

ГАРАНТІЇ ТА ЗАЯВИ У ДОГОВОРАХ НА СТВОРЕННЯ ТА ВИКОРИСТАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

WARRANTIES AND REPRESENTATIONS IN CONTRACTS FOR THE CREATION AND USE OF SOFTWARE

Махновський Д.С., старший науковий співробітник

Центр досліджень інтелектуальної власності та трансферу технологій Національної академії наук України

Стаття присвячена дослідженню сучасної практики застосування «Гарантій» та «Заяв» у договорах на розробку та використання програмного забезпечення, визначення кола та їх характеристики з урахуванням правових засад їх застосування. Положення щодо «Гарантій» та «Заяв» широко використовуються у міжнародній та національній практиці укладання договорів. Слід зазначити, що в Україні договори на створення ПЗ відносяться до непоіменованих договорів, а їх правова природа є предметом дискусій то у раніше здійснених дослідженнях основна увага приділялась дослідженню правової природи та істотним умовам зазначених договорів та не приділялась увага дослідженню правових конструкцій, що притаманні іншим правовим системам, які складають гарантійні умови договорів на розробку та використання програмного забезпечення. Зазначені положення можуть не мати відповідного відображення в законодавстві України. Так в ЦК України під гарантією розуміється вид забезпечення зобов'язання (фінансова гарантія) або зобов'язання сторони договору щодо предмету договору, а саме якості товару в договорах купівлі-продажу, якості результату робіт в підрядних договорах. Тобто законодавче врегулювання здійснюється у вище наведених межах. Питання гарантійних умов у правочинах щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності ЦК України не регулюється.

Відсутність у законодавстві України врегулювання застосування гарантій у договорах на розробку та використання програмного забезпечення призводить до необхідності зазначити у договорах загальні правові підстави використання таких правових конструкцій (частина 1 ст. 627 ЦК України) щодо свободи сторін у визначенні умов договору, а також обов'язково передбачати відповідальність сторони за порушення наданих гарантій.

Метою статті є дослідження сучасної практики застосування гарантійних умов в договорах на розробку та використання програмного забезпечення, визначення кола та їх характеристики з урахуванням правових засад їх застосування.

Ключові слова: програмне забезпечення, договір на розробку програмного забезпечення, ліцензійний договір, гарантії, авторське право.

The article is devoted to the study of the modern practice of applying “Warranties” and “Statements” in contracts for the development and use of software, determining the scope and their characteristics, taking into account the legal principles of their application. The provisions on “Warranties” and “Statements” are widely used in international and national practice of concluding contracts. It should be noted that in Ukraine, contracts for the creation of the software are unnamed contracts, and their legal nature is the subject of debate, so in previously conducted studies, the main attention was paid to the study of the legal nature and essential conditions of these contracts and no attention was paid to the study of legal structures inherent in other legal systems that constitute the warranty conditions of contracts for the development and use of software. The specified provisions may not have an appropriate reflection in the legislation of Ukraine. Thus, in the Civil Code of Ukraine, a guarantee is understood as a type of security for an obligation (financial guarantee) or an obligation of a party to a contract regarding the subject matter of the contract, namely the quality of goods in purchase and sale contracts, the quality of the result of work in the contracts. That is, the legislative regulation is carried out within the above-mentioned limits. The issue of warranty conditions in transactions regarding the disposal of intellectual property rights is not regulated by the Civil Code of Ukraine.

The absence in the legislation of Ukraine of regulation of the application of warranties in contracts for the development and use of software leads to the need to indicate in contracts the general legal grounds for the use of such legal structures (Part 1 of Article 627 of the Civil Code of Ukraine) regarding the freedom of the parties to determine the terms of the contract, and also to necessarily provide for the liability of the party for the violation of the guarantees provided.

The purpose of this article is to study the modern practice of applying warranty conditions in contracts for the development and use of software, to determine the scope and their characteristics, taking into account the legal principles of their application.

Key words: software, software development contract, license agreement, guarantees, copyright.

Постановка проблеми. Основна увага дослідників при дослідженні договорів на створення та використання програмного забезпечення в Україні зосереджується на аналізі правової природи та істотних умовах таких договорів. При цьому дослідження істотних умов договорів здійснюється за напрямками, що окреслені ст. 638 ЦК України, тому основна увага приділяється: предмету договору; умовам, визначеним законом як істотні; умовам, необхідні для договорів даного виду та правовому регулюванню договірних відносин в межах законодавства України. Проте такий підхід не враховує вплив на укладання договорів у сфері програмного забезпечення інтернаціоналізації ІТ бізнесу в Україні, яка призводить до широкого застосування у договорах правових конструкцій, що притаманні іншим правовим системам та визначаються сторонами договору як умови, необхідні для договорів даного виду. Зазначені положення можуть не мати відповідного відображення в законодавстві України. Так в сучасній договірній практиці укладання договорів на створення та використання програмного забезпечення широко застосовуються положення договору, що мають назву «Гарантії» та «Заяви».

Ці положення також, як правило, входять до ліцензійних договорів, авторських договорів, договорів про трансфер технологій та інших договорів щодо комерціалізації ОІВ, які укладаються науковими установами та університетами в США та ЄС.

В Україні наукові установи та приватні компанії – розробники ПЗ використовують положення щодо Гарантій та Заяв не тільки у зовнішньоекономічних контрактах, а також у внутрішніх договорах на створення та використання програмного забезпечення. Тому дослідження практики застосування положень договорів на створення та використання програмного забезпечення щодо Гарантій та Заяв в США та ЄС, а також застосування цих правових конструкцій в Україні має важливе значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В Україні дослідженню гарантій, як засобу забезпечення виконання зобов'язання присвячено праці: Л. Шимон, С. Лепеха, Г. Онищенко, П. Петренко та ін [1–3].

Питання договірної забезпечення розробки та використання програмного забезпечення (надалі ПЗ) досліджувалися у наукових статтях R. Williams, I. Markovic,

S. Crowley, S. Grynwaјs, В. Дмитренко, В. Дмитришина, О. Доценко, О. Хорошенко тощо [4–10]. Проте, враховуючи, що в Україні договори на створення ПЗ відносяться до непоіменованих договорів, а їх правова природа є предметом дискусій то у раніше здійснених дослідженнях основна увага приділялась дослідженню правової природи та істотним умовам зазначених договорів та не приділялася увага дослідженню правових конструкцій, що складають гарантійні умови договорів на розробку та використання програмного забезпечення.

Метою статті є дослідження сучасної практики застосування гарантійних умов в договорах на розробку та використання програмного забезпечення, визначення кола та їх характеристики з урахуванням правових засад їх застосування.

Виклад основного матеріалу. В договірному праві України під гарантіями розуміються умови договорів купівлі-продажу та договорів підряду щодо якості товарів, що продаються або якості робіт (ЦК України, гл. 54 «Купівля-продаж», ст. 675 «Гарантії якості товару», ст. 676 «Обчислення гарантійного строку»; гл. 61 «Підряд» ст. 859 «Гарантія якості роботи», ст. 860 «Порядок обчислення гарантійного строку» тощо). Хоча ЦК України не містить визначення терміну «гарантія» але на підставі змісту зазначених статей під гарантіями розуміються умови договору купівлі-продажу та договору підряду, що прямо не пов'язані з виконанням договору, а стосуються предмету договору (якість товару чи робіт), невиконання яких дає можливість іншій стороні вимагати відшкодування. Слід зазначити, що виходячи зі змісту ст. 857 та ст. 859 ЦК України в підрядних договорах передбачаються явні (зазначені в договорі) та не явні (не зазначені в договорі) гарантії щодо якості робіт. Також, ЦК України визначає гарантію, як вид забезпечення виконання зобов'язання (ст. 560–569 ЦК України).

На відміну від досить вузького трактування гарантій ЦК України в міжнародній практиці застосовуються правові конструкції, які в комерційних угодах зазначаються як «Гарантії» та «Заяви» (Warranties and Representation). Де під Гарантіями розуміються умови, за якими одна сторона договору заявляє та гарантує іншій стороні певні факти на момент укладання договору. Ці факти можуть стосуватись сторони договору, об'єкту договору, предмету договору, змісту договору, фактів пов'язаних з договором або фактів пов'язаних з діяльністю сторони договору [11]. За звичай під «Заявами» розуміються умови договору, що обмежують коло «Гарантій» за договором або відмову від Гарантій та відповідного відшкодування, яка прямо прописана у договорі [12].

На думку американських юристів наведення гарантій у договорі є важливим з кількох причин, зокрема:

- надання покупцеві впевненості в тому, що товари або послуги, які купуються, відповідатимуть певним стандартам або специфікаціям;
- захисту покупця від недоліків товарів (послуг), які можуть виникнути після їх придбання;
- допомоги покупцеві оцінити якість товару чи послуги перед покупкою;
- обмеження відповідальності продавця у разі з'ясування недоліків товарів (послуг);
- допомоги з встановлення довіри та впевненості у відносинах покупець-продавець.

Також важливо зазначити, що гарантії можуть бути явними або неявними. Явні гарантії прямо вказуються в контракті, тоді як неявні гарантії прямо не вказуються, але передбачається, що вони включені в контракт на основі характеру транзакції [13].

Метою Гарантій та Заяв в комерційних угодах є:

1. Зменшення ризиків. Однією з головних цілей заяв і гарантій є мінімізація ризиків для обох сторін, залучених до комерційної угоди. З наведенням конкретних заяв

про стан, якість або продуктивність продукту чи послуги, сторона, яка робить заяву чи гарантію, бере на себе відповідальність за будь-які неточності чи недоліки.

2. Встановлення довіри. Заяви та гарантії є важливими для встановлення довіри між сторонами комерційної угоди. Коли одна сторона надає вичерпну та точну інформацію через ці заяви, це демонструє прагнення до прозорості та чесності.

3. Розподіл відповідальності. Ще однією метою заяв і гарантій є розподіл відповідальності між сторонами у разі порушення. Якщо сторона порушує заяву або гарантію, інша сторона може мати доступні засоби правового захисту, наприклад право розірвати угоду або вимагати відшкодування збитків [14].

1. Гарантії та Заяви в договорах на розробку програмного забезпечення

На підставі аналізу умов договорів на розробку ПЗ їх можливо віднести до змішаних договорів, а за об'єктом договору до підрядних договорів, договорів на виконання досліджень та розробок, надання послуг. Положення договору щодо Гарантій та Заяв можливо визначити, як умови, які сторони вважають необхідними для договорів даного виду. Загалом Гарантії в договорах на створення ПЗ можливо класифікувати наступним чином:

- Гарантії щодо правомочності сторін укласти договір;
- Гарантії щодо сумлінного виконання сторонами умов договору;
- Гарантії щодо дотримання виконавцем/розробником вимог, визначених технічним завданням, та своєчасності виконання робіт;
- Гарантії щодо якості та належного функціонування ПЗ підчас встановленого гарантійного терміну;
- Гарантії щодо належності, дійсності, використання прав інтелектуальної власності.

Так, прикладами «Гарантій» у договорах іноземних компаній з розробки ПЗ може бути наступні застереження: «Розробник гарантує Замовнику, що:

- Розробник має законне право та повноваження укласти цю угоду та виконувати свої зобов'язання за цією угодою;
- Розробник має або буде мати доступ до всіх необхідних ноу-хау, знань і досвіду для виконання своїх зобов'язань за цією угодою.
- надане ПЗ відповідатиме в усіх (суттєвих) аспектах специфікації програмного забезпечення, що надана Замовником;

- ПЗ передаватиметься без дефектів та залишатиметься без дефектів принаймні 12 місяців після його передачі;

- ПЗ (та документація, якщо воно використовується Клієнтом відповідно до цієї Угоди), не порушуватиме права інтелектуальної власності будь-якої особи (в будь-якій юрисдикції та відповідно до будь-якого застосовного законодавства)» [15].

На відміну від Гарантій Заяви сторони, що укладає договір за своєю суттю можливо віднести до положень договору, які повинні забезпечити виконання окремих умов договору. Тому Заяви розробника мають наступні особливості:

- стосуються фактів пов'язаних з використанням раніше створеної інтелектуальної власності або результатів робіт за договором щодо якості;
- мають на меті попередження про відмову від відповідальності або розірвання договору у випадку настання визначених у Застереженні фактів, що пов'язані з діями Замовника.

В практиці укладання договорів на розробку ПЗ досить часто застосовуються положення договору, які можливо визначити, як спільну Заяву сторін договору стосовно обмеження кола гарантій, які надають сторони, а також обмеження щодо надання окремих гарантій зазначених у договорі, що стосуються якості ПЗ (наявність прихова-

них дефектів) або сумісності з програмним забезпеченням не зазначеним у специфікації або технічному завданні. Наведемо приклад застереження щодо обмеження кола надаваних гарантій: «Усі гарантії та заяви сторін щодо предмета цієї угоди прямо викладені в цій Угоді. У максимальній мірі, дозволеній чинним законодавством, жодні інші гарантії чи заяви щодо предмета цієї Угоди не передбачаються цією Угодою чи будь-яким пов'язаним контрактом»¹.

Застереження щодо обмеження кола гарантій також застосовуються у договорах на використання програмного забезпечення. Наприклад, у модельному ліцензійному договорі на використання ПЗ компанії Wise Low BV зазначене застереження викладено наступним чином: «10.3 Ліцензіат визнає, що Програмне забезпечення розроблено лише для сумісності з тим програмним забезпеченням, яке зазначено як сумісне в Специфікації програмного забезпечення; Ліцензіар не гарантує та не заявляє, що Програмне забезпечення буде сумісним з будь-яким іншим програмним забезпеченням» [16].

2. Гарантії та Заяви у договорах на використання програмного забезпечення

За правовою природою договори на використання програмного забезпечення відносяться до правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а саме ліцензій, ліцензійних договорів, договорів про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності.

Положення зазначених договорів щодо гарантій тотожні до відповідних правових конструкцій у договорах на розробку програмного забезпечення але враховуючи інший предмет та об'єкт договору, акцент робиться, окрім гарантій якості та сумісності, на гарантуванні відсутності обтяжень щодо предмету договору та не порушенні майнових прав третьої сторони. Зазначимо приклад гарантій Ліцензіара щодо програмного забезпечення:

«HGC заявляє та гарантує, що: (i) вона має право, повноваження та змогу надати Клієнту ліцензію на Програмне забезпечення відповідно до цієї Угоди без будь-яких застав, обтяжень та інших обмежень; (ii) Програмне забезпечення має працювати відповідно до Специфікацій послуг, зазначених у відповідній Формі замовлення на обслуговування; (iii) наскільки відомо HGC, ліцензія, надана HGC за цією Угодою, та/або використання Програмного забезпечення Клієнтом відповідно до положень і умов, наведених тут або у будь-якій формі замовлення надання послуг, не порушуватиме будь-який патент, авторські права, комерційні таємниці чи інші права власності будь-якої третьої сторони; (iv) використання та володіння Клієнтом Програмним забезпеченням відповідно до умов цієї Угоди не зазнає негативного впливу, переривання чи завади з боку HGC або будь-якої організації, яка заявляє претензію відповідно до або через HGC» [17].

Під Заявами Ліцензіара розуміються застереження, що мають на меті: (i) встановлення меж надання гарантій; (ii) відмову Ліцензіара від надання Ліцензіату неявних гарантій, що обумовлені характером ліцензійного дого-

вору. Застосування зазначених положень притаманно модельним ліцензійним угодам, які розроблено університетами США.

В ліцензійній практиці університетів США та наукових установ держав-членів ЄС при наданні виключної ліцензії є розповсюдженням зазначення у договорі положень щодо «Виключення з наданих прав». Їх мета – залишити за ліцензіаром право використання ОІВ, у визначеній ліцензійним договором сфері на умовах визначених у договорі. Так, модельною ліцензійною угодою на надання виключної ліцензії Гарвардського університету передбачено:

«Не дивлячись на будь-що протилежне в цьому Розділі 2.2, Гарвард зберігає за собою та за іншими некомерційними дослідницькими організаціями право використовувати, виконувати, відтворювати, змінювати, демонструвати, виконувати, передавати, розповсюджувати всередині та за межами країни та створювати похідні роботи від Програмного забезпечення виключно для дослідницьких, освітніх і наукових цілей» [19].

Включення до договорів на створення та використання ПЗ вище наведених правових конструкцій не суперечить законодавству України. Так згідно частині 1 ст. 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Проте слід зазначити, що в ЦК України під гарантією розуміється вид забезпечення зобов'язання (фінансова гарантія) або зобов'язання сторони договору щодо предмету договору, а саме якості товару в договорах купівлі-продажу, якості результату робіт в підрядних договорах. Тобто законодавче врегулювання здійснюється у вище наведених межах. Питання гарантійних умов у правочинах щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності ЦК України не регулюється. Тому при застосуванні у договорах положень щодо Гарантій та Заяв необхідно обов'язково передбачати відповідальність сторони за порушення наданих гарантій.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, можливо зазначити, що застосування положень договору щодо Гарантій та Заяв має широке застосування у договорах на створення та використання програмного забезпечення, ліцензійних договорах, авторських договорах, договорах про трансфер технологій та інших договорів щодо комерціалізації ОІВ, які укладаються науковими установами та університетами в США та ЄС. В Україні наукові установи та приватні компанії – розробники ПЗ використовують положення щодо Гарантій та Заяв не тільки у зовнішньоекономічних, а також у внутрішніх договорах на створення та використання програмного забезпечення.

Відсутність у законодавстві України врегулювання застосування гарантій у договорах на розробку та використання програмного забезпечення призводить до необхідності зазначати у договорах загальні правові підстави використання таких правових конструкцій (частина 1 ст. 627 ЦК України) щодо свободи сторін у визначенні умов договору, а також обов'язково передбачати відповідальність сторони за порушення наданих гарантій.

¹ Software development agreement. Wise Low BV. website URL: <https://www.wiselow.nl/library/> (Last accessed: 21.10.2024).

ЛІТЕРАТУРА

1. Шимон Л. С. Забезпечувальний механізм гарантій. *KELM (Knowledge, Education, Law, Management)*. 2020. № 4. С. 128–132.
2. Лепех С. М. Договір про надання гарантій. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 3. С. 92–94.
3. Онищенко Г. В., Петренко П. Д. Банківські гарантії: монографія. Київ: Алерта, 2014. 288 с.
4. Доценко О. О., Хорошенко О. В. Договірне регулювання розроблення програмного забезпечення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2019. № 54. С. 64–67.
5. Williams R. *The Book of Standard Legal Business Agreements, Contracts and Forms for Computer Software Programming, IT, and Web Site Design & Development*. "Platinum Millennium", 2001. 199 p.
6. I. Markovic. Get a good software development contract template from here. TMS. website URL: <https://tms-outsource.com/blog/posts/software-development-contract-template/> (Last accessed: 02.11.2024).

7. S. Crowley. Writing a Great Software Development Contract. Atomic Object. website URL: <https://www.atomicobject.com/client-resources/writing-software-development-contract> (Last accessed: 05.10.2024).
8. Grynwajc. Negotiating Software Contracts under EU law: Practical Tips. 28.04.2019. Law Office of S. Grynwajc, PLLC URL: <https://www.transatlantic-lawyer.com/negotiating-software-contracts-eu/> (Last accessed: 11.10.2024).
9. Дмитренко В. Особливості договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. *Підприємництво, господарство і право*. № 11. 2020. С. 24–28. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2020/11/4.pdf> (дата звернення: 14.09.24).
10. Дмитришин В.С. Інтелектуальна власність на програмне забезпечення в Україні. Київ : Верлен, 2005. 304с.
11. What are warranties in contracts? Contractcounsel. website URL: <https://www.contractscounsel.com/b/warranties> (Last accessed: 21.10.2024).
12. Uniform Commercial Code. Article2 – Sales (2–316 Warranty). Cornell law School. website URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2> (Last accessed: 16.10.2024).
13. The importance of warranties in a contract. Arenalaw. website URL: <https://arenalaw.com.au/the-importance-of-warranties-in-a-contract/> (Last accessed: 21.10.2024).
14. The Purpose of Representations and Warranties in Commercial Agreements. Faster Capital. website URL: <https://fastercapital.com/topics/the-purpose-of-representations-and-warranties-in-commercial-agreements.html> (Last accessed: 21.10.2024).
15. Software development agreement. Wise Low BV. website URL: <https://www.wiselaw.nl/library/> (Last accessed: 21.10.2024).
16. Software license agreement. Wise Low BV. website URL: <https://www.wiselaw.nl/library/> (Last accessed: 21.10.2024).
17. Software Representation and Warranties Sample Clauses. Law Insider. website URL: <https://www.lawinsider.com/clause/software-representations-and-warranties> (Last accessed: 21.10.2024).
18. Sample License Agreement. Harvard Office of Technology development. website URL: https://otd.harvard.edu/uploads/Files/Sample_Basic_Patent_Rights_Exclusive_License_Agreement.pdf (Last accessed: 21.10.2024).