ліцензійними; тобто Уряд вжив заходів для приведення процесу використання комп'ютерних програм у відповідність з вимогами законодавства про авторське право.

Використання ж комерційного програмного забезпечення не завжди є досяжним, що уповільнює або й унеможливорює розвиток окремих сфер суспільного життя. Так, згідно з Порядком використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади, що був запроваджений Кабінетом Міністрів України 10 вересня 2003 р., придбання комп'ютерних програм для органів виконавчої влади здійснювалося виключно для нагальних потреб; придбанням підлягали тільки ліцензійні примірники або програми вільного використання, за умови, що вони супроводжені документацією, яка посвідчує правомірність їх використання згідно з ліцензією (включаючи вільні ліцензії).

За Концепцією Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом, що затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України № 1588-р від 23 вересня 2009 р. [175], програмне забезпечення поділене на пропрієтарне, стосовно якого існують обмеження щодо його розповсюдження, копіювання, внесення змін, і з відкритим кодом, яке умови ліцензування якого не обмежують можливості його використання, копіювання та модифікації.

У практичному житті репрезентовано різноманітні типи ліцензій на комп'ютерні програми, які використовуються в сучасному світі. Зокрема, за класифікацією, що здійснена Фондацією Відкритого програмного забезпечення, використовуються такі ліцензії на комп'ютерні програми: Commercial

(Комерційна) – визначає закрите, власницьке (пропрієтарне) програмне забезпечення; Non-Commercial Use – призначена виключно для некомерційного використання; Royalty-free binaries, «Freeware» – дозволяє безоплатне використання, без доступу до коду; Royalty-free libraries – безоплатні програмні бібліотеки, без доступу до коду; Shareware – для програмного забезпечення, придбання якого не є імперативним; Trial Software – діє обмежено в часі; Open Source, BSD-Style (Apache Style, Linux/GNU style) – відкрите, за ліцензією, запропонованою розробниками BSD (Apache Style, Linux та GNU) [275].

Враховуючи багатоманітність способів передання авторських прав на комп'ютерні програми, неможливо залишити поза увагою таку підставу передання прав на їх використання, як «вільна ліцензія», використання якої дозволяє оперувати категорією «вільне програмне забезпечення», яка досить популярна в літературі та на практиці. При цьому слід мати на увазі, що в обігу використовуються поняття «вільне» та «відкрите» програмне забезпечення, що не тотожне публічній ліцензії на комп'ютерну програму.

Термін «відкрите програмне забезпечення (open source)» з'явився в обігу в 1998 р., його запропонували Е. Реймонд та Б. Перенс, оскільки термін «вільне програмне забезпечення (free software)» видавався їм неоднозначним і таким, що спантеличує учасників правовідносин [258]. Тоді як «вільне програмне забезпечення» ще в 1983 р. увів в оборот Р. Столмен, який називав невільні ліцензії на програмне забезпечення «брудними» [271] та який заснував проект GNU і рух вільного програмного забезпечення, а також став фундатором Фонду вільних програм та Ліги за свободу програмування [262].

Щодо відкритого програмного забезпечення спільнотою встановлено низку вимог: воно має розповсюджуватися вільно (безкоштовно); вихідний код має бути вільно отриманий або включений; мають бути дозволені похідні твори та розповсюдження модифікацій програмного забезпечення (інколи ліцензія передбачає розповсюдження модифікації лише як виправлення помилок); не може встановлюватися обмежень та дискримінацій осіб чи груп (не можуть виключатися і комерційні користувачі); кожен, хто отримує програмне

забезпечення внаслідок похідного розповсюдження має мати такі самі права, як і ліцензіат; ліцензія не може зобов'язати будь-яке інше програмне забезпечення, яке поширюється з відкритим кодом, також бути з відкритим кодом; ліцензія має бути нейтральною технологічно [24].

Розрізнення відкритої та вільної ліцензії пропонувалося в проекті закону «Про використання Відкритих і Вільних форм інтелектуальної власності, Відкритих форматів даних та Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах і державному секторі економіки», який виносився на розгляд Верховною Радою України ще в 2005 р., [176] проте не був ухвалений. Автори документу застосували терміни «вільна інтелектуальна власність» і «відкрита інтелектуальна власність»; вільне/ відкрите програмне забезпечення трактували як такі, що відповідають вимогам вільної/відкритої інтелектуальної власності; вільне програмне забезпечення підпадає під умови вільної ліцензії, а відкрите – під вимоги Відкритих стандартів.

Вільною в цьому законопроекті визнавалася інтелектуальна власність, щодо якої допускається вільне використання її об'єкта; тобто суб'єкт права (автор та/або власник) зберігає за собою тільки особисті немайнові права (або їх частину) інтелектуальної власності; а всі майнові права – передає у суспільне вільне користування, на правовій основі, яка не є складнішою, ніж договір приєднання. Відкритою означено таку інтелектуальну власність, щодо якої допускається вільне отримання та вивчення її об'єкта; тобто суб'єкт права передає у вільне користування і сам об'єкт інтелектуальної власності, і вичерпні дані про його зміст, структуру, будову (вихідний код комп'ютерної програми), на правовій основі, яка не є складнішою, ніж договір приєднання. Тобто відкрита інтелектуальна власність у цьому документі розглядалася як різновид вільної, в якій надається вільний доступ до змісту об'єкта.

Як бачиться, впровадження термінів «вільна інтелектуальна власність» не є доцільним, оскільки у період дії авторських прав на нього по-справжньому «вільним» об'єкт інтелектуальної власності стає лише під дією вільної ліцензії.

В іншому випадку до них було б застосовуване і «вільне використання», яке, як доводять науковці [203, С. 23-25], має зовсім інше змістовне навантаження.

Важливо при цьому, що головні відмінності між вільним та відкритим програмним забезпеченням полягають у їхній філософії. Так, в ідеї вільного програмного забезпечення особливий наголос зроблено на моральних чи етичних аспектах, а технічне вдосконалення розглядається як бажаний, але побічний результат, який є похідним від його етичного стандарту. Тоді як концепція відкритого коду першочерговою метою вважає технічну складову програмного забезпечення, можливості її удосконалення, а вільне (спільне) використання вихідного коду розцінює як засіб досягнення цієї мети.

Тому відкрите та вільне програмне забезпечення відрізняються й за цілями та пріоритетами. У відкритому програмному забезпеченні основний акцент робиться на ефективності відкритого початкового коду^{4*} як методу розробки, модернізації та супроводу комп'ютерної програми. У вільному програмному забезпеченні головна увага зосереджена саме на правах людини на вільне поширення, модифікацію і вивчення комп'ютерних програм, які вона використовує. Переважна більшість вільних ліцензій на комп'ютерні програми відповідають ознакам вільних і відкритих ліцензій.

Вільну ліцензію на комп'ютерну програму слід відрізняти від безоплатної ліцензії, адже існує багато різноманітних безоплатних програмних продуктів, вихідний текст яких не є відкритим, щодо яких встановлено низку обмежень щодо використання і які не є вільним програмним забезпеченням. Відкрите програмне забезпечення забезпечується такою моделлю ліцензування, яка передбачає безоплатний доступ до вихідного коду комп'ютерної програми та дозволяє її подальше розповсюдження, удосконалення (модифікацію) й доповнення, з деякими застереженнями [14].

^{4*}Початковий код (source code), а так само: вихідний код; програмний код; джерельний код; первинний код; вихідний текст програми; на сленгу програмістів – «сирець», «сирцевий код».

Поряд із цим, важливо, що слово «вільний» у програмному забезпеченні означає саме свободу, а не ціну; люди повинні вільно використовувати програмне забезпечення будь-яким можливим суспільно корисним способом, а також змінювати та продовжувати ділитися ним згідно з поняттям вільного обміну ідеями, спільноти, співпраці та колективного управління [255, С. 24-25]. На практиці ж не всі прийняли таку етичну позицію щодо радикальної трансформації й істотної модифікації системи розповсюдження програмного забезпечення; на це впливає прагматична потреба запропонувати вирішення проблеми за допомогою практик, які гарантують «баланс, золоту середину і помірність» [261]. Тому існує й комерційна модель вільної ліцензії на комп'ютерні програми, проте їх оплатний характер обов'язково має спиратися на додаткові послуги – навчання, технічне обслуговування, технічна підтримка, сертифікація та ін. При цьому підтримка, навчання та інші послуги щодо програмного забезпечення, яке використовується на підставі вільної ліцензії, як правило, надаються визначеними організаціями на комерційних засадах [268].

Отже вільна ліцензія на використання комп'ютерної програми не обов'язково має бути безоплатною, копії таких програм можуть розповсюджуватися й, наприклад, на добровільній платній основі, проте неможливою є заборона безплатного копіювання програми чи встановлення інших обмежень для користувача. Зважаючи на те, що користувач комп'ютерної програми, яка перебуває під вільною ліцензією, має безумовне право безоплатно передавати її іншим особам, як правило, в практичному житті вільна ліцензія на використання комп'ютерної програми є безоплатною.

Наразі у світі діє безліч вільних ліцензій на комп'ютерні програми: Загальна публічна ліцензія GNU (GNU General Public License), Публічна ліцензія Mozilla (Mozilla Public License), Ліцензія MIT (MIT License) та багато інших. В Україні, найпопулярнішими серед вільних ліцензій на комп'ютерні програми є GNU General Public License (GPL), MIT License та Apache License. У США, наприклад, популярними є GPL, Apache License та BSD License, у країнах ЄС – European Union Public License (EURL), що дозволяє

використовувати такі програми в державному секторі, та ін. Дедалі більше компаній у світі переходять на використання вільних ліцензій на комп'ютерні програми, що заощаджує кошти на їх ліцензування й забезпечує свободу в користуванні програмами. Вважається, що вільні ліцензії на використання комп'ютерних програм сприяють розвитку програмного забезпечення.

В Україні найвідомішими вільними ліцензіями на комп'ютерні програми є: Загальна публічна ліцензія GNU (GNU General Public License); Менша загальна публічна ліцензія GNU (GNU Lesser General Public License); публічні ліцензії – це Mozilla (Mozilla Public License), BSD (BSD License), MIT (MIT License), Apache (Apache License). Проте, на жаль, в Законі України «Про авторське право і суміжні права» не згадуються ні вільні, ні відкриті ліцензії (чи програмне забезпечення), а єдине згадування про відкритий вихідний код комп'ютерної програми стосується ознак провайдерів (ч. 7 ст. 58 Закону). Так само відсутні згадування про них в ЦК України. Тож вільні й відкриті ліцензії не мають прямого законодавчого закріплення в Україні.

Відкрита ліцензія на використання комп'ютерної програми обов'язково передбачає вільний доступ до джерельних (вихідних) кодів (вихідних текстів) програм. Вихідний (програмний) код – це повний набір команд, інструкцій та специфікацій, які утворені чи згенеровані для первісного варіанту програми або в процесі її удосконалення, включаючи вхідні дані, цифрові бібліотеки, описи та інші елементи, що принаймні допускають їх автоматичне переведення до форми машинного виконання [38, С. 133].

Основна відмінність відкритого коду від комерційних моделей програмного забезпечення полягає у ліцензуванні програмного забезпечення. Щодо комерційного програмного забезпечення провайдери використовують традиційні ліцензії на комп'ютерні програми, коли дозвіл на використання програмного забезпечення надається користувачеві в обмін на визначену винагороду. Як правило, користувачеві надається право використовувати, відтворювати або адаптувати програмне забезпечення лише відповідно до умов ліцензії. Тоді як комп'ютерна програма з відкритим вихідним кодом спирається

на інший підхід до ліцензування, який відрізняється наданням користувачеві права змінювати програму та розповсюджувати її у первісному або зміненому вигляді. За умови надання відкритої ліцензії, як і в комерційній ліцензії, основою правовідносин також виступає авторське право на комп'ютерну програму, тому права і дозволи надаються, як і в комерційній ліцензії, з певними умовами [268, С. 5]. Проте у вільній ліцензії такі умови можуть стосуватися обмеження саме способів модифікації чи поширення комп'ютерної програми, але не можуть установлювати нав'язування оплатних умов використання вільного програмного забезпечення.

Термін «відкритий вихідний текст» зазвичай вживають щодо комп'ютерних програм, які випускаються як вихідний код без будь-яких обмежень відносно того, що можна з ним вчиняти. Вихідний код складається з інструкцій (мовою програмування «С» або «Java»), складених програмістами, яким доступне розуміння цієї мови, тож вони в змозі змінювати, використовувати та доповнювати вихідний код. Усі відкриті комп'ютерні програми розповсюджуються з вихідним кодом, що повністю готовий для використання; фізичні та юридичні особи можуть вільно використовувати ці програми для своїх цілей будь-яким способом на свій розсуд. Вітчизняні фахівці визначають «відкритий програмний код» як програмний код, що є відкритою інтелектуальною власністю, і перебуває під ліцензією вільного типу. Як виняток, з такого коду можуть бути вилучені ті інструменти, елементи, бібліотеки і програми, які самі поширюються як відкрите (вільне) програмне забезпечення та легко доступні з відкритих джерел [38, С. 132-133].

Вільні комп'ютерні програми розповсюджуються на підставі двох основних ліцензій – Berkeley Software Distribution (BSD) та General Public License (GNU GPL або GPL, якщо з контексту зрозуміло, про яку саме ліцензію йдеться, адже існує багато ліцензій зі словами у назві «general public license»). Ліцензія BSD дозволяє особі здійснювати з програмним кодом будь-які операції, зобов'язуючи суб'єкта лише визнавати використання вихідного коду, отриманого від інших. Популярнішою нині є ліцензія GPL, на якій базується

80% вільного програмного забезпечення [268, С. 6-7]. GPL передбачає, що всі особи, які розповсюджують комп'ютерні програми, базовані на відкритому коді і отримані в рамках цієї ліцензії, мають розповсюджувати внесені ними зміни до комп'ютерної програми теж за ліцензією GPL і на таких самих умовах. Прихильники ліцензування за схемою GPL наголошують, що комп'ютерні програми мають бути відкритими й витіснити з ринку комерційне програмне забезпечення. Тоді як прибічники ліцензії BSD акцентують увагу на розвитку вільного програмного забезпечення з комерційною метою [38, С. 133].

Вільна відкрита ліцензія (англ. free software, software libre, чи libre software) на комп'ютерну програму надає користувачам цілу низку безумовних прав, серед яких головними вважаються чотири, які автор ідеї вільного програмного забезпечення Р. Столмен назвав «чотирма свободами» [273]. Це такі головні (центральні) права, якими вільна ліцензія наділяє користувачів комп'ютерної програми: 1) право використовувати комп'ютерну програму в будь-який спосіб у будь-яких цілях; 2) право передавати копії комп'ютерної програми іншим особам; 3) право вивчати її роботу та модифікувати комп'ютерну програму таким чином, щоб програма виконувала операції, необхідні для користувача; 4) право передавати іншим особам копії змінених версій комп'ютерної програми. Саме наявність у користувачів усіх цих чотирьох прав свідчить про те, що ліцензія на використання комп'ютерної програми є вільною. При чому здійснення третього та четвертого зі згаданих прав вимагає доступу до вихідного тексту (коду) програми.

Попри це при використанні вільного програмного забезпечення вимагає дотримання правил копілефту – правила, згідно з яким забороняється при переданні комп'ютерної програми додавати якісь обмеження, які можуть позбавити інших користувачів хоча б якогось із головних чотирьох прав (які зазначені вище). Тобто будь-які поширення користувачами комп'ютерних програм, які перебувають під вільною ліцензією, мають здійснюватися з умовою збереження центральних прав на ці програми для всіх користувачів. Деякі дослідники, оцінюючи значення вільного програмного забезпечення,

називають копілефт «ракетним двигуном» успіху, адже він дав об'єднанням програмістів надію, що їхня робота буде суспільно корисною у світі й не тільки експлуатуватиметься компаніями, а буде вільною [248].

Рухи щодо надання вільного доступу до програмного забезпечення та деяких інших об'єктів авторських прав стають дедалі популярнішими у світі. Зокрема, спільнота Creative Commons (CC)^{5*} прагне заснувати у сфері створення програмного забезпечення «зону, вільну від юристів», яка була б рівною мірою прийнятною як для творця, так і для користувача комп'ютерної програми. За допомогою спеціально створеної платформи ліцензування CC прагне зменшити транзакційні витрати на ліцензування та на придбання ліцензій для повторного використання. З позиції потенційних користувачів ця революційна пропозиція оцінюється як украй необхідна, особливо з огляду на умови сучасної «цифрової» реальності: поява технологій та особливо їх копіювання природно змінило баланс між вільною культурою та культурою дозволу на користь останньої [269, С. 3]. Важливо, що у разі перебільшення потенціалу доктрини «чесного використання» програмних продуктів, коли до користувача буде встановлено надмірні вимоги погоджувати свої дії з автором, її застосування може обумовити зростання потреби в судових розглядах, правовій допомозі адвокатів та як наслідок – збільшити транзакційні витрати. До всього й самі користувачі за такого підходу для упевненості в законності чи незаконності кожної окремої своєї дії повинні були б звертатися за допомогою до правників, що також не сприяло б розвитку програмного забезпечення та його ефективному використанню для потреб суспільства.

Первісно CC створювалася в умовах правової системи США, тому ліцензія з великою вірогідністю може виявитися несумісною з правовою

^{5*} Creative Commons – це неприбуткова організація, що має на меті полегшити використання об'єктів авторських прав і створення похідних творів з дотриманням авторських прав; надає вільні ліцензії, а також інші правові інструменти для авторів, які самостійно визначають, який режим діє щодо їхніх творів. Creative Commons пропагує ідею «золотої середини» між концептами «усі права застережені» та «жодні права не застережені», яка полягає у тезі «деякі права застережені».

системою іншої держави. Для вирішення цієї проблеми був заснований проект iCommons (International Commons), завдяки чому вже станом на початок 2013 р. правила ліцензій CC були адаптовані до правових умов 70 держав світу, включаючи й Україну. Наразі контент, що ліцензований на умовах Creative Commons, є легкодоступним, завдяки тому, що розміщується в Internet Archive, Flickr, Вікісховищі та інших архівах інтернету.

Першою та найвільнішою, на думку фахівців, стала ліцензія із зазначенням авторства Creative Commons Attribution (CC BY) [46, С. 52], яка дозволяє користувачам розповсюджувати твір за умови зазначення авторства, редагувати його, вносити зміни і брати за основу для своїх творів твір, включаючи використання з комерційною метою. Це ліцензія рекомендована CC для максимального поширення і використання ліцензованих матеріалів. За умовами цієї ліцензії автор надає право користувачам: поширювати, копіювати і розповсюджувати матеріал у будь-якому вигляді чи форматі; змінювати, реміксувати, трансформувати, і брати матеріал за основу для будь-яких цілей, навіть комерційних. Єдиною умовою є посилання на попередніх авторів у визначеній ними формі. Ліцензіар (автор) не в змозі відкликати цю ліцензію, якщо користувач дотримується умов використання.

Текст ліцензії складається із Преамбули та Основного змісту (Основних ліцензійних умов), що включає 17 розділів; глосарій для уніфікованого тлумачення змісту містить визначення понять: авторське право, програма, модифікація (зміна), ліцензований твір, поширення, передання та ін. [257]. Основною свободою, яка надається за цією ліцензією, є право на скачування (запуск) немодифікованої програми, право на вільне використання твору (програми) або його еквівалент відповідно до законодавства про авторське право. Цікаво, що для самого запуску та скачування програми без її модифікації та подальшого поширення не обов'язково погоджуватися на умови ліцензії. У разі ж, якщо користувач має змінювати та поширювати комп'ютерну програму (або її модифіковану версію) для користувачів, він зобов'язаний прийняти та дотримуватись умов цієї ліцензії.

Окрім цього, користувач має право робити та поширювати на будь-якому носії точні копії вихідних кодів програми, доступ до яких він отримав, за умови, якщо він відкрито і відповідним чином опублікує у кожній копії повідомлення про авторські права; а також повідомить, що до програми застосовується ця ліцензія та разом із програмою представить всім одержувачам її копії; збереже усі застереження щодо відсутності будь-яких гарантій стосовно якості та придатності програми для використання.

Нині організація CC пропонує кілька видів ліцензій Creative Commons. Торговельними марками Creative Commons (CC) є кнопки Creative Commons, назва та корпоративний логотип [178]. Кожна з цих ліцензій містить комплекс умов використання об'єкта авторського права (комп'ютерної програми) та прав, які надаються за конкретною ліцензією, та вимагає аби користувачі під час використання та розповсюдження програми зазначали авторство [279].

Зміст усіх ліцензій відтворюється трьома способами (має три рівні): юридичною мовою, мовою неюристів та мовою для розпізнавання комп'ютерними програмами. Юридичні тести, що призначенні для ознайомлення з умовами ліцензії правниками, є досить об'ємними, порівняно з їх коротким описом, який є зрозумілим для пересічної людини.

Загалом щодо вільних (відкритих) ліцензій є загальновизнані умови, яким має відповідати ліцензія, якщо код, на який поширюється ліцензія, кваліфікується як програмне забезпечення з відкритим кодом. Так, особливими є умови використання майнових авторських прав на підставі вільних ліцензій Creative Commons. Умовно ліцензії CC поділено на «необмежені» та «обмежені» [15]. До першої групи віднесені дві ліцензії: 1) Attribution (BY) – («із зазначенням імені автора») – дозволяє вільно розповсюджувати твір, включати його до складу збірників, створювати на його основі похідні твори навіть у комерційних цілях за умови вказівки імені автора; 2) Attribution – Share Alike (BY-SA) – «із зазначенням імені автора – на тих самих умовах» – дозволяє вільно розповсюджувати, твір, включати до збірників, створювати на

його основі похідні твори за умови вказівки імені автора та розповсюджувати похідні твори на тих самих умовах, на яких був ліцензований первісний твір.

Група «обмежених» ліцензій включає: 1) Attribution – No Derivative Works (BY-ND) – «із зазначенням імені автора – без похідних творів» – дозволяє вільно розповсюджувати твір на комерційній та некомерційній основі за умови збереження незмінності твору обов'язкового зазначення імені автора; 2) Attribution – Noncommercial (BY-NC) – «із зазначенням імені автора – некомерційна» – дозволяє використовувати, розповсюджувати твір, включати до збірників, створювати на його основі похідні твори із суто некомерційною метою, що стосується і похідних творів; 3) Attribution – Noncommercial – Share Alike (BY-NC-SA) – «із зазначенням імені автора – некомерційна – на тих самих умовах» – дозволяє вільно але з некомерційною метою розповсюджувати твір, включати до складу збірників, створювати похідні твори за умови вказівки імені автора та розповсюдження похідних творів на тих самих умовах, на яких було ліцензовано первісний твір; 4) Attribution – Noncommercial – No Derivative Works (BY-NC-ND) – ліцензія «із зазначенням імені автора – некомерційна – без похідних» (так звана «ліцензія безкоштовної реклами») – дозволяє одержувати та розповсюджувати твір виключно з некомерційною метою за умови зазначення імені автора, але не дозволяє створення похідних творів.

В Україні є перепони для використання ліцензій CC. Так, постає питання, на якій правовій підставі український користувач у змозі використовувати, наприклад, матеріали Вікіпедії, які надаються переважно саме на умовах ліцензії Creative Commons Attribution-Share Alike 3.0 [277] або найбільшого в світі архіву цифрових зображень, фотохостингу Flickr, на якому наразі розміщено бл. 150 мільйонів зображень, наданих авторами на умовах ліцензій Creative Commons [254].

Прикладом умов, які мають поширюватися на всі вільні ліцензії на програмне забезпечення, є ліцензії F/OSS. Програми, які поширюються за цими ліцензіями, мають включати вихідний код і дозволяти розповсюдження у вихідному коді, а також у скомпільованій формі. При цьому публікація

вихідного коду в Інтернеті сама по собі відповідає цій вимозі. Така ліцензія не обмежує жодну сторону від продажу або передачі програмного забезпечення як компонента сукупного розповсюдження програмного забезпечення, яке містить у собі програми з кількох різних джерел. Вільна ліцензія не може вимагати роялті або іншу плату за розповсюдження комп'ютерної програми. Ліцензія F/OSS повинна дозволяти модифікації та створення похідних робіт, а також дозволяти їх розповсюдження на тих самих умовах, що й ліцензія на оригінальне програмне забезпечення.

Таким чином, вільною є така ліцензія на комп'ютерну програму, яка відповідає таким основним критеріям (встановлює чотири види свобод): надає можливості вільно використовувати комп'ютерну програму з будь-якою метою (*Free to use* «нульова свобода»); дозволяє вивчати, як працює комп'ютерна програма, та адаптувати її для своїх цілей (*Open source*, «перша свобода»), умовою до чого є доступність вихідного коду (тексту) комп'ютерної програми; дозволяє вільно поширювати копії комп'ютерної програми – на допомогу іншим (*Copy left*, «друга свобода»); дозволяє вільно покращувати комп'ютерну програму і публікувати її поліпшену версію з метою сприяти всьому співтовариству (*Free to commit*, «третя свобода»), умовою до чого є доступність вихідного коду (тексту) комп'ютерної програми та можливість його модифікації та внесення до нього змін і виправлень.

Отже щодо комп'ютерних програм, які надані в користування на підставі вільних відкритих ліцензій, користувачі в змозі вчиняти будь-які дії, вони отримують на підставі вільної ліцензії повний комплекс майнових авторських прав, а також ті особисті немайнові права, які не пов'язані з правом авторства – ім'я автора комп'ютерної програми залишається незмінним за будь-яких умов. Тож внаслідок надання автором комп'ютерної програми вільної ліцензії єдине авторське право, яке він зберігає за собою, є право авторства.

Цікаво, що фахівці висловлюють припущення, що, наприклад, GPL використовує авторські права, щоб призупинити звичайну дію авторських прав у сфері розробки вільного програмного забезпечення [264, С. 394]. Проте

вважати вільні ліцензії обмеженням авторських прав, на нашу думку, неправильно, адже права автора, а також права інших осіб на комп'ютерну програму ніяк не обмежуються. Вільна ліцензія надає можливість здійснювати майнові права щодо об'єкта авторського права та деякі особисті немайнові права необмеженому колу осіб. Такі можливості надаються з ініціативи власника авторських прав на комп'ютерну програму (за його волевиявленням), що відбувається в порядку здійснення ним авторських прав, зокрема права розпорядження комп'ютерною програмою як об'єктом авторського права.

Свідченням цього є ідея щодо копілефту, який одержав трактування як так званий принцип «авторського ліва» (CopyLeft), що є специфікою будь-якої вільної ліцензії на програмне забезпечення з відкритими вихідними кодами. Він демонструє його принципову відмінність від авторського права (CopyRight), незважаючи на те, що самі програми охороняються нормами авторського права. За принципом «CopyLeft», як відомо, автор комп'ютерної програми з відкритими вихідними кодами дозволяє використовувати цей код будь-якому користувачеві для розробки іншого програмного продукту за умови, що цей розробник надасть іншим користувачам вихідний текст комп'ютерної програми. Тож відкритість вихідного коду поширюється від первісної програми на будь-яку іншу розроблену на її основі комп'ютерну програму. Авторське право та «авторське ліво» різняться лише у регулюванні правил використання комп'ютерних програм [38, С. 134-135].

Звичайна (комерційна) ліцензія на комп'ютерну програму надає право на її використання одному чи кільком користувачам або їх групі (за умови мережної версії програми). Вільна відкрита ліцензія надає право будь-якому користувачеві використовувати відкритий вихідний код. В обох випадках порушення умов ліцензії є порушенням авторського права на первісну комп'ютерну програму. Тож вільна ліцензія не суперечить принципам авторського права, вона надається в порядку здійснення права автора комп'ютерної програми розпоряджатися своїми правами на неї. Принцип копілефту не обмежує, а розширює авторські права на комп'ютерну програму.

Таким чином, права користувачів на підставі вільної ліцензії можуть бути *безумовними* або *обумовленими умовою про копілефт*. Такою умовою є правило, за яким власник авторських прав дозволяє вільно розповсюджувати комп'ютерну програму або похідний від неї твір виключно на тих умовах, які встановлені в первісній вільній ліцензії, тобто, якщо не будуть змінені принципи розповсюдження: воно буде вільним, дозволитиме переробку, поширення похідних творів на тих самих умовах, що й первісна ліцензія.

Тому у разі, якщо ліцензія вимагає, щоб похідні від комп'ютерної програми твори також були вільними, то така вільна ліцензія є *вільною ліцензією на комп'ютерну програму з обтяженням авторського права (ліцензія з копілефтом)*. Якщо вільна ліцензія дозволяє безкоштовне копіювання комп'ютерної програми, але не містить вимоги щодо вільного поширення похідних від неї творів (умови про копілефт), то вона є *вільною ліцензією на комп'ютерну програму (ліцензія без копілефту)*.

Стандарти щодо відкритих ліцензій на комп'ютерну програму встановлюють також додаткові умови: а) ліцензія не може дискримінувати осіб, групи чи сфери діяльності; б) ліцензія має дозволяти користувачам змінювати код і створювати похідні твори та при цьому може вимагати від них розповсюджувати змінений вихідний код з умовою, що він публікується під окремою назвою або номером версії; тобто оригінальний та змінений вихідні коди мають публікуватися під окремими назвами чи номерами версій. На нашу думку, такі додаткові умови повинні супроводжувати всі відкриті ліцензії на програмне забезпечення. За умови законодавчого закріплення понять вільної та відкритої ліцензії зазначені вимоги слід закріпити в законі.

Важливо й те, що умови вільної відкритої ліцензії не мають поширюватися на інше програмне забезпечення, яке супроводжує код, на який поширюється ліцензія. Однак це не має стосуватися тих програм, які взаємодіють із відкритим кодом під час виконання, а не просто розповсюджуються разом з ним.

Так, згадувана нами вище ліцензія GPL встановлює двосторонню стратегію, спрямовану на забезпечення дотримання норм розробки вільного програмного забезпечення. Ліцензія дозволяє користувачам копіювати, розповсюджувати та змінювати код лише за умови, якщо вони погоджуються дотримуватися умов GPL, тобто з умовою копілефту. Якщо ж користувач, який є ліцензіатом, порушує такі умови, то автор (його правонаступник) може забезпечити дотримання цих умов через позов про порушення авторських прав. Тобто, у цьому випадку порушення умов вільної ліцензії оцінюється як порушення авторських прав. Отже ліцензія GPL допомагає розробникам комп'ютерних програм впроваджувати і підтримувати соціальні практики та розуміння, які, за висловами іноземних учених, виконують успішну правову «джиу-джитсу» [264, С. 382].

У Рекомендаціях щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав, що розроблені Міністерством економіки України [180], зазначено, що при придбанні об'єктів авторського права вільного користування вони мають бути забезпечені договором (хоча б посиланням на нього), який підтверджує їх приналежність до об'єктів авторських прав вільного користування; такий договір є примірником вільної публічної ліцензії. Водночас у Рекомендаціях щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування [179] зазначено, що комп'ютерна програма вільного користування (вільне (відкрите) програмне забезпечення) – це комп'ютерна програма, яка розповсюджується на умовах договору приєднання (вільної публічної ліцензії); це надає особі, що приєдналася до такого договору, дозвіл на безоплатне здійснення низки прав. Така вільна ліцензія наділяє користувачі правами на: доступ до вихідного коду комп'ютерної програми; використання комп'ютерної програми з будь-якою метою; дослідження механізмів функціонування програми; використання механізмів функціонування довільних частин коду програми для створення інших програм та/або адаптації програми до потреб користувача; відтворення комп'ютерної програми та її розповсюдження будь-

яким способом, у будь-якій формі; внесення змін, вільне розповсюдження оригінальної та зміненої комп'ютерної програми на тих самих умовах, що й оригінальна комп'ютерна програма, якщо інше не передбачено ліцензією.

Відповідно до цих Рекомендацій такі комп'ютерні програми супроводжуються вільними публічними ліцензіями, які власне є договорами приєднання. А договір приєднання в цьому документі визначено як договір, умови якого встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах та який укладається виключно шляхом приєднання до нього другої сторони в цілому без права пропонувати свої умови, що цілком відповідає характеристикам договору приєднання, що визначені у ст. 634 ЦК України. Таким чином вільне (відкрите) програмне забезпечення в Україні використовується користувачами на основі договору приєднання та вільної ліцензії. Умови договору приєднання має визначати ліцензіат, яким виступає особа, що їй належать майнові авторські права на комп'ютерну програму.

Це важливо, оскільки в літературі побутує думка, що вільні комп'ютерні програми використовуються на недоговірній (односторонній правочин) та безліцензійній основі, з чим ми не згодні. Ілюстрацію механізму, який доводить, що вільне (відкрите) програмне забезпечення використовується виключно на основі ліцензії та договору демонструє Д. Макгован у своєму дослідженні про юридичні аспекти використання відкритого програмного забезпечення. Автор наводить такий приклад з участю трьох сторін з позиції їх обізнаності. Припустимо, А створює комп'ютерну програму та розповсюджує її під ліцензією GPL. Якщо А повідомляє користувача В про умови цієї ліцензії, то В зобов'язаний відповідно до цих умов, а якщо А не попередив В про умови, то В міг би стверджувати, що він не є зобов'язаним жодними умовами. Але в такому випадку слід виходити з того, що ліцензії не існує, а отже В взагалі не має права використовувати, розповсюджувати комп'ютерну програму, копіювати, змінювати або поширювати вихідний код тощо, бо в нього немає дозволу правоволодільця на це. Якщо В вчиняє будь-яку з таких дій без ліцензії

(дозволу), тобто, якщо вважати, що договору немає, то А у змозі був би захищати свої права в суді та забороняти таке використання [264, С. 382].

Таким чином за відсутності «видимого» договору між автором (іншим правовласником) комп'ютерної програми та користувачем саме ліцензія є тою правовою підставою, яка дозволяє останньому копіювати, змінювати, розповсюджувати далі комп'ютерну програму. Якщо користувач вчиняє будь-які подібні дії, як він вважає, без ліцензії, то він порушує авторські права. Отже в інтересах користувача визнавати, що вільна ліцензія існує і, використовуючи вільне програмне забезпечення, він реалізує свої права, які виникли внаслідок його приєднання до договору з вільною ліцензією як ліцензіата.

Складнішою буде ситуація, якщо користувач вирішить створювати на основі вільної комп'ютерної програми свій твір та розповсюджувати його. В першому варіанті припустимо, що користувач написав комп'ютерну програму з використанням частини первісного твору з метою представити результат як оригінальну комп'ютерну програму. Проте навіть поверховий аналіз похідної роботи легко впорається із завданням довести факт компіляції.

У другому варіанті, скажімо, користувач створив власну комп'ютерну програму, яка має власний вихідний код, але під час роботи взаємодіє з вихідним кодом вільної комп'ютерної програми. У цьому випадку аналіз похідної роботи є складнішим і захист прав автора вільної комп'ютерної програми – проблемнішим. Оскільки складніше довести походження нової програми саме від тої, яка перебуває під вільною ліцензією. У цьому випадку дії користувача можна розцінювати як такі, що порушують право ліцензіара створювати похідні роботи та сприяють подальшому порушенню цих прав через поширення вихідного коду «похідної» програми.

Отже використання вільного програмного забезпечення здійснюється на договірній основі. Приєднання до договору (на умовах вільної ліцензії) може здійснюватися у два способи: по-перше, формальним приєднанням у відповідній графі (рамці, панелі) формуляру (прийняття умов вільної ліцензії); по-друге, скачуванням комп'ютерної програми (конклюдентна дія).

Проте характеристики такого договору як договору приєднання недостатньо для визначення його сутності. Насамперед тому, що договір приєднання, на відміну від вільної ліцензії, не обов'язково передбачає можливості участі в ньому, кожного, хто звернеться. Законодавець наділяє у ст. 634 ЦК України сторону договору приєднання певними повноваженнями, які засвідчують, що такий договір не завжди є публічним. Тоді як надання прав використання комп'ютерної програми на умовах вільної ліцензії передбачає можливість її використання кожному, хто звертається. Це є ознакою публічних договорів, які передбачені у ст. 633 ЦК України. Публічні договори надають відповідні можливості кожному, хто звернеться; при чому ці можливості є однаковими для всіх; а сторона, яка робить оферту в публічному договорі, за наявності у неї можливості надати відповідну послугу (товар) не в змозі відмовитися від укладення публічного договору та, як правило, не в змозі встановлювати жодних переваг для одних споживачів (користувачів) перед іншими. Конструкція публічного договору обслуговує сферу прав споживачів, та немає жодних перешкод для застосування її у сфері обігу комп'ютерних програм як об'єктів авторських прав.

Тут ми маємо звернутися до згадуваної раніше *публічної* ліцензії на використання об'єкта авторського права, що передбачена у ст. 51 Закону України «Про авторське право і суміжні права», яка є новелою законодавства у цій сфері. Публічна ліцензія передбачає надання дозволу на використання на визначених умовах об'єкта авторського права (комп'ютерної програми) *будь-якою особою*. Це ї є ознакою публічних договорів. Така ліцензія видається шляхом оприлюднення її умов одночасно із з наданням можливості необмеженому колу осіб для дистанційного ознайомлення з об'єктом. Умови публічної ліцензії є обов'язковими для кожного користувача.

За законом така публічна ліцензія може бути безвідкличною. У цьому випадку публічна ліцензія діятиме упродовж усього строку чинності майнових авторських прав на комп'ютерну програму та може бути достроково припинена лише щодо того користувача особи, який порушив умови ліцензії.

Закон встановлює презумпцію безоплатності публічної ліцензії, в якій не визначено умови щодо плати за використання комп'ютерної програми (об'єкта авторського права).

Таким чином ми можемо безумовно констатувати, що вільні ліцензії є публічними ліцензіями. І враховуючи той широкий комплекс прав, якими наділяє користувача вільна ліцензія на програмне забезпечення, слід дійти висновку, що такі ліцензії мають бути безвідкличними, адже їх відкликання не може мати бажаного ефекту.

Як цього вимагає ч. 4 ст. 51 згаданого Закону, публічна ліцензія є невиключною, а виключні та одиничні публічні ліцензії є нікчемними. Звідси випливає висновок, що вільна ліцензія на програмне забезпечення є невиключною і не може бути виключною або одиничною, бо це втрачає сенс.

Публічна ліцензія на програмне забезпечення може бути платною або безоплатною; за умови, що вона не передбачає сплату ліцензіатом винагороди за використання комп'ютерної програми або дозволяє її здійснювати добровільно, на розсуд ліцензіата (користувача), публічна ліцензія є вільною.

Натомість Державна служба інтелектуальної власності у своїх рекомендаціях вживає поняття «вільні *публічні* ліцензії» та розглядає їх як окремий вид публічної ліцензії – *безоплатної*. У науковій літературі висловлюють різні думки щодо правильності формулювань цього поняття «вільна публічна ліцензія» чи «публічна ліцензія». На думку І. Є. Якубівського, наприклад, не слід вживати у цьому словосполученні слово «вільна», оскільки ліцензія як дозвіл і без цього ґрунтується на вільному волевиявленні особи, яка її видає [233, С. 19].

Державна служба інтелектуальної власності надала кілька роз'яснень з приводу правової природи та застосування вільних публічних ліцензій. Так, відповідно до рекомендації щодо онлайн-ліцензування особа, яка видає (декларує) публічний дозвіл на використання належного їй програмного забезпечення, практично позбавлена можливості відстежувати всіх осіб, які реально використали цей об'єкт. Власник прав не контактує безпосередньо з

користувачем (ліцензіатом), а кількість таких користувачів є необмеженою та для ліцензіара вони не індивідуалізовані. Метою ліцензіара є публічно представити результат своєї творчої праці і надати можливість іншим особам його використовувати на умовах, які ним визначені [180].

За загальним правилом договори про передання прав на використання творів укладаються в письмовій формі. Відповідно до ч. 1 ст. 207 ЦК України правочин вважається вчиненим у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному/кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, тощо. Такий договір може бути викладено у формі одного електронного документу (або кількох документів) або у формі певного формуляру в цифровій формі, який ліцензіат повинен акцептувати шляхом вчинення певних дій (наприклад, погодження з умовами цього договору шляхом проставлення відповідної позначки в електронному документі). При цьому не йдеться про використання електронного цифрового підпису ліцензіатом або іншого способу його ідентифікації з урахуванням сучасних інформаційних технологій (хоча не виключено такої можливості). Прийняття умов публічної ліцензії у цифровому формулярі (шляхом проставлення згоди) або скачуванням комп'ютерного продукту можна розглядати як письмову форму укладення договору приєднання.

Власне вільні публічні ліцензії надають широкі можливості для безоплатного вільного використання комп'ютерних програм, якщо автор прийняв рішення про таке використання. Тобто, застосовуючи вільні публічні ліцензії, автори досягають максимально широкої популяризації своїх творів, чого неможливо досягнути з допомогою договору. А відсутність законодавчого закріплення не обмежує автора у їх використанні.

Текст ліцензії для користувачів може існувати як складова мультимедійного файлу, подаватися окремим текстовим файлом або повідомлятися гіперпосиланням, за яким в мережі Інтернет можливо ознайомитися з повним текстом ліцензії та перевірити інформацію щодо приєднання певного суб'єкта до умов ліцензії для використання та

розповсюдження належного йому об'єкта. Тож слід установити, які конкретні дії користувача будуть акцептом публічного договору (вільної ліцензії).

Але необхідним є певне уточнення. Процедурно ліцензіат спочатку обирає варіант вільної ліцензії, яка задовольняє його умовам та приєднується до пропозицій розробників ліцензій, обираючи конкретну з них. Затим він пропонує невизначеному колу осіб приєднатися до визначених розробниками ліцензії умов. Тобто, на відміну від звичайного договору приєднання, умови такого публічного договору приєднання визначає не ліцензіар, вони визначені розробниками тої вільної ліцензії, яку він обирає для поширення свого програмного забезпечення.

Особливими рисами публічного договору (на використання комп'ютерної програми), що укладається шляхом приєднання, є і суб'єктний склад. Однією стороною завжди суб'єкт господарювання (ліцензіар, якому належать майнові авторські права на комп'ютерну програму), який, як правило, займає монопольне або домінуюче становище на ринку певних комп'ютерних програм, а другою – користувач такого продукту (ліцензіат).

Візьмемо до прикладу корпорацію «Microsoft» (Майкрософт) та її продукти «Office» та «Windows». Це програмне забезпечення ліцензовано за ліцензією «AS-IS» («як є»)^{6*}. За ліцензійними умовами приєднання до цього договору здійснюється шляхом інсталяції програмного забезпечення на персональний комп'ютер користувача або його використання. В тексті ліцензії зазначено до уваги споживача: «Використовуючи це програмне забезпечення, Ви приймаєте ці умови. Якщо Ви не приймаєте ці умови – не використовуйте це програмне забезпечення! Інсталяція або використання цього програмного забезпечення засвідчує Вашу згоду на передання певних стандартних відомостей про комп'ютер під час автоматичної перевірки, завантаження та інсталяції оновлень, а також для інтернет-служб» [266].

^{6*}Цей тип ліцензії передбачає, що розробник не відповідає за жодні проблеми, що виникатимуть у процесі встановлення та експлуатації комп'ютерної програми; він вже зробив усе можливе для їх уникнення; користувач не набуває права звертатися для їх вирішення до розробника.

На прикладі цієї ліцензії можливо впевнитися, що не всі ліцензіати (користувачі) тут є споживачами. Так, ліцензія передбачає два варіанти користувачів: а) фізичні особи, які використовують програмне забезпечення для особистих потреб удома – вони мають інстальовати та використовувати будь-яку кількість копій на особистих пристроях для потреб їхньої сім'ї; б) суб'єкти малого бізнесу, які у змозі інстальовати та використовувати програмне забезпечення у своїй організації щонайбільше на 10 пристроях. І ліцензія забороняє використовувати програмне забезпечення, яке під нею знаходиться, на пристроях, які належать урядовим організаціям або закладам освіти.

Поряд із цим зазначена ліцензія забороняє: змінювати будь-які технічні обмеження комп'ютерної програми; аналізувати технологію, здійснювати декомпіляцію або дизасемблювання програми, за винятком випадків та виключною тою мірою, коли ці дії прямо передбачені відповідним законом, всупереч цьому обмеженню; робити більшу кількість копій програми, аніж зазначено в цій угоді; публікувати програми для вільного копіювання; надавати програми в прокат або в оренду; передавати програму або цю угоду будь-якій третій особі; використовувати ці програми для комерційного хостингу програмного забезпечення.

Отже зазначена ліцензія (та відповідний договір) надає лише деякі права на використання того програмного забезпечення Microsoft, яке перебуває під цією ліцензією, тоді як всі інші права на нього зберігаються за корпорацією. Тож постає низка питань: чи є така ліцензія публічною; чи є це прикладом вільної ліцензії? Безумовно, ми маємо справу з публічним договором, який одночасно є договором приєднання, що видається безспірним. Безперечно, ця ліцензія є публічною, оскільки їй притаманна основна ознака публічної ліцензії – вона надає право на використання програмного забезпечення Microsoft (на визначених корпорацією умовах) будь-якій особі, яка звертається.

Відповідь на питання, чи є така ліцензія вільною, не може бути безумовно позитивною, оскільки, по-перше, в ній встановлені обмеження щодо суб'єктів, по-друге, вона забороняє розповсюдження програмного

забезпечення, що суперечить основному принципу вільної ліцензії – свобода розповсюдження об'єкта інтелектуальної власності.

Врешті потребує остаточної відповіді і питання про те, як співвідносяться публічна, вільна та ліцензія з відкритим кодом? З аналізу викладеного слід дійти висновків, що ці поняття різняться за змістом. *Публічна ліцензія* є найширшим за змістом поняттям, оскільки для неї характерна єдина обов'язкова ознака – надання ліцензіату, яким може виступати будь-яка особа, яка звертається, права на використання програмного забезпечення на визначених у ліцензії умовах. *Вільна ліцензія* є видом публічної ліцензії, яка наділяє ліцензіата (кожного, хто звертається) правом використання, розповсюдження, зміни, з поширенням своїх модифікацій. *Ліцензія з відкритим кодом* за змістом пересікається з поняттям вільної ліцензії; ліцензія з відкритим кодом може бути вільною (безоплатною чи комерційною) або пропрієтарною.

Комп'ютерні програми, які перебувають під публічною та зокрема вільною ліцензією, передаються ліцензіату (користувачеві) на підставі *публічного договору приєднання*. Цей договір укладається шляхом вчинення ліцензіатом конклюдентної дії (інсталяція комп'ютерної програми; безпосереднє використання програмного забезпечення). Умови договору формуються розробником ліцензії, яку обирає ліцензіар.

3.2. Передання авторських прав комп'ютерні програми, які створені за умовами гіг-контракту

Комп'ютерні програми, як відомо, істотно змінили світ, вони детермінували виникнення і стрімкий розвиток інформаційного суспільства, обумовили карколомні суспільні зміни, здійснюють вплив на технологію виробництва в усіх сферах економіки, на способи доставки товарів до споживача та надання послуг, на способи організації дозвілля, впливають на соціальну сферу суспільства та формування інститутів демократії. Комп'ютерні

програми полягають в основі всіх інформаційних технологій, тому розвиток ІТ-економіки є предметом особливої уваги з боку держави, включаючи питання правового регулювання ІТ-галузі, що сприятиме, серед іншого, утворенню належних правових умов для розвитку цифрової економіки. Саме з метою стимулювати розвиток цифрової економіки шляхом створення в Україні сприятливих умов для розбудови цифрової інфраструктури, ведення інноваційного бізнесу, залучення інвестицій та талановитих фахівців у нашої державі було ухвалено Закон України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» від 15 липня 2021 р. [173] (далі – Закон).

Цей Закон передбачає створення спеціального правового режиму «Дія Сіті»^{7*} для компаній, які працюють у сфері ІТ-галузі та визначає особливий статус фахівця, яким вважається працівник або гіг-спеціаліст резидента Дія Сіті, а також фізична особа (підприємець), яка залучена резидентом Дія Сіті на підставі іншого цивільного чи господарського договору про виконання робіт / надання послуг у межах здійснення певних видів діяльності: видання програмного забезпечення; комп'ютерного програмування, керування комп'ютерним устаткуванням, консультування з питань інформатизації; надання програмних продуктів в онлайн-режимі та надання веб-послуг із доставки програмних додатків, включаючи розповсюдження примірників програмного забезпечення в електронній формі тощо, надання та передання авторських майнових прав на програмне забезпечення.

Правовий режим Дія Сіті було запущено Міністерством цифрової трансформації України 8 лютого 2022 р. У зв'язку із введенням в дію в Україні правового режиму воєнного стану Кабінет Міністрів України ухвалив постанову № 382 від 29 березня 2022 р. «Деякі питання функціонування правового режиму Дія Сіті у зв'язку із введенням воєнного стану в Україні» [XX], яка дещо спростила умови діяльності Дія Сіті. Але поштовх до

^{7*}Відповідно до Закону правовий режим Дія Сіті визначено як сукупність правових норм, які встановлюють права й обов'язки особи, що виникають, змінюються або припиняються у зв'язку із зверненням за набуттям, набуттям і втратою статусу резидента Дія Сіті, та особливості регулювання відносин за його участю і його щодо участі у статутному капіталі.

масштабного залучення резидентів до проекту Дія Сіті було зроблено завдяки постанові Кабінету Міністрів України № 467 від 19 квітня 2022 р. «Про визначення видів діяльності, здійснення яких стимулюється шляхом створення правового режиму Дія Сіті» [133]. А станом на 1 червня 2023 р. згідно з інформацією Реєстру статус резидента Дія Сіті набули більше 560 осіб [35].

Одним із ключових елементів системи, що впроваджена зазначеним Законом, є гіг-контракт, конструкція якого, як зазначають учені [88, С. 111], запозичена з англо-американської правової системи. Гіг-контракт визначений у Законі як цивільно-правовий договір, за яким одна сторона – гіг-спеціаліст зобов'язується виконувати роботи / надавати послуги відповідно до тих завдань, які ставить друга сторона – резидент Дія Сіті як замовник; а резидент зобов'язується оплачувати виконані роботи / надані послуги, створити гіг-спеціалісту належні умови для виконання робіт / надання послуг та забезпечувати передбачені законом соціальні гарантії.

З цього визначення випливає, що сторонами цього договору є автор (гіг-спеціаліст) та замовник (резидент), що відповідає структурі договору про створення комп'ютерної програми за замовленням. Проте, ми маємо справу з окремим видом договорів, який відрізняється від традиційних видів договорів про передання прав інтелектуальної власності та має ознаки і правовідносин, що випливають з договору про створення комп'ютерної програми за замовленням, і трудових правовідносин, та виходить за їх межі.

У таких правовідносинах статус автора виявляється на межі трудового та цивільного права, що є новелою для національної правової системи. Це спонукає вчених застерігати, що ці правовідносини викликатимуть утруднення у разі розгляду справи в суді, адже суд у будь-якому разі має кваліфікувати правовідносини або як трудові, або як цивільні. Утім, проблема гіг-контрактів в літературі в цілому зводиться до трудових та соціальних гарантій гіг-спеціалістів, яких називають «квазі-самозайнятими», «залежними підрядниками (виконавцями)», які не є працівниками з позиції законодавства про працю [49, С.194], а також захисту їхніх соціальних прав. Висловлюється думка, що гіг-

контракти загрожують правам гіг-спеціалістів, бо дозволяють неконтрольоване установлення короткочасних трудових правовідносин, одностороннє та необґрунтоване розірвання договору резидентом Дія Сіті та ін. [22]. Тому правники пропонують відмовитися від такої «надмірної» різноманітності видів договорів в ІТ-індустрії та передбачити два типи трудових договорів – стандартний та гібридний; останній має заповнити законодавчі прогалини у сфері використання гнучких форм зайнятості шляхом запозичення норм цивільного законодавства [4, С. 135].

За Законом гіг-спеціалістом виступає фізична особа, яка є підрядником та/або виконавцем за гіг-контрактом. Причому гіг-спеціаліст у змозі набувати статусу «фахівця» у правовідносинах із резидентом Дія Сіті за умови, якщо буде залучений на основі не гіг-контракту, а іншого виду договору (цивільно-правового чи господарсько-правового), який передбачає виконання робіт чи надання послуг щодо комп'ютерного програмування, керування комп'ютерним устаткуванням, консультування з проблем інформатизації і подібн. Отже за концепцією гіг-контракту гіг-спеціаліст у договірних правовідносинах за гіг-контрактом має цивільно-правовий статус підрядника та виконавця. У законодавчих конструкціях він відокремлений від працівника: у тексті різних статей Закону згадуються «працівники та гіг-спеціалісти» та навіть окремий розділ 5 Закону має «Працівники та гіг-спеціалісти резидента Дія Сіті».

Особливості статусу гіг-спеціаліста виявляється і в змісті його права на винагороду за створення програмних продуктів. У системі виплати гіг-спеціалісту такої винагороди прослідковуються елементи трудових правовідносин, але їх специфіка унеможливорює оцінювання таких правовідносин як трудових. Так, якщо інше не передбачено гіг-контрактом, виключно для цілей розрахунку компенсаційних та подібних виплат може визначатися значення поденної винагороди гіг-спеціаліста (ст. 19 Закону), що притаманне трудовим правовідносинам. Винагорода виплачується за роботи, виконані протягом місяця, але її розмір може визначатися за період або розраховуватися відповідно до обсягу виконаних робіт, або залежно від

кількості часу, який витрачено на їх виконання, що притаманне саме цивільним правовідносинам. За умовами гіг-контракту розмір винагороди може бути збільшено у зв'язку із досягненням певних показників якості, інших характеристик виконаних робіт, їх дострокового виконання і подібн. Тоді як у трудових правовідносинах підвищена якість та сумлінне виконання роботи преміюються, а щомісячна ставка (винагорода за працю) не змінюється.

Цивільно-правова природа гіг-контракту виявляється і в можливості обумовити в його умовах збільшення розміру винагороди такою обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. У цивільних правовідносинах така умова відома як відкладальна обставина).

Нарешті, важливим є положення ч. 3 ст. 19 Закону, яке дозволяє визначати в гіг-контракті розмір винагороди гіг-спеціаліста в іноземній валюті. З позиції науки цивільного права природа гіг-контракту у разі, якщо винагорода гіг-спеціалісту виплачується в іноземній валюті, буде; у такого гіг-контракту є ознаки договору міни, чого, на нашу думку, не повинно бути, бо робить такі розрахунки у валюті неправозгідними.

Так, у ст. 192 ЦК України законним платіжним засобом проголошено гривню як грошову одиницю України; а іноземна валюта може бути використана у випадках і в порядку, які визначені законом. Відповідно до ст. 35 Закону України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. [160] єдиним законним платіжним засобом на території України є гривня як національна валюта Розрахунки за платіжними операціями, які здійснюються на території України, у тому числі в мережі Інтернет, мають проводитися, згідно із Законом України «Про платіжні системи» від 30 червня 2021 р. [165] виключно в гривні. А в ст. 5 Закону України «Про валюту і валютні цінності» від 21 червня 2018 р. [131] проголошено, що усі розрахунки на території України проводяться виключно у гривні; винятки становлять деякі випадки, перелік яких є закритим і до якого наразі не входять випадки виплати винагороди гіг-спеціалістам. Отже, якщо винагорода гіг-спеціаліста буде визначена в іноземній валюті, то гіг-контракт матиме ознаки міни, де робота

(послуга) обмінюється на валютні цінності (іноземну валюту), що зовсім не відповідає суті правовідносин за гіг-контрактом. Для уникнення такої ситуації слід внести відповідні зміни до законодавства.

Зважаючи на те, що Закон України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» ухвалено в 2021 р., а Закон України «Про валюту і валютні цінності» – у 2018 р., зміни слід вносити саме до останнього з цих законів. Тому пропонуємо внести зміни до Закону України «Про валюту і валютні цінності» й доповнити частину 2 ст. 5, яка містить перелік винятків із загального правила про те, що розрахунки в Україні проводяться виключно у гривні, пунктом 7 такого змісту: «7) операціями з розрахунків із гіг-спеціалістами за гіг-контрактом відповідно до Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні».

Таким чином, з аналізу правового статусу гіг-спеціаліста випливає попередній висновок про виключно цивільно-правову природу гіг-контракту.

Як ми вже зазначали, впровадження конструкції гіг-контракту у цілому не схвалюється в науковій літературі. Деякі вчені доходять висновку, що законодавець у своїх спробах створити особливий механізм регулювання трудових відносин у гіг-економіці відступає від загальноєвропейських тенденцій, які спрямовують до чіткого відокремлення незалежних підрядників (*independent contractor*) та залежних працівників, які перебувають не в цивільних правовідносинах, а в трудових; усе це «легалізує обмеження трудових прав» [4, С. 134]. У подібних висновках фахівці посиляються на практику Європейського Суду з прав людини, який розробив концепцію працівника (*worker*) ЄС, що не обмежується класичним розумінням найманого працівника (*employee*), а охоплює всіх, «які зайняті ефективною й реальною діяльністю; економічно, функціонально та/або організаційно залежать від клієнта (принципала)» й отримують винагороду за свою діяльність [265].

Висловлюються й вельми критичні зауваження – деякі правники вважають, що спроби перевести ІТ-сферу у правове поле за допомогою норм згаданого Закону обертаються «масштабним впровадженням цивілістичного

елемента у регулювання трудових відносин». Вони вбачають певні загрози у виключенні працівників Інтернет-платформ зі сфери дії трудо-правових гарантій та називають гіг-контракт «антинауковим конструктом», який не є ні трудовим, ні цивільно-правовим договором [86, С. 141]. Ще інші вчені визначають гіг-контракт як цивільний договір із базовим комплектом соціально-трудових гарантій та вважають це випадком нестандартних форм зайнятості та приховування трудових правовідносин, що загрожує обмеженням трудових прав і гарантій; вони пропонують закріпити в законодавстві алгоритм розпізнавання трудових відносин, ідею «презумпції працівника», згідно з якою будь-яка залучена особа має вважатися працівником, поки у встановленому законом порядку не буде доведено інше [72, С. 118-119].

Оминаючи оцінювання таких, зокрема, й дещо емоційних, висловів, зазначимо, що і цивільні, і трудові правовідносини – є царина приватного права, де дозволено все, що прямо не заборонено законом, а широкий спектр суспільних відносин регулюється на засадах диспозитивності. Тому на більше схвалення, на нашу думку, заслуговує позиція тих учених, які розцінюють гіг-контракт як законний формат роботи, за якого гіг-спеціалістів не наймають у постійний штат, а запрошують для реалізації конкретних проектів, де вони у визначені строки вирішують поставлені творчі задачі [26, С. 335]. А також тих, які розглядають гіг-контракт як гнучкий інструмент регулювання відносин у цифровій економіці, який дозволяє використовувати сприятливу систему оподаткування резидентів Дія Сіті [220, С. 100]

Загалом більшість фахівців сходяться в думці, що гіг-контракт є видом цивільно-правового договору, який має певні особливості. Насамперед, це стосується суб'єктного складу: замовником може виступати виключно резидент Дія Сіті, а підрядником/виконавцем – тільки гіг-спеціаліст. При цьому замовник (ІТ-компанія) отримує гнучкий інструмент для придбання пакету креативних робіт/послуг інноваційної спрямованості. А трудові спори та інший багаж, властивий економіці ХХ століття, є стримуючим фактором і створює штучні перешкоди у конкурентній боротьбі. Та і в цілому, запровадження гіг-

контракту, за висновками вчених, мало на меті виокремлення категорії спеціалістів high-level (високого рівня), які не бажають творити як фізична особа – підприємець, бо це не відповідає суті їхньої діяльності, та при цьому не вважають доцільним перебувати і в трудових правовідносинах, бо за характером діяльності вони не є найманими працівниками [199, С. 136-137].

Це зрозуміло і знаходить своє підтвердження в Законі, де прямо зазначено, що цивільно-правовий договір замовлення не вважатиметься гіг-контрактом, якщо в ньому прямо не зазначено, що укладено саме гіг-контракт (ч. 3 ст. 17). А відповідно до ч. 7 ст. 17 Закону реалізація гіг-контракту не є підприємницькою чи іншою господарською діяльністю гіг-спеціаліста, тобто він і не в змозі діяти у статусі суб'єкта підприємницької діяльності. А укладення та/або виконання гіг-контракту не є вступом гіг-спеціаліста у трудові правовідносини, якщо тільки не буде підтверджено, що а резидент Дія Сіті ввів фізичну особу в оману щодо правової природи їх правочину (ч. 8 ст. 17 Закону).

З викладеного очевидно, що і сам законодавець визнає саме цивільно-правову природу гіг-контракту, а це відповідає тим характеристикам цього договору, які впливають із норм Закону.

На користь цивільно-правової природи свідчать норми Закону щодо строків гіг-контракту. За загальним правилом, такий контракт укладається на невизначений строк, але спеціальний закон, або умови гіг-контракту можуть передбачати інше. У разі, якщо укладено строковий гіг-контракт і його умови або спеціальний закон не передбачають іншого, за умови, що після закінчення його строку сторони продовжують виконувати його умови, він вважається продовженим на такий самий строк і на тих самих умовах (ст. 18 Закону). Цивілістичну природу гіг-контракту підтверджує і перелік підстав його припинення, а також право кожної сторони гіг-контракту на односторонню відмову від договору з обов'язковим письмовим (електронним) повідомленням про це іншу сторону не пізніше, як за 3 дні (у перші три місяці дії контракту) або 30 днів (в інший період) до моменту припинення; гіг-контрактом може бути встановлений інший порядок та строк повідомлення (ч. 4, 5 ст. 18 Закону).

Водночас, низка деяких ознак зближують гіг-контракт із трудовим договором: у Законі щодо цих правовідносин фігурують терміни «робочий день» (ч. 7 ст. 18); «поденна», «щомісячна» винагорода (ч. 4 ст. 19). А положення статей 20-23 Закону визначають перелік умов, що запозичені з трудового договору. Так, у гіг-контракті можуть визначатися: час виконання робіт / надання послуг; час відпочинку гіг-спеціаліста; умови його перебування за визначеним місцем виконання робіт / надання послуг та за місцем здійснення діяльності резидентом Дія Сіті; правила охорони праці та відповідальність за їх порушення; правила оброблення персональних даних; надання додаткових компенсаційних виплат чи гарантій; моніторинг резидентом Дія Сіті та контроль за виконанням робіт гіг-спеціалістом; його право на щорічну оплачувану «перерву в роботі» (щонайменше 17 календарних днів); право на допомогу по тимчасовій непрацездатності, страхування, інші соціальні гарантії. При цьому внаслідок внесення змін до Кодексу законів про працю України [63] дія законодавства про працю не поширюються на відносини між гіг-контрактами та на всі правовідносини між гіг-спеціалістом та резидентом Дія Сіті.

Визначення природи гіг-контракту має важливе значення, оскільки саме з неї випливають особливості правового статусу сторін, а отже і комплекс прав та обов'язків стосовно результату виконаного гіг-спеціалістом завдання. На нашу думку, визначення природи гіг-контракту доцільно здійснювати за критеріями предмета і мети цього договору.

Предметом цивільно-правового договору, як ми визначили в попередній частині нашого дослідження, є основна дія, яку необхідно вчинити задля досягнення мети договору, а також об'єкт щодо якого ця дія вчиняється. Отже цивільно-правовий договір спрямований на певний правовий та фактичний результат (створення конкретного програмного продукту). До того ж і сам законодавець у ч. 1 ст. 1 згаданого вище Закону безумовно підкреслює, що гіг-контракт є цивільно-правовим договором. Звісно законодавче формулювання ще не виключає наукових дискусій щодо оцінювання природи певного явища, але саме така природа гіг-контракту підтверджена і в інших словесних

формулюваннях зазначеної норми. Так, за гіг-спеціаліст зобов'язується за гіг-контрактом виконувати роботи та/або надавати послуги *відповідно до завдань резидента Дія Сіті як замовника*, а резидент Дія Сіті зобов'язується *оплачувати виконані роботи та/або надані послуги*. Тобто гіг-спеціаліст отримує винагороду за конкретні результати роботи (створені комп'ютерні програми), які виконуються за конкретним завданням резидента. Що за своєю природою характеризує такі правовідносини як цивільні, які виникають з договору замовлення (на створення програмного забезпечення).

На відміну від цивільно-правового, предметом трудового договору є виконання трудової функції, тобто індивідуальний процес праці, організація та умови цього процесу [52]. Метою трудового договору є сам процес діяльності, а цивільно-правового договору – результат діяльності. Тому для трудового договору важливим є дотримання правил трудового розпорядку, установлених роботодавцем, що не притаманне гіг-контракту. Працівник за трудовим договором зобов'язаний виконувати і такі доручення роботодавця, які прямо не передбачені його функціональними обов'язками; за виробничої потреби він може бути переміщений на іншу посаду; щодо працівника діють особливі правила матеріальної відповідальності і подібн. Всі ці ознаки неприйнятні для характеристики діяльності гіг-спеціаліста за гіг-контрактом.

Можливо припускати при цьому, що у цивільних правовідносинах замовник у змозі брати на себе низку зобов'язань, які за своїм змістом наближені до обов'язків роботодавця (оплачувані та неоплачувані перерви у виконанні робіт тощо). «Чистоту» цивільно-правової природи гіг-контракту не послаблюють і положення ст. 23 Закону, які стосуються загальнообов'язкового державного соціального страхування гіг-спеціаліста. Закон покладає на резидента Дія Сіті обов'язок до початку виконання гіг-спеціалістом робіт повідомити центральний орган виконавчої влади, який реалізує державну політику з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, про укладення гіг-контракту, та сплачувати відповідно до Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове

державне соціальне страхування» [158] за гіг-спеціаліста єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування у такому розмірі, який визначено законом. А відповідно до ч. 1 ст. 11 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [144] такому страхуванню підлягають, серед іншого, особи, які виконують роботи (надають послуги) *за гіг-контрактами, або іншими цивільно-правовими договорами*.

Відкидаючи можливість розглядати гіг-спеціаліста та резидента Дія Сіті як сторін трудового договору, варто відзначити й те, що гіг-контракт виключає низку можливостей для резидента Дія Сіті, які надає трудове законодавство роботодавцеві стосовно працівника. Так, для гіг-спеціаліста не встановлюється випробувальний строк, його не може бути переміщено на іншу ділянку роботи, скорочено на будь-яких законних підставах, відсторонено від роботи, до нього не може бути застосовано дисциплінарних стягнень, інших заходів, які можливі в рамках трудових правовідносин. Відсутність у резидента Дія Сіті повноважень, притаманних роботодавцю, додатково засвідчує суто цивілістичну природу гіг-контракту.

Отже переважна більшість ознак гіг-контракту характеризують його як цивільно-правовий договір: дворівневий предмет гіг-контракту, яким є дії зі створення програмного продукту та цей продукт як об'єкт авторських прав; статус гіг-спеціаліста та резидента Дія Сіті як виконавця і замовника; зміст прав та обов'язків сторін гіг-контракту. Гіг-контракт є цивільно-правовим договором, закріплює рівність усіх учасників цих правовідносин та водночас встановлює базові соціальні гарантії для виконавців, якими є фізичні особи. Гіг-контракт є особливим видом договору, який спрощує процедуру оформлення правовідносин між замовником та виконавцем робіт зі створення програмних продуктів та істотно сприяє розвитку ІТ-сфери.

Врешті цивільно-правову природу гіг-контракту яскраво демонструють положення ст. 24 Закону, які стосуються прав інтелектуальної власності на об'єкти, що створюються гіг-спеціалістом у зв'язку з виконанням гіг-контракту. Так особисті немайнові права інтелектуальної власності на програмне

забезпечення належать гіг-спеціалісту, який його створив. А майнові права інтелектуальної власності на цей об'єкт – резиденту Дія Сіті як замовнику за гіг-контрактом. Резидент Дія Сіті набуває майнові права інтелектуальної власності на програмне забезпечення у момент, що є наступним за створенням цього об'єкта, якщо інше не передбачено в умовах гіг-контракту. Водночас умови гіг-контракту можуть передбачати інший розподіл майнових прав інтелектуальної власності на комп'ютерну програму.

Така конструкція повністю відповідає законодавчій концепції розподілу майнових авторських прав на комп'ютерні програми, що створюються за договором замовлення. Як ми вже зазначали в попередніх частинах нашого дослідження, відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» майнові права на твір, який створено за замовленням, переходять до замовника, якщо інше не передбачено договором замовлення.

Питання виникає стосовно моменту переходу прав на комп'ютерну програму, створену гіг-працівником. Так, за нормами ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права» авторські майнові права на комп'ютерну програму, створену за замовленням, у повному складі «переходять» до замовника «з моменту створення». Звідси слід розуміти, що такі права первісно виникають в автора, адже «перейти», вони можуть від одного суб'єкта (безсуб'єктних прав не існує) до іншого. Такий підхід цілком відповідає реальному стану речей: автор створює об'єкт авторських прав, які у повному складі (особисті немайнові та майнові) виникають у автора внаслідок самого факту створення результату інтелектуальної діяльності, а вже потім частина цих прав (майнові) переходять до іншого суб'єкта, оскільки для цього є певна правова підстава (договір); але за законом це відбувається одномоментно.

Тоді як, у правовідносинах, які виникають на основі гіг-контракту, як це зазначено у ч. 2 ст. 24 Закону, майнові авторські права на комп'ютерну програму, створену гіг-спеціалістом, «належать резиденту Дія Сіті», який є замовником (якщо інше не передбачено гіг-контрактом). Як зазначено в ч. 3 ст. 24 Закону, резидент Дія Сіті набуває такі майнові права в момент, який є

наступним за створенням комп'ютерної програми, якщо інше не встановлено гіг-контрактом (ч. 3 ст. 24 Закону). У цій нормі законодавець розрізняє два моменти: момент створення об'єкта і відповідно – виникнення майнових авторських прав, а також момент набуття цих прав резидентом Дія Сіті.

Тож постає питання, у чому полягають відмінності в моменті набуття замовником майнових авторських прав на комп'ютерну програму, створену за договором замовлення та створену за гіг-контрактом. За концепцією, яка визначена в нормах ЦК України, в момент створення комп'ютерної програми і є моментом виникнення авторських прав та їх розщеплення і розподілення між двома суб'єктами: особисті немайнові права з'являються в автора, а майнові – у замовника. А в разі, коли гіг-спеціаліст створює комп'ютерну програму за гіг-контрактом – всі авторські права в момент створення у повному складі виникають в автора, і лише в наступний момент – їх набуває резидент Дія Сіті. Звідси випливає потреба відокремити ці два моменти та визначити, чи має це якесь практичне значення?

За умови, якщо всі особисті немайнові та майнові права інтелектуальної власності на комп'ютерну програму спочатку виникають у автора, то слід вважати, що автор мав би вчинити якусь дію для передання частини цих прав (майнові права) резиденту Дія Сіті. Натомість Закон, з одного боку, визначає, що майнові права на створений за гіг-контрактом об'єкт інтелектуальної власності належать резиденту Дія Сіті як замовнику (ч. 2 ст. 24), тобто слід вважати, що такі права є правами цього резидента вже в момент їх виникнення, в момент створення програмного продукту. А з другого боку, законодавець зазначає, що за умови, якщо інше не встановлено гіг-контрактом, резидент якимось чином «набуває» ці права в момент, який слідує за моментом створенням такого об'єкта. Але ж авторські права на комп'ютерну програму виникають у момент її створення. Тож постають логічні запитання: яким чином це відбувається набуття цих прав резидентом Дія Сіті, чи потрібні якісь дії з боку автора, який саме юридичний факт полягає в основі набуття резидентом цих прав (якщо за Законом це не є сам факт створення програмного продукту за

гіг-контрактом); що саме свідчить про те, що майнові права інтелектуальної власності набуті резидентом, як це фіксується юридично?

Якщо такі майнові права інтелектуальної власності належать резидентові Дія сіті, який є замовником за гіг-контрактом, то жодних додаткових дій чи юридичних фактів, окрім самого факту створення об'єкта інтелектуальної власності, не вимагається і не може вимагатися.

Проблема ж визначення моменту набуття резидентом Дія Сіті майнових прав інтелектуальної власності обумовлена тим, що законодавець у положеннях ЦК України пов'язує «момент» з «терміном» та визначає останній як певний момент у часі, із настанням якого пов'язана певна подія або дія, яка має правове значення (ч. ст. 251). При цьому згідно з ч. 2 ст. 252 ЦК України термін, а отже і момент, може визначатися календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати. Ускладнює наше питання й те, що в різних нормах ЦК України слово «термін» означає або день (що визначається календарною датою), або мить, коли відбувається якась подія (народження, смерть людини тощо) чи вчиняється дія (укладення договору, вручення майна тощо).

У тексті Закону України «Про авторське право і суміжні права» також використовується термін «момент», який застосовано у двох значеннях: на позначення відповідного дня (календарної дати), з якого обчислюються відповідні строки (зокрема, статті 31, 45, 49 Закону); на позначення миті у часі (статті 9, 14, 15, 33 та ін.). Важливо при цьому, що у тих нормах, де йдеться про виникнення авторських прав, як це слід зрозуміти з контексту відповідних положень, моментом вважається саме мить. Так, згідно з ч. 1 ст. 9 цього Закону об'єкт авторського права є створеним саме з моменту первинного надання цьому твору будь-якої об'єктивної форми, зокрема цифрової. І саме з цього моменту виникає авторське право на комп'ютерну програму, бо воно виникає з моменту створення такого об'єкта.

І з моменту створення комп'ютерної програми авторські права на неї є суб'єктивними правами, тобто такими, що належать конкретній особі (особам). Так само авторські права на комп'ютерні програми, які створюються за гіг-

контрактом і замовленням резидента Дія Сіті належать резидентіві Дія Сіті, а отже він має набувати їх з моменту створення відповідного об'єкта інтелектуальної власності. Будь-які інші законодавчі формулювання можуть призводити до різночитань та проблем правозастосування. Тому вважаємо за доцільне внести зміни до Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» та викласти частину 3 Статті 24 «Права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням гіг-контракту» у такій редакції: «3. Резидент Дія Сіті, який є замовником за гіг-контрактом, набуває майнові права інтелектуальної власності на твір, створений у зв'язку з виконанням гіг-контракту, в момент створення такого твору, якщо інше не встановлено гіг-контрактом».

Такі зміни цієї норми гармонізуватимуть з аналогічними положеннями Закону України «Про авторське право і суміжні права», де задекларовано, зокрема, що за загальним правилом майнові права на створений за замовленням твір переходять до замовника з самого моменту створення твору (ч. 2 ст. 15). Це сприятиме єдності правозастосовної практики, оскільки на питання інтелектуальної власності у правовідносинах, які виникають з гіг-контракту, поширюються норми законодавства про авторські права.

Варто звернути увагу на те, що в усіх нормах законодавства, яке регулює питання розподілу авторських прав між автором та особою, за замовленням (завданням) якої створено об'єкт авторського права, включаючи комп'ютерну програму, застосовано єдиний підхід: всі майнові права належать тій стороні, яка замовила створення об'єкта (видала завдання на його створення) та виплачує винагороду за це. Таким підходом до розподілу авторських прав між автором (комп'ютерної програми) та замовником (роботодавцем) закон забезпечує досягнення справедливого балансу інтересів суб'єктів права інтелектуальної власності. А це, як зазначають учені, зокрема О. І. Чепис, і є завданням законодавства у сфері інтелектуальної власності, де має досягатися справедливий баланс приватних і суспільних інтересів. Але через об'єктивні причини закон не може охопити своїм впливом усі без винятку відносини у

сфері інтелектуальної власності, тож в умовах інформаційного суспільства досягти такого балансу інтересів правовласників і суспільства можливо тільки через гнучке регулювання та відповідну судову практику. [217, С. 242-244].

На рівні ж законодавства справедливий баланс інтересів суб'єктів прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах забезпечується: 1) чітким розподілом авторських прав між творцем комп'ютерної програми, за яким залишаються особисті немайнові права автора, та замовником (роботодавцем), за завданням якого створено комп'ютерну програму/ліцензіатом, набувачем, якому відповідно належать майнові права на неї; 2) наділенням суб'єктів договірних правовідносин рівними можливостями для здійснення своїх суб'єктивних прав та реалізації інтересів і захисту авторських прав на комп'ютерну програму.

Цивільно-правова природа гіг-контракту обумовлює саме цивільно-правові способи захисту прав та інтересів сторін. Тому гіг-спеціаліст та резидент Дія Сіті у разі посягання на них захищають свої права як виконавець робіт (надавач послуг) та замовник, використовуючи усі допустимі способи захисту цивільних прав. Щодо авторських прав на створені гіг-спеціалістом комп'ютерні програми (програмний продукт), то в межах правовідносин, які виникають на основі гіг-контракту, цивільно-правовий захист цих прав здійснюється традиційними способами захисту відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Висновки до Розділу 3.

1. Особливістю цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та правового режиму обігу таких прав є поширеність відкритої (вільної) ліцензії, що передбачає відкритий вихідний текст, відкритий програмний код. Специфікою ліцензії на програмне забезпечення з відкритими вихідним текстом є принцип «копілефту» (Copyleft), відповідно до якого автор комп'ютерної програми з відкритим вихідним текстом дозволяє використовувати цей текст будь-якому

користувачеві для розробки іншого програмного продукту за умови, що користувач надасть відкриту ліцензію для власної розробки.

2. Відкрите та вільне програмне забезпечення відрізняються філософією, цілями та пріоритетами. У концепції відкритого коду основною ціллю є вдосконалення технічної складової, а вільне використання вихідного коду розцінюється як засіб досягнення цієї мети; тому у відкритому програмному забезпеченні основний акцент зроблено на ефективності відкритого початкового коду як методу розробки, модернізації та супроводу комп'ютерної програми. У концепції вільного програмного забезпечення основним є морально-етичний аспект (вільний доступ до досягнень), а технічне вдосконалення розглядається як побічний результат, що є похідним від етичного стандарту; відповідно у вільному програмному забезпеченні головна увага зосереджена на правах людини на вільне поширення, модифікацію і вивчення комп'ютерних програм, які вона використовує.

3. У вільній ліцензії можуть установлюватися обмеження способів модифікації чи поширення комп'ютерної програми, але не можуть нав'язуватися оплатні умови використання вільного програмного забезпечення.

4. Вільною є ліцензія на комп'ютерну програму, яка передбачає чотири види свобод: можливості вільно використовувати комп'ютерну програму з будь-якою метою (Free to use «нульова свобода»); вивчати роботу комп'ютерної програми, адаптувати її для своїх цілей (Open source, «перша свобода»); вільно поширювати копії комп'ютерної програми – на допомогу іншим (Copy left, «друга свобода»); вільно покращувати комп'ютерну програму і публікувати її поліпшену версію з метою сприяти всьому співтовариству (Free to commit, «третя свобода»).

Головними (центральною) правами користувачів комп'ютерної програми за вільною ліцензією, є: 1) право використовувати комп'ютерну програму в будь-який спосіб у будь-яких цілях; 2) право передавати копії комп'ютерної програми іншим особам; 3) право вивчати її роботу та модифікувати (змінювати) комп'ютерну програму з метою забезпечити

виконання нею необхідних для користувача операцій; 4) право передавати іншим особам копії змінених версій комп'ютерної програми. Здійснення останніх двох прав вимагає доступу до вихідного тексту (коду).

6. Вільна ліцензія не може вимагати роялті або іншу плату за використання комп'ютерної програми. Ліцензія F/OSS має дозволяти модифікації та створення похідних робіт, а також їх розповсюдження на тих самих умовах, що й ліцензія на оригінальне програмне забезпечення.

8. Внаслідок установа вільної ліцензії за автором комп'ютерної програми залишається єдине особисте немайнове право – право авторства. Вільна ліцензія дозволяє здійснювати майнові та деякі особисті немайнові права на комп'ютерну програму необмеженому колу осіб.

9. Вільна ліцензія на комп'ютерну програму не суперечить принципам авторського права, вона надається в порядку здійснення власником авторських прав права розпорядження комп'ютерною програмою як об'єктом права інтелектуальної власності.

10. Права користувачів на підставі вільної ліцензії можуть бути *безумовними* або *обумовленими умовою про копілефт*. Копілефтом є правило, за яким власник авторських прав дозволяє вільно розповсюджувати комп'ютерну програму або похідний від неї твір виключно на тих умовах, які встановлені в первісній вільній ліцензії. Поширення комп'ютерних програм здійснюються користувачами зі збереженням чотирьох основних прав, які впливають з ліцензії.

Якщо ліцензія вимагає, щоб похідні від комп'ютерної програми твори також були вільними, то така ліцензія є *вільною ліцензією на комп'ютерну програму з обтяженням авторського права (ліцензія з копілефтом)*. Якщо ліцензія дозволяє безкоштовне копіювання комп'ютерної програми, але не містить умови про копілефт, то вона є *вільною ліцензією на комп'ютерну програму (ліцензія без копілефту)*.

Принцип копілефту не обмежує, а розширює авторські права на комп'ютерну програму.

11. Кожну вільну ліцензію, яка дозволяє користувачам змінювати код і створювати похідні твори, має супроводжувати умова про те, що змінений вихідний код публікується під окремою назвою або номером версії; оригінальний та змінений вихідні коди мають публікуватися під окремими назвами чи номерами версій.

12. Умови вільної відкритої ліцензії не мають поширюватися на інше програмне забезпечення, яке супроводжує код, на який поширюється ліцензія, за винятком комп'ютерних програм, які взаємодіють із відкритим кодом під час виконання.

13. Порухення користувачем-ліцензіатом умов вільної ліцензії обумовлює право власника авторських або його правонаступників вимагати забезпечити дотримання таких умов шляхом подання позову про порушення авторських прав.

14. В Україні вільне (відкрите) програмне забезпечення використовується користувачами на основі публічного договору приєднання та вільної ліцензії. Специфікою такого публічного договору приєднання є визначення його умов розробниками вільної ліцензії, яку обрав ліцензіар для поширення свого програмного забезпечення.

Приєднання до публічного договору на умовах вільної ліцензії на використання комп'ютерної програми здійснюється у два способи: шляхом формального приєднання – підтвердження факту прийняття умов вільної ліцензії у відповідній графі (панелі) формуляру (письмова форма); або вчиненням конклюдентної дії – інсталяції комп'ютерної програми та безпосереднього використання програмного забезпечення.

15. Публічна ліцензія на програмне забезпечення може бути платною або безоплатною, за умови, якщо вона не передбачає сплату ліцензіатом винагороди за використання комп'ютерної програми або дозволяє її здійснювати добровільно, на розсуд ліцензіата (користувача), публічна ліцензія є вільною.

16. Вільна ліцензія на програмне забезпечення є публічною, невиключною; не може бути виключною або одиничною; має бути безвідкличною.

17. Цивільно-правову природу гіг-контракту засвідчує низка ознак правовідносин, які виникають між гіг-спеціалістом та резидентом Дія Сіті: відсутність у резидента Дія Сіті повноважень, притаманних роботодавцю предмет гіг-контракту, який включає дії зі створення програмного продукту та цей продукт як об'єкт авторських прав; рівність усіх учасників гіг-контракту; статус гіг-спеціаліста та резидента Дія Сіті як виконавця і замовника; зміст прав та обов'язків сторін гіг-контракту; концепція розподілу авторських прав на комп'ютерні програми, які створюються гіг-спеціалістом за гіг-контрактом.

18. На рівні законодавства справедливий баланс інтересів суб'єктів прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах забезпечується: 1) чітким розподілом авторських прав між творцем комп'ютерної програми, за яким залишаються особисті немайнові права автора, та замовником (роботодавцем, ліцензіатом, набувачем), якому відповідно належать майнові права на неї; 2) наділенням суб'єктів договірних правовідносин рівними можливостями для здійснення своїх суб'єктивних прав та реалізації інтересів і захисту авторських прав на комп'ютерну програму.

Основні результати розділу опубліковано у наукових працях [104], [105], [106].

ВИСНОВКИ

У дисертації викладене нове вирішення наукового завдання цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах, що втілюється у визначенні особливостей охорони комп'ютерних програм засобами авторського права, доктринальному обґрунтуванні специфіки класичних договірних правовідносин з передання майнових авторських прав на комп'ютерні програми, особливостей новітніх договірних конструкцій у сфері авторських прав на комп'ютерні програми (вільні ліцензії, гіг-контракт), а також способів вирішення проблем законодавства та правозастосовної практики у сфері захисту прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми.

Загальні висновки дослідження відображаються в таких тезах.

1. За своїм змістом та призначенням комп'ютерна програма як об'єкт права інтелектуальної власності (авторського права) має відповідати закону та моральним засадам суспільства.

2. Комп'ютерні програми не мають ознак патентоздатності та охороняються правом як об'єкти авторських прав. Головна перевага охорони прав на комп'ютерні програми за допомогою механізму авторського права полягає в презумпції авторства, відповідно до якої за відсутності доказів іншого, автором комп'ютерної програми вважається фізична особа, ім'я якої зазначене в оригіналі або копії цієї програми як автора.

3. Комп'ютерна програма є складним твором, що включає вихідний код, об'єктний код, супровідні матеріали, аудіовізуальні зображення та ін., проте захищається як цілісний об'єкт. Самостійними об'єктами авторського права можуть виступати функціонально завершені окремі елементи комп'ютерної програми (підпрограми, модулі, бібліотеки тощо) та об'єкти, які створені й використані для розробки комп'ютерної програми.

4. Авторське право захищає вихідний код комп'ютерної програми (текст комп'ютерної програми, створений за допомогою мови програмування);

такий захист не поширюється на ідеї та принципи, які використовувалися при її створенні, та на функції, які виконує комп'ютерна програма.

5. Аналіз законодавства про авторське право свідчить про підвищення рівня правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та тенденцію до законодавчого розширення змісту особистих немайнових прав автора комп'ютерної програми.

6. На рівні законодавства справедливий баланс інтересів суб'єктів прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних правовідносинах забезпечується: 1) чітким розподілом авторських прав між творцем комп'ютерної програми, за яким залишаються особисті немайнові права автора, та замовником (роботодавцем, ліцензіатом, набувачем), якому відповідно належать майнові права на неї; 2) наділенням суб'єктів договірних правовідносин рівними можливостями для здійснення своїх суб'єктивних прав та реалізації інтересів і захисту авторських прав на комп'ютерну програму.

7. Правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта авторських прав у договірних правовідносинах містить три компоненти: публічну, приватну та локальну нормативну. *Публічна компонента* втілюється у законодавчому правовому режимі об'єктів авторського права, *приватна компонента* – у товарній природі комп'ютерної програми, яка включає її споживчу та мінову вартість, *локальна нормативна компонента* відображає умови договору з розпорядження правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму.

8. Дії, які становлять зміст виключного права автора (іншої особи, якій належить авторське право) дозволяти чи забороняти використання комп'ютерної програми не повинні суперечити закону, моральним засадам суспільства та змісту суб'єктивного авторського права.

9. Правове регулювання відносин з договірною використання комп'ютерної програми нормами господарського та цивільного законодавства є паритетним та спирається на функціональну спеціалізацію в праві: договірний аспект забезпечується нормами господарського права, а правовий статус автора

(іншої особи, якій належать майнові авторські права на комп'ютерну програму) та правовий режим комп'ютерної програми як об'єкта авторського права – нормами цивільного законодавства.

10. Види договорів щодо створення та розпорядження майновими авторськими правами на комп'ютерні програми доцільно систематизувати за сферами та предметом. *У сфері трудових правовідносин*: трудовий договір (контракт); договір про розподіл авторських майнових прав на комп'ютерну програму, що створена при виконанні трудових обов'язків (або за окремим дорученням роботодавця); договір про винагороду за створену комп'ютерну програму; договір про передання права на одержання охоронного документа на комп'ютерну програму. *У сфері цивільних правовідносин*: договір про створення за замовленням і використання комп'ютерної програми; ліцензійний договір на використання комп'ютерної програми; договір про передання (відчуження) виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму; договір між співавторами про вклад у створення комп'ютерної програми та поділ винагороди між ними; гіг-контракт.

11. Розподіл авторських прав на комп'ютерну програму, що створена у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту), слід врегульовувати цивільно-правовим договором. У сферах, де посадові обов'язки працівників передбачають створення комп'ютерних програм у процесі виконання ними трудової функції, такі питання доцільно визначати в локальних нормативно-правових актах (положеннях, типових договорах тощо).

12. Предмет договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму має дворівневу структуру: на першому рівні предметом є дії зі створення комп'ютерної програми та/або передання її в користування, на другому рівні – комп'ютерна програма та майнові авторські права на неї.

13. Незалежно від того, що в законодавчій дефініції ліцензійний договір моделюється як реальний, законодавчі ознаки ліцензійного договору на

використання комп'ютерної програми засвідчують його консенсуальну природу; винятки становлять вільні (публічні) ліцензії.

14. Істотними умовами ліцензійного договору на використання комп'ютерної програми є: вид ліцензії, сфера використання комп'ютерної програми, розмір, порядок і строки виплати винагороди за її використання, інші умови, яким сторони надають силу істотних; сфера використання визначає конкретні права, які надаються за договором, способи використання комп'ютерної програми, територію дії договору, строки дії прав і подібн.

15. Обсяг прав ліцензіара та ліцензіата за договором на використання комп'ютерної програми визначається вибором виду ліцензії, враховуючи законодавчу презумпцію невиключної ліцензії.

16. За договором про передання (відчуження) виключних майнових авторських прав на комп'ютерну програму ці права передаються безповоротно.

17. За умови передання авторських майнових прав на комп'ютерну програму повністю до набувача переходять права на використання програми в будь-який спосіб без обмеження території; за часткового передання таких прав набувач отримує право на всі способи використання програми на обмеженій території або на окремі способи її використання на необмеженій території.

18. Стягнення компенсації за порушення авторських прав на комп'ютерні програми та разова грошова виплата, що передбачена п. 4-1 ч. 2 ст. 432 ЦК України, є аномальними цивільно-правовими способами захисту, які у відступ від загальних принципів цивільно-правової відповідальності, вимагають врахування форми вини відповідача при визначенні розміру компенсації (разової грошової виплати).

19. Перелік законодавчих критеріїв, які враховуються при визначенні розміру компенсації за порушення авторських прав, доцільно доповнити вказівкою на засади справедливості, розумності, добросовісності та моральні засади суспільства.

20. Особливістю цивільно-правової охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми та правового режиму обігу таких прав є

поширеність відкритої (вільної) ліцензії, що передбачає відкритий вихідний текст (відкритий програмний код).

Специфікою ліцензії на програмне забезпечення з відкритими вихідним текстом є принцип «копілефту» (Copyleft), згідно з яким автор комп'ютерної програми з відкритим вихідним текстом дозволяє використовувати цей текст будь-якому користувачеві для розробки іншого програмного продукту за умови, що користувач надасть відкриту ліцензію для власної розробки.

21. Відкрите та вільне програмне забезпечення відрізняються філософією, цілями та пріоритетами. За концепцією відкритого програмного забезпечення ціллю є вдосконалення програмного забезпечення (технічний аспект), а вільне використання вихідного коду є засобом досягнення цієї мети. За концепцією вільного програмного забезпечення основним ціллю є забезпечення вільного доступу до досягнень (морально-етичний аспект), а технічне вдосконалення є наслідком, який є похідним від етичного стандарту.

22. Головними правами користувачів комп'ютерної програми за вільною ліцензією, є: право використовувати комп'ютерну програму в будь-який спосіб у будь-яких цілях; право передавати копії комп'ютерної програми іншим особам; право вивчати її роботу та модифікувати (змінювати) комп'ютерну програму з метою забезпечити виконання нею необхідних для користувача операцій; право передавати іншим особам копії змінених версій комп'ютерної програми; здійснення двох останніх прав вимагає вільного доступу до вихідного тексту (коду). Вільна ліцензія в жодному разі не може вимагати роялті або іншу плату за використання комп'ютерної програми.

23. Права користувачів на підставі вільної ліцензії можуть бути *безумовними* або *обумовленими умовою про копілефт* – правилом, за яким власник авторських прав дозволяє вільно розповсюджувати комп'ютерну програму або похідний від неї твір виключно на тих умовах, які встановлені в первісній вільній ліцензії. Вільна ліцензія, яка вимагає, щоб похідні від комп'ютерної програми твори також були вільними, є вільною ліцензією на комп'ютерну програму з обтяженням авторського права (ліцензія з

копілефтом); вільна ліцензія, яка дозволяє безоплатне копіювання й поширення комп'ютерної програми та не містить умови про копілефт, є вільною ліцензією на комп'ютерну програму (ліцензія без копілефту). Принцип копілефту не обмежує, а розширює авторські права на комп'ютерну програму.

24. Вільна ліцензія на використання комп'ютерної програми, яка дозволяє користувачам змінювати вихідний код і створювати похідні твори, має містити умову про те, що оригінальний та змінений вихідні коди мають публікуватися під окремими назвами чи номерами версій.

25. Умови відкритої ліцензії не поширюються на інше програмне забезпечення, що супроводжує код, на який поширюється ліцензія, крім комп'ютерних програм, що взаємодіють з відкритим кодом під час виконання.

26. В Україні вільне (відкрите) програмне забезпечення використовується користувачами на основі публічного договору приєднання та вільної ліцензії. Умови публічного договору приєднання визначає не ліцензіар, а розробник вільної ліцензії, яку ліцензіар обрав для поширення свого програмного забезпечення, що є специфікою цього договору.

27. Публічна ліцензія на програмне забезпечення може бути платною або безоплатною, за умови, що вона не вимагає сплати ліцензіатом винагороди за використання комп'ютерної програми або дозволяє її здійснювати добровільно, на розсуд ліцензіата (користувача), публічна ліцензія є вільною.

28. Вільна ліцензія на програмне забезпечення є публічною, не може бути виключною чи одиничною, є невиключною, має бути безвідкличною.

29. Цивільно-правову природу гіг-контракту засвідчує низка ознак правовідносин, які виникають між гіг-спеціалістом та резидентом Дія Сіті: відсутність у резидента Дія Сіті повноважень, притаманних роботодавцю предмет гіг-контракту, який включає дії зі створення програмного продукту та цей продукт як об'єкт авторських прав; рівність усіх учасників гіг-контракту; статус гіг-спеціаліста та резидента Дія Сіті як виконавця і замовника; зміст прав та обов'язків сторін гіг-контракту; концепція розподілу авторських прав на комп'ютерні програми, які створюються гіг-спеціалістом за гіг-контрактом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Аврамова О. Здійснення майнових прав на службові об'єкти інтелектуальної власності. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2017. № 5(95). С. 135-141.
2. Авторське право в Інтернет. Навчальний посібник. О. М. Пастухов; відп. ред. О. А. Підпригора; Акад. прав. наук України, Науково-дослідний ін.-т інтелект. власності. К.: Школа, 2004. 143 с.
3. Актуальні проблеми права інтелектуальної власності. Навч. посібн. В. К. Матвійчук, С. А. Пилипенко, Т. П. Устименко та ін. / За ред. І. С. Тімуш, Ю. В. Нікітіна, В. П. Мироненко. К., 2014. 352 с.
4. Алексєєнко І. Цивільно-правове регулювання окремих сфер суспільних відносин. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2021. № 3 С. 129-135.
5. Андрейцева О. Б. Цивільно-правові способи захисту прав на об'єкти промислової власності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.
6. Анісімов К. Браузер-обгортковий ліцензійний договір: сутність та зміст. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С. 5-12.
7. Антонов В. М. Інтелектуальна власність і комп'ютерне авторське право (2-е вид., стереотип.). К.: КНТ, 2006. 520 с.
8. Бааджи Н. П. Використання ліцензійних договорів як форми реалізації авторських прав при обігу електронних видань. *Правове життя сучасної України::матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.). у 3 т. Одеса. 2020. Т. 3. С. 503-507.*
9. Баженов М. І. Цивільно-правовий захист авторських прав в Україні і країнах різних правових систем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2016. 20 с.
10. Бельтюкова Є. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності: цивільно-правовий аспект. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 11. С. 19-23.

11. Беяневич О. В. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія. К.: Юрінком Інтер. 2006. 592 с.
12. Бервено С. М. Проблеми договірного права України: монографія. Київ.: Юрінком Інтер, 2006. 392 с.
13. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів: Конвенція від 24 лип. 1971 р. № 995_051. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051.
14. Білоусова Н. О. Чи можна використовувати «qgis» (qgis desktop) з точки зору законодавства України? Юридичний висновок щодо правомірності використання вільного програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом при виготовленні містобудівної документації та подальшої роботи із нею, на прикладі програмного забезпечення «QGIS» (QGIS Desktop). Julie's Data. 2022. 16.06. URL: https://juliesdata.com/qgis_law#_ftn1
15. Бічук А. А., Наумко М. В. Використання публічних ліцензій відкритого контенту Creative Commons – проблеми і перспективи в Україні. *Актуальні проблеми права інтелектуальної власності: І Всеукр. наук.-практ. конф.* (Одеса, 16 червня 2010 р.). Одеса, 2010. URL: <https://www.creativecommons.org.ua/66>
16. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Загальні положення): навч. посіб. К.: Юстиніан, 2007. 280 с.
17. Бондаренко С. В. Авторське право та суміжні права. К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2008. 288 с.
18. Борсук Н. Я., Кикоть П. В. Господарсько-правове регулювання договірного використання об'єктів інтелектуальної власності. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія ПРАВО*. 2023. Випуск 75: частина 1. С. 155-160.
19. Булат Є. А. Правова охорона комп'ютерних програм на сучасному етапі. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 2. С. 61-64.

20. Булат Є. А. Проблеми удосконалення правової охорони результатів інтелектуальної діяльності в процесі інтеграції України в Європейський дослідницький простір: 12.00.03. Дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2017. 387 с.
21. Водорезова С. Р. Особливості правової охорони комп'ютерної програми як об'єкта інформаційних відносин *Право та інновації*. 2014. № 3 (7). С. 69-76.
22. Вознюк Н. І., Колесниченко Н. О. Гіг-контракти: можливі загрози соціальним правам іт-спеціалістів: *Проблеми забезпечення прав і свобод людини*: зб. матеріалів VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (Луцьк, 10 груд. 2021 р.). Уклад. Л. М. Джурак. Луцьк: Вежа-Друк, 2021. С. 41-44.
23. Всесвітня конвенція про авторське право 1952 р.: Декларація від 6 вересня 1952 р. № 995_052. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_052#Text.
24. Гаара О. Різниця між «вільним програмним забезпеченням» та «відкритим кодом». Linux. 25 січня 2015 р. URL: <https://blog.desdelinux.net/>
25. Галаджун З. Проблема спільного володіння майновим правом на об'єкт інтелектуальної власності, створений у зв'язку з виконанням трудового договору. *Збірник праць Науково-дослідного інституту пресознавства*. 2014. Вип. 4(22). С. 326-337.
26. Галкіна Н. М., Ковальчук Д. Р., Кундій А. У. Правове регулювання трудових відносин ІТ-працівників в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 11. С. 332-337.
27. Галянтич М. К. Актуальні питання охорони та захисту прав на об'єкти промислової власності. *Юридична Україна*. 2003. № 3. С. 22–33.
28. Голіна О. В. Проблеми спеціалізації господарсько-правового регулювання договірних відносин із надання послуг. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2014. №20-2. Том 1. С. 217-220.
29. Грушевська Н. Правова охорона комп'ютерних програм: як правовласнику захистити свої права. *Юридична газета online*. №1 (731). 19 січня 2021. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/zahist-intelektualnoyi-vlasnosti->

avtorske-pravo/pravova-ohorona-kompyuternih-program-yak-pravovlasniku-zahistiti-svoyi-prava.html

30. Гудима М. М. До питання про поняття предмета цивільного договору. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2013. Вип. 23. Ч. 1, Том 1. С. 182-186.
31. Гура М. В. Особливості застосування авторського права до Інтернет-сайту. *Юридичний вісник України*. 2005. № 45. С. 15-17.
32. Гура М. В. Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту в Україні: автореф. канд. ... юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 20 с.
33. Гуцу С. Ф. Законодавчі колізії регулювання відносин щодо створення та використання службового твору. *Сучасні тенденції в юридичній науці України: збірник матеріалів наук.-практ. конфер. (м. Хмельницький, 24-25 квітня 2015 р.)*. Херсон, 2015. С. 79-81.
34. Денисова Р. О. Авторське право на службові твори. *Проблеми законності*. 2011. Вип. 115. С. 54-55.
35. Деякі питання функціонування правового режиму Дія Сіті у зв'язку із введенням воєнного стану в Україні: постанова Кабінету Міністрів України № 382 від 29 березня 2022 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/382-2022-%D0%BF#Text>
36. Джунь В. В. Право інтелектуальної власності: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. К.: ДП «Видавничий дім «Персонал», 2017. 432 с.
37. Дмитришин В. С. Комп'ютерні програми як об'єкт авторських правовідносин. *Правова охорона комп'ютерних програм. Концепція нового закону щодо охорони прав на комп'ютерні програми: матеріали виступів міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 15 квіт. 2004 р.)*. Київ, 2004. С. 19-21.
38. Дмитришин В. С. Розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності в Україні. Навч. посіб. для студ. К.: «Інст. інтел. власн. і права», 2008. 248 с.
39. Дмитришин В. С., Березанська В. І. Інтелектуальна власність на програмне забезпечення в Україні. К.: Вірлен, 2005. 304 с.

40. Дмитришин В. С. Набуття та передання прав на службові об'єкти інтелектуальної власності. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. 2022. Випуск 2(54). С. 45-50.
41. Дмитришин В. С. Комп'ютерні програми як об'єкт авторських правовідносин. Правова охорона комп'ютерних програм. *Концепція нового закону щодо охорони прав на комп'ютерні програми*. Матеріали виступів міжнародн. наук.-практ. конф. (Київ, 15 квітня 2004 р.). Мін. осв. науки, Держ. департ. інтел. власн., 2004. С. 3-11.
42. Договірні форми розпорядження майновими правами на об'єкти авторського права. Борко Ю. Л. та ін. За наук. ред. Мироненко Н. М. Київ: Інтерсервіс, 2014. 247 с.
43. Економіко-правові проблеми інтенсифікації сфери інтелектуальної власності України під впливом нових викликів розвитку неоекономіки: монографія / за наук. ред. д.е.н., проф., академіка АТН України та УАН О. Б. Бутнік-Сіверського: кол. авторів: Г. О. Андрощук, Ю. Л. Борко, О. Б. Бутнік-Сіверський, О. П. Орлюк; НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ. К.: Інтерсервіс, 2022. с. 470.
44. Еннан Р. Є. Правове регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі. Автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2010. 22 с.
45. Жилінкова О. В. Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2015. 280 с.
46. Жилінкова О. Розпорядження правами інтелектуальної власності в мережі Інтернет. *Юридична Україна*. 2011. № 4. С. 52-57.
47. Зазуляк І. І. Істотні умови договору: теоретичний аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2019. 18 с.
48. Закон про авторське право, права, пов'язані з авторським правом, та про внесення виправлень до деяких законів від 7 квітня 2000 р. № 121/2000 (Чеська Республіка). *Zákon č. 121/2000 Sb. Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)*. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-121>

49. Зуб І. В. Гіг-контракт: до питання про природу договору. *Громадянське суспільство як чинник модернізації сучасної держави: матеріали міжнар. наук.-практ. конф.*, м. Київ, 20 квіт. 2021р. Київ, 2021. С. 192-195
50. Інтелектуальна власність та патентознавство. Підручник. Н. О. Білоусова, Н. В. Гаврушкевич, М. А. Данильченко та ін./за ред. П. М. Цибульова та А. С. Ромашко. Київ: КПІ ім. Ігоря Сікорського, Вид-во «Політехніка». 2021. 374 с.
51. ІТ право: підручник / за заг. ред. О. С. Яворської. Львів: Видавництво «Левада», 2017. 470 с.
52. Йолкіна Н., Швець К. Трудовий та цивільно-правовий договір: відмінності та особливості. *Юридична газета online*. 11 грудня 2020 р. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/trudove-pravo/trudoviy-ta-civilnopravoviy-dogovir-vidminnosti-ta-osoblivosti.html>
53. Канарик Ю. С. Актуальні питання охорони комп'ютерних програм в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 7. С. 96-98.
54. Капіца Ю., Ступак С. Авторське право та суміжні права в інформаційному суспільстві. *Юридична Україна*. 2014. № 8. С. 8–13.
55. Кикоть П. В. Предмет договору про передання прав на використання об'єктів інтелектуальної власності у підприємстві. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія Право*. 2022. Вип. 73. С. 129-133.
56. Кирилюк А. В. Права інтелектуальної власності на продукт, створений в іт-сфері. *Права людини – пріоритет сучасної держави: збірник матеріалів Всеукраїнської науково-практичної конференції* (м. Одеса, 10 грудня 2021 року). Одеса, 2021. С. 369-376.
57. Кисельова О., Рисенко О. Основні тенденції правового регулювання творів, створених у процесі виконання трудових обов'язків науково-педагогічним працівником, в Україні та у світі. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 1. С. 30-35.
58. Кияшко О., Дмитришин В., Березанська В. Економічні аспекти обігу програмного забезпечення. *Інтелектуальна власність*. 2005. № 6. URL:

<http://centr-k.com.ua/ua/publications/ekonomicheskije-aspekti-obrashcheniya-programmnogo-obespecheniya.html>

59. Кметик-Подубінська Х. І. Комп'ютерні програми як об'єкти авторського права. *Створення, охорона, захист і комерціалізація об'єктів права інтелектуальної власності*: матеріали V Всеукраїнської наук.-практ. конфер. з міжнародною участю (26.04.2022, м. Київ). Упоряд. В.С. Парненко. Київ: КПП ім. Ігоря Сікорського, 2022. С. 123-126.
60. Коваленко І. А. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. *Modern scientific research: achievements, innovations and development prospects: proceedings of IX International scientific and practical conference, Berlin, Germany, 20-22 February 2022*. MDPC Publishing, Berlin, Germany, 2022. P. 409-413.
61. Коваль І. Правові форми передання майнових прав інтелектуальної власності у сфері господарювання. *Право України*. 2018. № 6. С. 31-42.
62. Коваль О. М., Тарнапольська І. П. Юридичні особи як суб'єкти права інтелектуальної власності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 58. Том 1. С. 137-139.
63. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. Законодавство України. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#top>
64. Кодинець А. Договірні відносини у сфері передання майнових прав інтелектуальної власності. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2015. № 2ю С. 5-13.
65. Кодинець А. О. Право інтелектуальної власності в умовах дії воєнного стану. *Створення, охорона, захист і комерціалізація об'єктів права інтелектуальної власності*: матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції з міжнародною участю, (26.04.2022, м. Київ): ел.збірник. Упоряд.: В.С. Парненко. Київ : КПП ім. Ігоря Сікорського, 2022. С. 126-133.

66. Кодинець А. Формування та розвиток системи договірної регулювання у сфері інтелектуальної діяльності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. Вип. 31. Т. 1. 130-134.
67. Кознова О. Стовба О. Комп'ютерні програми та їх реєстрація: бути чи не бути? Бізнес під час війни. LIGA ZAKON. URL: https://biz.ligazakon.net/analytics/195871_kompyutern-programi-ta-kh-restrats-buti-chi-ne-buti
68. Колісник А. С. Цивільно-правовий захист комп'ютерного програмного забезпечення. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2007. 20 с.
69. Конституція України: Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vp/page>.
70. Кривошеїна І. В. Застава майнових прав інтелектуальної власності: теоретичний і практичний аспекти. *Науковий вісник публічного та приватного прав*. 2020. № 1. С. 47-52.
71. Кривошеїна І. В. Особливості комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності (правовий аспект). *Журнал східноєвропейського права*. 2020. № 73. С. 79-84.
72. Кузьменко Г. В. Вплив нестандартних форм зайнятості на правове регулювання трудових відносин в Україні. *Право і суспільство*. 2022. № 5. С. 116-121.
73. Ліцензійний договір чи щось інше? *Юридична газета on-line*. 2016 р. № 6 (504). 8 лютого 2016. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/podatкова-praktika/licenziyniy-dogovir-chi-shchos-inshe.html>
74. Микитин В. Деякі особливості правового регулювання майнових прав інтелектуальної власності. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Вип.4 (8). С. 57-61.
75. Микитин В. І. Цивільно-правова відповідальність за порушення майнових прав інтелектуальної власності. Дис. ... канд. юрид. наук:12.00.03. Київ, 2016. 196 с.
76. Микитин В. І. До питання про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2014. Вип. 24. Том 2. С. 67-70.
77. Мироненко Н. М. Договірні форми розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права. Монографія. Київ, 2014. 248 с.

78. Мироненко Н. М. Захист прав на торговельні марки: українська практика та європейський досвід. *Право України*. 2011. № 3. С. 30–39.
79. Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія. Харків: ХНУМГ, 2014. 227 с.
80. Міхневич Л. В. Законодавче закріплення авторського права на українських землях Австрійської (Австро-Угорської) імперії. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Ужгород, 2022. Ч. 1. Вип. 72. С. 55–60.
81. Міхневич Л. В. Правова регуляція авторського права на українських землях Російської імперії. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2022. Ч. 1. Вип. 73. С. 13–18.
82. Міхневич Л. В. Специфіка генези авторського права на окремих українських територіях у міжвоєнний період ХХ ст. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2023. Ч. 1. Вип. 73. С. 35–40.
83. Музика А., Азаров Д. Про поняття злочинів в сфері комп'ютерної інформації. *Право України*. 2003. № 4. С. 86-89.
84. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / За відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К. : Юрінком Інтер, 2005. Т. 1. 831 с.
85. Некіт К. Г. Право приватної власності в інформаційному суспільстві: цивілістична теорія і практика реалізації. Дис. ... докт. юрид. наук. Одеса, 2021, 538 с.
86. Новіков Д. О., Лук'янчиков Д. М. Правові проблеми регулювання праці гіг-спеціалістів в умовах євроінтеграції. *Основні напрямки захисту прав громадян України на працю та соціальний захист в умовах євроінтеграції*: тези доп. і наук. повідомл. учасників XI Міжнар. наук.-практ. конф., 8 жовт. 2021 р. тези допов. / за ред. О.М. Ярошенка. Харків: Право, 2021. С. 138-141.
87. Новосад А. С., Байдуж Ю. І. Різниця між ліцензією та ліцензійним договором. *Теоретичні та практичні проблеми застосування норм цивільного, трудового та господарського права в сучасних умовах*: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 23 лист. 2018 р.): у 2 ч. Дніпро, 2018. С. 29-31.

88. Онищук І. О. Гіг-контракт як вид цивільно-правового договору. *Російсько-українська війна: право, безпека, світ* [Матеріали VI Міжнар. наук.-практ. конфер., м. Тернопіль, Західноукраїнський національний університет, 29-30квітня 2022р.]. Тернопіль: ЗУНУ, 2022. С. 111-115.
89. Пасько Т. Г. Комп'ютерні програми та їх правова охорона. *Українське право. Сумський державний університет*. 2018. URL: https://ukrainepravo.com/legal_publications/essay-on-it-law/it_law_pasko_pc_software_legal_protection/.
90. Первій І. В. Класифікація комп'ютерних програм для потреб бухгалтерського обліку. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія Економіка*. 2015. Вип. 1 (45). Т. 2. С. 406-409.
91. Писєва О. В. Загальна характеристика особливостей ліцензійних договорів про використання об'єктів промислової власності у будівництві. *Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності*. 2014. Вип. 1 (10), Т. 2. С. 56–60.
92. Підопригора О. А., Сидоров Я. О. Ліцензійний договір та франчайзинг: порівняльний аналіз суттєвих умов. *Вісник Запорізького державного університету*. № 1. 2003. С. 70-74.
93. Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. Офіційний веб-сайт Верховної ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2755-17#Text>
94. Поливач Є. Ю. Договірні механізми створення та розпорядження правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2020. Вип. 6. Том 2. С. 42–47. URL: http://nvppp.in.ua/vip/2020/6/tom_2/10.pdf
95. Поливач Є. Ю. Зміст авторських прав на комп'ютерні програми та їх види. *Науковий журнал «Прикарпатський юридичний вісник»*. 2021. Вип. 1 (36). С. 47–50. URL: <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/730/1066>
96. Поливач Є. Ю. Створення комп'ютерних програм на підставі авторського договору. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 5. С. 63–66. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2021/16.pdf

97. Поливач Є. Ю. Особливості розпорядження авторськими правами на комп'ютерні програми в ліцензійних договорах. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 6. С. 72–75. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2021/20.pdf
98. Поливач Є. Ю. Захист інтересів автора комп'ютерної програми у договірних відносинах. *Науково-практичний журнал «Екологічне право»*. 2021. Вип. 1-4. С. 62–66. URL: <http://ecolaw.idpnan.kyiv.ua/archive/2021/1-4/10.pdf>
99. Поливач Є. Ю. Договірні механізми захисту особистих майнових прав творців комп'ютерних програм. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 8. С. 101–104. URL: http://www.lsej.org.ua/8_2021/24.pdf
100. Поливач Є. Ю. Судова практика у спорах про захист авторських прав, що виникають при порушенні умов ліцензійних договорів. *Науковий журнал «Нове українське право»*. 2021. Вип. 5. С. 139–146. URL: <http://newukrainianlaw.in.ua/index.php/journal/article/view/142/130>
101. Поливач Є. Ю. Судовий захист майнових прав спадкоємців автора комп'ютерної програми. *Науковий журнал «Юридичний бюлетень»*. 2021. Вип. 21. С. 38–45. URL: <http://www.lawbulletin.oduvs.od.ua/archive/2021/21/7.pdf>
102. Поливач Є. Ю. Інтелектуальна власність на комп'ютерні програми, створені внаслідок виконання трудового договору (контракту). *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету*. 2023. Вип. 78 ч.1. С. 205–209. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2023/07/78_part-1.pdf
103. Поливач Є. Ю. Цивільно-правова охорона комп'ютерної програми як об'єкта авторського права. *Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 18-19 жовтня 2019 р. Харків, 2019. С. 59–62.
104. Поливач Є. Ю. Вільні ліцензії на комп'ютерні програми. *Право, інтелектуальна власність, креативні індустрії: сучасний вимір і подальші перспективи* : матеріали V всеукр. наук.-практ. конф., м. Київ, 19 травня 2023 р. Київ: НАПрНУ, 2023. С. 120-123. URL: <https://drive.google.com/file/d/1RWxeRWAgeDrAX4lj5d3W065QHElj1HI1/view>

105. Поливач Є. Ю. Захист майнових авторських прав на комп'ютерні програми з використанням вільних (публічних) ліцензій у цивільному праві : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Осака, Японія, 03-05 серпня 2023 р. Осака, 2023 С. 259–265. URL: <https://sci-conf.com.ua/wp-content/uploads/2023/08/SCIENCE-AND-TECHNOLOGY-PROBLEMS-PROSPECTS-AND-INNOVATIONS-3-5.08.23.pdf>
106. Поливач Є. Ю. Авторські права на комп'ютерні програми під час виконання гіг-контракту : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Мадрид, Іспанія, 07-09 серпня 2023 р. Мадрид, 2023 С. 176–182. URL: <https://sci-conf.com.ua/wp-content/uploads/2023/08/EUROPEAN-SCIENTIFIC-CONGRESS-7-9.08.23.pdf>
107. Порухення авторського права на комп'ютерну програму. *Правовий тиждень*. 2013. № 13-24. URL: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=121007>
108. Посібник для суддів з інтелектуальної власності. І. М. Бенедисюк та ін. Київ: К.І.С, 2018. 424 с.
109. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 5 квітня 2021 року у справі № 766/21131/18. Аналітично-правова система ZakonOnline. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/96146173?from=766%2F21131%2F18%20>
110. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 3 лютого 2022 року у справі № 905/730/20. Аналітично-правова система ZakonOnline. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/102973787>
111. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 10 лютого 2022 р. у справі № 910/2168/21. Аналітично-правова система ZakonOnline. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/103281678>
112. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 21 лютого 2018 року у справі № 331/213/14-ц.

- Аналітично-правова система ZakonOnline. URL:
<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/72489451?from=results>
113. Постанова Верховного Суду України від 15 липня 2019 року у справі № 235/499/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83025066>
114. Постанова Верховного Суду України від 8 серпня 2019 року у справі № 450/1686/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83553368>
115. Постанова Вищого господарського суду України від 11 квітня 2017 року у справі № 904/7767/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65940995>
116. Постанова Вищого господарського Суду України від 22 грудня 2015 року у Справі № 910/12832/15. Аналітично-правова система ZakonOnline. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/54538252>
117. Постанова Вищого господарського Суду України від 18 січня 2018 року у Справі № 940/12846/18. Аналітично-правова система ZakonOnline. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/54538252>
118. Постанова Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 18 січня 2017 року у Справі № 904/7767/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/64234580>
119. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 6 серпня 2015 року у Справі № 910/4846/14. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/48163303>
120. Постанова Рівненського господарського апеляційного суду від 8 грудня 2017 року у справі № 906/353/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70955278>
121. Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 13 вересня 2017 р. у справі № 904/7767/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68911589#>Потоцький М. Ю. Правове

- регулювання інтелектуальної власності в Україні: загальнотеоретичне дослідження. автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2009. 22 с.
123. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За ред. Ю. М. Капіци. К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. 1104 с.
124. Право інтелектуальної власності України. Конспект лекцій. В. М. Крижна, Н. Є. Яркіна/ За ред. В. І. Борисової. Х.: Нац. юрид. акад. України, 2008. 112 с.
125. Право інтелектуальної власності. Підручник для студентів вищ. навч. закл./ за ред. О.А.Підпригори, О.Д.Святоцького. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. 624 с.
126. Право інтелектуальної власності. Підручник. За заг. ред. О. І. Харитонової. К.: Юрінком Інтер, 2015. 544 с.
127. Право інтелектуальної власності: Акад. курс: Підруч. для студ. вищих навч. закладів О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін./ За ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. К.: Видавничий Дім «Ін Юре» 2007. 696 с.
128. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 1 грудня 2022 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20#n855>
129. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3792-XII. **[втратив чинність]**. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.
130. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні: Закон України від 16 лип. 1999. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-14>.
131. Про валюту і валютні цінності: Закон України від 21 червня 2018 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19#n79>
132. Про введення воєнного стану в Україні: Указ Президента України № 64/2022 від 24 лютого 2022 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text>
133. Про визначення видів діяльності, здійснення яких стимулюється шляхом створення правового режиму Дія Сіті: постанова Кабінету міністрів України

№ 467 від 19 квітня 2022 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/467-2022-%D0%BF#Text>

134. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності: Закон України від 20 березня 2023 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2974-20#n10>

135. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скасування маркування контрольними марками примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: Закон України від 15 грудня 2021 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1965-20#n19>

136. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України від 14 вересня 2006 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/143-16#Text>

137. Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір: постанова Кабінету міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1756-2001-%D0%BF#Text>.

138. Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір: постанова Кабінету міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1756-2001-%D0%BF>.

139. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постанова Вищого господарського Суду України від 17 жовтня 2012 р. № 12. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>.

140. Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності: постанова Пленуму вищого господарського суду України від 23 берез. 2012 р. № 5.

- Офіційний веб-сайт Верховної Ради України.
 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005600-12/print>
141. Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>
142. Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав: Закон України від 15 травня 2018 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2415-19#Text>
143. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС: Закон України від 18 березня 2004 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#top>
144. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15#Text>
145. Про заставу: Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2654-XII. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12>
146. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 4 червня 2010 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10#Text>
147. Про затвердження «Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень»: наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text>
148. Про затвердження загальних вимог до програмних продуктів, які закупаються та створюються на замовлення державних органів № 869 від 12 серпня 2009 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/869-2009-%D0%BF#Text>

149. Про затвердження Концепції легалізації програмного забезпечення та боротьби з нелегальним його використанням: постанова Кабінету Міністрів України № 247 від 15 травня 2002 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/247-2002-%D0%80#Text>
150. Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав : постанова Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 72. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/72-2003-%D0%BF#Text>
151. Про затвердження Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»: постанова Кабінету Міністрів України № 1185 від 3 жовтня 2007 р. Офіційний веб-сайт Верховної ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1185-2007-%D0%BF#Text>
152. Про затвердження Положення про Реєстр виробників та розповсюджувачів програмного забезпечення: Наказ Міністерства освіти і науки України від 22 березня 2012 р. № 332. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/z0558-12#Text>
153. Про затвердження Порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади: постанова Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 р. № 253. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/253-2004-%D0%BF#Text>
154. Про затвердження Правил роздрібної торгівлі, прокату примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: постанова Кабінету Міністрів України від 4 листопада 1997 р. № 1209. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1209-97-%D0%BF>.
155. Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні»: Закон України від 24 лютого 2022 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2102-20#Text>
156. Про захист інтересів осіб у сфері інтелектуальної власності під час дії воєнного стану, введенного у зв'язку із збройною агресією Російської Федерації

проти України: Закон України» від 1 квітня 2022 р. URL: Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2174-20>.

157. Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні: Указ Президента України від 27 квіт. 2001 р. № 285/2001. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/285/2001>.

158. Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 8 липня 2010 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17#Text>

159. Про міжнародні договори України. Закон України від 29 червня 2004 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text>

160. Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14#top>

161. Про національну програму інформатизації: Закон України від 1 грудня 2022 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2807-20#top>

162. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки: Закон України від 9 січня 2007 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/537-16#Text>

163. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15 грудня 1993 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-12#Text>

164. Про платіж за використання комп'ютерної програми: Лист Державної фіскальної служби України Головним управлінням ДФС в областях та м. Києві, Міжрегіональному головному управлінню ДФС – Центральному офісу з обслуговування великих платників № 30644/7/99-99-19-02-02-17 від 18 серпня 2015 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3064872-15#Text>

165. Про платіжні послуги: Закон України від 30 червня 2021 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1591-20#top>
166. Про правову охорону комп'ютерних програм: Директива Європейського Парламенту та Ради Європи від 23 квітня 2009 р. № 2009/24/EC. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1453071552447&uri=CELEX:32009L0024>.
167. Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право: Закон України від 20 вересня 2001 р. № 2733-III. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2733-14#Text>.
168. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>
169. Про ратифікацію Конвенції про кіберзлочинність: Закон України від 7 вересня 2005 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2824-15#Text>.
170. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1678-18#n22>
171. Про Рекомендації парламентських слухань на тему «Створення в Україні сприятливих умов для розвитку індустрії програмного забезпечення»: постанова Верховної Ради України від 15 березня 2012 р. № 4538-VI Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4538-VI>
172. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: Закон України від 23 березня 2000 р. в редакції Закону від 10 липня 2003 р. № 1587-III. **[втратив чинність]**. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1587-14>.

173. Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні. Закон України від 15 липня 2021 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#n425>
174. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95#Text>
175. Про схвалення Концепції Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом: розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 вересня 2009 р. № 1588-р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1588-2009-%D1%80#Text>
176. Проект Закону України «Про використання Відкритих і Вільних форм інтелектуальної власності, Відкритих форматів даних та Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах і державному секторі економіки» (2005). Українська асоціація вільного та відкритого програмного забезпечення. Ukrainian Association of Free and Open source Softwar. URL: <http://uafoss.org.ua/ua/topics/ley/free-software-ley>
177. Пушкіна О. В., Тодорошко Т. А., Мамонова Ю. Г. Захист прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. Спецвипуск. С. 65–68. URL: <http://apnl.dnu.in.ua/2019/19.pdf>.
178. Рассомахіна О. Ліцензування авторського права та суміжних прав в мережі Інтернет. *Юридична Україна*. 2014. № 6. с.44
179. Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування. Міністерство економіки України. Офіційний веб-сайт. URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=ed96ce7f-d450-41ff-9b65-4bf03e08f71f&title=>
180. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав. Міністерство

- економіки України. Офіційний веб-сайт. URL: <https://me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=805c49ed-9f0d-4cb2-b7c4-8befb54c8b6f&title>
181. Рішення Господарського суду Дніпропетровської області від 2 лютого 2017 року у справі № 2/904/318/13. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/64678678>
182. Рішення Господарського суду Житомирської області від 10 січня 2019 року у Справі № 06/272/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79285667>
183. Рішення Господарського суду Запорізької області від 6 червня 2013 року у справі № 908/1311/13. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL : <https://goo.gl/AjYm6y>.
184. Рішення Фрунзівського районного суду м. Харкова від 31 травня 2011 р. у справі № 2-321/11. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16358256>
185. Рішення Шевченківського районного суду міста Києва від 7 лютого 2023 року у справі № 761/5730/18/. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109320995>
186. Розгон О. В. Ліцензійний договір на програмне забезпечення як об'єкт інтелектуальної власності. *Сучасні проблеми права та інноваційної економіки: Зб. наук. праць НДІ ПЗІР НАПрН України*. 2021. № 3. С. 168-179.
187. Рябова Т. О., Атаманчук Т. Р. Використання прав інтелектуальної власності в господарській діяльності. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 3. С. 85-87
188. Рязанова Н. Юридичні гарантії майнових прав на службові об'єкти інтелектуальної власності. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2010. № 5. С. 105-112.
189. Селиванов М. В. Защита права на компьютерную программу: теория и практика. Навч.-практ. посіб. Харків: Еспада, 2004. 176 с.

190. Селіванов М. В. Веб-сайт – складений об’єкт авторського права. *Проблеми цивільного права та процесу*: матеріали наук.-практ. конф., 31 трав. 2008 р. Харків, 2008. С. 94–95.
191. Семенюк О. С. Ліцензійний договір як одна із форм складних об’єктів інтелектуальної власності. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2014. № 9-1. С. 134-137.
192. Сенюта В. Визначення інтелектуальної власності: деякі теоретичні зауваження. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 7. С. 52-54.
193. Смородина А. Є. Ліцензійний договір у цивільному праві України: дис. ... д-ра. філософії: 081. Київ, 2021. 270 с.
194. Смородина А. Типові ліцензійні договори за законодавством України: історія і сучасність. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2019. № 3. С. 19-27. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2019/3_2019/3.pdf
195. Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр. Х.: Золоті сторінки, 2012. 696 с.
196. Судаков В. Розв’язання колізій щодо виникнення виключних майнових прав на об’єкт авторського права, який створено на замовлення роботодавця (службовий твір). *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2019. № 5. С. 30-38.
197. Сусліков Л.М., Студеняк І .П. Створення об’єктів інтелектуальної власності. Навч. посіб. Ужгород: Видавн. УжНУ «Говерла», 2020. 407с.
198. Тарасенко Л. Л. Комп’ютерна програма як об’єкт інтелектуального права. *ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні*: матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф. (Львів 17 листоп. 2017 р.). Львів, 2017. URL: <http://aphd.ua/publication-167/>
199. Тарасюк С. М. Особливості застосування гіг-контрактів резидентами правового режиму Дія Сіті. *Юридичний вісник*. 2022. № 2 (63). С. 133-142.
200. Технології програмування та створення програмних продуктів: конспект лекцій. Уклад. О. В. Алексенко. Суми: Сумський державний університет, 2013. 133 с.
201. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2002. 16 с.

202. Троцька В. М. Декомпіляція комп'ютерної програми з метою виправлення помилок: правомірна дія, чи порушення авторського права? *Створення, охорона, захист і комерціалізація об'єктів права інтелектуальної власності: матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції з міжнародною участю*, (26.04.2022, м. Київ): ел. збірник. Упоряд.: В. С. Парненко. Київ : КПП ім. Ігоря Сікорського, 2022. С. 193-198.
203. Троцька В. Сутність вільного використання об'єктів авторського права. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2014. № 4. С. 19-28.
204. Троцька В. М. Зобов'язання сторін договору про передання майнових прав інтелектуальної власності у випадку наявності ліцензійних договорів, укладених раніше. *Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць*. 2016. Вип. 15. С. 112-116.
205. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності: Світова організація торгівлі від 15 квітня 1994 р. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981018>.
206. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 1 січня 2013 р. у справі №810/222/13-а. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34073033>
207. Філатова Н. Ю. Регулювання особливостей укладення електронних договорів: порівняльно-правовий аналіз. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 63-77.
208. Філик Н. В., Грабовська Г. М. Законодавчі зміни у правовому регулюванні прав на службові твори відповідно до міжнародно-правових норм. *Юридичний вісник*. 2018. Вип. 1 (46). С. 119-125.
209. Філик Н. В., Омельченко Г. В. Комп'ютерна програма як об'єкт авторського права: проблеми правової охорони. *Юридичний вісник*. 2016. № 2(39). С. 130-137.
210. Філінович В. В. Веб сайт як особливий об'єкт права інтелектуальної власності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2015. 19 с.
211. Ходаківський Є. І. Якобчук В. П., Литвинчук І. Л. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти. Житомир: Рута, 2013. 276 с.

212. Хрідочкін А. В., Бичков І. В. Проблеми нормативно-правового регулювання використання об'єктів інтелектуальної власності у сфері господарської діяльності. *Право і суспільство*. 2020. № 5. С. 97-103.
213. Цивільне право України: підручник. У 2-х кн. Кн. 1. О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.] за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. К.: Юрінком Інтер, 2002. 720 с.
214. Цивільне право. Підручник у 2-х т. [В. І. Борисова, Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.]. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Х.: Право, 2011. Т. 2. 816 с.
215. Цивільне право: альбом схем. Є. О. Мічурін, О. Р. Шишка. 4-те вид., перероб. та допов. Х.: Фактор, 2013. 450 с.
216. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
217. Чепис О. І. Баланс інтересів суб'єктів права інтелектуальної власності крізь призму принципів пропорційності та справедливості. *Актуальні проблеми держави і права*. № 85 (2020) С. 241-246.
218. Чепис О. І., Калинчак Д. О. Права інтелектуальної власності на комп'ютерну гру: як захистити інтереси розробників? *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Вип. 57. 2019. Том 1. С. 92-97.
219. Чорна Ж. Л. До питання про істотні умови ліцензійного договору. *Університетські наукові записки*. 2017. № 63. С. 106-116.
220. Шелест В. В. Застосування гіг-контракту в умовах воєнного стану. *Права людини та бізнес: правова регламентація в умовах воєнного стану* [Електронне видання]: тези доповідей п'ятого щорічного круглого столу (Київ, 27 жовтня 2022). Відп. ред. Н. А. Мазаракі, Л. Л. Нескороджена. К., 2022. С. 96-100.
221. Шимон С. І. Об'єкт та предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*. № 4. 2011. С. 58–63.
222. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2014. 664 с.

223. Шишка Р. Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2004. 37 с.
224. Шовкопляс Г. М., Сич Д. В. Особливість використання суб'єктами господарювання нематеріальних активів у формі інтелектуальної власності. *Цифрові трансформації України 2020: виклики та реалії*: зб. наук. пр. НДІ ПЗІР НАПрН України № 1 за матеріалами круглого столу, 18 вересня 2020 р. Харків, 2020. С. 158-164.
225. Штефан А. Визнання права як спосіб захисту авторського права. *Правова політика в Україні: питання теорії та практики*: зб. матер. міжнар. наук.-практ. конфер. (Київ, 24 жовтня 2014 року): в 2 т. Т. 1. К.: Національна академія прокуратури України, 2014. С. 331-334.
226. Штефан А. С. Авторське право і суміжні права: особливості правової охорони, здійснення та захисту: монографія. К.: НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ, ТОВ «НВП Інтерсервіс», 2017. 150 с.
227. Штефан О.О. Проблеми правового статусу службового твору. *Приватне право і підприємництво*. Зб. наук. пр. Вип 8. 2009. С. 105-108.
228. Шуміло І. А., Овчаренко В. С., Філіпченко К. Ш. Правова природа смарт-контрактів та проблемні питання вибору права. *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління*. 2021. № 6(18). С. 188-196. URL: [https://doi.org/10.32689/2617-9660-2021-6\(18\)-188-196](https://doi.org/10.32689/2617-9660-2021-6(18)-188-196).
229. Щодо засвідчення форс-мажорних обставин. Лист Торгово-промислової палати України від 28 лютого 2022 р. Офіційний веб-сайт Торгово-промислової палати України. URL: <https://uccr.org.ua/press-center/uccr-news/protsedurasvidchennia-fors-mazhornikh-obstavin-z-28-02-2022>
230. Щодо об'єктів авторського права: Лист Державного департаменту інтелектуальної власності від 5 серпня 2009 р. № 16-13/4470. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS11342.html.

231. Яворська О. Договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності за законодавством України. *Вроцлавсько-Львівський юридичний збірник. Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze*. 2017. № 8. 2017. С. 153-162.
232. Якимчук П. Д. Правова охорона комп'ютерної програми. *Законодавство України: погляд молодих правників*: Матеріали щорічної Всеукраїнської наукової конференції (30 квітня 2021 року). Івано-Франківськ. 2021. С. 140-143.
233. Якубівський І. Є. Юридична природа публічних ліцензій у сфері авторського права та суміжних прав. *Право та інновації*. 2015. № 2 (10). С. 19-26.
234. Якубівський І. Є., Оприско М. В. Проблеми правової охорони комп'ютерних програм і баз даних: окремі зауваги в контексті реформування законодавства України. *Нове українське право*. 2021. № 6. С. 40-47. URL: <http://newukrainianlaw.in.ua/index.php/journal/article/view/155>
235. Якубівський І. Є. Законодавство України про інтелектуальну власність в умовах війни. *Приватне право в умовах війни*: матеріали Всеукр. наук. конф. (Одеса, 15 листопада 2022 р.) / за заг. ред.: д. ю. н., проф. Є. Харитонова, д. ю. н., проф. І. Давидової; НУ «ОЮА». Одеса : Фенікс, 2022. С. 68-72.
236. Якубівський І. Є. Методологічні засади правового регулювання договірних відносин щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 3. С. 57-63.
237. Якубівський І. Є. Об'єкти права інтелектуальної власності з позиції рекодифікації цивільного законодавства України. *Актуальні проблеми правознавства. Зб. наук. пр.* 2021. № 2 (26). С. 162-170.
238. Якубівський І. Є. Про юридичну природу майнових прав інтелектуальної власності. *Проблеми цивільного права та процесу*: тези доп. наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків, 25 трав. 2018 р. МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС, 2018. С. 230-233.
239. Якубівський І. Є. Проблеми набуття, здійснення та захисту майнових прав інтелектуальної власності в Україні: автореф. дис.... докт. юрид. наук: 12.00.03. 2019. Львів: Львівський національний університет ім. Івана Франка. 43 с.

240. Якубівський І. Є. Проблеми набуття, здійснення та захисту майнових прав інтелектуальної власності в Україні. Дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. 2019. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка. 520 с.
241. Янчук Ю. Авторсько-правова охорона програмного забезпечення в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 9. С. 105-108
242. Яшарова М. М. Специфіка захисту виключних прав на використання службових винаходів. *Актуальні проблеми політики*. Зб. наук. Пр. 2009. Вип. 38. С. 708-715.
243. Яшарова М. М. Співвідношення штучного інтелекту до об'єктів права інтелектуальної власності. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2022. Випуск 6 (47). С. 59-62.
244. Bekker E. I. System des heutigen Pandektenrechts. Erster Band. Waimar: Hermann Bohlau, 1886. S. 45–146.
245. Case of Pollstar v. Gigmania Ltd. (170 F. Supp. 2d 974): Judgement of United States District Court for the Eastern District of California. October 17, 2000. URL: <http://www.ecases.us/case/caed/c2402361/pollstar-v-gigmania-ltd>
246. Copyright Law of the United States of America. U.S. Government Printing Office: 1996-405-104/40,029, September 1996. 405 с. URL: https://uk.wikijaa.ru/wiki/copyright_law_of_the_united_states.
247. Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs. EUR Lex. Assess to European Union law. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0250&qid=1689689498382>
248. David A. Wheeler's Blog Fri, 01 Sep 2006 GPL, BSD, and NetBSD - why the GPL rocketed Linux to success. URL: <https://dwheeler.com/blog/2006/09/01/#gpl-bsd>
249. Davidson D. Click and Commit: What Terms are Users Bound to When They Enter Web-Sites? William Mitchell Law Review. 2000. Vol. 26. P. 1171-1203. URL: <https://open.Mitchellhamline.edu/wmlr/vol26/iss4/9>
250. Debrow J. C., Kunz C. L., Moringiello J. M., Ottaviani J. E., Porter K. M., Ziff E. D. BrowseWrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form

Agreements. *The Business Lawyer*. 2003. Vol. 59, No. 1. P. 279-312. URL: <https://www.jstor.org/stable/40688197>

251. Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of computer programs of 23 April 2009. EUR-Lex. Access to European Union Law. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024>

252. EPO-OECD-UKPO International conference on «Patents: realising and securing value». British Library Conference Centre. URL: <http://www.european-patent-office.org/index.en.php>.

253. European Patent Convention, 1973. WIPO eLearning Center URL: <http://academy.wipo.int/ru/default2.asp>.

254. Find your inspiration. Flickr. URL: <http://www.flickr.com/search/?q=&l=cc&ct=6&mt=all&adv=1>

255. Garmpi E. Alternatives to Copyright. KLS LLM Dissertation. 2006. 75 p. URL: <http://creativecommons.org/about/licenses/meet-the-licens>

256. German Parliament tells government to strictly limit patents on software. Free Software Foundation Europe. URL: <https://fsfe.org/news/2013/news-20130612-01.en.html#translations>

257. GNU General Public License. URL: <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>.

258. Goodbye, «free software»; hello, «open source». Eric S. Raymond's Home Page. 2022.08.11. URL: <http://www.catb.org/~esr/open-source.html>

259. Law on the Intellectual Property Code of July 1, 1992, № 92-597. France. Industrial Property and Copyright. 1998. Vol. 07-08.

260. Lemley M. A. Shrinkwraps in Cyberspace. *Jurimetrics Journal*. 1995. Vol. 35 P. 311–324. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba35&div=3&id=&page>.

261. Maleve N. CC and other licences. 2005. URL: www.nettime.org

262. Markoff D. One Man's Fight for Free Software. Business technology. 1989, Jan. 11. URL: <https://web.archive.org/web/20210820153013/https://www.nytimes.com/1989/01/11/business/business-technology-one-man-s-fight-for-free-software.html>
263. Marshall T. Community for creative non-violence v. Reid №. 88-293. March 29, 1989. June 5, 1989. URL: https://en.wikisource.org/wiki/Community_for_Creative_Non-Violence_v._Reid
264. McGowan D. Legal Aspects of Free and Open Source Software. Perspectives on Free and Open Source Software. Edited by Joseph Feller, Brian Fitzgerald, Scott A. Hissam, and Karim R. Lakhani. Massachusetts Institute of Technology. 2005. P. 361-392.
265. Menagetti E. Taking EU labor law beyond the employment contract. The role played by the European Court of Justice. URL: <http://journals.sagepub.com>
266. Microsoft 365. MICROSOFT. Official web page. URL: <https://www.microsoft.com>.
267. Morin A., Urban J., P. Slitz A Quick Guide to Software Licensing for the ScientistProgrammer. PLoS Computational Biology. 2012. Issue 7. Volume 8. URL: www.ploscompbiol.org
268. Open source and commercial software: an in-depth analysis of the issues. Business Software Alliance. 2005. 32 p.
269. Salzberger E M. Lawrence Lessig, Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity (2004) 1 *J.L. Econ. & Pol'y* 263, 3pp.
270. Software Patents in Europe. Free Software Foundation Europe. URL: <https://fsfe.org/activities/swpat/swpat.en.html>
271. Stallman R. Writing the Free Software Song. GNU. URL: <https://www.gnu.org/music/writing-fs-song.html>
272. Stern R. N. Appropriate and inappropriate legal protection of user interfaces and screen displays. 3. Copyright law, the courts, and the copyright office. Micro Law. 2000. P. 123–125. URL: https://www.academia.edu/26540318/Appropriate_and_inappropriate_legal_protection_of_user_interfaces_and_screen_displays._3._Copyright_law_the_courts_and_the_copyright_office

273. The Basement Interviews Freeing the Code. Richard Stallman, founder of the Free Software Movement, speaks to Richard Poynder Published. 2006. 21st March. URL:https://ia903403.us.archive.org/28/items/The_Basement_Interviews/Richard_Stallman_Interview.pdf
274. The New Encyclopedia Britannica. 1987. Vol. 1.
275. Troan Larry (2005). Open Source from a Proprietary Perspective (pdf). URL: http://www.redhat.com/f/summitfiles/presentation/May31/Open%20Source%20Dynamics/Troan_OpenSourceProprietyPersp.pdf
276. Udgment of the court (Fifth Chamber). 2021. 6 October. InfoCuria. Case-law. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=247056&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=18380521>
277. Wikipedia: Policies and guidelines. Wikipedia. The Free Encyklopedia. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Policies_and_guidelines
278. WIPO Introduces New Business Service That Provides Evidence of an Intellectual Asset's Existence. WIPO PROOF. URL: https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article_0012.html
279. What are our licenses for? About licenses. Creative commons. URL: <https://creativecommons.org/licenses/>

Додаток А

Список опублікованих автором праць за темою дисертації

Статті у наукових фахових виданнях України:

1. Поливач Є. Ю. Договірні механізми створення та розпорядження правами інтелектуальної власності на комп'ютерні програми. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2020. Вип. 6. Том 2. С. 42–47. URL: http://nvppp.in.ua/vip/2020/6/tom_2/10.pdf
2. Поливач Є. Ю. Зміст авторських прав на комп'ютерні програми та їх види. *Науковий журнал «Прикарпатський юридичний вісник»*. 2021. Вип. 1 (36). С. 47–50. URL: <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/730/1066>
3. Поливач Є. Ю. Створення комп'ютерних програм на підставі авторського договору. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 5. С. 63–66. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2021/16.pdf
4. Поливач Є. Ю. Особливості розпорядження авторськими правами на комп'ютерні програми в ліцензійних договорах. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 6. С. 72–75. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2021/20.pdf
5. Поливач Є. Ю. Захист інтересів автора комп'ютерної програми у договірних відносинах. *Науково-практичний журнал «Екологічне право»*. 2021. Вип. 1-4. С. 62–66. URL: <http://ecolaw.idpnan.kyiv.ua/archive/2021/1-4/10.pdf>
6. Поливач Є. Ю. Договірні механізми захисту особистих майнових прав творців комп'ютерних програм. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. Вип. 8. С. 101–104. URL: http://www.lsej.org.ua/8_2021/24.pdf
7. Поливач Є. Ю. Судова практика у спорах про захист авторських прав, що виникають при порушенні умов ліцензійних договорів. *Науковий журнал «Нове українське право»*. 2021. Вип. 5. С. 139–146. URL: <http://newukrainianlaw.in.ua/index.php/journal/article/view/142/130>

8. Поливач Є. Ю. Судовий захист майнових прав спадкоємців автора комп'ютерної програми. *Науковий журнал «Юридичний бюлетень»*. 2021. Вип. 21. С. 38–45. URL: <http://www.lawbulletin.oduvs.od.ua/archive/2021/21/7.pdf>

9. Поливач Є. Ю. Інтелектуальна власність на комп'ютерні програми, створені внаслідок виконання трудового договору (контракту). *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету*. 2023. Вип. 78 ч.1. С. 205–209. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2023/07/78_part-1.pdf

В інших виданнях:

1. Поливач Є. Ю. Цивільно-правова охорона комп'ютерної програми як об'єкта авторського права. *Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 18-19 жовтня 2019 р. Харків, 2019. С. 59–62. (форма участі – дистанційна).

2. Поливач Є. Ю. Вільні ліцензії на комп'ютерні програми. *Право, інтелектуальна власність, креативні індустрії: сучасний вимір і подальші перспективи* : матеріали V всеукр. наук.-практ. конф., м. Київ, 19 травня 2023 р. Київ: НАПрНУ, 2023. С. 120-123. URL: <https://drive.google.com/file/d/1RWxeRWAgeDrAX4lj5d3W065QHElj1HI1/view> (форма участі – дистанційна).

3. Поливач Є. Ю. Захист майнових авторських прав на комп'ютерні програми з використанням вільних (публічних) ліцензій у цивільному праві : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Осака, Японія, 03-05 серпня 2023 р. Осака, 2023 С. 259–265. URL: <https://sci-conf.com.ua/wp-content/uploads/2023/08/SCIENCE-AND-TECHNOLOGY-PROBLEMS-PROSPECTS-AND-INNOVATIONS-3-5.08.23.pdf> (форма участі – дистанційна).

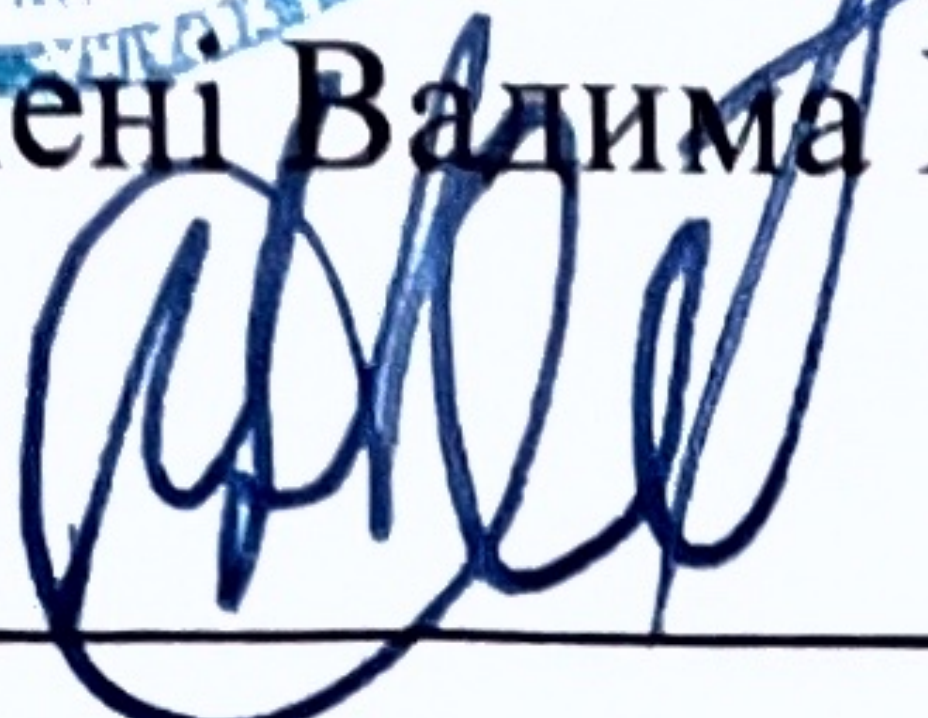
4. Поливач Є. Ю. Авторські права на комп'ютерні програми під час виконання гіг-контракту : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Мадрид, Іспанія, 07-09 серпня 2023 р. Мадрид, 2023 С. 176–182. URL: <https://sci->

conf.com.ua/wp-content/uploads/2023/08/EUROPEAN-SCIENTIFIC-CONGRESS-7-9.08.23.pdf (форма участі – дистанційна).



«ЗАТВЕРДЖУЮ»

**Проректор
з науково-педагогічної роботи
Київського національного
економічного університету
імені Вадима Гетьмана**

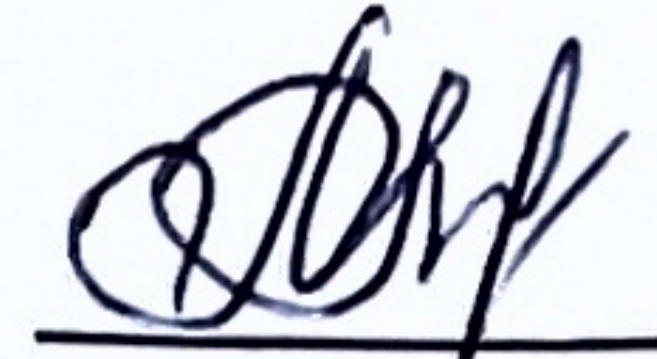
 проф. Колот А.М.

«15» червня 2023 р.



«ЗАТВЕРДЖУЮ»

**Проректор з наукової роботи
Київського національного
економічного університету імені
Вадима Гетьмана**

 проф. Антонюк Л. Л.

«15» червня 2023 р.

Довідка

**про впровадження в навчальний процес наукових результатів
дисертаційного дослідження Поливача Євген Юрійовича на тему
«Цивільно-правова охорона прав інтелектуальної власності на
комп'ютерні програми у договірних відносинах»**

Наукові розробки, висновки та рекомендації дисертаційного дослідження Поливача Євгена Юрійовича на тему «Цивільно-правова охорона прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми у договірних відносинах» впроваджені у навчальний процес при підготовці фахівців з права у Київському національному економічному університеті імені Вадима Гетьмана при викладанні дисциплін «Цивільне право», «Господарське право», «Право інтелектуальної власності».

Використання результатів дисертаційного дослідження Поливача Євгена Юрійовича у навчальному процесі дало змогу вдосконалити теоретико-методологічні основи викладання зазначених дисциплін і таким чином підвищити якість підготовки фахівців у Київському національному економічному університеті імені Вадима Гетьмана.

**Завідувач кафедри приватного права
д. ю. н., професор**



А. В. Омельченко