

Міністерство освіти і науки України
Тернопільський національний економічний університет
Юридичний факультет
Кафедра цивільного права і процесу

Левицький Віталій Мирославович

**Ліцензійний договір як один із різновидів договорів щодо
розпорядження майновими правами інтелектуальної власності**

Спеціальність: 8.03040101 – Правознавство
Магістерська програма – Правознавство

Магістерська робота

Виконав студент групи ПРм-21
Левицький В.М.

Науковий керівник:
д.ю.н., доцент, А.О. Галай

Магістерську роботу допущено
До захисту:

«__» _____ 20__р.

Завідувач кафедри І.Р. Калаур

Тернопіль - 2017

РЕЗЮМЕ

Магістерська робота містить 96 сторінок, три розділи, які включають шість підрозділів, список використаних джерел із 107 найменувань.

Метою магістерської роботи є обґрунтування науково-теоретичних та практичних висновків щодо подальшого вдосконалення інституту ліцензійного договору в цивільному праві на основі системного наукового аналізу сутності ліцензійного договору, його місця в цивільному праві України.

Об'єктом дослідження виступають урегульовані нормами цивільного права суспільні відносини, що складаються в процесі використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності на підставі ліцензійного договору.

Предметом дослідження є ліцензійний договір як форма розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Одержані висновки та їх новизна: полягають у тому, що в роботі дається вирішення низки теоретичних проблем, а також обґрунтовані та визначені основні напрями вдосконалення чинного цивільного законодавства України, що закріплює сутність ліцензійного договору .

Ключові слова: ліцензія, ліцензійний договір, вільна ліцензія.

RESUME

Master's work contains 96 pages, three chapters, and includes six sub-sections, a bibliography of 107 titles.

The purpose of this diploma is the study of scientific and theoretical and practical conclusions for further improvement of the Institute the license contract in the civil law on the basis of a systematic scientific analysis of the essence of the license contract, its place in the civil law of Ukraine.

The object of the research are regulated by norms of civil law, public relations, developing in the process of using objects of intellectual property rights on the basis of the license contract.

The subject of research is the license agreement as the form of the order property rights of intellectual property.

The findings and their novelty: is that the paper gives the solution of some theoretical problems, but also grounded and determined the main directions of improving the current civil legislation of Ukraine, establishes the essence of the license agreement .

Key words: license, license agreement, free license.

АНОТАЦІЯ

Левицький В.М. Ліцензійний договір як один із різновидів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.– Рукопис.

Дослідження на здобуття освітньо-кваліфікаційного рівня «магістр» за спеціальністю 803040101 – правознавство. – Тернопільський національний економічний університет, Тернопіль, 2017.

У роботі з'ясовуються теоретичні аспекти сутності ліцензійного договору, вирішуються проблеми, що складаються в процесі використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності на підставі ліцензійного договору, формулюються теоретичні висновки та практичні рекомендації, щодо даного питання.

У магістерській роботі досліджуються нормативно-правові аспекти сутності ліцензійного договору, вирішуються проблеми, що складаються в процесі використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності на підставі ліцензійного договору.

ANNOTATION

Levitsky V. M. License agreement as one of the types of contracts concerning the order property rights of intellectual property.– Manuscript.

Studies for obtaining the educational qualifying level "master" specialty 803040101 – law. – Ternopil national economic University, Ternopil, 2017.

In working out the theoretical aspects of the essence of the license contract, to solve problems, developing in the process of using objects of intellectual property rights on the basis of the license contract, formulated theoretical conclusions and practical recommendations on this issue.

The master's thesis examines the legal aspects of the essence of the license contract, to solve problems, developing in the process of using objects of intellectual property rights on the basis of the license contract.

ЗМІСТ

ВСТУП	5
РОЗДІЛ 1. ПОНЯТТЯ, ПРАВОВА ПРИРОДА І ЗНАЧЕННЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ В МАЙНОВИХ ПРАВАХ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	11
1.1. Поняття і правова природа ліцензійного договору щодо використання об’єктів майнових прав інтелектуальної власності	11
1.2. Вільна ліцензія як особлива форма розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.....	21
Висновки до розділу 1	38
РОЗДІЛ 2. ВИДИ І ЗМІСТ ПРАВОМОЧНОСТЕЙ ПРАВОВОЛОДІЛЬЦЯ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ У ЗВ’ЯЗКУ З ЛІЦЕНЗУВАННЯМ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	41
2.1. Поняття і види правових форм, що виникають у зв’язку з ліцензуванням майнових прав інтелектуальної власності	41
2.2. Правомочності суб’єкта, що реалізуються поза правовідношення в майнових правах інтелектуальної власності.....	47
2.3. Характеристика зобов’язального правовідношення, що виникає при акцепті ліцензії	56
Висновки до розділу 2	64
РОЗДІЛ 3. ОБМЕЖЕННЯ ПРАВОМОЧНОСТІ РОЗПОРЯДЖЕННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	65
Висновки до розділу 3	81
ВИСНОВКИ	82
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	85

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Розпорядження майновими правами на об'єкти інтелектуальної власності здійснюється переважно у формі договірно-правових відносин, і, таким чином, опосередковано відбувається цивільний обіг зазначених прав. Інтелектуальний капітал як в Україні, так і в усьому світі постійно збільшується, тож механізми правового регулювання цивільно-правових форм розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, безумовно, будуть урізноманітнюватися та ускладнюватися. У сфері мистецтва автор як безпосередній виконавець і творець художнього твору для отримання комерційної вигоди, як правило, передає майнові права на користь користувачів. Разом з тим останнім часом спостерігається тенденція до безоплатної передачі права використання об'єктів авторського права і суміжних прав третім особам для подальшого перероблення, зміни зазначених об'єктів або включення їх як складової частини до інших творчих об'єктів. У цивільному обороті прав на творчі об'єкти можна виявити ще одну сталу тенденцію, яка полягає в широкому застосуванні різних видів ліцензійних договорів, у тому числі тих, що вітчизняним законодавством не передбачені.

Однією з найактуальніших проблем на сучасному етапі розвитку економічних відносин є проблема балансу інтересів праволодильців і користувачів. Видається, що нагальною потребою стає переосмислення не лише системи правового регулювання прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності, а й завдань такого регулювання.

Найбільш поширеною цивільно-правовою формою розпорядження майновими правами інтелектуальної власності залишається ліцензійні договори, тож його дослідження як важливої складової зазначеної системи зумовлено необхідністю такої вибудови останньої, щоб розвиток правового регулювання творчої сфери відбувався з урахуванням вітчизняної специфіки, в якій ця система буде не лише ефективною, а й справедливою, навіть якщо ці цілі будуть реалізовані з істотними відмінностями від правових систем інших країн.

Бурхливий розвиток Інтернету, повсюдне проникнення його в усі соціальні сфери не могли не вплинути на правове регулювання суспільних відносин, які традиційно належать до предмета майнових прав інтелектуальної власності.

Слід зауважити, що однією з найбільш значних подій у цій галузі за кордоном стала поява особливого виду ліцензій – вільні ліцензії. Вільне ліцензування дозволяє без порушення майнових прав інтелектуальної власності створювати похідні твори, сприяє розвитку творчості, а розробникам комп'ютерних програм дозволяє використовувати вільне програмне забезпечення у складі своїх рішень, завдяки чому знижуються витрати на створення, використання і підтримку таких програм. Ліцензія надає широкі можливості для розвитку науково-дослідної діяльності, оскільки сприяє створенню правової основи для вільного поширення наукових знань, виступає новим правовим інструментом комерціалізації інтелектуальної власності, особливо у сфері аматорської творчості. На жаль, законодавство України не містить такого інституту, але його і не забороняє.

Актуальність теми дослідження зумовлена активізацією законотворчості у сфері авторського права, яка пішла шляхом посилення правової охорони, розширення диспозитивності, про що свідчать спроби включення інституту вільних ліцензій на об'єкти авторського права в законодавство України.

Особливості правового регулювання відносин з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у формі ліцензії становили предмет наукових досліджень спеціалістів у різні історичні періоди.

У зв'язку з тим, що в Україні проблема застосування ліцензійного договору як форми розпорядження майновими правами інтелектуальної власності є актуальною, але недостатньо вивченою, виникає необхідність проведення цього дослідження.

Мета і завдання дослідження. Метою магістерської роботи є розробка теоретичної моделі розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у формі ліцензійного договору та обґрунтування пропозицій з удосконалення правового регулювання відносин з використання об'єктів майнових прав

інтелектуальної власності, яке ґрунтується на дозволі у формі ліцензії, що надано правоволодільцем. Мета дослідження конкретизується в його задачах:

- дослідити правову природу ліцензійного договору як цивільно-правової форми розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, сформулювати визначення;

- з'ясувати й охарактеризувати видові особливості ліцензій, які впливають на конструкцію інституту використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності;

- визначити та систематизувати способи ідентифікації сторін ліцензійного правовідношення з використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності;

- розкрити сутність та особливості предмета ліцензійного договору;

- окреслити особливості динаміки видачі ліцензії на право використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності;

- встановити причини неможливості обмеження особистих немайнових прав автора оригінального твору або суб'єкта суміжних прав у зв'язку з необхідністю створення на його основі нових (похідних) об'єктів та надати пропозиції з удосконалення цивільного законодавства;

- з'ясувати сутність та механізм поширення умов первісної ліцензії на наступних користувачів;

- виявити види обмежень дій суб'єктів майнових прав інтелектуальної власності, що виникають у зв'язку з ліцензуванням;

- визначити характер правовідносин, що виникають при акцепті ліцензії.

Об'єктом дослідження виступають урегульовані нормами цивільного права суспільні відносини, що складаються в процесі використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності на підставі ліцензійного договору.

Предметом дослідження є ліцензійний договір як форма розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Методи дослідження. Для досягнення мети й виконання задач даного дослідження застосовувались як загальнонаукові, так і спеціальні методи

пізнання, серед яких: матеріалістичний, історичний, порівняльно-правовий, логічний, системний методи дослідження, аналіз та синтез, індукції та дедукції, а також інші.

Історико-економічний метод використано для визначення впливу економічних відносин на цивільний оборот майнових прав інтелектуальної власності на етапах його виникнення і реалізації. Аналіз і синтез – у дослідженні правової природи ліцензії як однієї з цивільно-правових форм розпорядження майновими правами інтелектуальної власності шляхом виокремлення юридичних властивостей права інтелектуальної власності та дослідження у сукупності з диспозитивністю договірних відносин. За допомогою діалектичного методу було розглянуто механізм поширення умов первісної ліцензії на наступних користувачів при створенні похідних об'єктів. Формально-логічний метод дозволив виявити суперечності у нормативно-правових актах, що регулюють діяльність суб'єктів цивільного, адміністративного права при укладенні і виконанні ліцензій, а формально-юридичний – розтлумачити існуючі правові норми та сформулювати нові визначення, ознаки понять.

Методом історичного аналізу досліджено історичний розвиток інституту ліцензії у його взаємозв'язку з іншими цивільно-правовими інститутами та на його основі обґрунтовано необхідність подальшого наукового дослідження даної теми.

Порівняльно-правовий метод був застосований для співставлення норм національного і зарубіжного права (Німеччини, Франції, Данії, Естонії, Великої Британії, Канади, Китаю тощо), зокрема, для дослідження істотних умов ліцензії та ліцензійних договорів про надання права використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності.

Науково-теоретичною основою магістерської роботи стали теоретичні розробки, праці вітчизняних та зарубіжних вчених, авторами яких є О. С. Войніканіс, О. І. Савельєв, С. О. Серєда, В. О. Слищенков і О. Є. Левін. Окремі питання ліцензування авторських і суміжних прав у формі вільних ліцензій були частково досліджені в монографії О. В. Жилінкової («Договірне

регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном», 2015) та дисертаційних дослідженнях зарубіжних правознавців: І. О. Соболя («Свободные лицензии в авторском праве России», 2014), Є. Ю. Смірної («Открытая лицензия как форма распоряжения исключительным правом на программу для ЭВМ с открытым исходным кодом», 2015). Окремі питання використання об'єктів авторського права і суміжних прав на підставі ліцензії були предметом наукового розгляду у роботах В. І. Крижної, О. В. Жилінкової, В. С. Дмитришина. Теоретичною основою дисертації є положення класичних праць учених-юристів дореволюційного періоду: Д. І. Мейера, А. А. Піленко, К. П. Победоносцева, І. О. Покровського, Г. Ф. Шершеневича; радянських правознавців: М. В. Гордона, О. С. Іоффе, В. І. Корецького, В. І. Серебровського й інших; сучасних вітчизняних науковців: В. І. Жукова, О. В. Кохановської, О. А. Підпригори, О. О. Підпригори, Р. Б. Шишки, В. І. Борисової, В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко, Ю. М. Капіци, О. І. Харитонової, О. П. Орлюк, О. О. Штефан, А. С. Штефан, О. Д. Святоцького, І. Є. Якубівського та інших; праць зарубіжних філософів і юристів, у тому числі Г. В. Ф. Гегеля, І. Канта, І. Г. Фіхте, Д. Белла, Л. Бентлі, Х. Буйона, Є. Годеме, Р. Дюма, М. Лемлі, Л. Лессіга, Д. Ліпцік, П. Менелла, Р. Мерджеса, М. Новака, Л. Оуена, Р. Саватьє, Д. Хьюза, Б. Шермана, В. А. Дозорцева, В. О. Калятіна, І. А. Блізнеця, Е. П. Гаврилова, О. П. Сергеева та ін.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що автором проаналізована концепція ліцензування в майнових правах інтелектуальної власності, визначено поняття «вільна ліцензія», розкрита її правова природа, а також зміст правових форм поведінкових можливостей суб'єктів, обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення цивільного законодавства.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що основні положення, висновки і пропозиції можуть бути використані як підґрунтя для подальшого вдосконалення наукових положень про цивільно-правові форми розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а також при підготовці навчальних посібників та науково-методичних рекомендацій з

цивільного права, права інтелектуальної власності, у навчальному процесі при викладанні курсів «Цивільне право. Загальна частина», «Право інтелектуальної власності» тощо у навчальних закладах України.

Структура магістерської роботи. Магістерська робота складається із вступу, чотирьох розділів, які включають шість підрозділів, висновків, списку використаних джерел. Загальний обсяг магістерської роботи становить 95 сторінок.

РОЗДІЛ 1. ПОНЯТТЯ, ПРАВОВА ПРИРОДА І ЗНАЧЕННЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ В МАЙНОВИХ ПРАВАХ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

1.1. Поняття і правова природа ліцензійного договору щодо використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Разом з тим у ч. 1 ст. 3 ЦК України розкриваються загальні засади цивільного законодавства.

Оскільки вказані засади-принципи мають поширюватися на всі цивільні відносини, то можна припустити, що вказані засади мають цілком застосовуватися і до майнових та особистих немайнових відносин, що складаються між суб'єктами права щодо визнання певних нетілесних благ об'єктами авторського, суміжного, патентного та інших прав та їх використання (економічне й особистісне привласнення), тобто до предмета права інтелектуальної власності.

Методологічно право інтелектуальної власності регулює суспільні відносини шляхом наділення правоволодільця з боку держави тимчасовою монополією на використання відповідних об'єктів авторського права і суміжних прав. Зазначена монополія полягає у встановленні законом (ч. 3 ст. 426 ЦК України) для всіх третіх осіб заборони використання результатів творчої, інтелектуальної діяльності без згоди особи, яке має таку монополію (автор, ліцензіар). У результаті надання дозволу у формі ліцензії правоволоділець знімає законодавчу заборону на використання твору або об'єкта суміжних прав на користь певної особи. Отже між ліцензіаром та користувачем виникають взаємні цивільні права та обов'язки, відповідальність. Вказане положення реалізується встановленням прямого заборонного припису, зокрема ч. 3 ст. 426 ЦК України, яка є загальною нормою, що поширює генеральну заборону на

спеціально недозволене використання. Для об'єктів авторського права така заборона виникає з моменту створення твору, з факту як такого. Необхідність у будь-яких діях з боку держави в цьому випадку відсутня. Для об'єктів патентного права заборона на їх використання виникає не з моменту їх створення, а лише після відповідного визнання об'єкта, що заявляється патентоспроможним. Для виникнення суб'єктивних прав жодних дій з боку автора (в авторському праві) і з боку винахідника (патентне право) на адресу третіх осіб здійснювати не потрібно. Замість зазначених осіб ці дії відбуваються за законом, шляхом встановлення презумпції загальної заборони використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності усім третім особам. Дозвіл – це дія-дозвіл ліцензіара на розпорядження правом на твір або правом на винахід, або правом із винаходу, а також інші об'єкти, в силу якого між ним та одним з третіх осіб виникають взаємні цивільні права та обов'язки, відповідальність.

Таким чином, ключовим у механізмі правового регулювання відносин з приводу використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних до них результатів є надання правоволодільцем дозволу (ліцензії) на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності. За відсутності дозволу (ліцензії) діє встановлена законом заборона на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності.

Відповідно до ч. 1 ст. 1107 ЦК України розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів: (1) ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності; (2) ліцензійного договору та інших договорів. Більшість дослідників дотримується точки зору, що предметом розпорядження можуть бути виключно майнові права [13, с.548; 14, с.149; 15, с.16; 16, с.6, 17, с.27], але всі вони обстоюють позицію, що ліцензія є різновидом договору як домовленості двох осіб про встановлення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків [18, с.126–127]. Інша група дослідників (О. Шилохвост[19, с.4], В. А. Дозорцев[20, с.50]) схильється до думки, що у праві інтелектуальної власності існують два різновиди цивільно-

правових форм розпорядження майновими правами, критерієм розподілу яких є спосіб розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. До першого різновиду відноситься передача майнових прав інтелектуальної власності, результатом якої є остаточна і безповоротна передача набувачеві всіх або частини майнових прав інтелектуальної власності на платній або безоплатній основі (теорія відступлення). Юридичними наслідками такого розпорядження є правонаступництво переданих прав (відступлення прав) і зміна правоволодільця. Другий різновид способу розпорядження майновими правами інтелектуальної власності передбачає видачу дозволу (ліцензії) на використання об'єкта права інтелектуальної власності (теорія дозволу). Юридичною метою такої дії є надання користувачеві дозволу на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності протягом певного строку на певних умовах і в межах, визначених у дозволі-ліцензії. Юридичними наслідками видачі дозволу-ліцензії є надання правомочності користувачу з використання об'єкта або монополюно, або паралельно з іншими користувачами залежно від виду ліцензії. Таким чином, правонаступництво (зміна правоволодільця) у другій моделі не відбувається, а надається лише право здійснювати правомочність з використання нематеріального результату певним способом та у певних межах.

Слід вказати, що у законодавстві про авторське право не існує визначення поняття «розпорядження майновими правами інтелектуальної власності», що ускладнює практичне застосування відповідних норм.

Слід відзначити, що законом не встановлено зміст ліцензійного договору, не визначено, що саме виступає його об'єктом і предметом. Видається, що об'єктом ліцензійного договору є безпосередньо результат творчої діяльності (об'єкт авторського права або суміжних прав), а не право використання такого результату. Це пов'язано з тим, що об'єктом ліцензійного договору як і будь-яких інших цивільних правовідносин є те, на що впливають суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників правовідношення: твір і прирівняні об'єкти (комп'ютерна програма, база даних) або об'єкт суміжних прав (виконання,

фонограма, відеограма, програма організації мовлення). Предметом ліцензійного договору є дії ліцензіара, спрямовані на надання права використання об'єкта авторського права і суміжних прав. Вказана обставина дозволяє виділити ліцензійний договір як самостійне цивільно-правове зобов'язання.

Ліцензійний договір як цивільно-правова форма розпорядження майновими правами інтелектуальної власності є односторонньо зобов'язуючим правочином, є взаємокаузальним, може бути віднесений до категорії як консенсуальних, так і до категорії реальних договорів, а також мати як відплатний, так і безвідплатний характер. На думку І. Є. Якубівського, ліцензія – це правова форма надання особою, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, іншій особі дозволу на використання відповідного об'єкта [21, с.156]. Ліцензія передбачає дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності у певній обмеженій сфері. У ліцензії обумовлюється сфера, у межах якої ліцензіат має право здійснювати використання об'єкта. Сфера використання об'єкта визначається: 1) певними видами майнових прав, що надаються ліцензіату, та способами використання об'єкта; 2) територією, на яку поширюються надані права; 3) строком дії ліцензії [21, с.157].

Якщо звернутися до досвіду зарубіжних країн, то обговорювана прогалина там вирішена за допомогою впровадження інституту «Вільних ліцензій», основу якого складає договірний механізм регулювання. Термін «вільні ліцензії» є узагальнюючим поняттям, який має різновиди, що у більшості випадків мають істотні відмінності. Так, наприклад, «Ліберальні ліцензії» можуть розглядатися як звичайні ліцензійні договори, але надають користувачеві широкі можливості з використання комп'ютерної програми. Серед самих відомих «ліберальних ліцензій» можна назвати ліцензії BSD, Apache, MIT.

Видається, що обмірковуючи можливість застосування «вільних ліцензій» або концепції «часткової відмови від авторського права» в Україні, слід

враховувати, що вказані системи будуть конфліктувати з правовою системою, що склалася, у результаті чого повноцінне їх застосування вимагає значних змін у чинному законодавстві. Також варто мати на увазі, що запровадження договірної моделі «вільного» програмного забезпечення може привести до ситуації несумісності різних моделей правового регулювання, що значно знижує їх ефективність.

Відповідно до ст. 426, 427 ЦК України використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою здійснюється з дозволу суб'єкта права інтелектуальної власності, якому належить виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, крім випадків правомірного використання без такого дозволу, передбачених законом. Умови надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності визначаються договорами щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, які можуть бути передані відповідно до закону повністю або частково іншій особі.

Однією з цивільно-правових форм розпорядження майновими правами інтелектуальної власності згідно зі ст. 1107 ЦК України, є ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Відповідно до ч. 1 ст. 1108 ЦК України особа, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіар), може надати іншій особі (ліцензіату) письмове повноваження, яке надає їй право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері (ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності).

Відповідно до ст. 41 Конституції України кожний громадянин має право володіти, користуватися та розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

Однією з основних форм трансферу творчих об'єктів, тобто надання права на використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності іншим суб'єктам господарювання, є ліцензування. Воно здійснюється шляхом ук-

ладення заінтересованими сторонами ліцензії (ліцензійного договору) – юридичного документа, на підставі якого одна фізична або юридична особа (ліцензіар), яка має виключне майнове право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, тобто надавати іншій особі (ліцензіатові) письмове повноваження – право на певних умовах використовувати об'єкт права інтелектуальної власності.

Виходячи із визначення ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності, письмове повноваження може бути видане на будь-який об'єкт права інтелектуальної власності. Ці положення відповідають спеціальному законодавству України з питань інтелектуальної власності (ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Відповідно до ч. 2 ст. 1108 ЦК України ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору. Законодавство не містить будь-яких вказівок щодо особливостей оформлення та змісту ліцензії як окремого договору або у складі ліцензійного договору, але в будь-якому разі ліцензії видаються на умовах, про які домовилися сторони. Як правило, в ліцензії визначається територія, на яку вона поширюється, строки її дії, спосіб використання наданих прав. Вказані умови слід віднести до суттєвих умов ліцензії. Їх визначення надає ліцензіару можливість виробити стратегію використання об'єкта права інтелектуальної власності з найкращим для себе ефектом. Ліцензії можуть видаватися на платній або безоплатній основі, що також має бути визначено в угоді сторін. Спосіб платежу обирають сторони на власний розсуд. Законодавство не містить з цього приводу будь-яких рекомендацій. Виходячи з практики, яка склалася, основними формами ліцензійних платежів є такі: роялті періодичні відрахування від доходу покупця в період дії ліцензії, сума яких визначається залежно від економічних результатів використання предмета ліцензії (відсоток від отриманого ліцензіатом прибутку або обсягу продаж); паушальний платіж – одноразовий

платіж; гонорар – грошова винагорода за послуги, які надав ліцензіар, що визначена у вигляді певної грошової суми.

Залежно від обсягу прав, що передаються ліцензіату, законодавство виділяє такі види договорів: договір виключної ліцензії, договір одиначної ліцензії та договір невиключної ліцензії.

При виключній ліцензії ліцензіат отримує монопольне право на використання об'єкта договору в певній сфері. Іншими словами, ліцензіар не лише не має права видати ще хоча б одну ліцензію іншим особам на використання об'єкта договору у зазначеній сфері використання, а й сам не може використовувати те, на що видана виключна ліцензія. Водночас ліцензіар зберігає за собою право на використання цього самого предмета договору в частині, що не передана за договором. У більшості випадків межі встановлюються щодо строку та території. У цьому разі особливість виключної ліцензії полягатиме в тому, що ліцензіар не зможе користуватися своїми правами на певній території, наприклад, експортувати свою продукцію або передавати права третім особам у визначені строки та на певних територіях. Іноді виключність може бути визначена щодо роду діяльності кожної сторони, наприклад, ліцензіату передано виключне право лише на продаж продукції. Через особливості виключної ліцензії може виникати ситуація, коли володільцю права інтелектуальної власності на один об'єкт цього права може бути видано декілька виключних ліцензій. Це можливо за умови, що не будуть збігатися території дії майнових прав інтелектуальної власності на цей об'єкт, наданих за ліцензією, або передаються різні частини цих прав та відповідно такі права не будуть взаємно перетинатися.

Різновидом договору виключної ліцензії є повна ліцензія, за якою у ліцензіара залишається лише формальне право на об'єкт права інтелектуальної власності, а всі майнові права переходять до ліцензіата. Іншими словами, за договором повної ліцензії ліцензіат отримує право монопольно використовувати об'єкт права інтелектуальної власності. Цей договір

відрізняється від передання (відчуження) прав на об'єкт права інтелектуальної власності лише тим, що у суб'єкта права інтелектуальної власності залишається формальне право на об'єкт права інтелектуальної власності на строк дії договору повної ліцензії, після перебігу якого ліцензіар знову стає носієм всього комплексу майнових прав інтелектуальної власності на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності. Повна ліцензія, яка видається на весь строк дії охоронного документа на об'єкт права інтелектуальної власності, за своїм економічним змістом прирівнюється до передання прав на цей об'єкт. Проте з юридичної точки зору між ліцензією та переданням прав є істотна відмінність. Якщо, наприклад, за договором передання права правонаступник зобов'язаний виплачувати правоволодільцю певні платежі, то невнесення чергового платежу породжує для правоволодільця лише право вимоги виплатити певної суми грошей, але не тягне за собою відновлення його права на об'єкт права інтелектуальної власності. Водночас невнесення ліцензіатом чергового платежу за договором може тягнути за собою розірвання договору ліцензії.

На підставі укладеного договору невиключної ліцензії про використання об'єкта авторського права або суміжних прав правоволоділець (ліцензіар) надає дозвіл на використання такого об'єкта будь-якому ліцензіату (фізичній або юридичній особі). При цьому всі права, включаючи право на надання субліцензії іншим особам, залишаються у ліцензіара. Таким чином, за невиключною (простою) ліцензією правоволоділець (ліцензіар) передає ліцензіату право на використання об'єкта авторського права або суміжних прав, зберігаючи при цьому за собою право на використання зазначених об'єктів і видачу ліцензії на право використання цього самого об'єкта іншим особам. Невиключна ліцензія відрізняється від виключної тим, що ліцензіар має можливість видавати ліцензії третім особам на тій самій території й у тому самому обсязі, що обумовлені у договорі невиключної ліцензії між ліцензіаром і ліцензіатом.

У ліцензійній практиці непоодинокі випадки, коли договір може містити умови як виключної, так і невиключної ліцензії. Наприклад, згідно з ліцензійним договором ліцензіар надав ліцензіату на певній території виключне право на виробництво продукції за ліцензією та невиключне право на продаж цієї продукції. Це означає, що в межах території ніхто, окрім ліцензіата, не має права виробляти продукцію за даною ліцензією, однак право реалізовувати продукцію на цій території належить як ліцензіату, так і ліцензіару або іншим ліцензіатам.

Одинична ліцензія – це ліцензія, яка видається лише одному ліцензіату та виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта майнових прав інтелектуальної власності в обмеженій сфері ліцензією, а також не виключає можливості використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері (ч.3 ст.1108 ЦК України). Цей вид ліцензії є похідним від виключної ліцензії, проте одинична ліцензія на відміну від нього надає право ліцензіату використовувати об'єкт права інтелектуальної власності у певній сфері (на певній території), на якій ліцензіар також зберігає за собою право використовувати цей об'єкт. Особливості одиничної ліцензії полягають у тому, що монопольне використання об'єкта права інтелектуальної власності розподіляється між ліцензіаром та ліцензіатом, при цьому обидві сторони не мають права надавати субліцензії третім особам.

Патентне законодавство України дозволяє з метою поліпшення інноваційного клімату в державі, стимулювання процесу трансферу технологій. Законодавство України передбачає можливість видачі відкритої ліцензії. Це заява суб'єкта права інтелектуальної власності, який є власником охоронного документа, що подається до Державної служби інтелектуальної власності України для офіційної публікації і виражає волю суб'єкта права інтелектуальної власності надати будь-якій особі дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (винаходу, корисної моделі, промислового зразка). За наявності такої заяви особа, яка виявила бажання скористатися зазначеним

дозволом, укладає з суб'єктом права інтелектуальної власності не ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а лише договір про платежі. З метою заохочення власника охоронних документів надавати відкриті ліцензії річний збір за підтримання чинності охоронного документа зменшується на 50% з року, наступного за публікацією такої заяви. Заява про відкриту ліцензію в Україні, на відміну від законодавства Російської Федерації та Республіки Білорусь, не є безвідкличною. Це означає, що в разі, якщо ніхто не виявить бажання скористатись відкритою ліцензією, патентоволоділець може подати клопотання про її анулювання. У такому випадку сума річного збору за підтримання дії охоронного документа сплачуватиметься у повному обсязі, починаючи з року, наступного за роком публікації такого клопотання. Цей вид зобов'язань можна визначити за аналогією як своєрідну оферту (ч. 9 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»). Чинне законодавство застосування цього інституту до об'єктів майнових прав інтелектуальної власності не передбачає.

Порушення майнових прав інтелектуальної власності ліцензіара може проявлятися у використанні творчого результату способом, що не передбачений ліцензією. Таким чином, неправомірна дія знаходиться поза межами предмета ліцензії. У даному разі відносини ліцензіара і ліцензіата-порушника будуються на основі позадоговірної відповідальності, оскільки знаходяться поза межами договірного регулювання (оферта-акцепт), та застосування до правопорушника встановлених законодавством санкцій за порушення майнового авторського або суміжного права у позадоговірних зобов'язаннях, не можуть вплинути на виконання існуючого між сторонами ліцензійного договірного зобов'язання.

1.2. Вільна ліцензія як особлива форма розпорядження майновими правами інтелектуальної власності

Інститут вільних ліцензій – це приватна ініціатива, спрямована на лібералізацію правової охорони творів, яка стала альтернативою тенденції нігілістичних поглядів на авторське право, що набирає сили. Суть таких ліцензій полягає в тому, що вони дозволяють правоволодільцям повідомити користувачам (без необхідності укласти з кожним з них письмовий договір), які з своїх прав вони хотіли б обмежити (наприклад, правоволоділець дозволяє третім особам переробляти твір з некомерційними цілями).

Як відзначають І. А. Зенін і К. М. Мешкова, вільне програмне забезпечення не означає його безкоштовного характеру. Воно може розповсюджуватись як на безкоштовній, так і на платній основі. Асоціація лише з безкоштовним характером поширення викликана двояким розумінням англійського слова «free» [22, с.10]. Засновник руху вільного програмного забезпечення та проекту GNU Ричард Столлман писав про допустимість платних виключень для ліцензій GNU GPL [23], втім вони не зачіпають можливості отримання винагороди за використання, але плату у вигляді відшкодування витрат за передачу оригіналу або примірника програмного забезпечення.

Свобода вільної ліцензії полягає в тому, що можливість використання твору або програмного забезпечення, поширеного на умовах вільної ліцензії, не ставиться у залежність від отримання додаткової згоди або дозволу правоволодільця або будь-яких інших осіб. Як відмічає Л. Лессиг, мова йде про вільну, але не про безкоштовну, як пиво за рахунок закладу. Вільної – у розумінні свободи слова, вільного ринку, вільної торгівлі, свободи підприємництва, свободи волі і вільних виборів... Вільна культура – і культура без власності, так само як вільний ринок не означає, що все безкоштовно. Протилежністю вільної культури є дозвільна культура, де творці вільні створювати лише з дозволу всевладних авторів минулого [24, с.30]. Цієї ж точки зору дотримується і К. Афанасьєва [25, с.6].

Однак вільні ліцензійні договори за загальним правилом безоплатні. Свобода вільної ліцензії, на наш погляд, може розглядатися юристами досить широко, стаючи детермінантою розширення договірної диспозитивності і для правоволодільця, і для користувачів. Ця категорія впливає з найважливішого для регулювання приватноправових відносин принципу – принципу автономії волі сторін цивільних правовідносин, а також похідних від нього ключових принципів зобов'язального права – принципу свободи договору (ст. 3, 6 ЦК України) та принципу єдності волі і волевиявлення (ст. 203 ЦК України). Виходячи з цього свобода волі як свобода цілепокладання та свобода в певній послідовності свідомо-вольових дій для досягнення наміченої мети власною волею і у власному інтересі, становить суб'єктивну сторону будь-яких юридичних вчинків і суб'єктивну причину правових наслідків таких вчинків. Правоволоділець зі свого боку має монопольне (виключне) право, по-перше, діючи вільно, своєю волею і у своєму інтересі, прийняти рішення про надання можливості використання твору на умовах вільної ліцензії; по-друге, визначити умови такого використання, вибравши одну з типових конструкцій вільних ліцензій або самостійно визначити інші умови використання.

У цьому зв'язку вільні ліцензії стають справжнім двигуном прогресу для авторського права. Тут варто погодитися з думкою Д. Ліпцік, яка, посилаючись на М. Ітурраспе, писала, що те, що регулюється законом, завжди обмежене, у той час як те, що залежить від приватної ініціативи, не має меж [26, с.238]. Вільна ліцензія надає правоволодільцю приймати рішення про обмеження обсягу правової охорони створеного ним об'єкта тоді і остільки, коли і оскільки виходячи з його особистих цінностей і мотивів вважає це відповідним його інтересам, причому необов'язково майновим. У цьому зв'язку можливість надання вільної ліцензії є наслідком панування особи над об'єктом і можливості визначати його юридичну долю, тобто абсолютного права на такий об'єкт. Отже, реалізація свободи розсуду правоволодільця не ставиться у залежність від

інтересів потенційних користувачів. Останнім лише залишається прийняти або не прийняти на себе права або обов'язки, передбачені вільною ліцензією.

Вільна ліцензія є правом використовувати об'єкт інтелектуальної власності, що надається за ліцензійним договором, незалежно від додаткової згоди правоволодільця чи інших осіб. Проте таке визначення не дозволяє нам чітко відмежувати інститут вільної ліцензії від таких суміжних правових явищ, як режим справедливого вільного використання (fair use) і режим творів, які перейшли у суспільне надбання (public domain).

Як відзначають І. А. Зенін і К. М. Мешкова, незважаючи на все зростаючий інтерес до даного виду ліцензій, судова практика щодо вільних ліцензій в країнах Європи і США досить обмежена, а в Україні вона взагалі відсутня. Внаслідок цього легітимність вільних ліцензій залишається сумнівною [28, с.11]. Однак навіть у тих країнах світу, де питання про дійсність вільних ліцензій вирішене позитивно, не можна похвалитися такою ж позитивною судовою практикою з даного питання.

Звернемося до аналізу стану законодавства зарубіжних країн, суди яких пішли шляхом визнання юридичної сили вільних ліцензій. Так, законодавство про авторське право США складається з безлічі актів, основними з яких є Акт про авторське право (The copyright Act) 1976 р. і Акт про авторське право в цифровому тисячолітті (Digital Millennium Copyright Act - DMCA) 1998 р. Закони про авторське право об'єднані у главі 17 Кодексу США (US Code). Аналіз американського законодавства дозволяє зробити висновок про його прихильність до інституту вільних ліцензій. Оскільки правова система США належить до англосаксонської правової сім'ї, авторське право розглядається як особливий різновид права власності. На цьому розумінні засновано, наприклад, положення ст. 106А, яка забороняє передачу авторського права на недоторканність твору, але дає право відмовитися від нього, якщо автор недвозначно висловить свою згоду на відмову від такого права у формі письмового документа, підписаного автором. Такий документ має точно

визначати твір, способи його використання, до яких застосовується відмова, і відмова визнається дійсною лише щодо зазначеного твору і способів його використання. У разі, якщо твір є результатом спільної праці двох і більше авторів, відмова одного з авторів, зроблена відповідно до цієї статті, означає відмову решти співавторів [29]. Законодавство США також не встановлює обов'язкової письмової форми ліцензійного договору, передбачаючи таку вимогу лише для договору про передачу виключного права (п. А ст. 204 Акта про авторське право США).

Вільні ліцензії визнаються судами різних штатів і інстанцій. Серед справ про порушення умов вільних ліцензій, варто відзначити справу *E. Anderson, R. Landley vs. Monsoon Multimedia inc.* 2007 г. Це був перший у США позов у зв'язку з порушенням умов вільної ліцензії GPL. Позов був поданий від імені розробників комп'ютерних програм Правовим центром вільного ПЗ (Software freedom law center). Відповідачі поширювали програмне забезпечення, створене на основі розробленої позивачами програми BusyBox, ліцензованої на умовах GNU GPL. Справа ця не було закінчена судовим рішенням, оскільки Компанія Monsoon Multimedia погодилася зробити відкритим вихідний код, а також виплатити FSF грошову компенсацію, розмір якої не розголошувався, і позовна заява була відкликана [28, с.13].

Одним з найбільш відомих і значущих є прецедентне рішення Федерального окружного Апеляційного суду США у справі *R. Jacobsen vs. M. Katzer, KAM industries* 13 серпня 2008 р. Позивач, хобі якого було залізничне моделювання, розробив програмне забезпечення Java Model Railroad Interface (JMRI) для такого моделювання з відкритим кодом. При розгляді цієї справи суд зазначив, що публічні ліцензії, які також іменуються відкритими ліцензіями, розробляються художниками, вченими, розробниками програмного забезпечення, які бажають спільно створювати об'єкти авторського права і надавати їх суспільству. Creative Commons як одне з *amicus curiae* розробляє вільні ліцензії для авторського права, щоб дозволити сторонам надати їх твори

суспільству або щоб ліцензувати певні способи використання, зберігши частину прав за автором. Вільне ліцензування стало широко застосованим методом творчої співпраці, яке служить прогресу мистецтва і науки [30]. Відповідачі розповсюджували розроблену позивачем комп'ютерну програму у складі свого твору, який не розповсюджувався на умовах вільної ліцензії (пропрієтарний твір) програмного продукту Decoder Commander, попередньо видаливши з вихідних файлів інформацію про авторів і вільної ліцензії, на умовах якої дозволялось використовувати комп'ютерну програму. Суд апеляційної інстанції скасував рішення суду першої інстанції, який вказав на неправильну правову підставу позову: він розглядав умови вільної ліцензії як умови контракту між праволодільцем і користувачем, тобто позов мав бути обґрунтований положеннями договірної права, тоді, як позивач наполягав на порушенні виключних прав, наданих йому законом. На цій підставі позивач був вправі вимагати лише відшкодування збитків, але оскільки не зміг довести ні факт їх настання, ні розмір, у задоволенні позову було відмовлено. Суд апеляційної інстанції, відправляючи справу на новий розгляд, постановив, що оскільки ліцензія передбачає ряд обмежень сфери дії, а ліцензіат діє за межами цієї сфери, ліцензіар вправі обґрунтовувати свої вимоги порушенням авторських прав [30]. Справа закінчена мировою угодою.

Ще однією країною, де запроваджено й активно застосовується інститут ліцензії, є Ізраїль. Зауважимо, якщо в США законодавство про авторське право оновилося відповідно до вимог часу – «цифрового тисячоліття» у 1980-ті – 1990-ті рр., то в Ізраїлі – пізніше, а саме з прийняттям у 2007 р. Закону про авторське право. Одним з принципових нововведень цього Закону, стало право на створення похідних творів. Відповідно до ст.16 створення похідного твору передбачає створення оригінального твору на основі програмних продуктів, наприклад, як переклад або адаптація. Новий Закон виявився демократичним і щодо форми договору невиключної ліцензії. До його прийняття будь-який авторський договір визнавався укладеним тільки у разі, якщо він був укладений

у письмовій формі і підписаний праволодільцем. Відповідно до п. 3 ст. 37 Закону 2007 р. це правило зберіглося лише для договору про відступлення виключного права і договору виключної ліцензії. Так, договір про відчуження виключного права або про надання виключної ліцензії має укладатись у письмовій формі [31]. Таким чином, скасовано вимогу про обов'язкову письмову форму договору невиключної ліцензії.

Демократичність ізраїльського законодавства підтримується судовою практикою, яка визнала силу вільних ліцензій. У 2009 р. винесено рішення по справі *Avi Re'uvani vs. Mera inc.* Позивач розмістив зроблену ним фотографію на сайті Flickr, забезпечивши її позначкою про ліцензування на умовах CC BY-NC-ND. Відповідач створив і продавав колаж з використанням фотографії позивача та інших фотографій, при цьому не вказавши ім'я автора (порушення умови Attribution). Незважаючи на заперечення відповідача про те, що він не розуміється на авторському праві і ліцензіях, суд визнав його винним у порушенні авторських прав позивача. Попри те, що суд у мотивувальній частині рішення не аналізував ліцензію Creative Commons, результат справи підтверджує визнання юридичної сили ліцензії.

З огляду нашого предмета дослідження безумовний інтерес становить законодавство і судова практика ФРН. Закон Німеччини про авторське право (*Urheberrechtsgesetzes*) від 9 вересня 1965 р. містить інститут вільних ліцензій. Це впливає з визнання ч. 1 ст. 24 Закону Німеччини правооб'єктності за переробками творів, розповсюджуваних за вільними ліцензіями. Самостійний твір, створений шляхом вільного використання твору іншої особи, може бути опублікований і використаний без згоди автора твору, що використовується [32]. Крім того, німецький закон не ставить надмірних вимог до узгодження істотних умов ліцензійного договору. Наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 31 Закону Німеччини про авторське право, якщо способи використання, складові правомочності права використання творів, що не були явно визначені при наданні права, то обсяг права використання повинен визначатися відповідно до

мети, визначеної при наданні права [32]. Як бачимо, закон не висуває особливих вимог до форми договору невиключної ліцензії, обмежуючись у ч. 1 ст. 31 лише зауваженням, що автор може надати іншій особі право використовувати твір певним способом або будь-яким способом (право використання). Право використання може бути надано як виключне, так і невиключне [32].

Німецькі суди також підтримують тенденцію визнання юридичної сили за вільними ліцензіями. Одним з перших судових рішень на захист вільних ліцензій стало рішення у справі *H. Welte vs. D-Link Germany GmbH* [33], пов'язане з використанням комп'ютерних програм за ліцензією GNU GPL. Воно було розглянуто районним судом Франкфурта-на-Майні 26 липня 2006 р. Геральд Велт, програміст і активіст руху за вільне програмне забезпечення, заснував у 2004 р. в Німеччині веб-проект gpl-violations.org, що відстежує порушення вільних ліцензій GNU GPL. D-Link Germany GmbH, будучи дочірнім товариством Тайванської корпорації, займалося розповсюдженням на території Німеччини роутерів з попередньо встановленою операційною системою, створеною на основі Linux. Права на частину програм були надані авторами позивачеві на умовах виключної ліцензії, і позивач прийняв рішення розповсюджувати їх на умовах ліцензії GNU GPL. За рішенням суду на користь позивача була стягнута компенсація, а також встановлено обов'язок розкрити позивачеві інформацію про кількість проданих пристроїв, найменування комерційних покупців і постачальників пристроїв. На обґрунтування свого рішення суд вказав, що відповідно до п. 4 ліцензії GPL права, надані за ліцензією, припиняються і відновлюються у автора в разі, якщо користувач порушує зобов'язання, передбачені п. 2 ліцензії GPL. Зокрема, мова йде про обов'язки користувача опублікувати гарантійне повідомлення на кожному примірнику програми, забезпечити програму текстом ліцензії і забезпечити доступ до вихідного коду програми. Ці вимоги не можна розглядати як необґрунтоване ущемлення прав відповідача, оскільки вони не є недійсними відповідно до ч. 2 ст. 307 Німецького цивільного уложення [33]. Також суд

встановив, що умови ліцензії GPL не суперечать антимонопольному законодавству (відповідач на обґрунтування своїх заперечень серед іншого посилався на положення ст. 81 Договору про Європейське Співтовариство).

Пізніше була визнана сила ліцензій Creative commons. Так, 8 жовтня 2010 р. Земельний суд Берліна (Landgericht Berlin) розглянув справу Gerlach vs. DVU. За фабулою справи влітку 2010 р. заявник зробив у публічному місці фотографію німецького політика Тіло Сарацина і опублікував її он-лайн з позначкою про дозвіл використовувати її відповідно до умов ліцензії Creative commons BY SA 3.0. Unported. Через деякий час DVU, німецька політична партія розмістила фотографію на своєму сайті без вказівки імені позивача, ліцензійного маркування та без дотримання умов ліцензії. Позивач направив претензійний лист з пропозицією добровільно прибрати фотографію, на який не отримав відповіді, після чого звернувся до суду. Суд визнав факт порушення прав автора, вказавши, що відповідач розмістив фотографію на своєму сайті з порушенням умов ліцензії, що розглядається як використання без дозволу автора і є незаконним використанням за змістом ст. 97 Закону Німеччини про авторське право [34].

Свої особливості застосування інституту ліцензії має законодавство, а отже, й судова практика Франції. Так, у 2012 р. під страхом значних штрафів став активно застосовуватися прийнятий в 2009 р. закон HADOPI, покликаний припиняти порушення авторських прав у мережі Інтернет. Основним джерелом авторського права у Франції є Кодекс інтелектуальної власності Франції 1992 р. Цей Кодекс також можна віднести до «дружніх» інституту вільної ліцензії. Так, ст. L 112-3 Кодексу встановлює, на відміну від права США, самостійний характер похідних творів, закріплюючи положення, що автори перекладів, адаптацій, переробок або аранжувань інтелектуальних творів користуються охороною, яку надає цим Кодексом без шкоди правам автора оригінального твору [35]. Право користування включає дві правомочності: право на публічний показ твору і право відтворення (ст. L 122-1 Кодексу). Як зазначає В. І.

Єрмоєнко, повідомлення полягає у безпосередньому доведенні твору публіці, зокрема, шляхом публічного читання, музичного виконання, драматичної постановки, публічного показу, публічного перегляду і передачі у громадських місцях твору, що розповсюджується через телебачення шляхом телемовлення. Відтворення полягає у матеріальній фіксації твору всіма способами, що дозволяють повідомити його публіці [36]. При цьому відповідно до ст. L 122-7 право на публічний показ твору і право репродукції можуть бути надані за плату або без такої. Примітно, що французьке законодавство, на відміну від ізраїльського, суворе щодо форми ліцензійного договору. Відповідно до ст. L 131-2 Кодексу видавничий договір, договір на публічне представлення твору, договір на аудіовізуальну продукцію повинні складатися в письмовій формі. Для всіх інших договорів застосовні загальні положення про письмову форму ст. 1341-1348 Французького цивільного кодексу [35]. При цьому ст. 131-3 вимагає чіткого визначення прав, що надаються в договорі, а також сфери використання наданих прав, яка визначається виходячи з мети надання, а також територіальні і тимчасові межі використання. За наявності особливих обставин договір може бути визнано укладеним, якщо він укладений шляхом обміну телеграмами, за умови, що сфера використання переданих прав буде визначена відповідно до вимог цієї статті [37]. Як бачимо, положення французького Кодексу аналогічні вимогам українського законодавства, що дозволяє проводити певні паралелі. Судова практика щодо застосування вільних ліцензій у Франції ще не сформована, проте у вересні 2009 р. Апеляційний Суд Парижа ухвалив рішення за позовом Французької асоціації професійної освіти (AFPA), яким визнав компанію Edu4 винною в порушенні умов вільної ліцензії GNU GPL (справа AFPA vs. Edu4). Між позивачем та відповідачем був укладений договір поставки обладнання для комп'ютерного класу. Через деякий час було виявлено, що на обладнанні встановлено розроблене відповідачем програмне забезпечення для віддаленого управління робочим столом на основі програми VNC, при цьому відповідач не надав їм доступ до вихідного коду, видаливши з

програми всі згадки про її вільне походження. Суд визнав юридичну силу вільної ліцензії GPL, зазначивши, що суд вважає доведеним, що підприємство EDU4 не виконало договірні зобов'язання з поставки у грудні 2001 р., порушивши умови ліцензії GNU GPL, оскільки підприємство EDU4 видалило оригінальні повідомлення про авторсько-правову охорону VNC з двох фалів, замінивши їх власними повідомленнями, а також видалило текст ліцензії [38].

В аспекті досліджуваного питання привертає увагу Бельгійський Закон про авторське право і суміжні права від 30 червня 1994 р., схожий з французьким і українським з точки зору суворості вимог, що ставляться до авторсько-правових договорів. Відповідно до ст. 3 зазначеного Закону всі договори, які стосуються автора повинні укладатись у письмовій формі. При цьому встановлюється вимога про те, що умови договору, що стосуються прав, що передаються і способів використання тлумачаться. Крім того, на ліцензіата покладається обов'язок використовувати твір сумлінно відповідно до звичаїв ділового обороту [39].

Однак примітно, що і бельгійські суди стають на захист вільних ліцензій. У 2010 р. було винесено рішення по справі *Lichôdmarwa v.s L'asbl Festival de Theatre de Spa*. За фабулою справи у 2004 р. бельгійська група *Lichôdmarwa* записала пісню «*Abatchouck*», надавши право використовувати її за ліцензією CC BY-NC-ND. Через кілька років один з членів групи почув двадцятисекундний уривок з пісні в рекламі СПА-центру *L'asbl Festival de Theatre de Spa*. Досудові переговори не завершилися успіхом, і музиканти звернулися до суду. Позивачі наполягали, що відповідачі порушили всі три умови обраної ними ліцензії, оскільки, по-перше, СПА-центр переробив твір, щоб він відповідав формату реклами (що порушує умову Non-derivative – ND), по-друге, використовував його в рекламі, що порушує умову про заборону комерційного використання (Non-commercial – NC); по-третє, не виконано умови Attribution, оскільки у ролик не було вказівки на авторів пісні. Музиканти вимагали виплати компенсації і публікації рішення суду.

Відповідачі заперечували, стверджуючи, що оскільки група не є членом бельгійської організації з колективного управління авторськими правами SABAM, то у них немає права на отримання винагороди за використання твору. Суддя, визнавши юридичну силу ліцензій Creative Commons, також вказала, що рішення музикантів не приєднатися до SABAM, а поширювати музику більш відкрито не повинно виключати можливість судового захисту прав за ліцензією [40].

Безумовно корисним видається аналіз законодавства і судової практики Іспанії, де регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності здійснюється на основі Закону про інтелектуальну власність від 12 квітня 1996 р. Відповідно до ст.9 цього закону дається визначення самотійного твору як твору, що є результатом самотійної творчості. Стаття 11 визнає правооб'єктність похідних творів без шкоди для авторського права на оригінальні твори. Відповідно до ст. 45 Закону договори щодо розпорядження виключними правами на твір (як про відчуження виключного права, так і ліцензійні договори) мають укладатися у письмовій формі. Якщо після офіційного звернення одержувач їх не виконує вимогу, автор має право розірвати договір [41]. Однак і в Іспанії, незважаючи на суворість законодавства в частині форми договору, суди повинні визнавати чинність вільних ліцензій.

У 2006 р. був створений один з найбільш значущих для Іспанії прецедентів у сфері вільного ліцензування – рішення у справі SGAE vs. Fernandez. SGAE – це організація з управління авторськими правами на музичні твори на колективній основі (Sociedad General de Autores y Editores). SGAE звернулася до суду з позовом на власника диско-бару у зв'язку з несплатою останнім ліцензійних платежів за публічний показ музичних творів у період з 2002 р. по 2005 р. Суд відмовив у позові, оскільки власник бару зміг довести, що музичні твори, що відтворювались у його барі, не знаходились під управлінням SGAE, а пропонувалися правоволодільцями до використання на умовах ліцензії Creative Commons. До цього рішення іспанські суди в подібних справах виносили

рішення на користь SGAE, оскільки вважалося, що вона управляє правами на практично всі музичні твори [42]. Так, наприклад, рік тому суд провінції Понтеведра, розглядаючи апеляційну скаргу у справі SGAE vs. Luis вказав, що документ, наданий відповідачем-заявником апеляційної скарги як ліцензія на вільне використання музичних творів є нічим іншим, як просто інформаційним буклетом про зміст ліцензії, і оскільки в ньому відсутні підписи, то не можна надавати йому значення [43].

Як бачимо, судова практика оцінює відносини ліцензіара і користувача як договірні, як наслідок, у разі порушення (невиконання чи неналежного виконання) умов ліцензії, наприклад, в частині забезпечення відкритості вихідного коду програми (як у справі AFPA vs. Edu4), суди застосовують правові засоби впливу на порушника у вигляді спонукання до належного виконання. Якщо використання твору відбувається з перевищенням встановлених ліцензією обмежень, суди застосовують абсолютно-правові засоби захисту майнових (у вигляді вимоги про виплату компенсації у зв'язку з використанням способом, що не передбачений ліцензією, як у справі Lichôdmарwa vs. L'asbl Festival de Theatre de Spa.) або особистих немайнових (як наприклад, у справі Avi Re'уveni vs. Мара inc.) прав. Крім того, зарубіжний досвід є досить показовим, оскільки саме правові позиції судів навіть при збереженні, як наприклад, у бельгійському або іспанському законодавстві, вимоги про просту письмову форму договору простої (невиключної) ліцензії сприяли втіленню в життя вільних ліцензій, ставши, по суті, їх правовою основою.

Відповідно до Рекомендацій щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності складених Державною службою інтелектуальної власності України [45], вільна публічна ліцензія – загальнодоступний договір приєднання, що надає особі, яка приєдналася до такого договору, безоплатний дозвіл на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав певними способами на умовах,

визначених ліцензією. При цьому надається наступне визначення договору приєднання: договір приєднання – договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому без права запропонувати свої умови договору (ст. 634 ЦК України). Основні положення про застосування вільних ліцензій в Україні містяться в Законі України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» [104], Розпорядженні Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2009 р. № 1588-р «Про схвалення Концепції Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом» [105, 224]. Як зазначалось, позиція Державної служби інтелектуальної власності України полягає у тому, що об'єкти майнових прав інтелектуальної власності вільного користування супроводжуються вільними публічними ліцензіями, які є договорами приєднання.

Стаття 634 ЦК України передбачає можливість використання договору приєднання в цивільних правовідносинах.

Вільні публічні ліцензії передбачають приєднання до них шляхом вчинення певних дій (зокрема, відтворення, модифікації, розповсюдження комп'ютерної програми), які виражають волю особи встановити правовідносини, тобто приєднатися до умов вільної публічної ліцензії.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» встановлює, що автору та іншій особі, яка має авторське право, належить виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами на підставі авторського договору (ч. 1 ст. 32).

Використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком випадків, передбачених ст. 21–25 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Згідно з ч. 1 ст. 639 ЦК України договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

Стаття 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлює вимоги до договорів на право використання творів. Зокрема, ця стаття містить вимогу про те, що договори про передачу прав на використання творів укладаються в письмовій формі.

Частина 2 ст. 1107 ЦК України передбачає, що договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності укладається в письмовій формі.

Відповідно до ст. 207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони.

Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

Договір про передачу прав на використання творів вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх істотних умов (строку дії договору, способу використання твору, території, на яку поширюється передане право, розміру та порядку виплати авторської винагороди, а також інших умов, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути надана згода).

Стосовно таких умов договору, як строк, територія та винагорода в контексті вільних публічних ліцензій, слід враховувати положення ст. 1109 ЦК України (у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України), ст. 1110 ЦК України (у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на п'ять років. Якщо за шість місяців до закінчення зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не

повідомить письмово другу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений час), а також ч. 4 ст. 12 ЦК України (особа може за відплатним або безвідплатним договором передати своє майнове право іншій особі, крім випадків, встановлених законом).

Вільні (публічні) ліцензії за формою, змістом можна охарактеризувати як договір, умови якого викладені у публічній заяві. У цій заяві суб'єкт майнових прав інтелектуальної власності визначає умови дозволеного використання відповідних об'єктів. Зазначений тип ліцензії можна віднести до невиключної, безоплатної ліцензії, що має необмежені строк та територію дії.

Вільні публічні ліцензії на використання комп'ютерних програм (вільне програмне забезпечення) звичайно дозволяють безоплатне відтворення, модифікацію та розповсюдження модифікованих комп'ютерних програм на умовах попередньої ліцензії (GNU GPL) або на умовах іншої ліцензії (BSD).

Вільні публічні ліцензії на використання інших творів науки, літератури і мистецтва та об'єктів суміжних прав звичайно дозволяють безоплатне використання відповідних об'єктів в особистих, освітніх та наукових цілях без комерційної мети (Creative Commons).

У разі придбання примірників об'єктів майнових прав інтелектуальної власності вільного користування ці об'єкти мають бути забезпечені договором (або посиланням на нього), який підтверджує їх належність до об'єктів майнових прав інтелектуальної власності вільного користування.

Цей договір є примірником (електронним, у тому числі у складі файла, що містить відповідний об'єкт авторського права та (або) суміжних прав, окремим файлом та (або) паперовим примірником) вільної публічної ліцензії або посиланням на її офіційний текст, який знаходиться в загальному доступі в мережі Інтернет.

Умови приєднання до вільної публічної ліцензії визначаються у відповідній ліцензії.

Текст вільної публічної ліцензії може бути викладений мовою оригіналу або у вигляді, локалізованому постачальником, якщо така можливість передбачається ліцензією.

Підтвердженням правомірності використання об'єкта майнових прав інтелектуальної власності вільного користування є факт приєднання до неї шляхом вчинення певних дій (зокрема, відтворення, у тому числі запис у пам'ять комп'ютера, модифікація, розповсюдження тощо), а також наявність зазначених вище документів.

Відповідальність за дотримання умов вільної публічної ліцензії під час розповсюдження об'єктів майнових прав інтелектуальної власності вільного користування несе заявник.

Якщо вільні публічні ліцензії мають різні версії, заявник зобов'язується розповсюджувати примірники з дотриманням умов тієї версії ліцензії, якою супроводжується відповідний об'єкт майнових прав інтелектуальної власності.

До заяви на одержання контрольних марок додається вичерпний перелік об'єктів авторського права та (або) суміжних прав, які заявник розповсюджуватиме на умовах вільних ліцензій. У переліку мають зазначатися назва та версія вільної ліцензії, на умовах якої ці об'єкти розповсюджуються. Цей перелік підписується заявником та скріплюється печаткою, якщо заявником є юридична особа.

Заявник несе відповідальність за достовірність поданих документів та дотримання умов розповсюдження об'єктів майнових прав інтелектуальної власності, передбачених вільними публічними ліцензіями.

На підставі викладеного вище видається, що під вільною ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт правоволодільця зі створення і доведення до загального відома пропозиції про встановлення обтяження належних йому прав використання об'єкта майнових прав інтелектуальної власності в межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, на підставі принципу безвідкличності

і незалежності від додаткової згоди правоволодільця чи інших осіб шляхом надання заздалегідь невизначеному колу осіб права акцепту пропозиції.

Висновки до розділу 1

1. Під ліцензійним договором слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового права інтелектуальної власності (ліцензіара) з доведення до потенційного користувача (ліцензіата) пропозиції про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта майнових прав інтелектуальної власності у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, з наданням права ліцензіату права акцепту пропозиції.

2. Під вільною ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового права інтелектуальної власності (ліцензіара) з формулювання і доведення до загального відома пропозиції (публічна оферта) про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта майнових прав інтелектуальної власності у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, на основі принципу безвідкличності і незалежно від додаткової згоди ліцензіара або інших осіб шляхом надання невизначеному колу осіб права акцепту пропозиції.

3. Вільна ліцензія як юридичний факт є публічною офертою, вчиненням якої обтяжується виключне майнове право інтелектуальної власності. Властивості безвідкличності оферти і пов'язаності оферента мінімізують можливості зловживання з боку суб'єкта легальної монополії на об'єкт інтелектуальної власності, а потенційний користувач абсолютно вільно приймає або не приймає на себе ліцензійні зобов'язання вичерпно визначені умовами вільної ліцензії.

4. Вільні ліцензії не виступають засобом необґрунтованого обмеження права на відкриття твору, оскільки, по-перше, більшість об'єктів авторського права, що підлягають вільному ліцензуванню (існуючих у цифровій формі), виключені зі сфери дії права на відкриття в силу прямої вказівки закону; по-друге, засобом подолання можливої колізії між правом на відкриття та інтересами правоволодільців і користувачів стане принцип безвідкличної публічної оферти, якою на нашу думку, є вільна ліцензія.

5. Розпорядження майновими правами на твір – це можливість автора на власний розсуд здійснити відчуження майнового права у повному обсязі, дозволити використання твору на певних умовах або передати право у заставу. У даному випадку відчуження майнового права на твір є передачею правоволодільцем другій особі права використання твору у повному обсязі, права дозволяти іншим особам використовувати твір на певних умовах і права забороняти використання твору третіми особами, з можливістю подальшої передачі усіх зазначених прав.

Дозвіл використання твору на певних умовах є дозволом правоволодільця третій особі використовувати твір на умовах, вказаних у законі та/або договорі.

РОЗДІЛ 2. ВИДИ І ЗМІСТ ПРАВОМОЧНОСТЕЙ ПРАВОВОЛОДІЛЬЦЯ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ЛІЦЕНЗУВАННЯМ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

2.1. Поняття і види правових форм, що виникають у зв'язку з ліцензуванням майнових прав інтелектуальної власності

Загальноновизнаною функцією права є регулювання поведінки суб'єктів права через встановлення заходів належної поведінки або певних меж можливої поведінки (правомочностей). Варіанти реалізації суб'єктивних можливостей, зобов'язань і станів у теорії права називаються правовою формою. При створенні результатів творчої, інтелектуальної діяльності, а також при розпорядженні правами на них поведінка суб'єктів права інтелектуальної власності врегульована на національному та міжнародному рівнях. Разом з тим ліцензія і ліцензування як правова форма реалізації майнових прав інтелектуальної власності не була безпосереднім предметом глибокого наукового дослідження. У ліцензійному правовідношенні реалізуються зв'язки суб'єктів, що виникають при акцепті ліцензійних умов, викладених в оферті, у тому числі публічній оферті (відкритій ліцензії).

У вітчизняному законодавстві на даний момент не існує можливостей розширення цивільно-правових форм розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності у формі ліцензії-дозволу, у тому числі шляхом запровадження відкритих ліцензій. Зазначена юридична проблема стримує розвиток ринку ліцензування, а також не відповідає сформованим методам ведення бізнесу у сфері розробки комп'ютерних програм, фотографії, музики.

Переходячи до питання про ліцензування прав інтелектуальної власності, видається доцільним розглядати його на прикладі майнових авторських прав, а

особливо, якщо дослідити таку цивільно-правову форму розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, як ліцензія.

Зміст права інтелектуальної власності становить можливість уповноваженого суб'єкта надавати дозвіл (ліцензію) на використання нематеріального об'єкта протягом певного терміну і на визначеній території, при встановленій законом забороні усім третім особам на використання цього об'єкта. Отже, фактично, законом встановлюється тимчасова монополія автора та суб'єкта суміжних прав на використання свого творчого результату.

Право інтелектуальної власності, включаючи авторське право і суміжні права, є виключним, поширюється не лише на чітко визначений об'єкт, а й на тотожні або схожі об'єкти, має самостійну економічну цінність і може відчужуватись (обертатись у цивільному обігу). Тому право інтелектуальної власності методологічно будується на негативному обов'язку будь-якої особи утриматись від спеціально несанкціонованих правоволодільцем або законом дій з використання охоронюваного об'єкта. Легальним способом подолання такої тимчасової монополії є отримання ліцензії-дозволу на використання об'єкта, що охороняється.

Правомочність вимоги як елемент змісту майнового права розкривається через юридично забезпечену можливість правоволодільця впливати на будь-яку особу з метою отримання від неї належної поведінки, що обумовлена юридичним обов'язком, що кореспондується виключному (майновому) авторському або суміжному праву, шляхом повідомлення про факт власного правоволодіння, а також шляхом висування вимоги про припинення дій, що порушують або створюють загрозу порушення майнових прав інтелектуальної власності, у тому числі звертатись за застосуванням засобів правоохоронного характеру. Загальноприйнято вважати виключність права інтелектуальної власності як право забороняти використання всім третім особам. Останнім часом таке розуміння природи права інтелектуальної власності піддається

критиці. Так, право забороняти є правомочністю вимоги певної чужої поведінки як елемент будь-якого суб'єктивного права.

Здійснення суб'єктивного права є поведінкою правоволодільця або іншої уповноваженої особи, що відповідає змісту правомочностей, що забезпечені правоволодільцю законом. Умови здійснення права – це нормативно встановлені вимоги до суб'єкта і процесу здійснення права. Вимоги до процесу здійснення права включають до себе: процедурні вимоги здійснення права, умови про строк здійснення права, умови про обов'язковість здійснення права і межі здійснення права. Вимоги до суб'єкта здійснення права – це вимога про відповідність необхідному рівню дієздатності і спеціальному правовому статусу.

З наведеного вище випливає, що розпорядження виключним правом шляхом його обтяження означає встановлення інших суб'єктивних прав, які обмежують здійснення виключного права: право ліцензіата за ліцензійним договором, право заставодержателя при заставі майнового права тощо. Суб'єкт виключного права своєю волею обмежує своє право у здійсненні в більшій чи меншій мірі; при цьому ідеальна інформаційна природа об'єкта виключного права визначає правові механізми такої форми розпорядження правом, зокрема, наявність інституту невиключних ліцензій (можливість надання права використання об'єкта одним і тим самим способом необмеженому колу осіб).

Зміст правомочності розпорядження виключним правом (вид і характер розпорядчого правочину) у значній мірі обумовлений природою об'єкта права. Це проявляється в тому, що нематеріальна сутність об'єктів авторського права і суміжних прав (крім усних творів і виконання) передбачає неможливість їх знищення (за аналогією зі знищенням речі як однієї з форм розпорядження нею). Однак знищення останнього або єдиного матеріального носія або іншої об'єктивної форми об'єкта хоча і не означає втрату самого об'єкта виключного права, але неминуче призведе до значних ускладнень у здійсненні такого виключного права, а найчастіше – до неможливості його здійснення.

Оскільки питання про природу ліцензії не стало досі предметом глибокого дослідження, то й питання про природу права на ліцензування спіткала та сама доля. На перший погляд, очевидною є сумнівність можливості віднесення такого права до категорії суб'єктивних (прав вимоги), оскільки воно якби передуює виникненню суб'єктивних прав. Реалізація права на ліцензування створює лише передумову для виникнення суб'єктивних прав після акцепту ліцензії. А. Б. Бабаєв дотримується думки, що секундарні права є різновидом відносних суб'єктивних цивільних прав, поряд з правами вимоги (тобто суб'єктивними правами, які традиційно протиставляються секундарним), оскільки уповноваженому суб'єкту належить виключна можливість задовольнити власний інтерес, яке може служити предметом судового захисту та здатне до передачі у порядку універсального правонаступництва [48, с.5]. Вбачається, що, зіставивши цю правову можливість із категорією секундарних прав, можна зробити висновок про те, що секундарні права є проміжною категорією між правоздатністю як такою і суб'єктивним правом. Під таким кутом зору заслуговує уваги позиція С. В. Третьякова, відповідно до якої секундарному праву не відповідає обов'язок. Це створює проблему для трактування секундарного права як суб'єктивного в тому разі, якщо вважати ознакою суб'єктивного права його нерозривний зв'язок з відповідним йому юридичним обов'язком у правовідносинах, а правовідносини розуміти виключно в їх класичній представницько-зобов'язальній моделі (право – обов'язок). Рішення описаної проблеми може полягати у можливості юридичної кваліфікації секундарного права як особливої правомочності. Специфіка такої правомочності полягає у тому, що цьому поняттю притаманна більшість ознак суб'єктивного права, але вона не реалізується у правовідносинах [49, с.255].

Для вирішення правової невизначеності німецькою класичною доктриною цивільного права була висунута теза про те, що розпорядчі можливості слід конструювати як особливі правомочності, що не входять до складу відповідного суб'єктивного права [49, с.256]. Е. Зеккель запропонував іменувати такі

правомочності розпорядчими (перетворюючими) правами (Gestaltungsrechte) або секундарними правами [50, с.211; 51, с.241]. На думку Е. Зеккеля, приватне секундарне право слід визначити як суб'єктивне (конкретне) приватне право, зміст якого полягає у можливості встановити (перетворити) конкретні юридичні відносини за допомогою односторонньої угоди [50, с.211]. В. А. Белов вважає, що секундарне право є системою юридично захищених і визнаних правопорядком можливостей правоздатної особи придбати те чи інше суб'єктивне право та уповноваженої особи – мати суб'єктивне право, що набувається, здійснювати його (у тому числі – охороняти і захищати), а також розпоряджатися ним (визначати його юридичну долю) [51, с.552]. А. Б. Бабаєв розглядає секундарні права як можливість власними діями викликати настання бажаних наслідків – виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків [52, с.7]. З погляду А. В. Єгорова, під Gestaltungsrechte розуміють такі права, завдяки яким уповноважена особа безпосередньо впливає на правове становище іншої особи, проти якої реалізується право, без будь-якого сприяння з її боку [53, с.245].

Традиційно до секундарних прав у сфері договірної угоди відносять право на відмову від угоди або його зміни в односторонньому порядку, право вибору в альтернативному зобов'язанні, право на витребування виконання, право на зміну виду виконання, визначеного раніше, право акцептанта при отриманні оферти, право давати або відмовити у дачі згоди (схвалення) тощо.

Видається, що право на відкрите (вільне) ліцензування і секундарні права мають спільні риси, оскільки в основі механізму надання відкритої (вільної) ліцензії лежить акт одностороннього волевиявлення уповноваженого суб'єкта, що справедливо і для секундарних прав. Як зазначав Е. Зеккель, засобом перетворення правовідносин секундарним правом є односторонньо виражене в угоді волевиявлення [50, с.211]. Волевиявлення в зазначених явищах не ставиться у залежність від згоди чи незгоди третіх осіб. Як пише В. А. Белов, володілець секундарного права користується абсолютною владою у питанні

здійснення такого і, отже, отримує можливість набути те чи інше конкретне суб'єктивне право, нічого не надаючи натомість тим суб'єктам, яким доведеться забезпечувати суб'єктивне право, що набуто (припинення або зміну) особою, яка здійснила секундарне право [27, с.553].

Реалізація правомочності надати можливість використання об'єкта авторського права за відкритою (вільною) ліцензією так само, як і реалізація секундарних прав, забезпечується обов'язком утриматися від будь-яких дій, здатних обмежити волю уповноваженого суб'єкта. Подібні домагання третіх осіб вилучаються зі сфери їх правоздатності. Як справедливо зазначає В. А. Белов, дії, що становлять зміст секундарних прав, вчинені особою, яка не має правомочностей, або вчинені поза обсягом правоздатності, є юридично не належними (неможливими), а отже неправомірними діями. Завдяки цьому неправоздатність можна визнати засобом забезпечення секундарних прав – конкретизованої (динамічної) складової правоздатності [27, с.555].

Якщо розглянути під цим кутом ліцензію, у тому числі відкрити (вільну), то з змістовної точки зору вона є обтяженням виключних (майнових) прав. Вільна ліцензія є не відмовою від копірайту, а наданням деяких свобод у використанні об'єкта. Ці свободи за обсягом ширші, ніж передбачають правила добросовісного використання. Їх точні контури залежать від вибору автора [54, с.251]. Вбачається, що правильніше говорити про самообмеження прав, свідомо і добровільно вчиненого правоволодільцем.

На жаль, нинішній рівень юридичних знань не дозволяє поки що вирішити це питання, так само, як і питання про деякі інші правові форми, що не укладаються в існуючі класифікації. Так, В. А. Белов символізував існування особливих правових форм, що належать до категорії рефлексивних правових ефектів, коли розглядав правову природу можливостей з використання ділянок загального користування: законодавець мимоволі закріплює можливість будь-кого і кожного користуватися такими ділянками для забезпечення своїх особистих (споживчих) потреб. Громадяни можуть користуватися такими

ділянками для переміщення (можуть ходити і їздити по дорогах на особистому і громадському транспорті), для відпочинку, для зупинки і стоянки особистих транспортних засобів; вони можуть оглядати пам'ятки, що знаходяться на таких ділянках; вони можуть забирати воду, купатися і пересуватися по водних об'єктах, займатися риболовлю; вправі перебувати в лісах, здійснюючи там збір трав, ягід і грибів, а також (при дотриманні спеціальних умов) займатись полюванням. Перераховані вище юридичні можливості – це не суб'єктивні права, оскільки неможливо вказати на носія кореспондуючих їм юридичних обов'язків, і не елементи правоздатності, оскільки ці можливості стосуються конкретних об'єктів цивільного обороту (тобто вони позбавлені достатньою мірою абстракції). Перед нами якась особлива правова форма, причому така, що відноситься до розряду рефлексивних правових ефектів [27, с.200]. Однак слід визнати той факт, що такого роду поведінкова можливість впливає з наявності правоздатності, оскільки, як писав С. В. Третьяков, породження прав і обов'язків для самого себе є загальним правилом, проявом автономії волі і охоплюється категорією правоздатності [49, с.259].

2.2. Правомочності суб'єкта, що реалізуються поза правовідношення в майнових правах інтелектуальної власності

Світовий досвід застосування інституту вільних ліцензій, дозволяє без порушення авторських прав створювати похідні твори, сприяє активізації аматорської творчості, а розробникам комп'ютерних програм дозволяє використовувати вільне програмне забезпечення (програми з відкритим вихідним кодом) у складі своїх творчих рішень, внаслідок чого знижуються витрати на створення, використання і підтримку таких програм. Запровадження цього інституту відкриває широкі можливості для освітньої та науково-дослідної діяльності, завдяки створенню правової основи для безоплатного поширення наукового знання, наприклад, згадувана вже модель «Вікіпедія. Вільна енциклопедія». Він став новим правовим інструментом комерціалізації інтелектуальної власності, особливо у сфері аматорської творчості. Останнім часом сучасний законодавець обрав два основні напрями у сфері авторського права: посилення правової охорони, у тому числі за допомогою адміністративно-правових заходів впливу, та розширення диспозитивності.

Право на вільне ліцензування є реалізованою у правовому полі можливістю суб'єкта авторського права добровільно обтяжувати себе станом пов'язаності, а його реалізація є юридичним фактом, з яким пов'язується виникнення секундарного права на акцепт для особи, що заздалегідь не визначена, але виявила бажання використовувати об'єкт авторського права на визначених умовах. Разом із тим видання правоволодільцем вільної ліцензії є цивільно-правовою формою реалізації правомочностей автора на твір.

Цивільне і авторське законодавство в Україні не передбачає такої можливості. Більш того, ч. 3 ст. 269 ЦК України прямо забороняє передачу або відмову від особистого немайнового права, у тому числі особистого

немайнового права автора. Така нормативна позиція в умовах сучасного електронного розвитку вже не відповідає потребам суспільства. Вирішенню подолання цієї невідповідності присвячений цей підрозділ. Аналізуючи останні дослідження і публікації з даної теми та виділяючи невирішені раніше певні аспекти загальної проблеми, слід відзначити, що в цивілістиці дореволюційного і радянського періодів проблема ліцензування, зокрема, вільного ліцензування використання творів самостійно не вивчалася. В даний час ця проблема продовжує залишатися для вітчизняної юриспруденції новою, малодослідженою. Існує всього декілька опублікованих статей на цю тему, авторами яких є О. С. Войніканіс [3], А. І. Савельєв [4], С. О. Серєда [5], В. О. Слищенков [6, с.13] і А. Є. Левін [6, с.13]. Крім того, питання використання вільних ліцензій були частково порушені у дисертації М. Ф. Радаїкіна [7, с.18]. Окремі питання вільного використання об'єктів авторського права, в тому числі пов'язаних з Інтернетом, були предметом наукового розгляду, наприклад, у монографії С. А. Бабкіна [8], дисертації Б. Є. Семенюти [9], а також у деяких наукових статтях, але вони майже не торкалися проблем вільного ліцензування в авторському праві. Таким чином, слід констатувати низький ступінь наукової розробленості обраної для дослідження теми, у зв'язку з чим у даному підрозділі зроблено спробу її вивчення.

Відповідь на питання про те, що є об'єктом поведінкових можливостей у юридичній науці є неоднозначною. Навряд чи можна погодитися з тим, що це безпосередньо матеріалізований результат інтелектуальної, творчої діяльності. Такий висновок ґрунтується на нематеріальній природі об'єктів авторського права. Такий погляд є класичним. Так, Е. П. Гаврилов писав, що твір – це результат творчої діяльності автора, його творчого мислення, продукт людського мозку, але мозок людини може виробляти лише нематеріальні об'єкти. У цьому зв'язку слід підкреслити, що твір охороняється авторським правом саме як нематеріальний об'єкт [56, с.10]. О. Л. Маковська, з посиланням на думку І. А. Грінгольц, відзначала, щоб стати товаром, об'єкт виключного

права має бути недоступним, поза актом обміну з тим, хто має потребу у ньому як у споживчій вартості. За своєю природою, будучи якимось повідомленим людям, він фізично виходить з-під контролю (влади) правоволодільця, а подальше його привласнення споживачами, якщо в ці відносини не втрутиться право, відбувається вільно [57, с.291].

Проблему необоротності нематеріального твору законодавець методологічно намагається вирішити за допомогою створення відповідного правового режиму, який забезпечується цілим набором авторських та інших суб'єктивних цивільних прав на твір.

Відповідно до ст.1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» виключне право – це майнове право особи, яка має щодо твору, виконання, постановки, передачі організації мовлення, фонограми чи відеограми авторське право і (або) суміжні права, на використання цих об'єктів авторського права і (або) суміжних прав лише нею і на видачу лише цією особою дозволу чи заборони їх використання іншим особам у межах строку, встановленого законом.

Що стосується правомочності користування, то вона, якщо розуміти її у широкому сенсі, як можливість уповноваженого суб'єкта отримувати корисні властивості з належного йому об'єкта права, є справедливою для будь-якого об'єкта цивільних прав, у тому числі й для тих, що мають нематеріальну природу. Саме завдяки використанню того чи іншого соціального блага, що охороняється правом, людина задовольняє свої фізіологічні і духовні потреби. В. А. Дозорцев запропонував щодо прав на результати інтелектуальної діяльності іменувати цю правомочність використанням через відмінність у змісті з речово-правовою категорією. Він писав, що матеріальний об'єкт може використовуватись у зв'язку зі своєю обмеженістю у просторі в той чи інший момент лише однією особою або у всякому разі обмеженим колом осіб. Нематеріальний об'єкт може бути використаний одночасно необмеженим колом

осіб, і вже тому правомочність користування потрібно відрізнити від правомочності використання [61, с.114–115].

Крім того, розрізняються за змістом використання виключного права і результату інтелектуальної, творчої діяльності, що становить його об'єкт. Використання виключного права як права майнового, крім іншого, припускає можливість отримання доходів.

Що ж стосується використання об'єкта виключного авторського права, то перелік способів використання закріплений у ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право та суміжні права», ст. 426, 441 ЦК України. Д. І. Мейєр зазначав, що позитивно визначити сферу права немає можливості: для цього потрібно визначити всі права, які належать особі; але кожне право може бути поділено до нескінченності, так що доводиться розраховувати всі дії, які може здійснити особа, що, вочевидь, неможливо [62].

Що стосується виключного права, то воно, з одного боку, будучи майновим правом, визнається ст. 177, 190 ЦК України різновидом майна, з іншого – не є річчю. Вважаємо недоречною і помилковою формулу, що наведена у ч. 2 ст. 190 ЦК України: майнові права є неспоживною річчю. Майнові права визнаються речовими правами, оскільки права і речі – різні об'єкти цивільних прав. Правові режими їх різні. Незважаючи на безтілесність об'єктів виключного права, як, утім, будь-якого іншого майнового права, не викликає сумніву наявність у його володільця правомочності, що надає можливість фактичного панування над цим правом. В іншому випадку майнове право втратить здатність до відокремлення за конкретним володільцем (ст. 178 ЦК України), а отже, і споживчу цінність (мінову вартість) та перейде до категорії нематеріальних благ, тобто стане своєю протилежністю.

Набагато складніше це питання вирішується стосовно об'єкта виключного права – нематеріального результату інтелектуальної, творчої діяльності. В. А. Дозорцев наполягав на тому, що виключне право не включає і не може включати в себе право володіння, яке завжди має своїм об'єктом матеріальну

річ, його немає зовсім [61, с.114]. Ще Г. В. Ф. Гегель у «Філософії права» ставив питання про те, чи знаходиться художник, вчений в юридичному володінні своїм мистецтвом, своєю наукою, своєю здатністю читати проповіді, правити обідню, тобто чи являє собою подібне речі. Важко назвати таке вміння, знання, здібності тощо речами, оскільки, з одного боку, про такого роду володіння ведуться переговори і укладаються договори, з іншого – це володіння є щось внутрішнє, духовне, розум може опинитися в сумніві з приводу їх юридичної кваліфікації, бо він виходить з протилежності: або річ, або не річ [63, с.100–101]. Інтелектуальна власність, за Гегелем, є внутрішня власність духу [63, с.102].

Природа абсолютних правовідносин обумовлює наявність третьої правомочності виключного права – правомочність володіння, адже це можливість панування, що виключає вплив третіх осіб, право припиняти несанкціонований доступ до об'єкта, підтримувати межу особистої влади відносно об'єкта. Як пише Р. О. Мерзлікіна, утримання від неправомірних дій впливає з абсолютності виключного права. Володіння, як відомо, належить до матеріальних об'єктів, але і користування, і розпорядження – теж тільки до них. Якщо для користування законодавець визнав можливим знайти аналог у вигляді використання (що, по суті, більше символ, ніж реальне явище, оскільки означає ту ж міру поведінки, лише стосовно особливих об'єктів), то чому для юридичної характеристики володіння нематеріальним (нетілесним) об'єктом нам не можна скористатися правомочністю володіння або іншим терміном? [60, с.168].

Отже, саме правомочність володіння детермінує правову охорону того чи іншого об'єкта за конкретним суб'єктом і є передумовою не лише для існування всіх інших правочинів, але правової охорони даного соціального блага взагалі. Все це означає, що і правомочність володіння (володіння) і правомочність користування (використання) у широкому сенсі можуть застосовуватись як до виключного права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, так і до

об'єктів цього виключного права, тобто самих результатів інтелектуальної діяльності. Склад правомочностей правоволодільця стосовно майнових прав і нематеріальних благ, таким чином, відрізняється наявністю (або відсутністю) правомочності розпорядження, а також змістом розглянутих правомочностей внаслідок неможливості застосування речово-правових конструкцій до нематеріальних (нетілесних) результатів інтелектуальної, творчої діяльності.

Що стосується результатів інтелектуальної діяльності, то з урахуванням їх нематеріальної природи і на підставі ч. 4 ст. 423 ЦК України, що встановлює принцип невідчужуваності і оборотоздатності особистих немайнових прав інтелектуальної власності, виключається розпорядження ними. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом (ч. 4 ст. 423 ЦК України). Незважаючи на це, у літературі з'являються заклики до відмови від безумовного застосування принципу невідчужуваності особистих немайнових прав, що є реакцією на зростання майнового значення нематеріальних благ, які традиційно вважалися особистими немайновими, і, відповідно, на їх залучення в майновий оборот [65, с.57].

В. А. Дозорцев вважає, що до змісту виключного права входить дві правомочності – використання і розпорядження [61, с.128], при цьому об'єктом використання є сам результат творчої діяльності, а об'єктом розпорядження – право на нього, право його використання [61, с.128]. З ним погоджується Е. П. Гаврилов, зазначаючи, що право використання відноситься до охоронюваного об'єкта, а право розпорядження – до виключного права на об'єкт, що охороняється [64]. Якщо припустити, що виключне право – об'єкт правомочності розпорядження, то останнє з точки зору формальної логіки не може входити до складу цього права, воно йому протистоїть. Це пов'язано з тим, що результат інтелектуальної діяльності (як нематеріальне благо) і виключне право на нього (як майнове право) є двома самостійними об'єктами цивільних прав, при цьому перший не може бути предметом майнового

обороту. Тоді або слід допустити існування крім виключного права на твори (яке включає правомочності володіння і використання) якоїсь юридичної конструкції надвиключного права – права на виключне право, або списати це логічне протиріччя на методологічну ваду теорії виключних прав, яка намагається перенести речово-правові категорії на нематеріальні об'єкти.

Розпорядження як правомочність у контексті вільного ліцензування реалізується шляхом використання уповноваженим суб'єктом можливості добровільно обтяжити себе станом пов'язаності внаслідок надання заздалегідь невизначеному колу осіб права на акцепт вільної ліцензії, що є публічною офертою. Іншими словами, правомочність розпорядження є не об'єктом правового впливу, а його засіб і у цьому зв'язку може бути віднесений до іншого елемента (якщо розглядати структуру поведінкової можливості за аналогією з правовідносинами) – змісту. У цьому контексті саме правомочність розпорядження може розглядатися як можливість задовольнити інтерес суб'єкта власними діями, як прояв автономії волі і свободи вступати у договірні правовідносини, тобто як засіб забезпечення договірної диспозитивності. Такий підхід, на нашу думку, виглядає найбільш обґрунтованим, а також здатний вирішити надзавдання – заповнити методологічні вади концепції інтелектуальних прав.

Уповноваженим суб'єктом (правоволодільцем) може виступати автор (фізична особа, творчою працею якої створено твір) або співавтори, його правонаступник, особа, що набула права, необхідні для надання вільної ліцензії на підставі договору, внаслідок трудових відносин з автором і за іншими підставами (похідні правовласники). Крім автора (співавторів), які є фізичними особами, уповноваженими суб'єктами у відносинах даного типу можуть виступати і юридичні особи (похідні правоволодільці – видавці, продюсери тощо) за умови наявності у них достатнього обсягу правомочностей.

Отже уповноваженим суб'єктом може бути володілець виключного авторського права. З аналізу чинного законодавства випливає, що до суб'єктів,

які потенційно можуть у достатньому обсязі володіти правом використання твору, можуть бути віднесені ліцензіати за умови наявності письмової згоди ліцензіара (ст. 426, 427 ЦК України), що може бути виражено у вигляді відповідної умови договору, у формі іншого письмового документа чи прирівняній до нього формі.

Вбачається, що така згода може бути дана як у самому ліцензійному договорі без вказівки конкретних субліцензіатів, так і окремо – на укладення конкретного субліцензійного договору. При цьому ліцензіар має право обмежити свою згоду можливістю укладання субліцензійних договорів про надання лише окремих способів використання результату інтелектуальної діяльності з числа тих, які були надані ліцензіату.

Вчення про правову форму дозволяє обґрунтувати положення про те, що відкриті (вільні) ліцензії суттєво змінюють уявлення про абсолютно-правову природу виключного права. Як зазначалося вище, вільна ліцензія обтяжує виключне право, але, наприклад, річ, що знаходиться у власності також може бути обтяжена, наприклад, правом оренди. Якщо провести аналогію з річчю, що обтяжується правом оренди, яке істотно обмежує правомочності власника щодо володіння та користування річчю, і обтяженням виключного права вільною ліцензією, то у першому випадку право власника відновиться у повному обсязі після закінчення терміну оренди (еластичність права власності), а у другому – не відновиться вже ніколи внаслідок принципу безумовної безвідкличності ліцензійної оферти. Іншими словами, у першому випадку ми бачимо реалізацію дієздатності активними діями суб'єкта (шляхом вчинення юридичного факту – правочину), а у другому – обмеження меж правоздатності суб'єкта шляхом розміщення заяви (оферти) – вільної ліцензії.

Дії оферента-ліцензіара, спрямовані на виникнення стану пов'язаності з потенційним акцептантом-користувачем, переводять у категорію правонездатності вимоги про усунення третіх осіб від впливу на належний оференту-ліцензіару об'єкт авторського права, безумовно, безповоротно і

безстроково перетворюючи останнього в юридично незобов'язаного. Викладене змінює уявлення про абсолютну природу виключного права. Останнє вже характеризувалося як послаблене абсолютне право [61, с.9-10, с.119]. Однак це положення пояснювалося обмеженнями, що зумовлені інформаційною природою інтелектуальної власності, що носять об'єктивних характер, тобто незалежний від волі суб'єктів права. Інститут вільної ліцензії дозволяє межі виключного права ставити у залежність не лише від обмежень, встановлених позитивним правом (режим суспільного набуття, випадки справедливого вільного використання тощо), але і обтяжень, встановлених свідомо-вольовими поведінковими актами суб'єктів.

2.3. Характеристика зобов'язального правовідношення, що виникає при акцепті ліцензії

При акцепті оферти відбувається укладення договору, при акцепті ліцензії укладається ліцензійний договір. Відповідно до ч. 1 ст. 1109 ЦК України за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог закону. Видається, що більш точним було б визначення, яке дозволяло бна більших диспозитивних засадах регулювати цей інститут, наприклад: за ліцензійним договором володілець майнового авторського права на результат інтелектуальної, творчої діяльності (ліцензіар) надає або зобов'язується надати іншій стороні (ліцензіату) право використання вже існуючого результату в передбачених договором межах. Ліцензія в авторському праві є найбільш поширеним і таким, що найбільш відповідає інтересам автора, способом розпорядження виключним правом, оскільки, як зазначають Л. Бентлі і Б. Шерман, виключні права на твір як об'єкт інтелектуальної власності у разі видачі ліцензії вважаються не переданими, адже в найзагальнішому вигляді ліцензійна угода є лише видачею дозволу на використання твору [12, с.444].

Шляхом акцепту вільної ліцензії може укладатись лише один вид ліцензійних договорів – договір простої (невиключної) ліцензії. З правової природи вільних ліцензій випливає, що вонияк спосіб укладення договору застосовні тільки до договорів невиключної ліцензії (ч. 4 ст. 1109 ЦК України). Оскільки відповідно до ч. 3 ст. 1108 ЦК України виключна ліцензія передбачає надання ліцензіату права використання результату інтелектуальної діяльності без збереження за ліцензіаром права видачі ліцензій іншим особам, застосування до цієї договірної конструкції інституту публічної оферти виключається.

Якщо ми звернемося до текстів типових вільних ліцензій, то всюди зустрінемо вказівку на їх невиключність. Ця умова закріплена в п.6 ліцензії

GNU GPL v.2.0, п. 3 умов ліцензії Creative Commons, п. 2 Публічної ліцензії Європейського Союзу v.1.1.

З цим фактом пов'язується виникнення ліцензійних зобов'язальних правовідносин. Як писав М. М. Агарков, зобов'язання є відносними правовідносинами на протигагу абсолютним, у яких активній стороні протистоїть невизначене коло пасивних суб'єктів [67, с.19-20]. Ф. І. Гавзе запропонував визначити зобов'язання (і зобов'язальні правовідносини) як цивільні правовідносини, в силу яких одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію – передати майно, виконати роботу, сплатити гроші тощо або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку [68, с.11]. Е. Годеме вважав, що зобов'язання – це правовий зв'язок, за допомогою якого одна особа зобов'язана щодо іншої до надання, дії або утримання [69, с.18].

Щоб визначити об'єкт ліцензійних правовідносин (зобов'язання), спочатку з'ясуємо зміст загального поняття – «об'єкт правовідносин».

М. Г. Александров, який критикував зарахування об'єкта правовідносин до числа його елементів, вважаючи, щояк об'єкт можуть розглядатись дії зобов'язаної особи, що поглинаються таким елементом правовідносин, як його зміст, тим не менше зауважував, що в тих випадках, коли правовідносини між особами виникають з приводу речі (або об'єктивованого продукту «духовного» виробництва), то для таких правовідносин відповідна річ і буде об'єктом правовідносин (саме об'єктом правовідносин, тобто об'єктом не лише права, але обов'язків) [70, с.22].

Вище ми вже констатували, що об'єктом поведінкових можливостей суб'єкта не може бути безпосередньо об'єктивований предмет духовного виробництва через властивості нематеріальності; об'єктом виступає майнове право використання такого об'єкта.

Ця позиція є панівною у сучасній юридичній літературі. Так, О. П. Сергеев вважає предметом ліцензійного договору надання права використання твору, а

не сам твір (результат інтелектуальної діяльності [71, с.224]. Л. Трахтенгерц, зазначає, що ліцензійний договір укладається з метою використання ліцензіатом окремого об'єкта інтелектуальної власності, що належить ліцензіару [72].

В. Н. Кастальський вважає, що предметом цивільно-правових угод з приводу охоронюваних результатів інтелектуальної діяльності та прирівняних до них засобів індивідуалізації є права на такі результати [73, с.38].

Слід зазначити, що умови про способи використання відповідного результату інтелектуальної діяльності, що визначають конкретні правомочності ліцензіата з використання твору, віднесені законом до категорії істотних, поряд з умовою про предмет та ціну платного договору. Стаття 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст. 440, 441 ЦК України передбачає приблизний, не вичерпний перелік способів використання твору. Зіставлення цього переліку з умовами типових вільних ліцензій Creative Commons, GNU і EURL дозволяє висунути тезу про те, що типові вільні ліцензії під поняттям «використання» мають на увазі весь набір правомочностей, якщо інше не впливає із суті зобов'язання.

Ліцензія GNU GPL надає право використовувати комп'ютерні програми такими способами: виготовляти (відтворювати – п. 2 ч. 1 ст. 441 ЦК України), поширювати екземпляри (п. 7 ч. 1 ст. 441 ЦК України), модифікувати (переробляти, створювати похідні програми – п. 4, 5 ч. 1 ст. 441 ЦК України). При цьому відповідно до преамбули до ліцензії дія цієї ліцензії не поширюється на здійснення інших прав, крім відтворення, розповсюдження та модифікації програмного забезпечення [74]. При цьому системне тлумачення умов ліцензії дозволяє зробити висновок, що правомочність розповсюдження трактується зазначеною Ліцензією ширше, ніж українським законодавцем. У це поняття, зокрема, можна включити право на прокат (п. 7 ч.1 ст. 441 ЦК України), імпорт оригіналу або примірників твору з метою розповсюдження (п. 8 ч. 1 ст. 441 ЦК України – п. 1 ліцензії GNU GPL) і право на доведення до загального відома (ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права») в разі

розповсюдження програми в мережі Інтернет. Решта правомочності не будуть зачіпатися ліцензією, на наш погляд, лише тому, що ці способи використання (публічний показ, прокат, публічне виконання, повідомлення в ефір, повідомлення по кабелю і практична реалізація архітектурного, дизайнерського, містобудівного або садово-паркового проекту) не застосовні до програм для ЕОМ. Разом з тим у разі, якщо транслювати умови ліцензії GNU GPL на майнові права інтелектуальної власності відносно інших творчих об'єктів, то інші способи можуть бути включені до зазначеної ліцензії.

Ліцензія EURL однозначно підтверджує наведену тезу, оскільки в п. 2 встановлює право ліцензіата використовувати твір у будь-якому вигляді, будь-якими способами, включаючи право відтворювати, модифікувати (переробляти) і створювати похідні твори, доводити до загального відома, поширювати екземпляри твору, передавати в прокат і оренду і укладати субліцензійні договори [75].

Ліцензії Creative Commons так чи інакше дозволяють або забороняють використовувати твори наступними способами: відтворювати (п. 2 ч. 1 ст. 441 ЦК України), поширювати (правомочність при системному тлумаченні ліцензії об'єднує право поширювати екземпляри, право на прокат і імпорт оригіналу або примірників твору з метою поширення п. 7 ч. 1 ст. 441 ЦК України), публічно виконувати (правомочність при системному тлумаченні ліцензії об'єднує право на публічний показ, право на публічне виконання, право на передачу в ефір і по кабелю – пп. 6 ч. 1 ст. 441 ЦК України), модифікувати (переробляти), створюючи похідні твори і поширювати примірники останніх (п. 4, 5 ч. 1 ст. 441 ЦК України), доводити до загального відома (п. 1 ч. 1 ст. 441 ЦК України, ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). При цьому правоволодільцю надається право обмежити використання тільки некомерційним використанням, виключити з ліцензії право на переробку – створення похідних творів.

Отже, типові конструкції для визначення поняття «використання» застосовують усі допустимі способи використання твору, дозволяючи правоволодільцю самому зменшити перелік способів використання або передбачити для них ті чи інші обмеження. Всі перераховані конструкції вільних ліцензій у будь-якому разі являють собою мінімальний набір способів використання, в який включаються правомочність відтворення і розповсюдження. При цьому останнім правомочність тлумачиться ширше, ніж у ст. 441 ЦК України і крім правомочності розповсюдження як такого включає право на прокат і імпорт оригіналу або примірників твору з метою розповсюдження), а іноді і право на доведення до загального відома.

Сказане, однак, не означає, що правоволодільць пов'язаний цим мінімальним набором правомочностей, якщо він не користується зазначеними типовими конструкціями ліцензій. Принцип свободи договору забезпечує йому можливість надати можливість використання об'єкта авторського права будь-яким способом на його розсуд (ст. 6, ч. 2 ст. 441 ЦК України).

Сторонами правовідносин є ліцензіар і ліцензіат. Будь-якою стороною може бути будь-яка дієздатна особа, як фізична, так і юридична, а також публічно-правові утворення. Суб'єкт, який виступає на стороні ліцензіара, має володіти достатнім для надання вільної ліцензії обсягом правомочностей з використання об'єкта авторського права.

Зі змістовної сторони ліцензійне зобов'язання в загальному вигляді складається з належного ліцензіату права використання твору способами, в територіальних та часових межах, визначених договором, та кореспондуючого йому обов'язку ліцензіара надати таке право. У разі, якщо ліцензійний договір є оплатним, до змісту зобов'язання включається право ліцензіара вимагати обумовленої договором винагороди та кореспондуючий обов'язок ліцензіата щодо її сплати. Докладніше розглянемо змістовні аспекти ліцензійного договору.

1. Право використовувати твір певними способами, на певній території і на певний термін і обов'язки, що йому кореспондуються.

До істотних умов ліцензійного договору, що встановлені ст. 32 Законом України «Про авторське право і суміжні права», ст. 1108, 1109 ЦК України, можна віднести умови про предмет договору, способи використання, ціну платного ліцензійного договору, територію та строк, на які надається право використання. Умова про предмет ліцензійного договору одночасно індивідуалізує предмет виконання (конкретний об'єкт права інтелектуальної власності) і визначає характер самого договору (надання виключного або невиключного права використання). Звісно ж, що умова про предмет ліцензійного договору цим не обмежується.

Хоча в ч. 3 ст. 1109 ЦК України вказується, що в ліцензійному договорі має бути вказана територія, на якій допускається використання результату інтелектуальної, творчої діяльності, а також термін договору, в юридичній літературі умова про терміні і території використання часто розглядаються як самостійні умови, при цьому висловлюється думка про можливість віднесення їх до істотних умов договору. Вважаємо, що умови про термін і території використання також є атрибутами умови про предмет, оскільки поряд зі способами використання вони визначають сферу (межі) реалізації права використання твору, що є предметом договору, а отже, невід'ємні від нього. Частина 7 ст. 1109 ЦК України містить диспозитивні норми, що заповнюють відсутність відповідної угоди сторін: у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України і в разі, якщо в ліцензійному договорі строк його дії не визначений, договір вважається укладеним на п'ять років (ч. 3 ст. 1110 ЦК України).

Типові вільні ліцензії також містять вказівку на територію використання (п.3 умов Creative Commons, п. 2 Публічної ліцензії Європейського Союзу визначає їх як всесвітні) і термін – термін дії авторських прав, відповідно до

матеріального права первісного володільця (п. 3 умов Creative Commons і п. 2 Публічної ліцензії Європейського Союзу).

Як бачимо, атрибутивні компоненти умови про предмет знайшли відображення в положеннях типових вільних ліцензій, що позитивно впливає на можливість їх введення в законодавство.

2. Обов'язок зі сплаті винагороди і право ліцензіата, що кореспондуються йому. Це зобов'язання породжує велику кількість різнохарактерних наукових дискусій, зокрема дискусій про те, наскільки наявність або відсутність даної умови змінює систему ліцензійних зобов'язань за договором, про допустимість безоплатних ліцензійних договорів у відносинах між підприємцями тощо.

Утім обґрунтування односторонньо зобов'язуючого характеру безоплатного договору простої (невиключної) ліцензії вимагає відповіді на питання, чи є припустимим висновок про безоплатність ліцензійних договорів (особливо у стосунках між підприємцями) у принципі та чи не підпадають вони під ризик заперечування договору з підстав, передбачених для формально схожого з ним договору дарування.

Умова про ціну відплатного ліцензійного договору (обумовленої договором винагороди) також є істотною умовою договору, оскільки за відсутності у безкоштовному ліцензійному договорі умови про розмір винагороди або порядок його визначення договір вважається неукладеним. Таким чином, для визнання договору укладеним необхідно або зазначення розміру (або порядку визначення розміру) ліцензійного винагороди, або – в силу дії презумпції оплатності ліцензійного договору – прямої вказівки на його безоплатність. Як убачається, при вирішенні спору, що викликаний невиконанням або неналежним виконанням відплатного договору, необхідно враховувати, що в разі, якщо у договорі немає прямої вказівки про ціну, і вона не може бути визначена з умов договору, оплата має здійснюватися за ціною, яка при порівнянних обставинах звичайно стягується за аналогічні товари, роботи або

послуги. У разі наявності розбіжностей щодо умови про ціну і досягнення сторонами відповідної угоди договір вважається неукладеним.

Хоча вільні ліцензії не вимагають безоплатності, як уже зазначалось вище, всі відомі конструкції вільних ліцензій передбачають укладення безоплатних ліцензійних договорів. Договірні ризики, пов'язані з можливими аналогіями між безоплатними ліцензійними договорами і договором дарування у відносинах між комерційними організаціями (а правовласниками і користувачами часто є саме вони) вже не розглядаються як гостра проблеми в юридичній літературі. Однак необхідно наголосити, що в науці існують різні позиції щодо цього питання. Так, В. В. Погуляєв вважає, що безоплатний ліцензійний договір не може бути укладений між комерційними юридичними особами [76].

3. Додаткові права та обов'язки сторін, передбачені типовими вільними ліцензіями. На перший погляд, виходячи з принципу свободи договору, сторони можуть передбачити інші взаємні права та обов'язки, пов'язані з використанням твору, наприклад, що впливають з обмежень можливості використання твору, що характерно для типових вільних ліцензій. Такої точки зору, зокрема, дотримується О. Савельєв, про що ми вже зазначали вище.

Таким чином, видається обґрунтованим висновок, що юридичний зміст правовідносин, що виникає в зв'язку з укладенням договору простої ліцензії складають два зобов'язання – з надання права використання і з виплати винагороди. Оскільки вільна ліцензія не передбачає за загальним правилом стягнення плати за використання твору, то зміст договірних правовідносин, що виникає у зв'язку з акцептом вільної ліцензії, становить лише зобов'язання з надання права використання твору певними способами, на певній території і на певний термін, що дозволяє охарактеризувати договір, що укладається за допомогою акцепту вільної ліцензії, як односторонньо зобов'язальний.

Висновки до розділу 2

1. Право на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у формі ліцензії, зокрема, у формі відкритої (вільної) ліцензії, як право на оферту, належить до категорії цивільної правоздатності. Це обумовлено тим, що суб'єкт права інтелектуальної власності діє за власною волею і у власному інтересі, чим породжує для себе самого стан пов'язаності.

2. У разі видачі відкритої (вільної) ліцензії виникають не правовідносини, а особлива правова форма, що характеризується спрямованим впливом на правове становище ліцензіара, з чого випливає уявлення про неї як про форму прояви цивільної правоздатності.

3. Поведінка ліцензіара характеризується рефлексорним впливом на сферу правових можливостей потенційного ліцензіата, при цьому така поведінка може розглядатися як різновид рефлексивних правових ефектів.

4. Об'єктом права на відкрите (вільне) ліцензування, як поведінкову можливість суб'єкта, що реалізується поза межами правовідносин, є суб'єктивні права володіння і використання об'єкта авторського права.

5. З правової природи вільної ліцензії випливає, що її акцептом можливе укладання лише договору простої (невиключної) ліцензії.

6. Аналіз змісту цивільних правовідносин, що виникають на підставі договору простої (невиключної) ліцензії, підтверджує, що до істотних умов договору можна віднести умови про предмет, атрибутивними компонентами якого є умови про способи, термін і території використання), а також умова про винагороду в оплатному договорі.

7. Зміст договірних правовідносин, що виникають у зв'язку з акцептом вільної ліцензії, становить лише зобов'язання з надання права використання твору певними способами, на певній території і на певний термін, що дозволяє охарактеризувати договір, укладений за допомогою акцепту вільної ліцензії, як односторонньо зобов'язальний.

РОЗДІЛ 3. ОБМЕЖЕННЯ ПРАВОМОЧНОСТІ РОЗПОРЯДЖЕННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Розвиток новітніх інформаційних технологій сприяв тому, що копіювати і поширювати твори стало значно простіше. Інтернет-технології відкривають великі можливості для ефективного використання цифрового контенту в мережі Інтернет. Разом з тим стосовно одного об'єкта одночасно виникає багато різнопланових інтересів правоволодільців, користувачів, провайдерів, що вимагає збалансованого підходу до використання творів, що охороняються авторським та суміжним правом. З одного боку, необхідно охороняти права і законні інтереси правоволодільців, з іншого – слід забезпечувати доступ до творів і їх добросовісне вільне використання користувачами у випадках, прямо передбачених законом або у межах дозволеного використання у формі ліцензії. Під добросовісним вільним використанням творів (fair use) в авторському праві розуміється використання охоронюваного результату інтелектуальної, творчої діяльності без згоди автора і без виплати винагороди. Незважаючи на те, що дана концепція знайшла своє застосування в авторському праві і суміжних правах, за справедливою думкою О. Войніканіс і М. Якушева, ніщо не заважає легалізувати дане поняття також і в інших сферах права інтелектуальної власності [77, с.53].

Обмеження дії виключного права за законом можуть трактуватися як встановлення легальних рамок (перешкод, перепон, бар'єрів) поширення цього права для його власника щодо різних способів використання об'єктів права третіми особами без виплати або з виплатою винагороди [78, с.6].

Класифікація та систематизація обмежень майнових прав інтелектуальної власності, що впливає на характер ліцензійних відносин, може бути проведена на основі різних критеріїв. Так, наприклад, О. А. Міст здійснює її за видом інтересів, на задоволення яких вони спрямовані: майнові, соціальні чи гуманітарні [80, с.7]. Класифікація може бути проведена також з точки зору

використання творів в особистих цілях або в інтересах суспільства. Що стосується використання творів в особистих цілях, на думку окремих авторів, таке використання має бути обумовлено необхідністю [44, с.12].

Зважаючи на транскордонний характер Інтернету, способи вільного використання об'єктів авторського та суміжних прав у мережі Інтернет, встановлені в зарубіжному і українському законодавстві, становлять безсумнівний інтерес.

Як наголошується в Європейському кодексі авторського права, швидкі темпи розвитку сучасних технологій роблять потенційно можливі способи і форми використання творів абсолютно непередбачуваними і, як наслідок, детермінують необхідність вироблення гнучкої системи винятків і обмежень з авторського права і суміжних прав [81, с.7]. При цьому гнучкість системи повинна поєднуватися з високим ступенем її визначеності і стабільності.

Говорячи про встановлені сьогодні обмеження та виключення з авторських і суміжних прав, голландський професор Бернт Гугенхольц у своєму звіті «Вільне використання творів у Європі. У пошуках гнучкості» [82, с.10] вказує на те, що наявні обмеження і виключення рідко застосовуються, наприклад, з урахуванням освітньої і наукової практики використання творів, наприклад, використання творів, що охороняються авторськими і суміжними правами в презентаціях Powerpoint, у віртуальних класах і аудиторіях, на сайтах університетів або в листуванні між вченими за допомогою електронних повідомлень.

На думку С. Дюсол'є, І. Пульєта М. Бюйдена, в той час як багато фахівців з авторського права вважають виключення простою поступкою, що надається автором на певні способи використання, зростає число тих, хто вимагає, щоб виключення розглядалися як права користувачів [83, с.76]. Цей підхід становить особливий інтерес у світлі розпорядження правами на підставі ліцензії, зокрема, їх використання в мережі Інтернет.

Соціальні Інтернет-ресурси останнім часом широко застосовуються як засіб культурного і соціального спілкування між людьми. Разом з тим існуюча система авторських і суміжних прав не містить будь-яких положень, спрямованих на законодавче регулювання контенту користувачів (user – generated content), у тому числі, створеного шляхом переробки вже існуючих творів. Популярність користувацького контенту в мережі Інтернет величезна. Серед сайтів, заснованих на даному виді контенту, можна, наприклад, виділити Вікіпедію, Живий Журнал, соціальну мережу Facebook, відеопортал YouTube і багато інших.

На території ЄС, як і в Україні, вільне використання творів, що охороняються авторським та суміжним правом, обмежене закритим переліком випадків, у яких даний вид використання можливий, наприклад, допускається використання творів без згоди автора з метою цитування, висвітлення поточних подій, проведення наукових досліджень або в архівних цілях. При цьому використання творів, як правило, обмежено некомерційними цілями. У рамках встановлених способів вільного використання країни-члени ЄС можуть встановлювати той чи інший обсяг виключень і обмежень на національному рівні. Разом з тим окремі країни не можуть виходити за рамки встановленого переліку способів вільного використання.

Таким чином, з огляду на закритий перелік способів вільного використання об'єктів авторського права і суміжних прав, встановлений в ЄС, нові способи відтворення творів, які стали доступні завдяки розвитку технологій, є незаконними. Їх використання вимагає згоди правоволодільця. Більш того, навіть ті способи, які підпадають під встановлений в ЄС перелік вільного використання, можуть вимагати схвалення з боку законодавчих органів тієї чи іншої країни-члена ЄС. Це, у свою чергу, вимагає значної витрати часу на легалізацію нових технологій.

Суди в країнах ЄС взагалі негативно оцінюють необхідність буквального застосування встановлених обмежень і виключень з авторського права, у зв'язку

з чим часто знаходять правові підстави для більш м'якого їх тлумачення шляхом застосування загальних правових норм або норм, які пов'язані з авторським правом.

Включення в правову систему авторського права ЄС триступеневого тесту і його буквальне застосування в деяких країнах ЄС призвело до значного зниження рівня правового захисту у сфері авторського права, оскільки судам рекомендується перевіряти і інтерпретувати законодавчо встановлені виключення та обмеження з точки зору широких норм триступеневого тесту. Таким чином, право на використання того чи іншого об'єкта авторського права або суміжних прав без згоди правоволодільця, встановлене національним законодавством, може бути в кінцевому підсумку нівельовано судом на основі того, що подібне використання не витримує триступеневого тесту, встановленого Директивою ЄС «Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» [81]. Триступеневий тест полягає у такому:

- 1) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав, що застосовуються, мають бути визначені в конкретних випадках;
- 2) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав не повинні перешкоджати нормальному використанню твору;
- 3) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав не повинні обмежувати безпідставно законні інтереси автора. Триступеневий тест був встановлений Бернською конвенцією (ст. 9 (2)), Угодою ТРІПС (ст. 13) та Договором з авторського права (ст. 10). У кінцевому підсумку це призвело до того, що правова охорона на території ЄС, яка повинна забезпечуватися за допомогою встановлених обмежень і виключень з авторських і суміжних прав, була суттєво послаблена.

Розглянемо підходи, що застосовуються в судовій практиці країн-членів ЄС, при тлумаченні норм про вільне використання творів, що охороняються авторським правом. Почнемо зі справи про твори Бертольда Брехта

(Німеччина): рішення Федерального Конституційного суду Німеччини прийнято щодо твору, який містить численне цитування (в загальному обсязі близько 4 сторінок) зі збірки творів Бертольда Брехта. Хоча цитування не відповідало вимогам і умовам, встановленим законодавством Німеччини, що стосується права на цитування твору, суд, тим не менше, дійшов до висновку про те, що зважаючи на принцип свободи творчого вираження, закріплений у ст. 5 (3) Конституції Німеччини, право на цитування заслуговує більш широкого трактування в частині творчих творів. Тлумачення виключень з авторського права має здійснюватися таким чином, щоб відображати баланс інтересів. У даному разі суд визнав, що комерційні інтереси праволодільця мають поступитися інтересам користувача в частині створення творчих коментарів [82, с.11]. Таким чином, суд, звернувшись до більш загальної норми Конституції Німеччини, відійшов від прямих положень законодавства про авторське право і застосував більш м'яке тлумачення обмежень і виключень з авторського права, ніж того вимагає Інформаційна директива ЄС і триступеневий тест. Разом з тим у контексті даного питання обгрунтованою вбачається пропозиція Ю. А. Леонтьєвої про необхідність нормативного визначення допустимих обсягів цитування, а також понять «малооб'ємні твори» і «короткі уривки» [85, с.13].

Наведемо як приклад справу, пов'язану з пошуком у картинках Google (Німеччина): рішення Вищого Федерального Суду Німеччини щодо пошуку в картинках, що надає компанія Google, служить ще одним прикладом того, як суд, обмежений закритим переліком виключень і обмежень з авторського права, шукає більш гнучкі підходи до вирішення спірних ситуацій поза авторського права. Визнаючи той факт, що право на цитування згідно з авторським правом Німеччини не дозволяє здійснювати відтворення і доведення до загального відома за допомогою мережі Інтернет зображень, що охороняються авторським правом, які в мініатюрному зменшеному вигляді доступні завдяки пошуку в картинках, пропонуваному компанією Google, німецький Суд став на бік відповідача – компанії Google, застосувавши доктрину передбачуваної згоди.

Суд визнав, що використання компанією Google охоронюваних зображень не порушує авторських прав правоволоділців у зв'язку з тим, що правоволоділець дав свою згоду на використання відповідних зображень у пошуковій системі шляхом розміщення зображень в мережі Інтернет без застосування будь-яких засобів технічного захисту, спрямованих на блокування автоматичної індексації та відображення онлайн-контенту пошуковою системою [82, с.12]. Разом з тим суд зазначив, що використання зображень у формі невеликих картинок, здійснюване пошуковими системами без згоди правоволоділців, не може розглядатися як цитування творів, передбачене Законом Німеччини «Про авторське право і суміжні права» від 1 січня 2007 р. [32]. Суд, дотримуючись традиційного підходу в тлумаченні обмежень і виключень з авторського права, зазначив, що ні технологічний розвиток у сфері поширення інформації за допомогою мережі Інтернет, ні інтереси сторін, на захист яких спрямовані відповідні виключення, не виправдовують широке тлумачення положень Закону Німеччини «Про авторське право і суміжні права». Ні право на свободу інформації інших Інтернет-користувачів, ні право на свободу передачі інформації або свободу торгівлі в частині провайдерів пошукових систем, не вимагає такого широкого трактування обмежень і виключень з авторського права [82, с.16]. Таким чином, Суд застосував більш вузький підхід до тлумачення обмежень і виключень з авторського права, встановлених на території ЄС у цілому і в Німеччині зокрема.

Ще одним цікавим прикладом тлумачення виключень з авторського права видається справа агентства нерухомості NVM проти пошукової системи ZAH, розглянута в Голландії: агентства нерухомості, які є членами Голландської асоціації агентств нерухомості, надавали на своїх веб-сайтах інформацію про нерухомість, що продається даними агентствами. Інформація про всю нерухомість, що продається через мережу агентств NVM, була зібрана на одному веб-сайті www.funda.nl. Пошукова система ZAH щодня сканує практично всі сайти нерухомості. Результати пошуку доступні на веб-сайтах

компанії ZAH (www.zoekallehuizen.nl і www.zah.nl) і є великими посиланнями на веб-сайти агентств нерухомості. При цьому пошуковий сервіс ZAH не запитував дозволу мережі агентств нерухомості NVM на подібне надання інформації користувачам [86, с.22–23]. Апеляційний суд Аркхема дійшов висновку, що в даному разі до пошукової системи може бути застосоване право на розширене (розгорнуте) цитування. На думку суду, результати пошуку лише сповіщають користувачів про контент, який знаходиться на сайті. У даному контексті відзначимо точку зору С. В. Коростельової, яка вказує на те, що розміщення посилання не може розширювати аудиторію шляхом використання твору, оскільки твір і так відкрито для всіх користувачів Інтернету вже завдяки знаходженню його в мережі. Таким чином, відсилання до певної адреси в Інтернеті не означає саме по собі використання об'єкта, що знаходиться у конкретний момент часу за цією адресою [87, с.20]. Однак відповідно до підходу голландських судів до виключень і обмежень з авторського права надання результатів пошуку у формі невеликих зображень (пошук в картинках) підпадає під цитування творів.

Більш вузький підхід до тлумачення обмежень і виключень з авторського права застосовується судами у Франції, зокрема в справі Мальхольнд Драйв, ініційованому користувачем, який придбав DVD-диск з фільмом Девіда Лінча «Мальхольнд Драйв». Для перегляду фільму користувач мав намір перетворити його в формат VHS, але технічні засоби захисту, які були застосовані виробником фільму, не дозволили йому це зробити. Верховний суд Франції застосував до даної ситуації триступеневий тест. Суд вказав, що право на копіювання твору в особистих цілях не може застосовуватися в обхід технічних засобів захисту творів в тих випадках, коли це буде заважати нормальному використанню твору його правовласником.

Розглядаючи право на копіювання твору в особистих цілях з точки зору трехступеневого тесту, Верховний суд Франції скасував рішення Апеляційного суду Парижа, згідно з яким розглянуте у справі право на копіювання твору в

особистих цілях не заважає нормальному використанню фільму, записаному на DVD-диск. Верховний суд Франції скасував дане рішення з двох причин: по-перше, Суд вказав на те, що конфлікт з нормальним використанням твору повинен розглядатися з точки зору підвищених ризиків піратства в цифровому середовищі, а, по-друге, поширення кінематографічного твору на DVD-диск здійснювалося правоволодільцям з метою компенсації витрат на виробництво фільму. У результаті такого підходу до триступеневого тесту застосування у Франції положень про копіювання творів в особистих цілях як обмеження і виключення з авторського права в частині використання творів в цифровому середовищі, фактично, поставлено під сумнів [82, с.19–20].

Разом з тим судова практика у Франції не настільки однозначна в підходах до тлумачення обмежень і виключень з авторського права. Як приклад більш широкого підходу до тлумачення виключень з авторського права, аналогічного підходу, що застосовується судами Голландії і частково Німеччині, можна навести справу Saif проти Google, розглянуту у Франції у зв'язку з наданням компанією Google результатів пошуку в формі невеликих зображень (пошук в картинках).

Розглядаючи дану справу, апеляційний суд Парижа вказав на те, що власники виключних прав на зображення не повідомили компанію Google про певне розташування сторінок (тобто не надали точні URL-адреси сторінок, на яких знаходяться зображення, які правоволодільці хотіли б видалити з результатів пошуку. Таким чином, компанії Google фактично була надана «безпечна гавань» у Франції стосовно пошуку в картинках. У цій справі компанія Google розглядалася як пасивний сервіс-провайдер [82, с.12].

Багато виключень, зазначених в Інформаційній директиві ЄС [88], більшою мірою є моделями, застосування яких допускається на національному рівні, але вони позбавлені гнучкості. Відзначимо кілька способів вільного використання, зазначених у цьому документі:

а) відтворення творів в особистих цілях без отримання прибутку на будь-якому матеріальному носії. Встановлюючи даний вид вільного використання, законодавець не уточнює, чи повинні використовуватися для відтворення в особистих цілях виключно легальні копії творів та/або ресурси для їх отримання;

б) відтворення здійснюється публічними бібліотеками, освітніми установами, музеями або архівами на некомерційній основі (без отримання прибутку);

в) використання творів у наукових цілях (з метою проведення наукових досліджень на некомерційній основі), а також як ілюстрацій в освітніх цілях. При цьому джерело запозичення творів має бути обов'язково зазначено. Щодо даного способу вільного використання слід зауважити, що організаційно-правова форма суб'єктів, які здійснюють цей спосіб використання, а також джерело їх фінансування не впливають на можливість вільного використання творів у наукових і освітніх цілях, за умови дотримання двох основних вимог: вказівка джерела запозичення твору і здійснення вільного використання на некомерційній основі;

г) використання засобами масової інформації опублікованих статей з поточних економічних, політичних або релігійних тем в оглядах поточних подій, а також використання політичних промов, уривків з публічно виголошених лекцій та інших подібних матеріалів. У даному разі вільне використання твору має бути виправдане поставленою інформаційною метою і, якщо тільки це не є неможливе, вимагає зазначення імені автора твору;

д) цитування уривків з оприлюднених творів з метою огляду або критики. При цьому обсяг цитати має бути виправданий поставленою метою, з обов'язковим зазначенням імені автора;

е) використання творів з метою створення пародій, карикатур або попури;

ж) довільне включення твору, що охороняється, у будь-який матеріал як складову частину.

Обсяг виключень та обмежень майнових прав інтелектуальної власності, який встановлюється на національному рівні і заснований на моделях, наведених вище, може відрізнятись в різних країнах ЄС. Одні з них встановлюють у національному законодавстві більш гнучкі моделі з досить загальними формулюваннями, що ґрунтуються на виключеннях та обмеженнях, що містяться в Інформаційній директиві ЄС, інші, навпаки, – менш гнучкі.

Авторське право ЄС вимагає встановлення такої системи обмежень і виключень з авторського права, яка дозволила б одночасно забезпечити високий рівень правового захисту і стабільності (передбачуваності) системи авторського права. Ця мета може бути досягнута шляхом поєднання точних правових норм з достатнім рівнем їх гнучкості. Як приклад подібної квазівідкритої структури виключень та обмежень авторського права можна навести Європейський кодекс авторського права (European Copyright Code).

Цей Кодекс (далі - ЄКАП) є комбінацію квазівідкритої системи обмежень, властивих загальному праву, і системи закритого переліку випадків вільного використання, що властива європейському континентальному праву. З одного боку, вказівка на можливість застосування положень ЄКАП до аналогічних випадків забезпечує високий рівень гнучкості правових норм, яка є необхідною в умовах, коли неможливо передбачити всі ситуації і технології, до яких можуть застосовуватися встановлені обмеження і виключення з авторського права.

Необхідно також відзначити, що згідно зі ст. 5.3 ЄКАП відтворення твору фізичною особою в особистих цілях допускається лише у разі, якщо джерело (копія твору) якого використовується для створення екземпляра твору, не є очевидно незаконною. Зауважимо, що зазначена або аналогічна їй норма прямо не закріплена в законодавстві ні ЄС, ні України. Разом з тим доцільність її встановлення на законодавчому рівні не викликає сумнівів.

Обмеження, встановлені в ЄКАП, застосовуються до випадків використання творів з метою забезпечення свободи слова та доступу до інформації, сприяння досягненню соціальних, політичних і культурних цілей, підвищення

конкурентності, а також з метою повідомлення про адміністративну, законодавчу чи судову діяльність. Будь-яке подібне використання допускається за умови дотримання вимог, встановлених для відповідного виду вільного використання, а також у разі, якщо воно не перешкоджає нормальному використанню твору правовласником і не порушує його законні інтереси.

В умовах розвитку цифрових технологій питання обмежень і виключень з авторських і суміжних прав, що впливають на ліцензійну форму розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, є актуальними на рівні не тільки країн Європейського Союзу, а й інших зарубіжних країн. Зазначимо, що правові обмеження спрямовані на стримування деструктивної активності окремих правоволодільців і підтримання балансу інтересів особистості і суспільства. Подібна думка висловлена В. А. Мікрюковою [89, с.221] і підтримана Н. Л. Свірідовим [90, с.30]. Як вважає професор Памели Самуельсон, політика у сфері інтелектуальної власності повинна враховувати публічну сферу і добросовісне використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Нова політика має ґрунтуватися на розумінні того, що інформація є не лише товаром, вона також є важливим ресурсом і внеском в освіту, культуру, конкуренцію, інноваційну діяльність і демократію [91, с.170–171]. І з цим важко не погодитися.

Зазначимо, що відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 21 Закону України «Про авторське право і суміжні права» бібліотеки також можуть надавати користувачам виражені в цифровій формі екземпляри творів, при цьому їх використання може здійснюватися лише у приміщеннях бібліотек за умови виключення можливості створення копій цих творів в цифровій формі. У законодавстві Канади, на наш погляд, встановлені більш гнучкі положення про надання цифрових копій творів бібліотеками. Це пов'язано з тим, що сучасні технології дозволяють здійснювати контроль і управління використанням творів дистанційно, наприклад, встановити обмежений термін використання цифрової копії твору, після закінчення якого остання буде автоматично знищена або заблокована.

Отже, немає потреби обмежувати можливість використання цифрових копій користувачами виключно в приміщеннях бібліотек. Зазначене нововведення в законодавство Канади вбачається досить прогресивним і може мати суттєвий позитивний ефект у сфері культури та освіти, не завдаючи при цьому будь-якої шкоди правам і законним інтересам правоволодільців.

Важливо ще раз наголосити, що, зважаючи на важливу роль провайдерів у забезпеченні доступу до мережі Інтернет, уряди низки зарубіжних країн закріпили в національних законодавствах положення про так звані «безпечні гавані» (safe harbour), згідно з якими відповідальність провайдерів за порушення авторського права в деяких встановлених законодавством випадках, може бути обмежена.

Акт про модернізацію авторського права Канади також не став винятком. Він передбачає певні обмеження, пов'язані з тимчасовим відтворенням творів, які здійснюються як частина технологічного процесу. Це, в свою чергу, може сприятливо вплинути на регулювання послуг тимчасового зберігання інформації (кешування) провайдерами в мережі Інтернет.

Розширення способів вільного використання творів, спрямоване на надання авторського права більшої гнучкості з метою адаптації його до нових технологій у цифровому середовищі в деяких випадках може призводити до обмеження відповідальності осіб, які беруть участь в обороті виключних прав за допомогою мережі Інтернет.

Особливу увагу з огляду на це заслуговує питання обмеження відповідальності провайдерів як посередників в обороті виключних прав між користувачами і правоволодільцями. Згідно з параграфом 30.71 Акта про модернізацію авторського права Канади не є порушенням авторського права здійснення відтворення твору в разі, якщо:

- а) відтворення є суттєвою частиною технологічного процесу;
- б) єдиною метою відтворення є полегшення використання твору, яка не порушує авторського права;

в) тривалість існування копії твору обмежена тривалістю здійснення технологічного процесу.

Особа, яка здійснює кешування або інші подібні дії щодо твору з метою більш ефективної його передачі засобами телекомунікацій, здійснюючи даний акт, порушує авторське право на твір. Разом з тим зазначені положення не застосовуються в разі, якщо особа:

а) не вносить будь-яких змін у твір (крім технічних);

б) переконалась, що користувач, який бажає використовувати твір, ознайомився і прийняв інструкції щодо кешування інформації або здійснення будь-яких інших подібних дій, встановлені особою, яка зробила твір доступним у мережі Інтернет. При цьому інструкції повинні бути доступні в автоматичному режимі;

в) не втручається в законну роботу технології з метою отримання даних про її використання.

Особа, яка з метою створення можливості для передачі твору за допомогою мережі Інтернет надає цифровий простір (хостинг), що використовується користувачем для зберігання твору в мережі, здійснюючи даний акт не порушує авторських прав на твір. При цьому зазначене положення не застосовується до творів у разі, якщо особа, яка надає хостинг, поінформована про рішення суду, згідно з яким особа, що здійснює зберігання твору, порушує авторське право шляхом здійснення відтворення, зберігання твору або іншим способом використання твору.

Зазначений підхід до виключень і обмежень з авторського права, що у цілому застосовується в Канаді, близький до американського і європейського підходів щодо встановлення відповідальності та обмеження відповідальності провайдерів за передану та збережену інформацію. При цьому зауважимо, що розширення способів вільного використання та їх суб'єктного складу призводить до звуження обсягу прав, розпорядження якими може здійснювати

правоволоділець. Встановлення подібного роду обмежень має бути зваженим і обґрунтованим.

В Австралії положення про обмеження відповідальності провайдерів застосовуються до чотирьох категорій активності в мережі Інтернет. Зазвичай це дії, пов'язані з наданням коштів або наданням послуг з передачі інформації, тимчасового зберігання інформації (кешування), надання цифрового простору для зберігання інформації (хостингу), зберігання інформації за інструкцією користувача, а також адресацією користувачів за гіперпосиланнями на ті чи інші сайти в мережі Інтернет. У цілому зазначений перелік дій провайдерів, за здійснення яких вони звільняються від відповідальності при дотриманні певних умов, відповідає переліку обмежень і винятків для провайдерів, встановленому в законодавстві ЄС і США.

Разом з тим, на думку Уряду Австралії, поки що немає достатньої ясності у питаннях ефективності існуючої схеми обмеження відповідальності провайдерів з урахуванням того, що за останній час значно зросла їх популярність як нових соціальних платформ, за допомогою яких здійснюється розповсюдження творів у мережі Інтернет. Відсутність ясності в питанні про те, чи підпадають нові соціальні платформи в цифровому середовищі, що розвивається під обмеження відповідальності провайдерів, може мати суттєвий вплив на можливості провайдерів, які надають доступ користувачам до платформ, ефективно розвивати підприємницьку діяльність за допомогою мережі Інтернет в Австралії. Як приклади платформ, які можуть не підпадати під існуючі обмеження відповідальності провайдерів, наводяться соціальні мережі і платформи, що містять призначений для користувача контент [92, с.20–21].

У зв'язку з цим Уряд Австралії вважає за доцільне розглянути питання щодо меж «безпечної гавані» для провайдерів, що застосовується в Австралії, в тому числі питання про розширення меж «безпечної гавані» з метою застосування її до більшого числа онлайн-послуг, що мають важливе значення для розвитку цифрової економіки. Уряд Австралії, здійснивши низку опитувань і досліджень

уцій сфері, отримав трохи більшу кількість відгуків на підтримку даного підходу, ніж проти нього. Серед аргументів, висловлених на підтримку розширення сфери застосування «безпечної гавані» в Австралії, можна виділити такі:

а) усунення перешкод, що заважають появі в Австралії нових Flickr, Facebook або YouTube (прихильники розширення «безпечної гавані» вказують на те, що дані сайти з'явилися в США, де застосовується більш широкий підхід до вільного використання творів);

б) надання більшої ясності і визначеності цифровим платформам щодо здійснюваної ними підприємницької діяльності, що, в свою чергу, сприятиме залученню інвестицій в Австралію;

в) підвищення конкурентоспроможності австралійських Інтернет-підприємців на міжнародному ринку;

г) позиціонування Австралії як провідного торгового партнера в Азіатсько-Тихоокеанському регіоні і, таким чином, збереження привабливості Австралії як регіональної «безпечної гавані» для провайдерів;

д) сприяння інноваціям і спільному використанню технологій, спрямованих на задоволення потреб користувачів, що сприяє становленню Австралії як світового центру інновацій.

Разом з тим, незважаючи на значні позитивні ефекти від розширення «безпечної гавані» для провайдерів, обґрунтованими видаються також аргументи противників розширення, що виражаються в тому, що:

а) існуюча схема обмеження відповідальності провайдерів виявилася неефективною з точки зору взаємодії провайдерів і правоволодільців, у зв'язку з чим розширення її недоцільне;

б) нові цифрові платформи для здійснення підприємницької діяльності повинні розвиватися через систему ліцензування, а не застосування «безпечної гавані»;

в) розширення «безпечної гавані» не сприятиме гармонізації австралійського законодавства до законодавства США, але призведе до отримання провайдерами не виправданих переваг без покладення на них відповідних обов'язків, що стосуються надання інформації про передбачуване порушення авторських прав;

г) на сьогоднішній день немає достатніх доказів того, що існуюча «безпечна гавань» не надає необхідні можливості для поширення локалізованих версій наведених вище глобальних цифрових платформ, що використовуються для здійснення підприємницької діяльності в мережі Інтернет в Австралії[92, с.20–21].

Вивчивши аргументи «за» і «проти» розширення існуючої в Австралії «безпечної гавані» для провайдерів, Уряд Австралії оголосив про готовність розглянути питання про доцільність розширення «безпечної гавані» з метою включення в неї нових видів провайдерів і наданих ними послуг.

Резюмуючи викладене, зазначимо, що в цілому Велика Британія, Канада і Австралія дотримуються позиції розширення виключень і обмежень з авторського права. Це пов'язано з тим, що надмірне регулювання авторських і суміжних прав може перешкоджати розвитку науки, творчості, освіти та культури. При цьому введення нових обмежень авторського права має бути обгрунтованим і не завдавати шкоди правам і законним інтересам правоволодільців.

Висновки до розділу 3

1. Обмеження дії виключного права за законом можуть трактуватися як встановлення легальних рамок (перешкод, перепон, бар'єрів) поширення цього права для його правоволодільця стосовно різних способів використання об'єктів.

2. Перспективною є точка зору, відповідно до якої вважається, що поступка правоволодільця у вигляді ліцензії на певні способи використання перетворюється на права користувачів. Цей підхід становить особливий інтерес з огляду на розпорядження правами на підставі ліцензії, у тому числі їх використання у мережі Інтернет.

3. Відсутність законодавчого регулювання користувацького контенту робить наслідки розпорядження виключними правами на даний вид контенту або його елементи сумнівними і непередбачуваними.

4. З огляду на закритий перелік способів вільного використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності нові способи відтворення творів, які стали доступні завдяки розвитку технологій, є незаконними. Їх використання вимагає згоди правоволодільця. Ті способи, які підпадають під встановлений в ЄС перелік вільного використання, можуть вимагати схвалення з боку законодавчих органів тієї чи іншої країни-члена ЄС. Це, у свою чергу, вимагає значної витрати часу на легалізацію нових технологій, зокрема пошукових технологій.

ВИСНОВКИ

1. Під ліцензійним договором слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового права інтелектуальної власності (ліцензіара) з доведення до потенційного користувача (ліцензіата) пропозиції про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта майнових прав інтелектуальної власності у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, з наданням права ліцензіату права акцепту пропозиції.

2. Під вільною ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового права інтелектуальної власності (ліцензіара) з формулювання і доведення до загального відома пропозиції (публічна оферта) про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта майнових прав інтелектуальної власності у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, на основі принципу безвідкличності і незалежно від додаткової згоди ліцензіара або інших осіб шляхом надання невизначеному колу осіб права акцепту пропозиції.

3. Вільна ліцензія як юридичний факт є публічною офертою, вчиненням якої обтяжується виключне майнове право інтелектуальної власності. Властивості безвідкличності оферти і пов'язаності оферента мінімізують можливості зловживання з боку суб'єкта легальної монополії на об'єкт інтелектуальної власності, а потенційний користувач абсолютно вільно приймає або не приймає на себе ліцензійні зобов'язання вичерпно визначені умовами вільної ліцензії.

4. Вільні ліцензії не виступають засобом необґрунтованого обмеження права на відкриття твору, оскільки, по-перше, більшість об'єктів авторського права, що підлягають вільному ліцензуванню (існуючих у цифровій формі), виключені зі сфери дії права на відкриття в силу прямої вказівки закону; по-друге, засобом подолання можливої колізії між правом на відкриття та інтересами правоволодільців і користувачів стане принцип безвідкличної публічної оферти, якою на нашу думку, є вільна ліцензія.

5. Розпорядження майновими правами на твір – це можливість автора на власний розсуд здійснити відчуження майнового права у повному обсязі, дозволити використання твору на певних умовах або передати право у заставу. У даному випадку відчуження майнового права на твір є передачею правоволодільцем другій особі права використання твору у повному обсязі, права дозволяти іншим особам використовувати твір на певних умовах і права забороняти використання твору третіми особами, з можливістю подальшої передачі усіх зазначених прав.

Дозвіл використання твору на певних умовах є дозволом правоволодільця третій особі використовувати твір на умовах, вказаних у законі та/або договорі.

6. Право на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у формі ліцензії, зокрема, у формі відкритої (вільної) ліцензії, як право на ofertу, належить до категорії цивільної правоздатності. Це обумовлено тим, що суб'єкт права інтелектуальної власності діє за власною волею і у власному інтересі, чим породжує для себе самого стан пов'язаності.

7. У разі видачі відкритої (вільної) ліцензії виникають не правовідносини, а особлива правова форма, що характеризується спрямованим впливом на правове становище ліцензіара, з чого випливає уявлення про неї як про форму прояви цивільної правоздатності.

8. Поведінка ліцензіара характеризується рефлексивним впливом на сферу правових можливостей потенційного ліцензіата, при цьому така поведінка може розглядатися як різновид рефлексивних правових ефектів.

9. Об'єктом права на відкрите (вільне) ліцензування, як поведінкову можливість суб'єкта, що реалізується поза межами правовідносин, є суб'єктивні права володіння і використання об'єкта авторського права.

10. З правової природи вільної ліцензії випливає, що її акцептом можливе укладання лише договору простої (невиключної) ліцензії.

11. Аналіз змісту цивільних правовідносин, що виникають на підставі договору простої (невиключної) ліцензії, підтверджує, що до істотних умов

договору можна віднести умови про предмет, атрибутивними компонентами якого є умови про способи, термін і території використання), а також умова про винагороду в оплатному договорі.

12. Зміст договірних правовідносин, що виникають у зв'язку з акцептом вільної ліцензії, становить лише зобов'язання з надання права використання твору певними способами, на певній території і на певний термін, що дозволяє охарактеризувати договір, укладений за допомогою акцепту вільної ліцензії, як односторонньо зобов'язальний.

Обмеження дії виключного права за законом можуть трактуватися як встановлення легальних рамок (перешкод, перепон, бар'єрів) поширення цього права для його правоволодільця стосовно різних способів використання об'єктів.

13. Перспективною є точка зору, відповідно до якої вважається, що поступка правоволодільця у вигляді ліцензії на певні способи використання перетворюється на права користувачів. Цей підхід становить особливий інтерес з огляду на розпорядження правами на підставі ліцензії, у тому числі їх використання у мережі Інтернет.

14. Відсутність законодавчого регулювання користувацького контенту робить наслідки розпорядження виключними правами на даний вид контенту або його елементи сумнівними і непередбачуваними.

15. З огляду на закритий перелік способів вільного використання об'єктів майнових прав інтелектуальної власності нові способи відтворення творів, які стали доступні завдяки розвитку технологій, є незаконними. Їх використання вимагає згоди правоволодільця. Ті способи, які підпадають під встановлений в ЄС перелік вільного використання, можуть вимагати схвалення з боку законодавчих органів тієї чи іншої країни-члена ЄС. Це, у свою чергу, вимагає значної витрати часу на легалізацію нових технологій, зокрема пошукових технологій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Жилінкова О. В. Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном : монографія / О. В. Жилінкова. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 280 с.
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 21 березня 2004 року // Офіційний вісник України від 26.09.2014. – 2014 р. – №75. – Т.1, стор. 83.
3. Войниканис Е. А. Правовые аспекты использования лицензий Creative Commons в действующем законодательстве Российской Федерации. [Електронний ресурс]. Creative Commons Russia [сайт]. – Режим доступу: http://creativecommons.ru/sites/creativecommons.ru/files/docs/material_po_creative_commons_voynikanis.pdf (дата звернення 12.01.2015). – Назва з екрану.
4. Савельев А. И. Договор присоединения в российском гражданском праве [Електронний ресурс] / Патенты и лицензии. – Режим доступу: <http://patents-and-licences.webzone.ru> (дата звернення 12.12.2015). – Назва з екрану.
5. Середа С. А. Свободны ли в России «Свободные лицензии» [Електронний ресурс] / Патенты и лицензии [сайт]. – Режим доступу: http://patents-and-licences.webzone.ru/issue/sereda_09.html (дата звернення 12.12.2015). – Назва з екрану.
6. Слыщенко В. А., Левин А. Е. Вопросы лицензирования открытого программного обеспечения // Правовые вопросы связи. – 2009. – № 1. – С.12-16.
7. Радайкин М. Ф. Правовые механизмы обеспечения баланса интересов субъектов авторского права в интернет-среде : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Радайкин М.Ф. ; ФГБОУ ВРО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности». – М., 2013. – 26 с.
8. Бабкин С. А. Интеллектуальная собственность в сети «Интернет». –

М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2006.

9. Семенюта Б. Е. Гражданско-правовые договоры о предоставлении права использования программы для ЭВМ : автореф. дис. ... канд. юрид. Наук : 12.00.03 / Семенюта Б.Е. ; Ин-т государства и права РАН. – М., 2013. – 32 с.

10. Зайцева Е. Creative commons [Електронний ресурс] / Creative commons [сайт]. – Режим доступу: http://www.copyright.ru/ru/library/stati_knigi/ (дата звернення 03.01.2015). – Назва з екрану.

11. Постанова Пленуму Верховного Суду України №5 від 04 червня 2010 року «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» // Вісник Верховного суду України. – 2010. – №6, стор. 4.

12. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В. Л. Вольфсона. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004.

13. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т.6: Право інтелектуальної власності / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Лисяк Л. С., 2011. – 592 с.

14. Калятин В. О. Интеллектуальная собственность. (Исключительные права): Учеб. для вузов / Вступ. ст. В. А. Дозорцева. – М.: Норма-Инфра-М, 2000.

15. Жосселен М. Понятие договора об использовании прав автора // Бюллетень по авторскому праву. – 1993. – Т. XXVI. – № 4.

16. Кодинець А. Договірні відносини у сфері передання майнових прав інтелектуальної власності / А. Кодинець // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2015. – №2. – С.5-13.

17. Дмитришин В. С. Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності : конспект лекцій / В. С. Дмитришин; Акад. інтелект. власності, Інститут інтелектуальної власності і права. – К., 2005. – 212 с.

18. Сліпченко С. О. Невідчужуваність та невіддільність особистих немайнових прав // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст] : Збірник наукових статей. Випуск 29. – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 126-127.

19. Шилохвост О. Общие положения о договорных способах распоряжения исключительными правами // Хозяйство и право. – 2008. – №9.

20. Дозорцев В. А. Авторский договор и его типы // Советское государство и право. – 1977. – №2.

21. Коссак В. М., Якубівський І. Є. Право інтелектуальної власності: Підручник. – К.: Істина, 2007. – 208 с.

22. Зенин И. А., Мешкова К. М. Свободная лицензия в сети Интернет // Информационное право. – 2011. – № 4. – С. 8–13.

23. Stallman R. On Selling Exceptions to the GNU GPL [Електронний ресурс] / GNU [сайт] URL: <http://www.gnu.org/philosophy/selling-exceptions.en.html> (дата звернення: 03.02.2012). – Назва з екрану.

24. Лессиг Л. Свободная культура // Пер. с англ. – М.: Прагматика Культуры, 2007.

25. Афанасьєва (Горська) К. Зміни концептуальних засад авторсько-правового регулювання в умовах глобалізації інформаційного простору / К. Афанасьєва (Горська) // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2014. – №2. – С.5-13.

26. Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М. Федотова. – М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002.

27. Белов В. А. Гражданское право: Общая часть. Т.1. Введение: Учебник. – М.: Юрайт, 2010. С. 213–214.

28. Зенин И. А., Мешкова К. М. Свободная лицензия в сети Интернет // Информационное право. – 2011. – № 4. – С. 8-13.

29. Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained

in Title 17 of the United States Code / United States Copyright Office official website [сайт]. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#106a> (дата звернення 08.01.2013). – Назва з екрану.

30. R. Jacobsen vs M.Katzer, KAM industries case 2008-1001 decision | United States Court of Appeals for the Federal Circuit official website [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.cafc.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/08-1001.pdf> (дата звернення 08.01.2013). – Назва з екрану.

31. Israeli Copyright Act of 2007 / World Intellectual Property Organization official website [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=132095 (дата звернення 09.01.2013). – Назва з екрану.

32. Закон Германии об авторском праве [Электронный ресурс] / Библиотека copyright.ru [сайт]. – Режим доступа: http://www.copyright.ru/ru/library/zakonodatelstvo/zarubezhnoe_zakonodatelstvo/zakon_germanii_ob_avtorskom_prave/ (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

33. Решение Окружного суда Франкфурта-на-Майне по делу H.Welte vs. D-Link Germany GmbH [Электронный ресурс] / JBB Rechtsanwälte [сайт]. – Режим доступа: http://www.jbb.de/judgment_dc_frankfurt_gpl.pdf (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

34. Решение Земли Берлин по делу Gerlach vs. DVU [Электронный ресурс] / Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software [сайт]. – Режим доступа: <http://www.ifross.org/Fremdartikel/LG%20Berlin%20CC-Lizenz.pdf> (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

35. Law on the Intellectual Property Code (Legislative Part) (No. 92-597 of July 1, 1992, as last amended by Laws Nos. 94-361 of May 10, 1994, and 95-4 of January 3, 1995 [Электронный ресурс] / Библиотека copyright.ru [сайт]. – Режим доступа: http://www.copyright.ru/ru/library_old/inside/83/?doc_id=480 (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

36. Еременко В. И. Законодательство об интеллектуальной собственности во Франции / Законодательство и экономика 2010 г. [Электронный ресурс] / Юридическая библиотека ЮРИСТЛИБ [сайт]. – Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_7591.html (дата звернення: 05.01.2013). – Назва з екрану.

37. Law on the Intellectual Property Code (Legislative Part) (No. 92-597 of July 1, 1992, as last amended by Laws Nos. 94-361 of May 10, 1994, and 95-4 of January 3, 1995 [Электронный ресурс] / Библиотека copyright.ru [сайт]. – Режим доступа: http://www.copyright.ru/ru/library_old/inside/83/?doc_id=480 (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

38. Von Willebrand M. A look at EDU 4 v. AFPA, also known as the «Paris GPL case» // IFOSS L. Rev., № 1(2), P. 123–126 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ifosslr.org/ifosslr/article/view/17/41> (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

39. Law on Copyright and Neighboring Rights (of June 30, 1994, as amended by the Law of April 3, 1995) [Электронный ресурс] / World intellectual Property Organization [офіційний сайт]. – Режим доступа: <http://www.wipo.int/wipolex/254> (дата звернення: 02.01.2013). – Назва з екрану.

40. Решение суда первой инстанции г. Нивель по делу Lichôdmarwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://wiki.creativecommons.org/09-1684-A_%28Lich%C3%B4dmarwa_v._L%27asbl_Festival_de_Theatre_de_Spa%29 (дата звернення 24.04.2013). – Назва з екрану.

41. Revised Law on Intellectual Property, regularizing, clarifying and harmonizing the Applicable Statutory Provisions (approved by Royal Legislative Decree No. 1/1996 of April 12, 1996) [Электронный ресурс] / World intellectual Property Organization [офіційний сайт]. – Режим доступа: <http://www.wipo.int/wipolex/en/4> (дата звернення 02.01.2013). – Назва з екрану.

42. Lower Court number six of Badajoz Descision № 15 / 2006 on case SGAE

v. Fernandez № 761/2005 [Електронний ресурс] / Creative Commons [сайт]. – Режим доступу: http://wiki.creativecommons.org/SGAE_v._Fernandez (дата звернення 03.01.2013). – Назва з екрану.

43. Решение суда Провинции Понтеведра от 29.11.2005 г. по делу SGAE vs Luis [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://europe.creativecommons.org/1> (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

44. Иванов И. Использование произведения в личных целях по российскому законодательству // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2011. – № 11. – С. 4-13.

45. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав складені ДСІВ України [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/recvilnuxpublits> (дата звернення 15.10.2015). – Назва з екрану.

46. Рекомендації щодо онлайн ліцензування складені Державною службою інтелектуальної власності України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/reconlinelits> (дата звернення 11.10.2015). – Назва з екрану.

47. Соболев И. А. Свободные лицензии в авторском праве России : монография. – М.: Юстицинформ, 2015. – 198 с.

48. Бабаев А.Б. Проблема секундарных прав в российской цивилистике : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03 : защищена 11.10.2006 : / Бабаев Алексей Борисович ; Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. – М., 2006. – 157 с.

49. Третьяков С. В. Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине / Третьяков С.В. (К публикации русского перевода Э. Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве») // Вестник гражданского права. – 2007. – № 2. – С.251-260.

50. Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве / Э. Зеккель; Пер. с нем. Е. Ю. Самойлова, Е. А. Леонтьева, В. П. Леонтьева // Вестник гражданского права. – 2007. – № 2. – С. 211-249.

51. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2008.

52. Бабаев А. Б. Проблема вторичных прав в российской цивилистике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бабаев А. Б. ; Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. – М., 2006. – 22 с.

53. Мальцева Н. Безвозмездный лицензионный договор на программу для ЭВМ // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. – 2008. – № 10. – С.8-14.

54. Лессиг Л. Свободная культура / Пер. О. Данилова под ред. В. Ильина. – М.: Прагматика культуры, 2007. – 272 с.

55. Гражданский кодекс Российской Федерации: Федеральный закон Российской Федерации от 18 декабря 2006 г. №230-ФЗ / Система ГАРАНТ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/10164072/78> (дата обращения: 16.01.2016). – Назва з екрану.

56. Гаврилов Э. П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар. – М.: Юрид. лит., 1988.

57. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского; вступ. ст. В. Ф. Яковлева; Иссл. центр частн. права. – М.: Статут, 2008.

58. Трофименко О. О. Застава майнових прав інтелектуальної власності і звернення стягнення на них / О. О. Трофименко: Автореф. дис. канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна. – Х., 2015. – С.4. – 19 с.

59. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 року №3792–ХІІ [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>. – Дата звернення 17.01.2016. – Назва з екрану.

60. Мерзликина Р. А. Право интеллектуальной собственности: учебник. – М.: Финансы и статистика: Ставрополь: Сервисшкола, 2008.

61. Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации Сборник статей. – М.: «Статут», 2005.

62. Мейер Д. И. Русское гражданское право(в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8–му изд., 1902. Изд. 3–е, испр. – М.: «Статут», 2003.

63. Гегель Г. В. Ф. Философия права / Пер. с нем. Б.Г. Столпнера; Вступ. ст. В.С. Соловьева; Примеч. В.С. Нерсисянца. – М.: Мир книги, Литература, 2007.

64. Гаврилов Э.П. Комментарий к главам 69, 70, 71, 76 части четвертой Гражданского кодекса РФ [Электронный ресурс]. Доступ з справ. – правовой системы «КонсультантПлюс».

65. Кашанин А. В. О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора // Вестник гражданского права. – 2009. – №4. – С. 43-98.

66. Яруллина Г. Соблюсти баланс интересов // ЭЖ–Юрист. – 2013. – № 15. – С.1-7.

67. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / Ученые труды; Вып. III. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940.

68. Гавзе Ф. И. Обязательственное право (общие положения). – Минск, Изд. БГУ им. В.И. Ленина, 1968.

69. Годеме Е. Общая теория обязательств. – М., 1948.

70. Александров Н. Г. Юридическая норма и правоотношение. – М., 1947.

71. Сергеев А. П. Проект Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в часть 4 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Интеллектуальная собственность: Актуальные проблемы теории и практики: Сб. научных трудов. Т. 1 / Под ред. В. Н. Лопатина. – М.: Юрайт, 2008.

72. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / В. О. Калятин, О. М. Козырь, А. Д. Корчагин и др.; отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009.

73. Кастальский В. Н. Залог исключительных прав. – М.: Статут, 2008.

74. Тяпкина Е. Перевод на русский язык General Public License GNU [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://docs.altlinux.org/license/gpl.html> (дата звернення 03.05.2015). – Назва з екрану.

75. European Union Public Licence (EURL) v. 1.1 official text [Электронный ресурс] / European comission [офіційний сайт]. – Режим доступа: <https://joinup.ec.europa.eu/system/files/EN/EURL%20v.1.1%20-%20Licence.pdf> (дата звернення 20.09.2015). – Назва з екрану.

76. Корчагина Н. П., Моргунова Е. А., Погуляев В. В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. В. В. Погуляева. – М.: «Юстицинформ», 2008.

77. Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004.

78. Свиридов Н. Л. Границы и ограничения по закону исключительного интеллектуального права (права интеллектуальной собственности) // Автореф. дисс. к.ю.н. – М., 2008.

79. Ситдикова Р. И. Гражданско – правовой механизм охраны частных, общественных и публичных интересов авторским правом. // Дисс. д.ю.н. – Казань, 2013.

80. Городов О. А. К доктрине исчерпания исключительных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право. – 2013. – №6. – С. 5-9.

81. The Wittem Project, European copyright code, April 2010.

82. Bernt Hugenholtz, Martin R.F. Senftleben FAIR USE IN EUROPE. IN SEARCH OF FLEXIBILITIES, November 2011.

83. Дюсолле С., Пулье И., Бюйден М. Авторское право и доступ к информации в цифровой среде // Бюллетень ЮНЕСКО, 2001. Т. XXXV № 2.

84. Директива ЄС «Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» в Кн.: Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов ; за ред. Ю.М. Капіци. – К.: Вид. Дім «Слово», 2006.

85. Леонтьева Ю. А. Реализация прав издателей при современных способах использования произведений // Автореф. дисс. к.ю.н., Москва, 2003.
86. Overview of the application of the EC competition rules by national courts in 2006 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ec.europa.eu/competition//nationalcourts/Overview+of+the+application+of+the+EC+competition+rules.pdf> (дата звернення 21.12.2015). – Назва з екрану.
87. Коростелева С. В. Личные неимущественные права авторов и особенности их реализации в Интернете // Автореф. дисс. к.ю.н., Москва, 2006.
88. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal L 167, 22/06/2001 P. 0010 – 0019 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/=HTML> (дата звернення 12.10.2015). – Назва з екрану.
89. Микрюков В. А. Ограничения и обременения гражданских прав. – М., 2007. – С. 204 – 243.
90. Свиридов Н. Л. Границы и ограничения по закону исключительного интеллектуального права (права интеллектуальной собственности) // Дисс. к.ю.н. – М., 2008.
91. Samuelson P. Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities //Law & Contemp. Probs.
92. Australia's Digital Economy: Future Directions, Commonwealth of Australia, 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.dbcde.gov.au/digital_economy/final_report, p. 20-21 (дата звернення 03.01.2015). – Назва з екрану.
93. Вербa I. I. Основи інтелектуальної власності: навчальний посібник/ I.I.Вербa, В.О.Коваль; за ред. С.В. Чікін. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: НТУУ «КПІ», 2013.

94. Валле В. Охорона інтелектуальної власності у часі й просторі. Еволюція права. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viravallee.com> (дата звернення 30.12.2015). – Назва з екрану.

95. Майданик Л. Деякі аспекти оборотоздатності особистих немайнових благ фізичних осіб за цивільним законодавством України / Л. Майданик // Юридичний журнал. – 2014. – №3.

96. Сліпченко С. С. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. – Харків: Національний юридичний ун-т ім. Я. Мудрого, 2014. – 44 с.

97. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія / С. І. Шимон. – К.: Юрінком Інтер, 2014 р.

98. Якубінський І. Є. Майнові права інтелектуальної власності як об'єкти цивільного обороту // Право та інновації. – 2014. – № 4 (8).

99. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_769 (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

100. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>(дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

101. Борисова В. І. Правова доктрина України. Доктрина приватного права України, 3 т. – Харків: «Право», 2013. – С. 97-256.

102. Борисова В. І. Тенденции развития гражданского права как отрасли частного права // Ежегодник украинского права: сб. науч. тр. /отв. за вып. А.В. Петришин. – Харьков: Право, 2014. – № 6. – С.354-370.

103. Борисова В. І. Установа як особлива організаційно-правова форма непідприємницьких юридичних осіб // Право України. – 2015. – №4. – С.51–59.

104. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: Закон України від 23.03.2000 №1587-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №24 (16.06.2000), ст. 183.

105. Про схвалення Концепції Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.12.2009 № 1588-р // Урядовий кур'єр. – 2010 (06.01.2010). – № 2.

106. Про затвердження Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом на 2012 – 2015 роки: постанова Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2011 р. №1269 // Урядовий кур'єр. – 2011 (28.12.2011). – №243.

107. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Крат, О. П. Печень и др. ; под общ. Ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2015. – 720 с.