

## СТВОРЕННЯ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ НА ПІДСТАВІ АВТОРСЬКОГО ДОГОВОРУ

## CREATION OF COMPUTER PROGRAMS ON THE BASIS OF AUTHOR'S AGREEMENT

Поливач Є.Ю., аспірант

кафедри підприємницького та корпоративного права

Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних проблем сучасного становища у сфері використання, розпорядження авторськими правами на комп'ютерні програми та програмне забезпечення на підставі авторського договору, який натеper є необхідним в епоху цифрового середовища та стрімкого розвитку комп'ютерних програм.

Аналіз законодавчої дефініції авторського договору дозволяє зробити висновок про його консенсуальну природу [1].

Договір є взаємним, оскільки з факту його укладення кожна зі сторін набуває взаємних прав та обов'язків. Основним обов'язком творця є створити відповідно до вимог замовника об'єкт інтелектуального права. Ідеться не тільки про створення на замовлення, а й використання об'єкта інтелектуального права, то творець повинен передати замовникові створений ним об'єкт, а замовник зобов'язаний прийняти його. Основним обов'язком замовника є використання створеного об'єкта відповідними способами та на умовах, що погоджені сторонами.

Охорона комп'ютерних програм нормами авторського права закріплена в Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів, членом якої є Україна, Договорі Всесвітньої організації інтелектуальної власності з авторського права, укладеному на Дипломатичній конференції 20 грудня 1996 року, Директиві Європейських Співтовариств про правову охорону комп'ютерних програм від 14 травня 1991 року, Угоді Світової організації торгівлі про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС).

Відповідно до положень Бернської конвенції комп'ютерні програми охороняються як літературні твори. Авторське право за Бернською конвенцією повинно набуватись автором автоматично з моменту створення твору, тобто воно не потребує формальної реєстрації [2].

Першим способом виникнення права інтелектуальної власності на комп'ютерну програму є її фактичне створення. Якщо автор сам створив комп'ютерну програму, то порядок набуття прав у такому разі є дещо спрощеним – досить самого факту створення твору [3].

Тобто з факту самостійного створення автором комп'ютерної програми виникає весь комплекс немайнових та майнових прав інтелектуальної власності, який належить такому авторові (чи співавторам). Єдиною умовою для набуття прав на комп'ютерну програму є втілення її в певній матеріальній формі.

**Ключові слова:** авторський договір, творець, об'єкт інтелектуального права, замовник, винагорода.

The article is devoted to one of the current problems of the current situation in the field of use, copyright management of computer programs and software on the basis of copyright agreement, which is currently necessary in the digital environment and the rapid development of computer programs.

Analysis of the legislative definition of the copyright agreement allows us to conclude about its consensual nature [1].

The agreement is reciprocal, because from the moment of its conclusion each of the parties acquires mutual rights and obligations. The main responsibility of the creator is to create an object of intellectual property in accordance with the requirements of the customer. It is not only about the creation of the order, but also the use of the object of intellectual property, the creator must transfer to the customer the object created by him, and the customer is obliged to accept it. The main responsibility of the customer is to use the created object in appropriate ways and under the conditions agreed by the parties.

The protection of computer programs by copyright is enshrined in the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, of which Ukraine is a member, the World Intellectual Property Organization Treaty on Copyright, signed at the Diplomatic Conference on December 20, 1996, and the European Communities Directive of May 14, 1991, the World Trade Organization Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement).

According to the provisions of the Berne Convention, computer programs are protected as literary works. Copyright under the Berne Convention must be acquired by the author automatically from the moment of creation of the work, i.e. it does not require formal registration [2].

The first way to create an intellectual property right for a computer program is to actually create it. If the author himself created a computer program, then the procedure for acquiring rights in this case is somewhat simplified – just the fact of creating the work [3].

That is, from the fact of self-creation by the author of a computer program arises the whole complex of non-property and property rights of intellectual property, which belongs to such author (or co-authors). The only condition for acquiring the rights to a computer program is its implementation in a certain material form.

**Key words:** copyright agreement, creator, object of intellectual property rights, customer, reward.

Відповідно до ст. 54 Конституції України, громадянам гарантується захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів [4].

Договір про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності (інтелектуального права) відповідно до ст. 1107 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) закріплено як правову форму розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Укладення і виконання цього договору спрямоване на створення самого об'єкта інтелектуального права з наступним його використанням.

Відповідно до ст. 1112 ЦК України за договором про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності одна сторона (творець) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовник) та в установленний строк [5].

Сторонами договору є творець та замовник. Творцем може бути будь-яка фізична особа, незалежно від обсягу її дієздатності. У разі, якщо фізична особа не має належного

обсягу дієздатності, укладення та виконання нею договорів здійснюється відповідно до норм гл. 4 та 6 ЦК України. Юридична особа об'єктивно не може бути творцем, оскільки саме фізична особа і є первинним суб'єктом авторського права. Замовниками можуть бути будь-які фізичні та юридичні особи [1].

Для укладення договору його сторони повинні погодити відповідні умови.

Істотною умовою аналізованого договору є умова про його предмет (об'єкт). Відповідно предметом (об'єктом) договору є власне об'єкт інтелектуального права, що має бути створеним.

Загальні правила щодо прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений на замовлення, викладені у ст. 430 ЦК України. Особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений на замовлення, належать творцеві цього об'єкта. У випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати замовникові.

Майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений на замовлення, належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно, якщо інше не встановлено договором.

Зважаючи на зазначене, можна зробити висновок, що з факту самостійного створення автором комп'ютерної програми виникає увесь комплекс немайнових та майнових прав інтелектуальної власності, який належить такому авторові (чи авторам). Для набуття прав на комп'ютерну програму вона має бути втілена в певну форму, зафіксована в матеріальному світі. Будь-які формальності чи сповіщення не є підставою в набутті чи не набутті таких прав. Набуття авторських прав із факту створення автором цього твору, мабуть, є одним із найдемократичніших правових інститутів. Ліцензійний договір про надання дозволу на використання творів та/або об'єктів суміжних прав вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов (строк дії договору; спосіб використання твору; територія, на яку поширюється право, що надається; інші умови, щодо яких за вимогою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди). Способи використання твору наведені (не вичерпно) у ст. 441 ЦК України та ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Одним з об'єктів авторського права є комп'ютерна програма.

У ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» наводиться визначення комп'ютерної програми, відповідно до якого комп'ютерна програма – це набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його в дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах). Визначення є досить складним, оскільки містить багато технічних характеристик, які є не повною мірою зрозумілими для пересічної особи, зокрема й для суду, який розглядає спір [6].

Варто зазначити, що комп'ютерна програма має свою візуалізацію, зокрема це інтерфейс вебсайту, мобільних додатків тощо. Комп'ютерні програми прирівнюються до літературних творів і мають таку ж правову охорону [1].

Така охорона поширюється на комп'ютерні програми незалежно від способу чи форми їх вираження. Також про це йдеться в міжнародно-правових актах. Так, у ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право вказано, що комп'ютерні програми охороняються як літературні твори.

Набуття авторських прав із факту створення автором цього твору є одним із найдемократичніших правових інститутів [7].

Другим за поширенням способом виникнення права інтелектуальної власності (після особистого створення) є набуття авторських прав на комп'ютерну програму за цивільно-правовим договором. Будь-яка особа (юридична або фізична), яка володіє майновими авторськими правами на комп'ютерну програму, має право передати (продати за оплату чи передати безкоштовно) права на комп'ютерну програму іншій особі (фізичній або юридичній). Особа-правоволоділець може відчужувати ці права повністю, може передати їх іншій особі частково або надати дозвіл на використання об'єкта авторського права. Виникнення права інтелектуальної власності на комп'ютерну програму може здійснюватись на підставі: ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійного договору; договору про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності; договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності; іншого договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності має бути укладений у письмовій формі. У разі

недодержання письмової форми договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності такий договір є недійсним.

Умови договору, що погіршують становище автора (його правонаступника) порівняно зі становищем, встановленим чинним законодавством, є недійсними.

За авторським договором замовлення автор зобов'язується створити в майбутньому твір відповідно до умов цього договору і передати його замовникові. Договором може передбачатися виплата замовником авторові авансу як частини авторської винагороди.

Умови договору, що обмежують право автора на створення майбутніх творів на зазначену в договорі тему чи в зазначеній галузі, є недійсними [6].

Третім способом набуття права інтелектуальної власності на комп'ютерні програми є правонаступництво. Спадкування авторських прав здійснюється або за законом, або за заповітом. У разі спадкування за законом спадкоємцями можуть стати тільки громадяни, що є законними спадкоємцями.

У разі спадкування за заповітом авторські права можуть бути передані будь-якому громадянину. До складу спадщини входять лише майнові права інтелектуальної власності [6].

Зазвичай власника програми цікавлять права, що пов'язані із продуктом: право копіювати об'єкт, адаптувати, створювати похідні твори та поширювати їх.

Немайнові права залишаються за автором, він не може бути позбавлений їх примусово чи передати ці права іншим особам [3].

Відповідно до ст. 33 Закону «Про авторське право і суміжні права» авторський договір замовлення може передбачати виплату замовником авансу як частини авторської винагороди [3]. Тому залежно від домовленості сторін договір може мати як відплатний, так і безвідплатний характер. Сама умова про оплату є договірною. Розмір та порядок оплати мають визначатися сторонами.

Первинним суб'єктом, якому належить авторське право, є автор комп'ютерної програми, тобто фізична особа, яка своєю творчою працею створила програму і якій належать особисті немайнові та майнові права на цю програму. Крім того, суб'єктами авторського права можуть бути інші фізичні та юридичні особи, які набули права на комп'ютерну програму відповідно до договору або Закону «Про авторське право і суміжні права».

Особисті немайнові права авторів (право: на ім'я, на заборону його використання, на псевдонім та на недоторканність твору) тісно пов'язані з особистістю, а тому є невідчужуваними.

Майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму є право на використання твору (що згідно зі ст. 441 ЦК включає права на: опублікування (випуск у світ), відтворення будь-яким способом та в будь-якій формі, переклад, переробку, адаптацію й інші подібні зміни; включення складовою частиною до збірників, баз даних тощо; продаж, передання в найм (оренду), імпорт його примірників, примірників його перекладів, переробок тощо), виключне право дозволяти використання твору іншими особами та право перешкоджати неправомірному використанню твору, зокрема й забороняти таке використання. Зазначені права можуть бути передані цілком або частково іншій особі на умовах, визначених договором щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності [8].

Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму відповідно до ст. 1107 ЦК здійснюється на підставі: ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензійного договору; договору про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності, договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності, іншого договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності [5].

Договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності має бути укладеним у письмовій формі. У разі недодержання письмової форми договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності такий договір є недійсним.

Передача авторського майнового права на комп'ютерну програму здійснюється також на підставі авторського договору, порядок укладення й істотні умови якого визначено ст. ст. 31–34 Закону «Про авторське право і суміжні права» [6].

Строк дії майнових прав автора на твір спливає через сімдесят років, що відліковуються з 1 січня року, наступного за роком смерті автора чи останнього із співавторів, який пережив інших співавторів, крім випадків, передбачених законом. Це положення застосовується до твору загалом незалежно від того, чи утворює такий твір одне нерозривне ціле, чи складається із частин, кожна з яких має самостійне значення [3].

У разі, коли весь твір публікується (оприлюднюється) не водночас, а послідовно в часі, томами, частинами, випусками, серіями тощо, строк дії авторського права визначається окремо для кожної опублікованої (оприлюдненої) частини твору.

Будь-яка особа, яка після закінчення строку охорони авторського права щодо неоприлюдненого твору вперше його оприлюднює, користується захистом, що є рівноцінним захисту майнових прав автора. Строк охорони цих прав становить 25 років від часу, коли твір був уперше оприлюднений.

Закінчення строку дії авторського права на твори означає їх перехід у суспільне надбання. Твори, які стали суспільним надбанням, можуть вільно, без виплати авторської винагороди використовуватися будь-якою особою, за умов дотримання особистих немайнових прав автора, передбачених ст. 14 Закону «Про авторське право і суміжні права» [6].

Більшість примірників комп'ютерних програм розповсюджуються в мережі Інтернет та регулюються ст. 634 ЦК про договір приєднання.

Відповідно до ст. 634 ЦК, договір, умови якого встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, може бути укладено лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору без зміни його окремих положень, акцепт таких договорів здійснюється, зокрема, користувачем комп'ютерної програми, шляхом будь-яких дій, що свідчать про використання програми будь-яким способом [8].

Отже, для правомірного використання комп'ютерної програми у своїй діяльності покупець повинен придбати ліцензію або укласти угоду з автором комп'ютерної програми чи з особою, яка правомірно володіє авторськими майновими правами на таку комп'ютерну програму.

Відповідно до ст. 1114 Цивільного кодексу України, ліцензійний договір не підлягає обов'язковій державній реєстрації. Реєстрація як ліцензійного договору, так і наданої ліцензії здійснюється на вимогу ліцензіара або ліцензіата в порядку, визначеному законом [5].

Згідно зі ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права», майнові права, передані за авторським договором, мають бути в ньому визначені. Майнові права, не зазначені в авторському договорі як відчужувані, вважаються не переданими. Це означає, що фраза в договорі «усі права інтелектуальної власності належать замовникам» не має жодної юридичної сили. Важливо вказати обсяг прав і за правом якої з держав їх передано, тому що українські розробники часто працюють на європейських або американських клієнтів. Наприклад, в Україні не можна відчужувати особисті немайнові права.

У цьому разі порівнюють обсяг прав, який можна передати за законодавством і який бажає одержати клієнт, повний обсяг перелічують у контракті, але можна напи-

сати застереження, що на права, які неможливо передати, видається безстрокова ліцензія на користування ними або зобов'язання не заявляти про такі права на шкоду клієнтові [3].

Важливо акумулювати всі авторські права від кожного розробника на компанії, і лише після цього передавати їх замовникові. Пункт про передання авторського права може бути також використано як механізм впливу. Можна прописати, що всі права інтелектуальної власності буде передано тільки після повної оплати послуги.

Авторське право виникає з факту створення інтелектуальною творчою працею автора або співавторів твору науки, літератури і мистецтва. Твір вважається створеним із моменту первинного надання йому будь-якої об'єктивної форми з урахуванням суті твору (зокрема, письмової форми, електронної форми, речової форми). Якщо не доведено інше, результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею [9].

Положення про авторське право будуть однакові, незалежно від того, чи йдеться про трудові відносини за трудовим законодавством, чи роботу за цивільно-правовим договором фізичної особи-підприємця. Необхідно врахувати, що згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 р. № 5, за створення й використання службового твору авторів належить авторська винагорода, розмір і порядок виплати якої встановлюють трудовим договором (контрактом) або цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем [9].

Водночас трудовим договором між ними може бути передбачено умову про укладання цивільно-правового договору про створення об'єкта авторського права та (або) суміжних прав і обов'язок працівника щодо сповіщення про створення такого об'єкта. Виплата працівникові заробітної плати не є тотожною виплаті йому авторської винагороди за створений твір у зв'язку з виконанням трудового договору, оскільки заробітна плата – це винагорода за виконану роботу залежно від певних умов, а авторська винагорода – це всі види винагород або компенсацій, виплачуваних авторам за використання їхніх творів, охоронюваних у межах, установлених авторським правом [3].

Тільки автор програми або треті особи, яким автор передав свої права повністю чи частково, можуть дозволяти публікувати її, встановлювати плату за її використання, поширювати під власним іменем, псевдонімом чи взагалі анонімно. Автор може бути власником авторських прав на програму та/або власником патенту – як водночас, так і окремо, бо патент і авторське право не є ні тотожними, ні взаємовиключними.

За загальним правилом авторське право захищає конкретне втілення певної ідеї (алгоритму, записаного у вигляді коду), але не поширюється далі – на конкретне технічне рішення, що лежить в основі програмного забезпечення.

Наприклад, власне програму чи її складову частину як код буде захищено, але інноваційне рішення, сам алгоритм – ні. Якщо основний намір – завадити іншим використовувати аналогічний метод роботи, то вам теоретично в цьому допоможе патент, що містить комп'ютерну програму як складову частину у країні, де комп'ютерні програми дозволено патентувати і ця практика прижилась, але не авторське право [3].

Патент і авторське право істотно відрізняються в моменті виникнення правової охорони і території, на якій захищаються. Патент починає діяти з моменту державної реєстрації та обмежується державою реєстрації.

За замовчуванням, програмне забезпечення, що було розроблене працевлаштованим за трудовим договором фахівцем на замовлення роботодавця, залишається власністю роботодавця.

Питання прав на код, що був розроблений під час роботи, але без відповідного замовлення роботодавця/замовника, або у вільний від роботи час, зазвичай додатково регулюється трудовим договором. Наприклад, компанія зобов'язує передавати їй усе програмне забезпечення, що було розроблене в робочі години чи на робочому місці працівника або з використанням корпоративної техніки і ресурсів, наданих підряднику [3].

Авторське право на твір, створений у співавторстві, належить всім співавторам спільно, зокрема і право опублікування й іншого використання твору загалом. Якщо твір, створений у співавторстві, утворює одне нерозривне ціле, то жоден зі співавторів не може без достатніх підстав відмовити іншим співавторам у дозволі на опублікування, інше використання або зміну твору [3].

Згідно із ч. 1 ст. 13 Закону України «Про авторське право і суміжні права», відносини між співавторами визначаються угодою, укладеною між ними. Під час розгляду спорів про співавторство на твір, який утворює одне нерозривне ціле, варто виходити з факту визнання співавторства на момент оприлюднення твору. Це може бути підтверджено волевиявленням співавторів, вираженим у договорах про передачу прав, публічних заявах, листах тощо.

Переважно за авторським договором автор передає тільки майнові права, які дозволяють правласнику отримувати певний прибуток із продажу чи використання програмного забезпечення.

Авторське право є інструментом, що дає можливість заробляти тим, що вміє робити автор, і отримувати справедливу частину винагороди за свої знання та досвід [7].

Комп'ютерні програми у вихідному або об'єктному коді захищаються як літературні твори за Бернською конвенцією, яка із 25 жовтня 1995 р. набрала чинності на території нашої держави.

Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС), яка зі вступом України до Світової організації торгівлі з 16 травня 2008 р. є частиною національного законодавства України, передбачено, що процедури, які стосуються захисту прав інтелектуальної власності, не повинні бути безпідставно ускладнені або вартість їх здійснення не повинна бути високою або супроводжуватися значними матеріальними затратами, містити безпідставні часові обмеження або невинуваті затримки [10].

Поєднання даних комп'ютерної програми або іншого матеріалу в електронній або іншій формі, яка завдяки відбору або упорядкуванню його змісту є інтелектуальним твором, що захищається як такий [11].

#### ЛІТЕРАТУРА

1. ІТ право / за заг. ред. О. Яворської. Львів : Левада, 2017. С. 470.
2. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_051](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051) (дата звернення: 14.05.2021).
3. Дубас К. Усе, що ви хотіли знати про авторське право в ІТ. URL: <https://dou.ua/lenta/articles/copyright-in-it> (дата звернення: 14.05.2021).
4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
5. Цивільний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2003. № № 40–44. 356 с.
6. Про авторське право і суміжні права : Закон України № 3792–XII від 23 грудня 1993 р. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 13. 64 с.
7. Борисенко В. Захист авторських прав в ІТ. URL: [https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine\\_article/EA01413](https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA01413) (дата звернення: 14.05.2021).
8. Лист Державного Департаменту інтелектуальної власності від 16 травня 2005 р. № 16-09/2127. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v2127585-05#Text> (дата звернення: 14.05.2021).
9. 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. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10#Text> (дата звернення: 14.05.2021).
10. Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності : постанова Пленуму Вищого господарського суду № 5 від 23 березня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005600-12#Text> (дата звернення: 14.05.2021).
11. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text) (дата звернення: 14.05.2021).