

Львівський національний університет імені Івана Франка

Юридичний факультет

**Кафедра інтелектуальної власності, інформаційного та
корпоративного права**

ІТ ПРАВО

**За загальною редакцією професора
О. С. Яворської**

**Львів
Видавництво «Левада»
2017**

УДК 347.77+347.78+347.711

ББК 67.304.3+67.304.5

Рецензенти:

Шишка Роман Богданович: доктор юридичних наук, професор, академік Академії наук вищої школи України, завідувач сектором інтелектуальної власності та інноваційних технологій кафедри цивільного та трудового права Київського університету права НАН України.

Харитонова Олена Іванівна: доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри права інтелектуальної власності і корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія».

Пелешко Дмитро Дмитрович: доктор технічних наук, професор, проректор з науково-педагогічної роботи Вищого навчального закладу «Комп'ютерна академія «ШАГ».

Авторський колектив:

Джочка О. П., Мартин В.М., Самагальська Ю. Я.,
Тарасенко Л.Л., Тарасенко Х.Ю., Яворська О. С.

За загальною редакцією професора Яворської О. С.

Рекомендовано до друку рішенням Вченої Ради юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
(протокол № 14 від 21.06.2017 р.)

ІТ право / за заг. ред. проф. О. С. Яворської. – Львів: Видавництво «Левада», 2017. – 470 с.

ISBN 978-617-7527-07-6

Видання містить аналіз міжнародних актів, національного законодавства, судової практики та наукових поглядів на суть ІТ права – права, що регулює відносини у цифровому середовищі.

Досліджено правовий статус суб'єктів, зміст правовідносин за їх участю, правовий режим різних об'єктів, особливості правової охорони прав та інтересів у цифровому середовищі.

Зміст видання буде корисним усім, хто цікавиться питаннями правового регулювання інформаційних технологій: студентам, аспірантам, викладачам, практикакам у ІТ-сфері.

© Джочка О. П., Мартин В.М., Самагальська Ю. Я.,
Тарасенко Л.Л., Тарасенко Х.Ю., Яворська О. С., 2017

ISBN 978-617-7527-07-6

АВТОРСТВО:

РОЗДІЛ 1 – проф. Яворська О.С.

РОЗДІЛ 2 – доц. Тарасенко Л.Л.

РОЗДІЛ 3 – доц. Тарасенко Л.Л.

РОЗДІЛ 4 – проф. Яворська О.С.

РОЗДІЛ 5 – проф. Яворська О.С.

РОЗДІЛ 6 – проф. Яворська О.С.

РОЗДІЛ 7 – проф. Яворська О.С.

РОЗДІЛ 8 – к.ю.н. Самагальська Ю.Я.

РОЗДІЛ 9 – проф. Яворська О.С.

РОЗДІЛ 10 – к.ю.н. Самагальська Ю.Я.

РОЗДІЛ 11 – проф. Яворська О.С., к.ю.н. Самагальська Ю.Я.

(у співавторстві)

РОЗДІЛ 12 – доц. Тарасенко Л.Л., Тарасенко Х.Ю.

(у співавторстві)

РОЗДІЛ 13 – доц. Мартин В.М.

РОЗДІЛ 14 – доц. Тарасенко Л.Л.

РОЗДІЛ 15:

підрозділи 15.1. – 15.6. – проф. Яворська О.С.,

підрозділ 15.7. – Джочка О.П.

РОЗДІЛ 16 – к.ю.н. Самагальська Ю.Я.

РОЗДІЛ 17 – Тарасенко Х.Ю.

ЗМІСТ

ВСТУПНЕ СЛОВО	7
РОЗДІЛ 1. ВСТУП ДО ІТ ПРАВА	10
1.1. Поняття та характеристика ІТ права.....	10
1.2. Засади ІТ права.....	16
РОЗДІЛ 2. ЦИФРОВЕ СЕРЕДОВИЩЕ.	
МЕРЕЖА ІНТЕРНЕТ	21
2.1. Поняття мережі Інтернет.....	21
2.2. Співвідношення понять «цифрове середовище» і «мережа Інтернет».....	26
2.3. Інтернет – сайт як об’єкт інтелектуальної власності	30
РОЗДІЛ 3. ПРАВОВІДНОСИНИ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ: СУБ’ЄКТИ, ОБ’ЄКТИ, ЗМІСТ	49
РОЗДІЛ 4. ЕЛЕКТРОННІ ДОКУМЕНТИ ТА ЕЛЕКТРОННИЙ ДОКУМЕНТООБІГ	63
4.1. Поняття, ознаки та характеристика електронного документа.....	63
4.2. Електронний документообіг.....	74
РОЗДІЛ 5. ЕЛЕКТРОННИЙ ЦИФРОВИЙ ПІДПИС	81
РОЗДІЛ 6. ЕЛЕКТРОННА КОМЕРЦІЯ	98
6.1. Поняття електронної комерції.....	98
6.2. Правове регулювання електронної комерції.....	104
6.2.1. Міжнародно-правові документи у сфері електронної комерції.....	104
6.2.2. Національне законодавство у сфері електронної комерції	117
6.3. Учасники відносин у сфері електронної комерції.....	124
6.4. Порядок вчинення електронних правочинів.....	143
6.5. Виконання електронного договору.....	154
РОЗДІЛ 7. ЕЛЕКТРОННІ ГРОШІ	172
РОЗДІЛ 8. КРИПТОВАЛЮТА ЯК ПРОДУКТ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ	196

РОЗДІЛ 9. ОХОРОНА АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ	210
9.1. Міжнародні акти та національне законодавство про охорону авторських і суміжних прав у цифровому середовищі.....	210
9.2. Особливості розповсюдження та використання об'єктів авторського і суміжних прав у цифровому середовищі	214
9.3. Технічні засоби захисту авторських і суміжних прав...	220
9.4. Роль та функції організацій колективного управління в охороні майнових авторських і суміжних прав.....	226
9.5. Роль та функції постачальників Інтернет-послуг в охороні майнових авторських і суміжних прав.....	232
9.6. Використання майнових авторських і суміжних прав на підставі вільних публічних ліцензій (Creative Commons).....	242
9.7. Види порушень авторських і суміжних прав у мережі Інтернет.....	246
9.8. Способи захисту авторських і суміжних прав у мережі Інтернет.....	254
РОЗДІЛ 10. КОМП'ЮТЕРНА ПРОГРАМА ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ	276
РОЗДІЛ 11. КОМПІЛЯЦІЯ ДАНИХ (БАЗИ ДАНИХ) ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ	297
РОЗДІЛ 12. ВІЛЬНІ ПУБЛІЧНІ ЛІЦЕНЗІЇ ЯК ПІДСТАВА ВИКОРИСТАННЯ МАЙНОВИХ АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ ..	305
12.1. Поняття, ознаки та характеристика вільних публічних ліцензій.....	305
12.2. Окремі види вільних публічних ліцензій.....	315

РОЗДІЛ 13. ОХОРОНА ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНІ ПОЗНАЧЕННЯ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ	327
13.1. Охорона прав на комерційні найменування в мережі Інтернет.....	327
13.2. Охорона прав на торговельні марки в мережі Інтернет.....	335
РОЗДІЛ 14. ДОМЕННІ ІМЕНА. ДОМЕННІ СПОРИ	344
14.1. Доменні імена.....	344
14.2. Доменні спори.....	357
РОЗДІЛ 15. ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ	367
15.1. Загальна характеристика договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.....	367
15.2. Ліцензійний договір.....	384
15.3. Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності.....	399
15.4. Примусові ліцензії.....	405
15.5. Договори про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності.....	417
15.6. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності.....	421
15.7. Договірна практика у цифровому середовищі.....	425
РОЗДІЛ 16. ІНТЕРНЕТ-РЕКЛАМА	442
16. 1. Правове регулювання реклами.....	442
16. 2. Особливості та види реклами в Інтернеті.....	448
РОЗДІЛ 17. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ІТ-ТЕХНОЛОГІЙ В БУДІВНИЦТВІ	458
Авторський колектив.....	467
Про кафедру інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права.....	468
Про Центр дослідження інтелектуального права.....	470

ВСТУПНЕ СЛОВО

Шановні друзі!

Пропонуємо Вашій увазі наш спільний результат інтелектуальної праці – навчальне видання «ІТ право». Що вкладено у цю загадкову, інтригуючу назву?

Цифрові технології ваблять своєю таємничістю, широкими можливостями. Цифрове середовище стало паралельним світом, у якому люди спілкуються, знаходять друзів чи ворогів, розповсюджують та черпають інформацію, ведуть бізнес, заробляють гроші, зрештою «живуть».

Це середовище стало паралельним світом, у який хтось втікає від несправедливості чи суєтності реального світу, хтось не уявляє себе без гаджетів та інших технічних пристроїв, а для когось це просто павутина, що обплутує, даючи наснагу чи розчарування.

Але з правової точки зору це – середовище формування, прояву та функціонування суспільних відносин. Як і у реальному житті не всі суб'єкти суспільних відносин підтверджують презумпцію добросовісності контрагента, так і у цифровому середовищі – не всі використовують його з благими намірами.

Відтак постає проблема щодо урегульованості таких відносин. Що може право у цифровому середовищі, з урахуванням його наднаціонального, віртуального характеру?

Пояснити феномен ІТ права з точки зору усталених підходів на систему права з її поділом на галузі за предметом і методом правового регулювання неможливо.

Але факт його існування беззаперечний. ІТ право – специфічне право. Адже воно охоплює правові норми, що урегулюють різні суспільні відносини як за своєю природою, так і за суб'єктним складом, об'єктом, змістом тощо.

Це ті самі реальні відносини, тільки перенесені у віртуальне, цифрове середовище.

Авторський колектив хоче донести до Вас бачення ІТ права як складного явища з огляду на специфіку його функціонування – середовище без кордонів, без звиклих понять реального світу.

Відтак ІТ право не може мати перспектив розвитку виключно у рамках національної держави. Міжнародне співробітництво, на основі якого можуть бути вироблені єдині підходи, принципи мирного, комфортного співжиття у цифровому середовищі, має тут визначальне значення.

Уніфікація правових підходів до регулювання цифрового середовища особливо актуальна. І хоча ми характеризуємо ІТ право як комплексну галузь законодавства, його характеристика цим не вичерпується.

Ця галузь не може бути структурована за інститутами, субінститутами, підгалуззями тощо, оскільки йдеться насамперед про особливі прояви суспільних відносин у новому для них середовищі – цифровому.

Як і для будь-якої сфери людського буття, для цифрового середовища особливо актуальними є морально-етичні норми. Адже тут «злодія не зловиш за руку» в буквальному сенсі.

Особливі докази, процесуальні моменти, особливі способи використання та захисту тих чи інших об'єктів, прав, інтересів – усе це зумовлює необхідність не тільки високої правової культури, а й культури особистісної.

Найвища розкіш – це розкіш людського спілкування, стверджував Антуан де Сент-Екзюпері. Невідомо чи повторив би він цю фразу устами свого героя, якби спілкувався зі своїми читачами у цифровому середовищі.

Попри втілення високих досягнень людського розуму, цифрове середовище стало пристанищем і для «злих геніїв».

Ми обрали для аналізу та висвітлення окремі, на нашу думку, вагомі аспекти правового регулювання відносин у цифровому середовищі.

Сподіваємось, що на сторінках цього видання Ви знайдете багато корисної та цікавої інформації.

Можливо, окремі аспекти викличуть бажання до дискусії, подальших самостійних досліджень.

Головне – не будьте байдужими до нової сфери знань.

Успіхів і удачі у вивченні ІТ права!

З повагою, авторський колектив.

РОЗДІЛ 1. ВСТУП ДО ІТ ПРАВА

1.1. Поняття та характеристика ІТ права

Поняття ІТ право, Інтернет-право раніше з'явилися в практичному обороті, ніж на законодавчому чи доктринальному рівні. Про ІТ право заговорили у зв'язку з динамічним розвитком цифрових технологій та їх впливом на повсякдення. Ми стаємо свідками спонтанного чи може об'єктивно зумовленого практичними потребами правового регулювання виникнення численних «прав»: біржове право, інформаційне право, корпоративне право, інтелектуальне право, медичне право, цивільне немайнове право, ІТ право тощо.

З точки зору усталених загальнотеоретичних підходів до розуміння системи права, системи законодавства ці «права» не знаходять чітко визначеного «місця прописки». Науково-теоретичні та прикладні дослідження зазначених «прав» теж не знаходять адекватного виразу, оскільки такі дослідження, відповідно до встановлених вимог, мають вестися у межах наукових спеціальностей. Зазначені «права» не мають вираженої галузевої приналежності, сформувалися на стику різних галузей та не охоплюються існуючими науковими спеціальностями. У різних наукових дослідженнях спостерігаємо доволі вільне оперування поняттями «інститут права», «інститут законодавства», «галузь законодавства» тощо. Отже, потрібні системні зміни та змістовний перегляд наукових доктрин на систему права, систему законодавства, формування наукових спеціальностей тощо.

Усі ці новоявлені «права» зароджуються та набувають розвитку на приватноправовій основі. І це позитивні процеси, адже вони свідчать про динамічний розвиток приватної сфери суспільних відносин та адекватні прагнення права – дати відповідь на такі запити. Причому кожне з цих прав не є «чистим» з точки зору їх галузевої приналежності. Тому не потрібно прагнути пояснити їх зміст та суть, опираючись на предмет та метод правового

регулювання. Поява цих «прав» має об'єктивні пояснення і просту логіку їх формування. Є сфера суспільних відносин, які об'єктивно існують, незалежно від наших суб'єктивних уявлень та вчень про право, предмет, метод правового регулювання тощо. Наприклад, у рамках інтелектуального права не тільки фахівець, а й пересічний споживач, хоче мати цілісне уявлення про те, хто є його суб'єктами, які об'єкти ним охороняються, на яких умовах, засадах, які правові форми їх використання, які засоби захисту для нього притаманні, яка відповідальність настає у разі порушення інтелектуальних прав тощо.

Саме такі прагматичні потреби створили уявлення про ІТ право як право цифрового середовища. Це поняття пов'язують насамперед з правовим регулюванням створення, використання та захисту комп'ютерних програм, правовим режимом веб-сайтів, доменних імен, охороною авторських прав у цифровому середовищі тощо.

Викладання правових дисциплін у навчальних закладах вибудовано на галузевих підходах. Погляди на систему права, її елементи, будову, суть залишались фактично незмінними у найближчих часових рамках – з радянських часів. Такий підхід до вивчення права загалом має певні позитивні результати і може бути корисним для вступу до вивчення права, правової системи. Галузевий поділ права з його визначальними критеріями предмета та метода дає певне системне уявлення про право. Але такий підхід не можна фетишизувати, вводити у ранг святого і непорушного заради абстрактної чистоти предмета та метода правового регулювання. Не можна і закликати до повної відмови від галузевого підходу, але тільки як засобу досягнення мети – системного пізнання права у межах навчального процесу.

Звичайно, щоб дати фахову комплексну відповідь на різні практичні запити уже треба володіти системним підходом до розуміння права, який міг вибудуватися тільки на його вивченні саме як системи правових норм, засад, механізмів тощо, а не

хаотичного накопичення нормативного матеріалу. Але сьогодні галузеві підходи, в основі яких предмет та метод правового регулювання, створюють штучні перепони на шляху розв'язання практичних потреб.

Видається, що ми методологічно неправильно будемо власні міркування про право як регулятор суспільних відносин. Є правова система держави, є система нормативно-правових актів. Безперечно, що вона має будуватися на певних засадах власне як цілісна система. Але під потреби цієї системи ми «підлаштовуємо» суспільні відносини. У нас сформувалися погляди у напрямі – з права на суспільні відносини. Не підходять суспільні відносини під ознаки предмета та метода правового регулювання, значить, не «наші». Якщо не підходять, то не мають права на існування? Чи не тому з'являються «різні» права, які хочуть пояснити об'єктивні суспільні відносини, а тому порушують усталені підходи? Можливо вектор варто спрямувати у інший бік – від суспільних відносин до права. Право для суспільних відносин, для людей. А не навпаки.

Грамотично поняття «ІТ право», «інформаційне право» співпадають, адже йдеться про право інформаційних технологій. Але сьогодні змістовне наповнення цих понять – різне. У науці сформульоване поняття інформаційного права, яке пов'язує насамперед з публічним правом – адміністративним. Хоча такий підхід явно завужений, позбавлений перспективи. Інформаційне право стало комплексною галуззю законодавства, що поєднує як приватно-правові, так і публічно-правові норми. Розгляд інформаційного права виключно з публічно-правових позицій та його наукові дослідження у цьому ж плані значно збіднюють наші уявлення про нього.

Якщо інформаційне право охоплює правовим регулюванням відносини між різними суб'єктами щодо користування, доступу до різних видів інформації (публічної, приватної, комерційної, службової, державної таємниці тощо), встановлює охорону права

на інформацію, визначає способи та засоби захисту у разі порушення відповідних прав, то ІТ право асоціюється з регулюванням відносин саме у цифровому середовищі. Специфіка розуміння ІТ права зумовлена якраз специфікою функціонування, прояву суспільних відносин у цифровому середовищі. Тому не йдеться про якесь особливе право, а насамперед про специфіку функціонування, застосування та прояву правових норм щодо суспільних відносин в особливому середовищі, яким і є цифрове середовище. Саме це середовище зумовлює особливі правові підходи.

Насамперед, наскільки можливим є застосування правових підходів до цифрового середовища? Очевидно, що право має регулювати лише певний сегмент відносин у ньому. Адже саме цифрове середовище це як паралельний світ до середовища реального. Ті ж суб'єкти, ті ж потреби, мотиви, ті ж об'єкти, ті ж взаємні права та обов'язки, тільки у цифровому середовищі. Як і у реальному житті право регулює тільки певну сферу суспільних відносин, йдучи у парі з іншими соціальним регуляторами – мораль, релігійні норми, звичаї, національні традиції тощо. Те ж саме і у цифровому середовищі. Але у ньому певний суб'єкт чи об'єкт у реальний момент фіксувалися технічними засобами та в інший момент перестали існувати. Отже, на правове регулювання мають вплив технічні фактори, які мають ураховуватися.

Цифрове середовище не знає кордонів. Правове регулювання у реальному світі пов'язане насамперед з національним режимом. Механічне переміщення національного законодавства, його накладення на правове регулювання відносин у цифровому середовищі неможливе саме в силу віртуального характеру цього середовища. Тому для цифрового середовища насамперед важливою є етична поведінка. Саме кодекси професійної етики покладені в основу його функціонування.

Звичайно, що з'являться дослідження про сутність ІТ права як галузі чи підгалузі права, законодавства, його характер, прояв тощо. Зрештою, вони мають право на існування. Реальний світ і

цифрове середовище – це різні сфери (не єдині, стрімкий прогрес породить і інші) функціонування суспільних відносин та права, яке їх регулює. ІТ право – це насамперед особливе функціонування правових норм реального світу у цифровому середовищі.

Світовою спільнотою вироблені та впроваджуються системні підходи, принципи регулювання відносин у цьому середовищі. Йдеться про різні соціальні регулятори: звичаї, морально-етичні норми, правові норми. *Прийнято низку міжнародних правових актів:*

Типовий закон про електронну торгівлю Комісії ООН з права міжнародної торгівлі від 16 грудня 1996 року;

Типовий закон про електронні підписи Комісії ООН з права міжнародної торгівлі від 5 липня 2001 року;

Конвенція ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах від 23 листопада 2005 року;

кілька Директив Європейського парламенту та Ради ЄС: Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах від 20 травня 1997 року; Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства від 13 грудня 1999 року; Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку (Директива про електронну комерцію) від 8 червня 2000 року та інших.

Окремі документи, як от Типовий закон про електронну торгівлю, носять рекомендаційний характер для країн, що розробляють власне національне законодавство, інші – мають бути імплементованими у національне законодавство країн-членів ЄС, як от Директиви Європарламенту та Ради ЄС. Саме для цих актів характерним є прагнення до уніфікації національних режимів правового регулювання з урахуванням наднаціонального, транскордонного характеру цифрового середовища. Власне саме у цій сфері уніфікація правових підходів є не стільки бажаною, як необхідною для досягнення ефективної взаємодії між різними суб'єктами безвідносно до їх громадянства, місцезнаходження та

інших засобів індивідуалізації, з якими пов'язується правовий статус особи як суб'єкта правовідносин відповідно до вимог національного законодавства.

Активізувався процес прийняття нормативних актів, що спрямовані на урегулювання специфічних відносин виключно у цифровому середовищі, і в Україні. Це, насамперед, закони, що урегулюють: електронний документообіг; визначають правову природу електронних документів; електронні підписи як обов'язкові реквізити будь-якого електронного документа; відносини у сфері електронної комерції; обіг електронних грошей та електронні розрахунки тощо. Саме ці акти започатковують формування специфічної галузі законодавства – права інформаційних технологій або ІТ права.

Якщо Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис», «Про електронну комерцію», низка підзаконних актів, прийнятих у розвиток їх положень, наприклад: Порядок засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу; Положення про електронні гроші в Україні; Порядок роботи з електронними документами у діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання та низка інших мають пряме відношення до цифрового середовища та призначені виключно для регулювання відповідних відносин у ньому, то інші акти застосовуються з урахуванням особливостей функціонування відносин у цифровому середовищі.

Зокрема, Закон України «Про захист прав споживачів», який встановлює права споживача, гарантії їх здійснення та захисту підлягає застосуванню і до відносин за участю споживача у сфері електронної комерції. Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», регулюючи відповідну сферу суспільних відносин, водночас застосовується і до відносин у цифровому середовищі з використанням електронних платіжних засобів. Закон України «Про депозитарну систему України», регулюючи

окреслену сферу суспільних відносин, застосовується і до відносин щодо обігу цінних паперів у формі електронних рахунків. Закон України «Про авторське право і суміжні права», регулюючи окреслені відносини, застосовується і до цифрового середовища, у якому ці права здійснюються.

Таким чином, є усі підстави стверджувати про формування нової комплексної галузі законодавства – Право інформаційних технологій, ІТ право. Безвідносно до назви, яка обирається для позначення такої галузі виключно з естетичних та функціональних міркувань, можливо стверджувати про безперечний факт її існування.

1.2. Засади ІТ права

Ураховуючи віртуальність простору, у якому проявляються відносини між різними суб'єктами, поєднання у цьому просторі високих технологій з чисто прагматичними прагненнями, приватність пересічних користувачів та інші особливості потрібно визначитися з певними засадничими положення функціонування у ньому. Відповідно до ст. 16 Директиви про електронну комерцію, назва якої «Кодекси поведінки», держави-члени та Комісія заохочують (саме для сфери електронної комерції):

а) розробку кодексів поведінки на рівні Співтовариства торговельними, професійними та споживацькими об'єднаннями чи організаціями;

б) добровільну передачу проєктів кодексів на національному рівні чи на рівні Співтовариства Комісії;

с) доступність цих кодексів поведінки в електронному вигляді на мовах держав Співтовариства;

д) повідомлення держав-членів та Комісії торговельними, професійними та споживацькими об'єднаннями чи організаціями про їх оцінку своїх кодексів поведінки та їх впливу на практику, звички чи звичаї в сфері електронної комерції;

е) розробку кодексів поведінки в сфері захисту неповнолітніх та людської гідності.

Держави-члени та Комісія заохочують залучення об'єднань та організацій, що представляють споживачів, до розробки й імплементації кодексів поведінки, які становлять сферу їх інтересів.

Оскільки йдеться про приватно-правову основу ІТ права, то засади цивільного законодавства, викладені у ст. 3 ЦК України, однозначно поширюються і на нього. Ураховуючи специфіку функціонування відносин у цифровому середовищі, можливо виділити такі особливі засади, на яких мало б вибудовуватися ІТ право:

– ***неприпустимість зловживання технічними знаннями, засобами для досягнення особистих інтересів у сфері ІТ права.***

Адже у цифровому середовищі взаємодіють різні суб'єкти з різним рівнем технічних знань про його функціональні можливості: діти як користувачі різних програм та професіонали, що розробляють комп'ютерні програми та здійснюють технічне обслуговування світової павутини. Жодна особа, незалежно від рівня її технічних, спеціальних знань у сфері цифрових технологій не може використовувати ці знання на шкоду іншому, для досягнення власних корисливих цілей чи з іншою недобросовісною метою. На сьогодні уже сформовані певні правові підходи, спрямовані на подолання таких негативних явищ у цифровому середовищі як кіберзлочинність, «чорні» хакери, використання різних електронних аналогів грошей, поширення вірусів у різних формах з метою нанести шкоду конкретним приватним власникам, юридичним особам, державним інституціям та навіть цілим державам тощо.

– ***повага до результатів інтелектуальної праці, використовуваних у цифровому середовищі.*** Саме цифрове середовище є глобальним світовим простором, у якому використані найкращі здобутки людського розуму. Відтак будь-яке використання розміщеної інформації має бути усвідомленням того факту, що це – результат чужої праці. Автор має право на винагороду, крім ви-

падків вільного використання твору з дозволу автора. Чи то йдеться про комп'ютерні програми та інші види програмного забезпечення, чи то про об'єкти авторського права.

– **неприпустимість зловживання цифровим середовищем для поширення заборонених світовою спільнотою ідей** (фашизму, розпалювання расової, релігійної та інших форм людської ворожнечі, порнографії тощо). Адже відсутній будь-який контроль з будь-чийого боку за змістом та якістю інформації, що розміщується у цифровому середовищі. Мірилом поведінки є власна культура кожного. Відтак тільки під відповідальність конкретної особи у цифрову мережу викладаються різні фото, інформаційні блоги тощо. У разі неправомірності у діях таких суб'єктів, все можна оскаржити до суду. Але кожен і усі разом мають усвідомлювати міру власної відповідальності один перед одним і перед усіма за «засмічення» цифрового середовища. Таке віртуальне «засмічення» може мати більш негативний та згубний вплив на людину, ніж видимі правопорушення в екологічній чи інших реальних сферах;

– **соціальна довіра** – важлива засада функціонування цифрового середовища, адже на стадії формування відносин (правовідносин) суб'єкти мають мінімум уявлення один про одного. Такі уявлення формуються без фізичного контакту на основі інформації, яку особа пропонує самостійно або в силу законодавчих вимог. Але фізична взаємодія з її незначними на перший погляд жестами (вираз обличчя, потиск руки, характер погляду) складають враження та впливають на прийняття рішення, більше, ніж дотримання формальних правових приписів. Тому готовність до співпраці у цифровому середовищі передбачає певний рівень соціальної довіри до контрагента (сторони договору чи друга в соцмережі).

Ці та можливо інші засади можуть лягти в основу Кодексу етичної поведінки у цифровому середовищі.

Такі засади мають свідомо сприйматися усіма зацікавленими сторонами. Адже навіть у разі законодавчого закріплення юридичної відповідальності за їх порушення не виникає.

Для цієї комплексної галузі законодавства притаманні *низка особливостей*, що зумовлені специфікою сфери її застосування. Це, насамперед:

1. Особливістю ІТ права є його наднаціональний, транс-кордонний характер. Тому застосування норм національного законодавства у цифровому середовищі може бути ускладнене іноземним елементом. Відтак при укладенні відповідних договорів виникають питання юрисдикції, колізій законодавчого регулювання тощо.

2. Відносини у цифровому середовищі піддаються дії різних соціальних регуляторів (морально-етичні норми, звичаї тощо), право лише один з них.

3. Прагнення до уніфікація національних правових підходів у цифровому середовищі та вироблення однакових правил для усіх, адже цифрове середовище – одне на усіх, незалежно від національності, громадянства, місця проживання.

4. Вагомий вплив технічного рівня знань та здобутків кожного суб'єкта зокрема, держави, людства загалом на функціонування цифрового середовища та культуру відносин у ньому.

5. Анонімність користувачів у мережі Інтернет, що створює психологічну ілюзію «широких можливостей» та відсутність усвідомленої персональної відповідальності за різні прояви користування цифровим середовищем.

6. Для національного ІТ права як комплексної галузі законодавства, окрім зазначених універсальних особливостей, притаманна специфічна побудова. Адже ІТ право чітко не структурується за інститутами та немає узгодженої системи зовнішнього прояву. Його структура – це відсутність структури.

Як галузь законодавства ІТ право включає:

- міжнародні правові документи, що стали невід’ємною частиною національного законодавства;
- національні нормативні акти, що застосовуються виключно для регулювання відносин у цифровому середовищі (закони та підзаконні акти);
- національні нормативні акти, що регулюють будь-яку сферу суспільних відносин з урахуванням особливостей їх функціонування у цифровому середовищі (закони та підзаконні акти).

РОЗДІЛ 2.

ЦИФРОВЕ СЕРЕДОВИЩЕ. МЕРЕЖА ІНТЕРНЕТ

2.1. Поняття мережі Інтернет

Для розуміння правової природи мережі Інтернету слід проаналізувати відповідні законодавчі положення. Визначення Інтернету наводиться у ст. 1 Закону України «Про телекомунікації», відповідно до якої *Інтернет – це всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами.*

Визначення складне і для пересічного громадянина є незрозумілим для сприйняття. Тільки фахівці у даній галузі володіють знаннями, що таке адресний простір, Інтернет-протокол, і про які міжнародні стандарти йдеться. Таке визначення дає змогу виокремити ознаки Інтернету, зокрема:

- Інтернет – це інформаційна система;
- для цієї системи притаманний всесвітній характер;
- загальний доступ користувачів;
- наявність адресного простору;
- наявність логічних зв'язків у глобальному адресному просторі;
- базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами.

Інтернет як інформаційна система характеризується тим, що містить в собі величезну кількість різнопланової інформації, яка в ньому розміщена. Слово «система» означає наявність певних структурних елементів і логічних зв'язків між ними. Очевидно, йдеться про веб-сайти як певні елементи цієї інформаційної системи. Веб-сайти формують одну всесвітню мережу, так звану «павутину».

Всесвітній характер Інтернету означає те, що будь-яка особа з будь-якої країни світу за наявності технічної можливості (дос-

тупу до мережі Інтернет) може користуватися (переглядати) веб-сайтами, які розміщені на будь-якому сервері та під'єднані до інформаційної системи Інтернету. Інтернет не має кордонів, це наднаціональна інформаційна мережа, яка дозволяє необмеженому колу осіб споживати інформаційну продукцію певного виду залежно від бажання користувача.

Загальний доступ користувачів до мережі Інтернет відображає можливість кожної особи вільно користуватися веб-сайтами, їх інформаційним наповненням, без встановлення відповідних обмежень – залежно від віку, країни перебування тощо. Доступ до Інтернету не потребує отримання спеціального погодження ні від органів влади, ні від приватних компаній, які відповідають за функціонування адресного простору мережі. Однак існують винятки, зокрема, доступ до окремих сайтів може бути заблоковано користувачам певного регіону (або країни).

Адресний простір мережі Інтернет – це сукупність адрес мережі Інтернет (відповідно до ч. 1 Закону «Про телекомунікації»). У цьому ж законі вказано, що *адреса мережі Інтернет – це визначений чинними в Інтернеті міжнародними стандартами цифровий та/або символний ідентифікатор доменних імен в ієрархічній системі доменних назв.*

Іншими словами, йдеться про адресу (місцезнаходження) веб-сайту, яка технічно має цифровий та/або символний ідентифікатор. Усі веб-сайти (їх адреси) формують глобальний адресний простір мережі Інтернет.

Для прикладу, стандартизована адреса певного ресурсу (такого як документ чи зображення) в Інтернеті має назву уніфікований локатор ресурсів або адреса ресурсу (англ. URL – Uniform Resource Locator – єдиний вказівник на ресурс, уніфікований покажчик ресурсу).

Він включає в себе назву протоколу доступу (HTTP, FTP,

telnet, gopher та ін.) і, власне, шлях до ресурсу, формат якого залежить від схеми доступу:

<схема>://<логін>:<пароль>@<хост>:<порт>/<шлях>?<параметри>#<якір>

Серед них:

схема – це спосіб звернення до ресурсу, найчастіше це протокол (напр. http, ftp);

логін і пароль – це відповідно ім'я користувача і пароль для доступу до ресурсу;

хост – у контексті розглядуваної схеми доступу включає повне доменне ім'я або IP-адреса ресурсу;

порт – це місце, за яким буде проведено звернення до хоста;

шлях – використовується для уточнення вказівки місця знаходження ресурсу;

параметри – це рядок параметрів виду <параметр>=<значення>, розділених символом амперсанта '&';

якір – призначений для внутрішньої адресації на ресурсі, який було отримано від сервера.

Приклади URL-адреси:

– <http://www.example.com/pub/files/school.html> — адреса файлу school.html, розміщеного в каталозі pub/files на сервері www.example.com. Доступ до сервера здійснюється за протоколом HTTP; <http://www.example.com> — адреса головної сторінки сервера www. example.com;

– <ftp://ftp.example.com/pub/files/school.txt> — адреса файлу school.txt, розміщеного в каталозі pub/files на сервері ftp.example.com. Доступ до сервера здійснюється за протоколом FTP¹.

¹ https://uk.wikipedia.org/wiki/Уніфікований_локатор_ресурсів

Отже, URL – це розташування веб-сторінки або файлу в Інтернеті, яке є унікальною адресою, за якою їх можна знайти в Інтернеті («як будинки, які мають свою адресу на вулиці»¹). URL-адресу веб-сторінки можна знайти в адресному рядку вгорі вікна веб-переглядача.

У науковій літературі також виділяють ознаки Інтернету. Зокрема, на думку Еннана Р. Є., до основних ознак мережі Інтернет можна віднести такі: 1) Інтернет як технологічна система, що забезпечує обмін інформацією між комп'ютерами є різновидом мережі електрозв'язку – телекомунікаційної мережі; 2) Інтернет як система інформаційного зв'язку регулює суспільні відносини щодо обміну даними; 3) глобальний, екстериторіальний, міжнародний характер Інтернету; 4) Інтернет відкритий для використання всіма фізичними та юридичними особами, тобто є мережею зв'язку загального користування; 5) мережа Інтернет призначена для передачі (обміну) електронних даних². Варто погодитися з вказаною думкою, оскільки справді Інтернет технологічно дозволяє обмінюватися інформацією, є відкритим для будь-якої особи та має екстериторіальний характер.

Інтернет-мережа стає віртуальним ринком обороту і збуту продукції. При цьому нерідко допускаються порушення виключних прав авторів та інших правоволодільців. На це звертає увагу Атаманова Ю. Є.³ Інтернет, на її думку, це фактично сукупність веб-сайтів, оскільки інформацію з Інтернету можливо використовувати лише через її споживання та опрацювання через відповідні веб-сайти. Погоджуємося з такою позицією, і додатково вказуємо, що користувач бачить тільки певний веб-сайт, до якого є доступ завдяки Інтернету як телекомунікаційній мережі. Саме веб-

¹ Google AdWords Довідка. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://support.google.com/adwords/answer/14095?hl=uk>

² Еннан Р.Є. Правове регулювання відносин у мережі Інтернет. ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: збірник матеріалів науково-практичної конференції. Львів. НУ «Львівська політехніка», 2016. С. 172.

³ Атаманова Ю.Є. Захист прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет: світовий досвід та вітчизняні перспективи. Право та інновації. 2014. № 3. С.7.

сайт є джерелом отримання певної інформації, яка може включати і чужу інтелектуальну працю – об'єкти авторського права, суміжних прав, інші об'єкти інтелектуальної власності.

Звертаємо увагу на те, що Інтернет як телекомунікаційна мережа не має централізованого управління, єдиних правил використання чи порядку доступу. Уряди держав не мають впливу на управління Інтернетом. Окрім того, кожна складова мережа Інтернету встановлює свої власні стандарти, які водночас технічно повинні бути взаємопов'язані та сумісні між собою. Централізовано визначаються лише правила використання адресного простору Інтернет-протоколу, порядок та правила присвоєння доменних імен. Цю діяльність здійснює Інтернет корпорація з присвоєння доменних імен (Internet Corporation For Assigned Names and Numbers, скорочено – ICANN). ICANN – це міжнародна некомерційна організація (місцезнаходження у США). Ця організація має своєю метою забезпечення Інтернет-безпеки, стабільності і технічної сумісності. ICANN має значний вплив на поширення та розвиток Інтернету у світі¹.

Технічну стандартизацію основних протоколів Інтернету здійснює некомерційна організація – Internet Engineering Task Force (IETF), яка об'єднує на міжнародному рівні проєктантів, дослідників, операторів і постачальників послуг доступу до мережі Інтернет.

На сьогодні Інтернет використовує більшість населення на Землі, він стає невід'ємною частиною нашого життя. Завдяки Інтернету можна здобути знання, поширити певну інформацію тощо.

¹ Internet Corporation For Assigned Names and Numbers . URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.icann.org/>

2.2. Співвідношення понять

«цифрове середовище» і «мережа Інтернет»

У науковій і практичній літературі доволі часто вживається два поняття: «цифрове середовище» і «мережа Інтернет». Тому важливо з'ясувати співвідношення між ними. Визначення поняття «цифрове середовище» у законодавстві України не наводиться, однак в науковій літературі вказують, що це словосполучення не тільки ввійшло у звичайну мову, а починає використовуватися і в юридичній лексиці. Цифрове середовище відображає як цифрову форму об'єкта інтелектуальної власності (на противагу традиційній «аналоговій», зокрема письмовій, формі), так і надає новий зміст правам інтелектуальної власності¹.

Цифрове середовище – це ширше поняття, ніж мережа Інтернет. Цифрове середовище включає у себе не лише веб-сайти (і веб-сторінки як складові веб-сайтів), а й електронні документи, файли, в тому числі оцифровані об'єкти інтелектуальної власності, які використовуються на відповідних пристроях, що не передбачають паперової форми документообігу (комп'ютери, ноутбуки, планшети, телефони, інші види так званих «гаджетів»).

Отже, об'єкти інтелектуальної власності можуть мати так зване «цифрове вираження» – можуть бути прочитані, відтворені і передані через відповідні технічні пристрої вказані вище, зазвичай з використанням мережі Інтернет.

Про цифрове середовище як місце здійснення прав інтелектуальної власності опосередковано йдеться у Рекомендаціях для Інтернет – провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет, що схвалені Державною службою інтелектуальної

¹ Савич С.С. Авторське право у цифровому середовищі: проблема монополії правовласника та забезпечення умов вільного використання творів. Бюлетень Міністерства Юстиції України. 2015. № 1. С. 87.

власності (далі – Рекомендації для Інтернет-провайдерів)¹. Вказані рекомендації стосуються лише використання об'єктів авторського права та суміжних прав у мережі Інтернет за міжнародним та національним законодавством.

Міжнародними договорами, що забезпечують основу правового регулювання використання об'єктів авторського права і суміжних прав у цифровому середовищі є так звані Інтернет-договори Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) від 20 грудня 1996 року:

- Договір ВОІВ про авторське право (чинний з 6 березня 2002 року);
- Договір ВОІВ про виконання і фонограми (чинний з 20 квітня 2002 року).

Інтернет-договори у тексті використовують поняття «цифрове середовище», і не вживають слово «Інтернет». Цифрове середовище вживається для охоплення широкого кола комп'ютерних мереж, в яких можуть використовуватися такі майнові права суб'єктів авторського права і суміжних прав, як право на відтворення та на розповсюдження серед широкої публіки, право зробити записані виконання та фонограми доступними. Окрім того, значна увага в Інтернет-договорах приділяється обов'язку їх сторін – держав забезпечити правову охорону та ефективні засоби правового захисту від обходу існуючих технічних засобів.

Національні закони та підзаконні акти нечасто використовують поняття «Інтернет» як місце розміщення об'єктів права інтелектуальної власності. ЦК України та практично все інше цивільне законодавство не містять згадок ні про мережу Інтернет, ні про цифрове середовище, в яких можуть використовуватися

¹ Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файло-обмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет, затв. Державною службою інтелектуальної власності України. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/ip.html?s=print>

об'єкти права інтелектуальної власності. Вважаємо, що це недолік чинного законодавства, оскільки швидкий розвиток інформаційних технологій зумовлює необхідність відповідного регулювання. Кілька норм щодо використання об'єктів авторського (суміжного) права в цифровому середовищі містяться у Законі «Про авторське право і суміжні права» (зміни та доповнення від 23 березня 2017 року).

Таким чином, на законодавчому рівні з'явилося визначення *електронної (цифрової) інформації, під якою розуміється – аудіовізуальні твори, музичні твори (з текстом або без тексту), комп'ютерні програми, фонограми, відеограми, програми (передачі) організацій мовлення, що знаходяться в електронній (цифровій) формі, придатній для зчитування і відтворення комп'ютером, які можуть існувати і (або) зберігатися у вигляді одного або декількох файлів (частин файлів), записів у базі даних на зберігаючих пристроях комп'ютерів, серверів тощо у мережі Інтернет, а також програми (передачі) організацій мовлення, що ретранслюються з використанням мережі Інтернет.*

У Інтернет-договорах ВОІВ (про авторське право, про виконання і фонограми) наголошено на тому, що на сьогодні розвиток інформаційних та комунікаційних технологій має значний вплив на створення та використання літературних і художніх творів, на виробництво та використання виконань і фонограм (відеограм). Тому важливим є збереження балансу між правами авторів та інтересами широкої публіки щодо доступу до такої інформації.

Інтернет-договори містять положення щодо виключних прав авторів, виконавців, виробників фонограм та відеограм дозволяти відтворення своїх творів, виконань, фонограм, відеограм в цифровому середовищі, а також надавати доступ до своїх творів, виконань, фонограм, відеограм шляхом доведення їх до загального відома через дротові та недротові засоби зв'язку, щоб будь-хто міг мати до них доступ з будь-якого місця і в будь-який час за їх-

нім власним вибором, очевидно, з використанням комп'ютерної або іншої подібної техніки, яка дозволяє здійснювати такі операції.

В умовах, коли практично кожен член суспільства має доступ до Інтернету, користуючись комп'ютером, телефоном, планшетом, іншим пристроєм, наявність веб-сайту стає необхідністю для кожної компанії, яка бажає представити себе в Інтернет-середовищі. Розвиток цифрового середовища зумовлює стрімке поширення будь-якої інформації через мережу Інтернет. Художники, поети, інші автори літературних творів з метою популяризації доволі часто виставляють на загал свої об'єкти інтелектуальної праці або на власних веб-сайтах, або в соціальних мережах, або на інших доступних Інтернет-сервісах.

Така інформація доволі швидко знаходить своїх адресатів, які використовують розміщену інформацію для власних потреб. Самі ж веб-сайти, на яких розміщена відповідна інформація, користуються значною популярністю. Нерідко користувачі забувають про наявність авторських прав (або інших прав інтелектуальної власності) на використовувани ними об'єкти чужої інтелектуальної праці, що призводить до масових порушень цих прав.

У Доктрині інформаційної безпеки України, що затверджена Указом Президента України від 25 лютого 2017 року, зазначено, що елементом конституційного права громадян на інформацію є надання рівних можливостей доступу кожному громадянину до інформаційних ресурсів мережі Інтернет.

Водночас стан правового регулювання інформаційного середовища в мережі Інтернет та відносин у цифровому середовищі загалом можна охарактеризувати як недостатній. Існуючі правові норми, які регулюють ці відносини, не відображають реально існуючого стану та не встигають за розвитком цифрових технологій.

Відтак відносини щодо використання інформаційних технологій, окрім правового регулювання, піддаються саморегулюван-

ню. Зокрема, йдеться про Правила домену .UA, Регламент реєстрації доменних імен в домені .COM.UA та інші правила, що розроблені ТзОВ «Хостмайстер» (адміністратор адресного простору вищого рівня) або іншими адміністраторами доменних імен другого рівня.

Окрім того, застосуванню підлягають і положення Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) та Правил, що прийняті на її основі Корпорацією з управління доменами і IP-адресами (ICANN). Ці Правила (як українські, так і затверджені ICANN) застосовуються на практиці шляхом посилання на них в договорах, що укладаються між реєстрантом та реєстратором, реєстратором та адміністратором) або як звичай (якщо такого посилання в договорі немає)¹. Подібну правову природу мають і вільні публічні ліцензії на використання об'єктів авторського права та суміжних прав (ліцензії Creative Commons, General Public License та інші)².

Тому регуляторами відносин щодо інформаційних технологій, що виникають у цифровому середовищі, є правові норми, договори, звичаї та інші регулятори.

2.3. Інтернет – сайт як об'єкт інтелектуальної власності

Інтернет-сайт як об'єкт інтелектуальної власності є складним явищем, яке містить в собі елементи різних правових понять інтелектуального права. Крім поняття «Інтернет-сайт» у науковій літературі та в чинному законодавстві вживається ще поняття «веб-сайт». Ці поняття є синонімами, а відтак немає потреби розмежовувати їх.

Веб-сайт як об'єкт права потребує інтелектуальної творчої праці для створення та належного функціонування. Інтернет-сайт не існує поза межами Інтернету. У законодавстві України визначення Інтернет-сайту вперше було наведене у відомчому підза-

¹ Детальніше про правову природу цих Правил див. Підрозділ 14.1.

² Детальніше про правову природу вільних публічних ліцензій див. Підрозділ 12.1.

конному нормативно-правовому акті – наказі Державного комітету інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України, Державного комітету зв'язку та інформатизації України від 25 листопада 2002 року «Про затвердження Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного веб-порталу органів виконавчої влади та Порядку функціонування веб-сайтів органів виконавчої влади».

Зокрема, відповідно до абз. 3 п. 1.3 цього Порядку *веб-сайт (Інтернет-сайт) – це сукупність програмних та апаратних засобів з унікальною адресою у мережі Інтернет разом з інформаційними ресурсами, що перебувають у розпорядженні певного суб'єкта і забезпечують доступ юридичних та фізичних осіб до цих інформаційних ресурсів та інші інформаційні послуги через мережу Інтернет.*

А веб-сайт як системне багаторівневе об'єднання різних ресурсів та сервісів для забезпечення максимальної можливості доступу до інформації та послуг є веб-порталом.

У науковій літературі (зокрема, Атаманова Ю. Є.¹), розвиваючи це визначення, наголошують, що досягнення формальної та змістовної єдності веб-сайтом здійснюється завдяки трьом основним його складовим, а саме: 1) програмним та апаратним засобам (серверним програмним засобам; програмним засобам сайту); 2) адресі у мережі Інтернет або доменному імені; 3) інформаційному наповненню, яке охоплює текстову інформацію, графічну інформацію, аудіовізуальну інформацію. Вказана позиція заслуговує на увагу, оскільки справді Інтернет-сайт має власне унікальне ім'я (домен), функціонує завдяки засобам програмування та містить візуалізацію через інформацію, яка придатна для використання користувачами Інтернету.

Гура М. В. у своєму дисертаційному дослідженні наводить власне визначення Інтернет-сайту, розуміючи під ним відокрем-

¹ Атаманова Ю.Є. Захист прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет: світовий досвід та вітчизняні перспективи. Право та інновації. 2014. № 3. С.7.

лений, логічно завершений елемент мережі Інтернет, який створений на основі технології гіперпосилань, розташований на сервері (host), має унікальну адресу (url), за якою до нього може отримати доступ будь-який користувач мережі Інтернет (*автор.: інколи існують винятки з цього правила, зокрема, можливе блокування доступу до певного веб-сайту окремих користувачів або користувачів певної країни тощо*), та у своїй основі містить Інтернет-сторінки, які мають графічний вигляд та можуть бути переглянуті за допомогою спеціальних комп'ютерних програм (браузерів)¹.

Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» (в ред. від 23 березня 2017 року) *веб-сайт – це сукупність даних, електронної (цифрової) інформації, інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав тощо, пов'язаних між собою і структурованих у межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту, доступ до яких здійснюється через адресу мережі Інтернет, що може складатися з доменного імені, записів про каталоги або виклики і (або) числової адреси за Інтернет-протоколом*².

Варто вказати на такі ознаки веб-сайту:

– за змістом веб-сайт є сукупністю даних, електронної (цифрової) інформації та об'єктів авторського права і (або) суміжних прав;

– всі інформаційні матеріали пов'язані між собою і структуровані у межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту;

– доступ до веб-сайту здійснюється через адресу мережі Інтернет (доменне ім'я, запис про каталоги або виклики і/або числової адреси за Інтернет-протоколом).

¹ Гура В. С. Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту: автореф. дис. канд. юрид.наук. В. С. Гура. К., 2006. 20 с.

² Про державну підтримку кінематографії в Україні: Закон України від 23.03.2017. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.zakon.rada.gov.ua>

У Законі України «Про авторське право і суміжні права» міститься також визначення *облікового запису* – це *формалізований згідно зі стандартами мережі Інтернет запис на комп'ютерному обладнанні (комп'ютерах, серверах), підключеному до мережі Інтернет, що ідентифікує користувача (наприклад, власника веб-сайту) на такому обладнанні, включає в себе дані про доступ до частини каталогів і програмного забезпечення комп'ютерного обладнання, а також визначає права такого доступу, що надають можливість володільцю облікового запису додавати, видаляти, змінювати електронну (цифрову) інформацію і дані веб-сайту, надавати доступ до веб-сайту або його частин, окремих даних іншим особам, припиняти функціонування такого веб-сайту або його частини в межах облікового запису.*

Обліковий запис дозволяє ідентифікувати користувача мережі Інтернет, в тому числі власника веб-сайту, користувача соціальних мереж або інших веб-ресурсів (обліковий запис в Google).

На нашу думку, Інтернет-сайт – це складний об'єкт інтелектуального права, оскільки:

- містить в собі програмні засоби (відповідні комп'ютерні програми, завдяки яким веб-сайт функціонує);
- має інформаційне наповнення (тексти, зображення тощо);
- має унікальне ім'я (доменне ім'я);
- інформація, що міститься на веб-сайті, зберігається на віддаленому комп'ютері (цей процес характеризується як хостинг);
- доступ до Інтернет-сайту можливий з будь-якого комп'ютера, що підключений до мережі Інтернет, завдяки використанню відповідного програмного забезпечення (публічний доступ будь-якої особи).

З наведених вище ознак вбачається, що без відповідного програмного забезпечення неможливе функціонування Інтернет-

сайту з технічної точки зору. Зокрема, йдеться про комп'ютерні програми, які працюють «всередині» веб-сайту.

За загальним правилом правова охорона комп'ютерної програми здійснюється авторським правом. Водночас комп'ютерна програма може бути складовою частиною винаходу (корисної моделі), яка виконує певну функцію в межах винайденого технічного рішення.

Про це свідчить і судова практика, наприклад, у справі за позовом винахідників до Міжнародного науково-навчального центру інформаційних технологій і систем НАН та МОН України, про стягнення винагороди суд встановив, що позивачі (винахідники) створили службовий винахід «Спосіб комп'ютерної ідентифікації особи за зображенням її обличчя»¹. Такий спосіб комп'ютерної ідентифікації особи (або інший подібний процес) може використовуватися як складова частина веб-сайту. Тому програмні засоби Інтернет-сайту містять об'єкти авторського права і можуть містити певне технічне рішення, яке є винаходом чи корисною моделлю.

Інформаційне наповнення Інтернет-сайту зазвичай є інтелектуальною власністю певної особи. На веб-сайті можуть бути розміщені об'єкти авторського права (тексти, малюнки, музичні твори тощо), суміжних прав (фонограми, відеограми тощо), об'єкти патентного права (наприклад, зображення промислового зразка), засоби індивідуалізації (комерційне найменування, зображення знаку для товарів і послуг) тощо. У більшості випадків на веб-сайтах розміщують саме об'єкти авторського права, бо в основному веб-сторінки – це текстова інформація.

Інтернет-сайт має доменне ім'я, яке є унікальним. Зазвичай доменне ім'я відображає або знак для товарів і послуг, або комерційне найменування, або ім'я фізичної особи. Відтак у багатьох випадках використання домену (як назви Інтернет-сайту) є спо-

¹ Рішення Апеляційного суду м. Києва від 16.09.2015. у справі № 752/9813/13. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50793926>

собом використання таких об'єктів права інтелектуальної власності як торговельна марка або комерційне найменування. Відповідно до ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» порушенням прав власника свідоцтва на знак для товарів і послуг вважається використання знаку без його згоди в доменних іменах.

Інформація, яка розміщена на веб-сайті, повинна зберігатися на певному комп'ютері, так званому «сервері», що має назву – хостинг. Хостинг включає надання дискового простору на сервері для зберігання інформації (інформаційного наповнення Інтернет-сайту), а також забезпечує постійне підключення до мережі Інтернет, завдяки чому інформація, яка є на веб-сайті, стає публічно доступною.

Визначення хостингу в законодавстві України не наведено. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» *постачальником послуг хостингу є особа, яка надає власникам веб-сайтів послуги і (або) ресурси для розміщення веб-сайтів або їх частин у мережі Інтернет та із забезпечення доступу до них через мережу Інтернет.*

Доступ до Інтернет-сайту є можливим не лише зі стаціонарного комп'ютера, а й з будь-якого іншого пристрою, завдяки якому особа може підключитися до мережі Інтернет (йдеться про ноутбуки, планшети, телефони тощо). На сьогодні недоречно обмежувати можливість доступу до мережі Інтернет шляхом використання тільки комп'ютера, оскільки з кожним роком збільшується кількість пристроїв, які підтримують функції доступу до мережі Інтернет.

Також доступ до веб-сайту можливий з будь-якого місцезнаходження особи, де є підключення до мережі Інтернет, незалежно від країни, населеного пункту тощо, що зумовлено екстериторіальним характером Інтернету.

Власником веб-сайту є особа, яка є володільцем облікового запису та встановлює порядок і умови використання веб-сайту.

У законі встановлено презумпцію, відповідно до якої за відсутності доказів іншого, власником веб-сайту вважається реєстрант відповідного доменного імені, за яким здійснюється доступ до веб-сайту, і/або отримувач послуг хостингу. Це припущення може бути спростоване, оскільки нерідко має місце реєстрація веб-сайту на іншу особу, яка насправді не використовує веб-сайт, не управляє ним. Такою особою може бути працівник юридичної особи, яка має власний веб-сайт – візитку або власний веб-портал, розробник сайту, який первісно зареєстрував сайт на своє ім'я тощо. Відтак реальний володілець сайту і реєстрант можуть не співпадати. Тому доцільним видається підхід законодавця, який лише встановлює презумпцію щодо того, хто вважається власником веб-сайту.

Звертаємо увагу, що веб-сайт складається з веб-сторінок і власник веб-сайту не завжди є власником веб-сторінки. Зокрема, власник веб-сайту не є власником веб-сторінки, якщо останній володіє обліковим записом, що дозволяє йому самостійно, незалежно від власника веб-сайту, розміщувати інформацію на веб-сторінці та управляти нею (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Такий підхід також є цілком виправданим, оскільки нерідко користувачі веб-ресурсів мають технічну можливість самостійно наповнювати контент (інформацією) певний веб-сайт, власниками якого вони не є.

Прикладом може бути обліковий запис в соціальних мережах, на веб-порталах, завдяки чому користувач самостійно формує інформаційну складову свого облікового запису, виставляючи на загальну інформацію, яку вважає за необхідне. Окрім цього, норма є важливою з огляду на потенційний суб'єктний склад спору, що може виникнути у разі порушення цієї особою авторських або суміжних прав. Зокрема, у такому разі саме власник веб-сторінки повинен бути відповідачем у такій категорії справ.

Для відповіді на питання, чи повинен власник веб-сайту (реєстрант доменного імені) відповідати за порушення авторських

прав, що має місце на його веб-сайті, доцільно провести аналогію з суб'єктним складом розгляду справ, пов'язаних з порушенням авторських прав в друкованих ЗМІ, різних виданнях. Окрім автора публікації відповідачем є ще й видавець. З Постанови Пленуму ВСУ «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 року вбачається, що належним відповідачем у справі про захист авторського права є особа, яка своїми діями порушила особисті немайнові чи майнові права суб'єктів авторського права.

У Постанові Пленуму прямо вказується, що при вирішенні відповідних спорів суд повинен установити, чи перебуває веб-сайт та розміщена на ньому інформація в розпорядженні особи, якій пред'явлено позовні вимоги, а також чим підтверджується факт порушення нею авторського права. Дані про власника веб-сайту можуть бути витребувані відповідно до процесуального законодавства в адміністратора системи реєстрації та обліку доменних назв та адреси українського сегмента мережі Інтернет (п. 31 Постанови).

Такий же підхід відображений і у постанові Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». Однак ВГС України доповнив цю позицію наступним твердженням: власники сайту, на якому було розміщено твори без надання дозволів згідно з законом, визнаються порушниками авторського права.

Вважаємо категоричність такої позиції досить спірною, оскільки, по-перше, ВГС України не законодавець, щоб встановлювати такі приписи, по-друге, це правило не завжди може бути застосоване на практиці, оскільки розвиток Інтернет-відносин спричиняє появу різних видів веб-сайтів, які за своєю технічною сутністю надають можливість користувачам самостійно розміщувати на таких сайтах об'єкти авторських або суміжних прав, об'єкти патентного права тощо.

Прикладом є популярні соціальні мережі (Facebook, зокрема), сервіси від компанії Google (YouTube, зокрема) та інші, в межах яких Інтернет-користувачі вправі поширювати власний контент (інформацію, яка містить об'єкти права інтелектуальної власності). У такому разі ці веб-сайти декларують, що саме користувач є відповідальним за порушення прав інтелектуальної власності, але водночас пропонують механізм припинення такого порушення.

Наприклад, YouTube містить можливість надсилання сповіщення про порушення авторських прав, яке розглядається адміністрацією веб-сайту і, у разі підставності, зумовлює видалення відповідного відео¹. Але такі популярні веб-сайти Facebook і YouTube (які після Google посідають друге і третє місце) зареєстровані не в Україні і відповідно не підпадають під дію національного законодавства України (і роз'яснень вищих судових інстанцій).

Тому судова практика, на нашу думку, сформувалася правильно у цій категорії справ.

Зокрема, суди констатують, що відповідач розмістив на веб-сайті YouTube певний об'єкт авторського права і, у разі відсутності дозволу суб'єкта майнових прав на цей об'єкт, суди задовольняють позови. Відповідачів зобов'язують припинити використання аудіовізуальних творів, майнові авторські права на які належать позивачу, шляхом розміщення їх на сайті Youtube.com у відповідних відеороликах та/або зобов'язують видалити з сайту Youtube.com такі відеоролики². Власник веб-сайту YouTube вза-

¹ Submit a copyright takedown notice. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://support.google.com/youtube/answer/2807622>

² Рішення Соломянського районного суду м. Києва від 18.02.2015 у справі № 2-7093/14. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43655272>; Рішення Октябрського районного суду м. Полтави від 10.03.2016 у справі № 554/13174/15-ц. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56557343>; Постанова Рівненського апеляційного господарського суду від 30.01.2017 у справі № 918/216/16. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64504844>

галі не залучається до участі у таких справах. Вважаємо таку судову практику правильною, оскільки у даному випадку YouTube не вчиняє протиправних дій щодо розміщення об'єктів авторського права та суміжних прав.

Як стверджує Атаманова Ю. Є., за таких умов (виходячи з позицій вищих судових інстанцій про відповідальність власника веб-сайту) формується презумпція вини власника сайту, який створює умови для розміщення інформації на ньому, встановлює вимоги по завантаженню та безпосередньо контролює цей процес¹. Вважаємо, що думка заслуговує на увагу, оскільки у багатьох випадках власник веб-сайту має можливості контролювати зміст інформації, яка міститься на належному йому сайті. Але це правило не можна вважати єдино правильним зважаючи на види веб-сайтів, які існують.

Вважаємо, що варто розмежовувати власника веб-сайту та власника веб-сторінки, які можуть як співпадати, так і не співпадати. Окрім того, у цих відносинах може брати участь особа, яка розмістила контент. Питання відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності слід розглядати, виходячи з конкретних обставин справи. Для цього слід з'ясувати, в чому полягають протиправні дії власника веб-сайту (веб-сторінки), і лише у разі доведення його вини та протиправності таких дій він може бути відповідачем/співвідповідачем у таких судових справах.

Складовою частиною веб-сайту є веб-сторінка. У п. 46 Постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17 жовтня 2012 року вказано, що веб-сторінки з огляду на положення частини першої статті 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» є електронними документами, які не можуть бути доставлені в суд.

¹ Атаманова Ю.Є. Захист прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет: світовий досвід та вітчизняні перспективи. Право та інновації. 2014. № 3. С.7.

Веб-сторінки можуть містити відомості про обставини, які мають значення для справи. Тому, керуючись процесуальним законодавством, суд з урахуванням конкретних обставин справи не позбавлений права провести огляд та дослідження цих доказів в місці їх знаходження з фіксацією відповідних процесуальних дій у протоколі, який повинен відповідати вимогам статті 81-1 ГПК України¹.

Спірною видається позиція ВГС України, що роздруківки Інтернет-сторінок (web-сторінок) самі по собі не можуть бути доказом у справі. Допустимість такого засобу доказування як веб-сторінка слід визначати з урахуванням обставин конкретної справи, у сукупності з іншими доказами. Водночас у судовій практиці трапляються різні рішення щодо оцінки такого доказу.

Зокрема, у справі за позовом ПАТ «Комерційний банк «ПриватБанк» до Особи 1 про стягнення заборгованості за кредитним договором суд вказав, що роздруківка скріншоту веб-сторінки із зображенням відповідачки з отриманою карткою не є належним та допустимим доказом укладення між сторонами договору та його умов². При цьому мотивації такого висновку у рішенні суду немає. Суд не аналізував усі подані сторонами докази у взаємозв'язку, а без пояснення визнав доказ (роздруківка веб-сторінки) неналежним.

Натомість в іншій справі скріншот веб-сторінки був прийнятий судом як доказ і його оцінка була проведена судом з урахуванням інших доказів, які були у матеріалах справи. Зокрема, у справі за позовом ТзОВ «Пересвет Соль» до ПАТ «Перший Український Міжнародний Банк» про стягнення 246 950,00 грн., які були помилково списані відповідачем з рахунку позивача, суд врахував, що клієнт зайшов в платіжну систему «клієнт – Інтер-

¹ Постанова Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 № 12

² Рішення Апеляційного суду Херсонської області від 29.11.2016 у справі № 661/2187/16-ц. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63099830>

нет-банк» і надіслав платіжне доручення для виконання банком. Такі дії позивача були підтверджені також і скріншотами з екрана комп'ютера. З них вбачається, що клієнт (позивач) зайшов в систему з ключем «х...», потім створив, підписав і відправив платіжний документ цим ключем, а банк прийняв документ до виконання¹.

Видається, що суд прийняв правильне рішення з урахуванням усіх доказів, які були в матеріалах справи, та належно оцінив як доказ скріншот веб-сторінки.

Вважаємо, що для встановлення достовірності інформації, яка міститься на роздруківці веб-сторінки, суд може самостійно (за потреби можна скористатися допомогою спеціаліста) оглянути зміст певної веб-сторінки, дослідити інформацію, яка на ній міститься. Фактично йдеться про звірку інформації, яка міститься на веб-сторінці (так званий «оригінал» джерела цифрової інформації), та на її роздруківці, що представлена суду стороною процесу. Суд при розгляді будь-якого спору не позбавлений права за власною ініціативою чи на вимогу протилежної сторони оглянути оригінал документа (який подано як письмовий доказ у формі копії цього документа). Це вбачається з аналізу змісту ст. 36 ГПК України та ст. 64 ЦПК України. Така ж ситуація має місце і при поданні роздруківок веб-сторінок як доказу. Суд не позбавлений можливості самостійно оглянути відповідний веб-сайт, який містить в собі цю веб-сторінку. При чому такий огляд можна здійснити як звичайну звірку «оригіналу» з «копією», яка подана стороною, або в порядку ст. 81-1 ГПК України (огляд і дослідження письмових доказів).

Інколи відповідач (інша особа, в розпорядженні якої знаходиться веб-сайт) на момент розгляду справи судом може зняти інформацію, яка міститься на певній веб-сторінці і є предметом

¹ Постанова Вишого господарського суду України від 12.10.2016 у справі № 905/1246/15. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62024424>

спору. У такому разі можливим є застосування так званих веб-архівів – це веб-сайти, які містять інформацію про інформаційну наповненість певного веб-сайту на певну дату¹. Суди зазвичай критично ставляться до такої звірки інформації, бо вважають неперевіраним джерело сайту веб-архіву. Хоча трапляється і позитивна судова практика щодо оцінки письмових доказів, які містять інформацію з певних веб-сайтів.

Зокрема, у справі за позовом Особа_1 до Особа_2 про визнання об'єкту незавершеного будівництва спільною сумісною власністю подружжя та його поділ судом було перевірено надані позивачкою копії аерофотознімків земельної ділянки з комп'ютерної програми Google Earth, яка є безкоштовна, вільно-завантажувана. Суд встановив, що ця програма компанії Google відображає віртуальний глобус, і у рамках даного проекту в мережу Інтернет було викладено аерофотознімки та сателітні знімки більшої частини Землі. Дані в зазначеній програмі містяться з 2005 року².

Суд самостійно перевірів наданий позивачем доказ – роздруківку веб-сторінки шляхом огляду веб-сайту з допомогою комп'ютерної програми Google Earth. Судом було зроблено висновок, що з наданих позивачем аерофотознімків вбачається, що станом на 2005-2006 роки за вказаною адресою було відображене тільки цокольне приміщення, а лише з 2011 року – відображений накритий житловий будинок. Оцінивши усі докази, у тому числі роздруківку з веб-сайту, суд задоволити позовні вимоги та визнав об'єкт незавершеного будівництвом житлового будинку без урахування цокольного приміщення спільною сумісною власністю подружжя.

В іншій судовій справі за позовом Особи_1 до фізичної особи-підприємця Особи_2 про розірвання договору підяду на бу-

¹ Наприклад, <https://archive.org/web/>

² Рішення Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 13.04.2016 у справі № 345/4159/13-ц. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57211030>

дівництво, стягнення суми вартості невиконаних робіт суд першої інстанції позов задоволити. Водночас апеляційний суд скасував це рішення, відмовивши в задоволенні позову¹. Одним з доказів, який врахував апеляційний суд, стала роздруківка з веб-ресурсу «Google Maps», з якої вбачалося, що відповідачем таки було збудовано дерев'яну будівлю, яка за ознаками повністю співпадає з планом фасадів, який є додатком до договору підряду на будівництво, укладеного між сторонами. Тому відповідач, як підрядник, повністю виконав свої обов'язки за договором. Отже, суд використав як доказ інформацію з мережі Інтернет.

У п. 46 Постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» вказано, якщо роздруківки з веб-сайту видані або засвідчені закладом або спеціально уповноваженою особою в межах їх компетенції за встановленою формою і скріплені офіційною печаткою на території однієї з держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав, то згідно зі статтею 6 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності від 20 березня 1992 року вони мають на території України доказову силу офіційних документів.

Вважаємо таку позицію спірною, оскільки вона фактично позбавляє сторін судового процесу подавати в якості доказу роздруківки з Інтернет-сайтів. Практичне застосування вказаного роз'яснення полягає лише в можливості подання в якості доказу роздруківки з веб-сайту, що засвідчена нотаріусом Російської Федерації (оскільки тільки законодавство РФ передбачає спеціальний порядок такого засвідчення з описом веб-сайту, веб-сторінки тощо).

Про некоректність роз'яснення ВГС України свідчить і те, що окремі організації надають послуги щодо фіксування змісту

¹ Рішення Апеляційного суду Київської області від 22.03.2016 у справі № 372/3216/15-ц. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56683262>

веб-сторінок для подання їх до суду в якості доказу. Такою організацією є державне підприємство «Інтелзахист», однією з основних функцій якого є фіксація веб-сторінки (screenshot)¹. Таку ж послугу – опис веб-сторінки (фіксація змісту веб-сторінки на певну дату) може надати і адвокат або нотаріус.

У літературі вказують на кілька способів подання роздруковані веб-сторінки як доказу в суді². Зокрема:

1) **звичайна роздруковка веб-сторінки**. Ризик полягає у тому, що на сучасному етапі розвитку інформаційних технологій є можливість внесення зміни до змісту тієї чи іншої сторінки. Саме тому надання роздруковані веб-сторінки у якості доказу може вважатися судом недопустимим. Окрім того, в науковій літературі вказують на те, що додатково фіксація контенту (змісту веб-сторінки) може здійснюватися шляхом його збереження на відповідних носіях (CD, DVD, магнітні диски, тощо), яке доповнює саму роздруковку з веб-сайту³.

2) **нотаріальне посвідчення роздруковок веб-сторінок в мережі Інтернет**. Коментарі юристів з цього приводу неоднозначні. Вважаємо, що нотаріус може вчинити таку дію з огляду на наступне. Відповідно до п.10 та п. 16 ч. 1 ст. 34 Закону України «Про нотаріат» нотаріуси вчиняють такі нотаріальні дії: засвідчують вірність копій (фотокопій) документів і виписок з них; посвідчують час пред'явлення документів. З урахуванням позиції

¹ Державне підприємство «Інтелзахист». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://sips.gov.ua/ua/dpi/intel_golov.html

² Черкашин І.В. Проблеми юридичного факту в Інтернеті в контексті права інтелектуальної власності. Актуальні проблеми інтелектуального права: матеріали першої всеукраїнської науково-практичної конференції (Львів, 23 вересня 2016 р.). Львів: юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2016. С. 154.

³ Зеров К.О. Фіксація змісту веб-сторінки в мережі Інтернет як елемент здійснення права на захист авторських прав на твори, розміщені в мережі Інтернет. Журнал «Адвокат». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://iadvocate.com.ua/fiksatsiya-zmistu-veb-storinky-v-merezhi-internet-yak-element-zdijsnennya-prava-na-zahyst-avtorskyh-prav-na-tvory-shho-rozmishheni-v-merezhi-internet/>; Галабала М. Фіксація доказів, що підтверджують порушення прав інтелектуальної власності в мережі Internet. Ноу-хау. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2009. № 5. С. 39-43.

ВГС України, про яку йшлося вище, веб-сторінка є електронним документом, а отже, нотаріус може засвідчити вірність копії оригіналу, який міститься на певному веб-сайті. При підготовці до засвідчення вірності копій документів і виписок з них нотаріус зобов'язаний особисто звірити з оригіналом документа копію чи виписку з документа, вірність яких він засвідчує. Для вчинення такої дії нотаріус може оглянути веб-сторінку, яка слугує оригіналом. Окрім того, нотаріус може посвідчити час пред'явлення документа, а саме веб-сторінки для огляду.

3) проведення огляду доказів судом з фіксуванням або без фіксування результатів такого огляду в протоколі судового засідання.

4) надання суду висновку експерта, атестованого за спеціальністю «Дослідження телекомунікаційних систем (обладнання) та засобів». Одним з видів експертиз є телекомунікаційна, тобто експертиза телекомунікаційних систем та засобів. Об'єктом такої експертизи є телекомунікаційні системи, засоби, мережі і їх складові частини та інформація, що ними передається, приймається та обробляється. Одним з завдань експертизи є встановлення фактів та способів передачі (отримання) інформації в телекомунікаційних системах та встановлення фактів та способів доступу до систем, ресурсів та інформації у сфері телекомунікацій. Відповідно експерт може дати відповідь на питання: чи мало місце використання ресурсів та інформації в телекомунікаційній системі та в який спосіб; чи мав місце факт передачі (отримання) інформації в телекомунікаційній системі та в який спосіб.

Як слушно вказує Охромєєв Ю. при проведенні експертного дослідження у сфері телекомунікацій проводяться такі дії: 1) перевірка доменного імені (зокрема, експерт встановлює, чи існує веб-сайт із відповідним доменним іменем в мережі Інтернет на дату проведення дослідження та чи коректно здійснюється з'єднання з ним); 2) фіксація редиректа на інше доменне ім'я (якщо таке має місце); 3) фіксація даних, отриманих за допомо-

гою сервісу Whois (експерт встановлює дані про дату реєстрації доменного імені, дату внесення останніх змін, про адміністратора домену і т.д.); 4) визначення ІР-адреси, якій відповідає доменне ім'я; 5) фіксація даних про компанію, що надає послуги хостингу для даного доменного імені; 6) перевірка коректності відображення вмісту веб-сайту; 7) відображення головної сторінки та переходу на сторінки, на яких розміщені об'єкти інтелектуальної власності чи інформація, що мають значення для дослідження, та їх фіксація; 8) фіксація аудіо, відео або текстових файлів, розміщених на веб-сайті, що мають значення для дослідження (такого роду дослідження вкрай актуальні при порушенні авторських прав в мережі Інтернет) або фіксація всього веб-сайту, якщо це необхідно¹.

Таке експертне дослідження детально відображає веб-сторінку та її технічні параметри. Водночас в судовій практиці такий вид доказів є непоширеним. Проте з часом значення таких висновків експертизи зростатиме з огляду на численні порушення прав, в тому числі прав інтелектуальної власності, в мережі Інтернет (з використанням веб-сайтів).

5) акт огляду веб-сайту з додатком фотографій сайту, який здійснено адвокатом. Адвокат, відповідно до положень законодавства про адвокатуру, може збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази на підставі закону. Вказані відомості оформляються як акт або протокол, у якому фіксується: час складення, сайт, адресу, назва матеріалу, із залученою (роздрукованою) веб-сторінкою та свідками, які засвідчать час вироблення фотографій та місце фотографування. У англосаксонській системі права така дія має назву аффідавіт (письмова заява, показання, яке дається особою під присягою і яке посвідчується відповідною посадовою особою).

¹ Охромеев Ю. Висновок експерта як один з доказів в мережі Інтернет. Юридичний журнал. 2015. № 2 (152). С. 65-66. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: [http://lib.pu.if.ua/files/el-periodic/%E2%84%962\(152\)_2015_lite.pdf](http://lib.pu.if.ua/files/el-periodic/%E2%84%962(152)_2015_lite.pdf)

Якщо веб-сторінка містить в собі інформацію, яка порушує права інтелектуальної власності, то як засіб доказування може бути використаний відео-, аудіозапис процесу дослідження такого сайту будь-якою заінтересованою особою. На це наголошує ВГС України у п. 46 Постанови Пленуму «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». Такий запис, здійснений на електронному чи іншому носії (жорсткому диску комп'ютера, дискеті, диску для лазерних систем зчитування, іншому носії інформації), подається до суду із зазначенням того, коли, ким і за яких умов цей запис здійснено і може бути речовим доказом у справі.

Зважаючи на те, що аудіо-, відеозапис процесу дослідження веб-сайта може здійснюватися будь-якою заінтересованою особою, відкритим є питання, хто є такою заінтересованою особою.

Вважаємо, що такі дії може вчинити як сторона у справі, так і вказані вище особи (нотаріус, адвокат, експерт, спеціаліст, інша організація) у разі звернення до них. Водночас вказане роз'яснення потребує уточнення, оскільки «відео- або аудіозапис процесу дослідження веб-сайту» потребує бодай певного алгоритму (порядку) вчинення такої дії. Також не до кінця зрозумілим є доказова сила аудіозапису, оскільки немає візуального зображення веб-сторінки, яка досліджується.

Якщо веб-сторінка містить інформацію про порушення прав інтелектуальної власності, письмовими доказами можуть бути також довідки, отримані від провайдерів і мережевих пошукових служб. Однак ВГС України не конкретизує ні форму, ні зміст такої довідки. Зважаючи на те, що провайдер/оператор телекомунікаційних послуг надає користувачам лише можливість доступу до мережі Інтернет, незрозуміло, яку довідку він може надати щодо змісту веб-сторінки.

Як вказують у науковій літературі, у такій довідці може міститися інформація щодо дій користувачів з приводу розміщення інформації, однак зміст такої інформації може різнитися залежно

від налаштувань хостингу. Окрім цього, якщо провайдер знаходиться в іншій юрисдикції, отримання такої довідки доволі ускладнене¹.

Також незрозуміло, про якого провайдера йдеться – надавача послуги щодо доступу до мережі Інтернет, хостинг-провайдера, контент-провайдера тощо.

З урахуванням вищенаведеного, слід погодитися з думкою патентного повіреного Черкашина І. В. про необхідність внесення змін до законодавства України щодо використання веб-сторінок в якості доказів (запровадження поняття електронних засобів доказування з залученням носіїв в електронній формі, котрі неможливо дослідити без використання технічних та програмних засобів; визначення правового режиму електронних доказів; визначення поняття електронного документа у судовому процесі як доказу, що зафіксований на електронному носії, як засобу доказування з точки зору його належності та допустимості)².

Отже, Інтернет-сайт, як об'єкт інтелектуального права, може містити (поєднувати) в собі різні об'єкти інтелектуальної власності: об'єкти авторського права і суміжних прав (найбільш поширене наповнення Інтернет-сайту, яке, власне, і сприймається користувачами мережі); об'єкти патентного права (програмні засоби, комп'ютерні програми, які використовуються у програмуванні веб-сайту та можуть містити об'єкти технологій, що вирішують певну технічну задачу, а відтак є винаходом або корисною моделлю), засоби індивідуалізації суб'єктів господарювання (доменне ім'я, яке є обов'язковим для кожного веб-сайту).

¹ Зеров К.О. Фіксація змісту веб-сторінки в мережі Інтернет як елемент здійснення права на захист авторських прав на твори, розміщені в мережі Інтернет. Журнал «Адвокат». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://iadvocate.com.ua/fiksatsiya-zmistu-veb-storinky-v-merezhi-internet-yak-element-zdijsnennya-prava-na-zahyst-avtorskyh-prav-na-tvory-shho-rozmishheni-v-merezhi-internet/>

² Черкашин І.В. Проблеми юридичного факту в Інтернеті в контексті права інтелектуальної власності. Актуальні проблеми інтелектуального права: матеріали першої всеукраїнської науково-практичної конференції (Львів, 23 вересня 2016 р.). Львів: юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2016. С. 155.

РОЗДІЛ 3. ПРАВОВІДНОСИНИ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ: СУБ'ЄКТИ, ОБ'ЄКТИ, ЗМІСТ

Правовідносини у сфері інформаційних технологій – це правовідносини, які виникають між різними учасниками з приводу набуття, здійснення та захисту прав інтелектуальної власності, права на інформацію та інших прав у цифровому середовищі.

Такі правовідносини є як абсолютними (правоволоділець перебуває у правовідносинах з «усіма і кожним»), які зобов'язані не порушувати його право), так і відносними (їх учасники конкретно визначені). Їх об'єктами можуть бути як результати інтелектуальної діяльності, так і результати робіт, послуги (зокрема, телекомунікаційні). Змістом правовідносин є взаємні права та обов'язки їх учасників.

Види правовідносин, які виникають між учасниками у цифровому середовищі:

– *між замовником веб-сайту і його розробником*. Це договірні відносини, предметом яких є створення за замовленням веб-сайту та передання його та прав на нього замовнику. На створення веб-сайту та передання майнових прав інтелектуальної власності на нього поширюються норми ст. 1112 ЦК України. Відповідно до цієї статті, за договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності одна сторона (творець – письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установлений строк.

Договір може бути змішаним та містити умови договорів підрядного типу. Замовник може отримати або виключні, або невиключні майнові права інтелектуальної власності на створений веб-сайт. Зазвичай розробник передає невиключні права на використання веб-сайту, адже у більшості випадків йдеться про створення усталених сайтів-візиток чи корпоративних сайтів з стандартними функціями та визначеною кількістю рубрик

(веб-сторінок). Розробник де-факто робить однакові сайти багатьом замовникам, змінюючи окремі елементи дизайну (колір, розміщення рубрик тощо), але при цьому програмна складова веб-сайту залишається майже незмінною чи не змінюється взагалі.

В окремих випадках замовник може отримати ексклюзивний дизайн та програмування сайту, що спеціально для нього розробляється. У такому разі доречно передбачити в договорі умову про передання замовнику виключних прав інтелектуальної власності на такий веб-сайт.

Веб-сайт може бути створено з використанням вільних публічних ліцензій на програмне забезпечення, відкритих вихідних кодів тощо. У такому разі передати майнові права на такі об'єкти неможливо. Винятком буде створення справді нового об'єкту інтелектуальної власності (нова комп'ютерна програма) з використанням творчої праці автора.

– *між розробником веб-сайту та його працівниками* (або іншими залученими особами, які виконують роботу на основі цивільно-правового чи трудового договорів). У результаті може бути створений службовий твір (комп'ютерні програми, дизайн веб-сайту тощо). Відтак у договорах, що укладаються між роботодавцем (замовником робіт) і виконавцями (працівниками) слід обов'язково передбачити умову про розподіл майнових прав інтелектуальної власності на об'єкти, які створюються. Це особливо актуально в умовах колізії в цивільному законодавстві.

ЦК України передбачає, що майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням (або у зв'язку з виконанням трудового договору), належать творцеві цього об'єкта (в тому числі працівникові) та замовникові (роботодавцю) спільно. Закон України «Про авторське право і суміжні права» передбачає, що такі майнові права належать лише замовнику (роботодавцю). Відтак саме договір покликаний урегулювати ці відносини і усунути потенційну конфліктність ситуації.

За своїм характером ці відносини можуть бути або цивільно-правовими, або трудовими (залежно від того, чи робота виконується працівником чи особою-підрядником). Для українських ІТ-компаній поширеною є практика залучення саме підрядників (субпідрядників), якими є програмісти, зареєстровані як фізичні особи – підприємці (так званий «аутсорсінг»).

– *між співавторами – розробниками сайту*. Веб-сайт є складним об'єктом інтелектуальної власності, тому у його розробці можуть брати участь кілька осіб (програмісти, дизайнери тощо). Відтак між ними виникають відносини співавторства. Відповідно до ст. 13 Закону «Про авторське право і суміжні права» співавторами є особи, спільною творчою працею яких створено твір. Авторське право на твір, створений у співавторстві, належить усім співавторам незалежно від того, чи утворює такий твір одне нерозривне ціле або складається із частин, кожна з яких має самостійне значення.

Як слушно вказують у науковій літературі, співавторство визначається: 1) фактом спільної творчої праці осіб; 2) фактом творчого внеску кожного із співавторів; 3) створений спільною творчою працею об'єкт є єдиним цілісним твором, що об'єднується єдиним творчим задумом, концепцією, ідеєю. Такий твір неможливо поділити на частини без втрати його цілісності та первісного значення відповідно до творчого задуму¹. Відносини між співавторами створеного веб-сайту урегульовуються договором між ними.

– *між власником веб-сайту (реєстрантом) і реєстратором, між реєстратором та адміністратором доменного простору, між адміністраторами доменного простору мережі Інтернет першого і другого рівня*. Для того, щоб веб-сайт повноцінно функціонував, він повинен мати своє ім'я, яке має спеці-

¹ Інтелектуальне право України. За ред. О.С. Яворської. Тернопіль: Підручники і посібники, 2016. С. 105.

альну назву – доменне ім'я¹. Для отримання доменного імені потенційний власник веб-сайту повинен звернутися до реєстратора. Потенційний власник веб-сайту є реєстрантом, особою, що бажає користуватися та розпоряджатися певним доменним іменем в публічному домені. Інший суб'єкт цих відносин – реєстратор, який є суб'єктом господарювання, та надає реєстранту послуги, необхідні для технічного забезпечення делегування і функціонування доменного імені. Між реєстрантом і реєстратором укладається договір. Відносини між реєстрантом та реєстратором з приводу делегування реєстранту доменного імені полягають у наданні реєстратором комплексу послуг та будуються виключно на договірній основі².

У законодавстві не передбачено спеціальних істотних умов такого договору (за загальним правилом, що сформульовано у ч. 1 ст. 638 ЦК України, сторони повинні погодити умову про предмет договору). Водночас Правила публічних доменів другого рівня містять рекомендовані істотні умови такого договору. На практиці такі договори зазвичай укладаються усно, що може породжувати певні труднощі в майбутньому. Зокрема, власник веб-сайту не завжди володіє інформацією про свій статус реєстранта (чи справді він вказаний як реєстрант), йому достатньо, щоб веб-сайт просто функціонував. Натомість веб-сайт може бути зареєстрований на реєстратора, його працівників, працівників реєстранта або на інших осіб.

Отримати доменне ім'я неможливо без участі реєстратора, який фактично є посередником між власником веб-сайту і адміністратором, здійснює технічні функції делегування та функціонування доменного імені. Адміністратор здійснює комплекс організаційно-технічних заходів, необхідних для забезпечення функціонування технічних засобів підтримки адресування в мережі Ін-

¹ Детальніше про доменне ім'я йдеться у підрозділі 14.1.

² Правила домену .lviv.ua. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://nic.lviv.ua/docs/lviv_ua_policy.htm

тернет, у тому числі серверів доменних назв українського сегмента мережі Інтернет. Між адміністратором і реєстратором також укладається договір. Адміністратор домену першого рівня в державі один – ТзОВ «Хостмайстер». Ця організація адмініструє український адресний простір мережі Інтернет, визначає порядок реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA.

– *між власником веб-сайту і хостинг-провайдером.* Це вид договірних відносин, змістом яких є надання хостинг-компанією дискового простору для зберігання інформації (яка міститься на веб-сайті) на сервері. Хостинг компанія – це суб'єкт господарювання, що надає послуги розміщення обладнання, даних та web-сайтів на своїх технічних майданчиках (хостинг). Часто таку діяльність здійснюють Інтернет-провайдери, реєстратори доменів.

Хостинг компанія може надавати такі послуги: розміщення обладнання, віртуальний виділений сервер, виділений сервер, віртуальний хостинг, ігровий сервер, сервер електронної пошти, сховище даних та інші. Основне завдання такої компанії – надання доступу до обладнання або даних клієнта з мережі Інтернет. Частина українських хостинг-провайдерів не має свого технологічного майданчика (дата-центру), а орендує обладнання або місце для його розміщення у інших операторів¹.

– *між власником веб-сайту і власниками веб-сторінок* (облікового запису). Ці відносини є різновидом договірних відносин. Переважно власник веб-сайту встановлює правила, на дотримання яких погоджується користувач, який в подальшому стає власником веб-сторінки (або власником облікового запису). Прикладом відносин між власником веб-сайту і власником облікового запису є відносини «компанія Google – власник облікового запису».

¹ Хостингова компанія. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/хостингова_компанія

Зокрема, користуючись службами Google, особа приймає визначені умови¹. Служби Google є дуже різноманітними, а програмне забезпечення постійно удосконалюється, тому виникає потреба застосувати додаткові умови чи вимоги щодо продукту. Користувач (власник облікового запису) повинен дотримуватися положень будь-якої політики, представленої у межах Служб Google. Не можна перешкоджати роботі Служб і намагатися отримати до них доступ за допомогою методів, які не відповідають наданим інтерфейсам і вказівкам. У такому випадку Google може призупинити чи припинити надання послуг доступу до цих сервісів. Також компанія Google попереджає, що користування її Службами не надає жодних прав інтелектуальної власності щодо них чи їх вмісту. Ці умови не дають користувачу права користуватися будь-якими елементами бренда чи логотипами Служб компанії Google. Частина відображеного в Службах вмісту не належить Google. Відповідальність за такий вміст несуть виключно суб'єкти, які його надають. Користування певними Службами Google можливе лише через обліковий запис Google.

– *між власником веб-сайту і авторами інформаційних матеріалів*, які розміщено на сайті, володільцями прав на інші об'єкти інтелектуальної власності, які використовуються в межах веб-сайту. Такі відносини можуть бути договірними та недоговірними. Власник веб-сайту може розміщувати об'єкти інтелектуальної власності як правомірно (зокрема, за згодою автора або іншої особи, яка володіє правами інтелектуальної власності), так і неправомірно (без такої згоди, відповідно з порушенням прав уповноважених суб'єктів).

Договірні відносини виникають, якщо власник веб-сайту (уповноважена ним особа) має домовленість із суб'єктом прав інтелектуальної власності (автор, власник свідоцтва на знак для товарів і послуг, патентовласник) про розміщення певних інформа-

¹ Загальні положення та умови Google. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.google.com/intl/uk/policies/terms/>

ційних матеріалів (твори, використання торгової марки тощо) на веб-сайті. Така домовленість мала би бути оформлена письмово, однак у більшості випадків сторони узгоджують таку умову усно. Часто автор певного твору (стаття на певному веб-сайті, інші інформаційні матеріали) дозволяє передрук свого твору на іншому веб-сайті за умови посилання на первісне джерело публікації, вказівку автора тощо, про що вказано на веб-сайті, на якому розміщено матеріал.

Також авторські матеріали в Інтернеті можуть бути розміщені на умовах публічних ліцензій (зокрема, Creative commons), про що повинна бути відповідна позначка біля них. Відповідно ці твори також можуть бути розміщені будь-якою особою в мережі Інтернет з дотриманням умов, встановлених обраною автором публічною ліцензією.

Відповідно до ч. 1 ст. 33 Закону «Про авторське право і суміжні права» можливим є укладення договору про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо) в усній формі. Тому, якщо певний веб-сайт є інформаційним ресурсом, який оформлений як ЗМІ, він може мати усні домовленості з авторами чи уповноваженими особами. На веб-сайті можуть бути розміщені об'єкти авторських та суміжних прав у випадках вільного використання твору (ст. ст. 21 – 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Прикладом недоговірних відносин може бути розміщення на веб-сайті об'єктів авторського права (суміжних прав), об'єктів патентного права (зображення продукції, вигляд якої запатентовано як промисловий зразок), торгової марки тощо без згоди їх правоволоділців. Такі дії власника веб-сайту (і особи, яка їх розмістила) є неправомірними, і правоволоділець може вимагати захисту свого порушеного права у встановлений спосіб.

Власник веб-сайту може не співпадати з особою, яка розмістила інформаційний матеріал (контент) на його сайті. Такою особою може бути або власник веб-сторінки, або інша особа, яка

вказана автором таких матеріалів, або особа, яка лише технічно розмістила чужі авторські матеріали на веб-сайті (наприклад, працівник власника веб-сайту, інша уповноважена ним особа на розміщення матеріалів). Розмежування власника веб-сайту та особи, яка розмістила контент, має юридичне значення для правильного визначення суб'єктного складу учасників спору у разі його розгляду судом. Такі особи можуть залучатися співвідповідачами у разі порушення прав інтелектуальної власності внаслідок розміщення певної інформації на веб-сайті.

– *між користувачем Інтернету і власником веб-сайту та авторами* інформаційних матеріалів, володільцями прав на інші об'єкти права інтелектуальної власності, які використовуються в межах веб-сайту. Користувач Інтернету споживає інформацію, яка міститься у вільному доступі на веб-сайті. Однак її подальше використання користувачем залежить від дозволів правоволодільців на таке використання. Зокрема, дискусійним є питання про можливість користувача зберегти/скачати певну інформацію (файл, твір тощо).

Відповідно до національного законодавства діють загальні положення про здійснення авторських прав. Зі змісту ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» вбачається, що автору (чи іншій особі, яка має авторське право) належить виключне право на використання твору, а також виключне право на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами.

Використання твору включає в себе поміж іншого можливість відтворення творів та подання творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором.

Тому перепоширити твір (інший об'єкт авторського права чи суміжних прав) в мережі Інтернет можна лише за згодою автора. Водночас питання збереження такого об'єкта на власному

комп'ютері (іншому пристрою) користувача немає однозначної відповіді.

У разі, якщо користувач використовуватиме твір без згоди автора (йдеться, зокрема, про відтворення твору в будь-якій формі, його переклад, переробка, адаптація, розміщення твору в мережі Інтернет тощо), такі дії вважатимуться неправомірними. Виникають недоговірні відносини, в яких автор (інша особа, яка має авторське право) матиме право вимагати припинення порушення своїх авторських прав із застосуванням спеціальних способів захисту.

– *між користувачем Інтернету та провайдером (оператором) надання телекомунікаційних послуг*. Це договірні відносини, предметом яких є надання послуг споживачеві, в тому числі щодо отримання доступу до мережі Інтернет.

Основними нормативними актами, які врегульовують ці відносини є: Закон «Про телекомунікації», Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджені постановою КМ України від 9 серпня 2005 року, низка рішень Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, якими затверджені: Правила здійснення діяльності у сфері телекомунікацій (діяльність з надання послуг доступу до Інтернет) від 10 грудня 2013 року, Основні вимоги до договору про надання телекомунікаційних послуг від 29 листопада 2012 року, Порядок ведення реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій від 1 листопада 2012 року.

Також при характеристиці цих відносин слід враховувати роз'яснення Державної служби інтелектуальної власності, що знайшли своє відображення у Рекомендаціях для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використан-

ня об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет¹.

Телекомунікаційні послуги надаються споживачеві (абоненту) на умовах договору з провайдером, котрий передбачає підключення кінцевого обладнання, що перебуває у власності або користуванні абонента, до телекомунікаційної мережі.

У Законі України «Про телекомунікації» розмежовано оператора та провайдера телекомунікацій. Зокрема, оператор телекомунікацій – це суб'єкт господарювання, який має право на здійснення діяльності у сфері телекомунікацій із правом на технічне обслуговування та експлуатацію телекомунікаційних мереж. Натомість провайдер телекомунікацій як суб'єкт господарювання має лише право на здійснення діяльності у сфері телекомунікацій, але не має права на технічне обслуговування та експлуатацію телекомунікаційних мереж і надання в користування каналів електрозв'язку.

Порядок надання та отримання телекомунікаційних послуг визначено ст. 63 Закону України «Про телекомунікації». Зокрема, між оператором, провайдером телекомунікацій і споживачем телекомунікаційних послуг укладається договір з урахуванням встановлених вимог².

Договір про надання телекомунікаційних послуг укладається між споживачем та оператором, провайдером, які внесені до реєстру операторів та провайдерів телекомунікацій, мають ліцензії на провадження відповідного виду діяльності у сфері телекомунікацій та/або користування радіочастотним ресурсом України (для операторів) чи копії ліцензій (для провайдерів) у випадках,

¹ Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/ip.html>

² Основні вимоги до договору про надання телекомунікаційних послуг, затв. Рішенням Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації від 29.11.2012. № 624. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z2150-12>

встановлених Законами України «Про телекомунікації» та «Про радіочастотний ресурс України».

Оператори, провайдери можуть затверджувати форми договорів, установлювати їх умови, порядок зміни таких умов та повинні оприлюднювати такі договори на своїх веб-сайтах і в місцях продажу послуг. Договір може бути укладений за бажанням споживача в письмовій формі шляхом оформлення єдиного документа, підписаного сторонами.

Договори про надання загальнодоступних послуг повинні передбачати надання послуг на умовах, однакових для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надано відповідні пільги. Оператор, провайдер, які надають загальнодоступні послуги, не мають права відмовити споживачу в укладенні договору на надання цих послуг за наявності в нього технічної можливості їх надання та надання споживачем відомостей, передбачених законодавством для укладення договору та надання послуг.

Договір, окрім умови про предмет, повинен містити: організаційні та технічні умови надання послуг; права та обов'язки сторін; тарифи, тарифні плани на послуги (пакети послуг) та порядок розрахунків за них; відповідальність сторін; особливості відносин при наданні контент-послуг та інші умови, що не суперечать законодавству. Таким чином, зазначені договори є публічними та укладаються за приєднанням до пропонованих умов.

Права та обов'язки сторін за договором про надання телекомунікаційних послуг передбачені ст. ст. 32, 33, 38, 39 Закону України «Про телекомунікації». **До основних прав споживача (абонента) належать:** вільний доступ до телекомунікаційних послуг; вибір оператора, провайдера телекомунікацій; вибір виду та кількості телекомунікаційних послуг; своєчасне і якісне одержання телекомунікаційних послуг; перенесення абонентського номера, користування персональним номером та отримання послуг національного роумінгу; інші права, визначені законом та договором про надання телекомунікаційних послуг. Абонент, який

отримує телекомунікаційні послуги без укладення договору в письмовій формі, може зареєструватися в оператора, надавши йому персональні дані відповідно до закону.

До основних обов'язків споживача телекомунікаційних послуг належать: не допускати використання кінцевого обладнання споживача для вчинення протиправних дій або дій, що суперечать інтересам національної безпеки, оборони та охорони правопорядку; не допускати дій, що можуть створювати загрозу для безпеки експлуатації мереж телекомунікацій, підтримки цілісності та взаємодії мереж телекомунікацій, захисту інформаційної безпеки мереж телекомунікацій, електромагнітної сумісності радіоелектронних засобів, ускладнювати чи унеможлиблювати надання послуг іншим споживачам; не допускати використання на комерційній основі кінцевого обладнання та абонентських ліній для надання телекомунікаційних послуг третім особам; своєчасно оплачувати отримані телекомунікаційні послуги.

Оператори телекомунікацій мають право на: здійснення діяльності у сфері телекомунікацій відповідно до законодавства; отримання ліцензій відповідно до закону (хоча наявність ліцензії є передумовою здійснення відповідної діяльності. Тому її отримання не може розцінюватися як право оператора); отримання номерного ресурсу; планування та розвиток власних мереж; установлення тарифів на телекомунікаційні послуги, що надаються, крім тих послуг, тарифи на які регулюються державою відповідно до закону; присвоєння телефонних номерів споживачам у межах виділеного оператору номерного ресурсу та задіяння персональних номерів; з'єднання телекомунікаційних мереж, що належать йому на праві власності або є у користуванні, з телекомунікаційними мережами, що знаходяться у власності або користуванні інших операторів, відповідно до закону; скорочення переліку або припинення надання телекомунікаційних послуг споживачам, які порушують правила надання і отримання телекомунікаційних послуг, або на відключення кінцевого обладнання

споживача, якщо воно не має виданого в установленому законодавством порядку документа про підтвердження відповідності вимогам нормативних документів у сфері телекомунікацій; відключення на підставі рішення суду кінцевого обладнання, якщо воно використовується абонентом для вчинення протиправних дій або дій, що загрожують інтересам державної безпеки та інші права, передбачені законом та договорами про надання телекомунікаційних послуг.

Провайдер телекомунікацій користується тими ж правами, за встановленими винятками, а також має право на підключення технічних засобів до телекомунікаційної мережі оператора відповідно до законодавства. Провайдери здійснюють діяльність у сфері телекомунікацій на підставі договору з оператором телекомунікацій – резидентом України та копії ліцензії цього оператора на відповідний вид діяльності у випадках, передбачених законом.

Оператори (провайдери) телекомунікацій зобов'язані: здійснювати діяльність у сфері телекомунікацій відповідно до законодавства за умови включення до реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій, а у визначених законом випадках також за наявності відповідних ліцензій та/або дозволів; надавати безоплатний доступ споживачам до телекомунікаційних мереж загального користування для виклику пожежної охорони, Національної поліції, швидкої допомоги, аварійних служб газу та підрозділів екстреної допомоги населенню за єдиним телефонним номером 112, а також для надсилання благодійного телекомунікаційного повідомлення; надавати телекомунікаційні послуги за встановленими показниками якості; надавати споживачам вичерпну інформацію, необхідну для укладення договору, а також щодо телекомунікаційних послуг, які вони надають; надавати абонентам послугу перенесення абонентського номера, користування персональним номером; вести достовірний облік телекомунікаційних послуг, що надаються споживачеві; забезпечувати правильність за-

стосування тарифів та виконувати інші обов'язки, передбачені законом або договором.

Звертаємо увагу, що оператори та провайдери телекомунікацій не несуть відповідальності за зміст інформації, що передається їх мережами. З метою дотримання законодавства у сфері авторського права і суміжних прав Інтернет-провайдери у своїй діяльності можуть керуватися наступними рекомендаціями Державної служба інтелектуальної власності¹: включення до договору про надання послуг доступу до мережі Інтернет розділу «Використання об'єктів авторського права і суміжних прав в мережі Інтернет» з визначенням у ньому умов використання об'єктів авторського і суміжних прав; визначення у договорі про надання послуг доступу до мережі Інтернет відповідальності користувачів за неправомірне використання об'єктів авторського права і суміжних прав згідно з чинним законодавством України.

Слід розмежовувати Інтернет-провайдера і провайдера контенту. Інтернет-провайдер (провайдер доступу до мережі Інтернет) забезпечує технічну базу доступу до Інтернету (кабелі, обладнання тощо), тобто створює середовище для передачі даних. Натомість контент-провайдери здійснюють інформаційне наповнення Інтернету, зокрема, вони використовують контент, який включає об'єкти авторського права і суміжних прав. Інтернет-провайдери не причетні до процесу змістовного наповнення електронних ресурсів та не можуть здійснювати моніторинг великих обсягів інформації, яка генерується контент-провайдерами. Відповідно Інтернет-провайдер має змогу реагувати лише на одиничні випадки правопорушень за заявами осіб, щодо яких вони вчинені.

¹ Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/ip.html>

РОЗДІЛ 4. ЕЛЕКТРОННІ ДОКУМЕНТИ ТА ЕЛЕКТРОННИЙ ДОКУМЕНТООБІГ

4.1. Поняття, ознаки та характеристика електронного документа

Правовий режим електронних документів та організаційно-правові засади електронного документообігу встановлює Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг»¹.

Прийняття відповідних нормативних актів у цій сфері, введення електронного документообігу, правове закріплення електронного документу та електронного підпису є виконанням зобов'язань України по адаптації та гармонізації національного законодавства до вимог та стандартів Європейського Союзу. Легітимізація електронної форми документів, електронних підписів, електронного документообігу дає можливість усім суб'єктам використовувати їх на рівні з традиційними паперовими документами.

Фактично перше визначення електронного розрахункового документа було закріплене ще у Положенні про міжбанківські розрахунки в Україні 1996 року (втратило чинність 8 жовтня 1998 року). Відповідно до цього Положення електронний розрахунковий документ визначався як банківське повідомлення визначеного формату, яке містить встановлені реквізити і несе інформацію про перерахування коштів, приймає вигляд файлу при передачі електронною поштою та при зберіганні на магнітних носіях. У Положенні також визначалися поняття «електронна пошта банку», «службові електронні повідомлення».

Положення з аналогічною назвою 1998 року (втратило чинність 27 грудня 1999 року) уже містило ширший понятійний апарат, пов'язаний з цифровим середовищем. Електронний банківсь-

¹ Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36 . Ст. 275.

кий документ відповідно до цього Положення визначався як електронний розрахунковий документ, службове електронне повідомлення, інформаційне повідомлення визначеного формату у формі електронних записів, що зберігаються на магнітних носіях або інших засобах зберігання електронної інформації; може передаватися електронними засобами зв'язку; обов'язково захищене криптографічними методами для запобігання його викривлення. Електронний розрахунковий документ визначався як банківське платіжне повідомлення визначеного формату, яке містить встановлені реквізити і несе інформацію про перерахування коштів, приймає вигляд файлу при передачі електронною поштою та при зберіганні на магнітних носіях.

У першій редакції Закону України від 5 квітня 2001 року «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» електронний документ визначався як документ, інформація в якому представлена у формі електронних даних, включаючи відповідні реквізити документа, в тому числі і електронний цифровий підпис, який може бути сформований, переданий, збережений і перетворений електронними засобами у візуальну форму чи на папері. Електронний цифровий підпис визначався як сукупність даних, отриманих за допомогою криптографічного перетворення вмісту електронного документа, яке дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати особу, що його підписала. З прийняттям Законів «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис» ці визначення з тексту Закону були виключені.

Таким чином, банківська сфера стала піонером у застосуванні електронного документообігу задовго до його нормативного закріплення. Загалом розвиток цифрового середовища дуже динамічний. Спочатку формуються та розвиваються різні форми взаємодії у ньому між різними суб'єктами, а лише згодом з'являються нормативні акти.

Такий стан спостерігається не тільки в Україні, а й у світі. Оскільки відносини у цифровому середовищі не мають кордонів, то вагомого значення набуває міжнародна співпраця у нормотворчій сфері. Тут, як ніде інше, не може бути національних особливостей чи специфіки. У сфері правового регулювання відносин у цифровому середовищі уніфікація правових підходів є бажаною та необхідною.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» *електронний документ це – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа.* Наведене у Законі визначення не зовсім ефективно з точки зору розкриття його змісту. Електронний документ розкривається через поняття «електронні дані», яке у Законі не визначене. Це утруднює розуміння суті електронного документа.

Документ у будь-якій формі це – спосіб фіксації та поширення певної інформації, що складає його зміст. Порівнюючи це визначення та визначення електронного документа, що наводилося у першій редакції Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», варто відзначити, що попереднє визначення було сутніснішим та давало повніше уявлення про електронний документ.

Порівнюючи поняття «документ» та «електронний документ», з'ясовуємо, що обидва є носіями певної інформації. І у письмовому, і в електронному документі повинні бути встановлені законодавством реквізити, зокрема, підпис уповноваженої особи. А відмінність між ним полягає у тому, що для фіксації інформації у цих документах використовуються різні матеріальні носії – паперовий та електронний.

У першій редакції Закону України від 2 жовтня 1992 року «Про інформацію» документ визначався як передбачена законом матеріальна форма одержання, зберігання, використання і поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітній, кіно-,

відео-, фотоплівці або на іншому носіїві. У чинній редакції цього Закону документ визначений як матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі.

Електронний документ матеріалізується на електронному носії, що здійснюється за допомогою спеціальних алгоритмів, які можуть бути сприйнятими лише комп'ютером або іншим електронним пристроєм. Такий документ з електронної може бути перетворений у паперову форми, доступну для візуального сприйняття.

Як впливає з аналізу відповідних норм ЦК України (ст. ст. 205, 207) поняття «електронний документ» тотожне поняттю «письмова форма правочину». Тобто, правовий режим таких документів визначається і загальними нормами цивільного законодавства, що стосуються письмової форми правочинів та інших питань з цим пов'язаних.

Загальні вимоги до письмової форми правочину встановлені ст. 207 ЦК України. Це, насамперед, вимога щодо підписання правочину стороною, сторонами, що його вчинили. При укладенні електронного правочину застосовується електронний підпис, про що йтиметься далі. Також потрібно ураховувати законодавчі вимоги щодо укладення та форми договору, встановлені відповідними нормами глави 53 ЦК України.

Оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора або підписом, прирівняним до власноручного підпису. У разі надсилання електронного документа кільком адресатам або його зберігання на кількох електронних носіях інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа.

Якщо автором створюються ідентичні за зафіксованою інформацією та реквізитами електронний документ та паперовий

документ, кожен з них вважається оригіналом і має однакову юридичну силу.

Відповідно до п. 2 Порядку роботи з електронними документами у діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання (далі – Порядок)¹ ***реквізит електронного документа це – інформація, зафіксована в електронному документі для його ідентифікації, організації, обігу і (або) надання йому юридичної сили.***

У Порядку застосовується принцип єдності підходів щодо роботи з документами незалежно від форми їх створення (паперова, електронна).

Електронний документ має бути оформлений за загальними правилами документування і мати реквізити, що встановлені для аналогічного документа з паперовим носієм інформації. Оформлення реквізитів організаційно-розпорядчих електронних документів здійснюється електронними засобами документування інформації з урахуванням вимог Національного стандарту України «Державна уніфікована система документації. Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вимоги до оформлювання документів. ДСТУ 4163-2003»².

Такі реквізити як «Зображення Державного Герба України, Герба Автономної Республіки Крим», «Зображення емблеми або товарного знаку (знаку обслуговування)» додаються до форм електронних документів у форматі, визначеному для фотоелект-

¹ Порядок роботи з електронними документами у діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання: затверджено наказом Міністерства юстиції 11.11.2014. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1421-14>

² Національний стандарт України «Державна уніфікована система документації. Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вимоги до оформлювання документів. ДСТУ 4163-2003»: затв. наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 07.04.2003. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/v0055609-03>.

ронних документів Переліком форматів даних електронних документів постійного і тривалого (понад 10 років) зберігання¹.

Реквізит електронного документа «Дата» фіксується в РКК електронного документа, у метаданих та в імені файлу електронного документа за основною формою повного представлення, визначеною вимогами ISO 8601:2004 Data elements and interchange formats – Information interchange – Representation of dates and times (Елементи даних та формати обміну. Обмін інформацією. Представлення дат і часу). Дата електронного документа складається з восьми арабських цифр, наприклад: 20120229 (29 лютого 2012 року).

У змісті електронного документа або при відтворенні дати реквізиту, що був створений після підписання електронного документа, елементи дати наводять відповідно до вимог, встановлених до реквізитів документів з паперовим носієм інформації, наприклад: 29.02.2014 або 29 лютого 2014 року.

Такі реквізити як «Резолюція», «Позначка про виконання документа, направлення його до справи» створюються окремо від електронного документа та оформлюються з використанням електронного цифрового підпису. Ці реквізити зберігаються в РКК електронного документа, яка логічно з ним поєднується. При їх оформленні зазначення дати автором резолюції чи виконавцем документа, ініціалів (ініціала), прізвища особи, яка склала ці реквізити, не є обов'язковим.

Додатки, що пояснюють або доповнюють зміст основного документа, об'єднуються з основним документом в одному файлі. Перед підписанням електронного документа додатки додаються до файлу проекту електронного документа у тій послідовності, що зазначена у тексті основного документа. Електронний цифро-

¹ Перелік форматів даних електронних документів постійного і тривалого (понад 10 років) зберігання: затверджено наказом Міністерства юстиції України від 11.11.2014. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1422-14>

вий підпис накладається на проект основного документа, що містить посилання на додатки, які доповнюють його зміст.

Якщо електронний документ повинен підписуватися двома або більше посадовими особами установи, на нього накладаються необхідні електронні цифрові підписи в послідовності, визначеній для підписання конкретного виду документа з паперовим носієм інформації. У разі, якщо згідно із законодавством необхідне засвідчення печаткою підпису на документах та відповідності копій документів оригіналам, установа застосовує спеціально призначений для таких цілей електронний цифровий підпис (електронна печатка).

Установа застосовує електронну печатку лише за наявності у неї відповідної печатки, що застосовується для документів з паперовим носієм інформації.

У посиленому сертифікаті відкритого ключа, що використовується установою для електронної печатки, додатково зазначаються спеціальне призначення електронного цифрового підпису та сфера його застосування, а також відтворюється текстова інформація печатки.

Право проставлення електронної печатки на електронних документах надається працівнику установи, який має повноваження проставляти відповідну печатку на документах з паперовим носієм інформації.

Для оформлення електронної копії документа з паперовим носієм інформації він сканується та зберігається у форматі для фотоелектронних документів, визначеному в Переліку форматів. До отриманого зображення додаються відмітка про засвідчення копії та інші елементи, що застосовуються під час оформлення копій з паперовим носієм інформації. Завершується оформлення копії електронного документа накладанням електронного цифрового підпису особи, яка засвідчує копію.

Реквізити «Гриф затвердження документа», «Гриф погодження документа», «Запис про державну реєстрацію» у разі їх

наявності є невід'ємною складовою електронного документа, що оформлюється аналогічно цим реквізітам документа з паперовим носієм інформації.

Електронний цифровий підпис під час складання цих реквізитів накладається на всі дані, що містяться в електронному документі, які засвідчувалися раніше накладанням електронного цифрового підпису його автора під час створення електронного документа.

Підготовка проекту електронного документа здійснюється з використанням будь-яких технологій, що визначаються під час розробки технічного завдання на створення ІАС установи або її модернізації. В органах виконавчої влади підготовка проекту електронного документа здійснюється з використанням технологій відповідно до Порядку використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади¹.

Організацію підготовки проектів електронних документів, у тому числі їх візування, та контроль за їх підготовкою з використанням електронного цифрового підпису-візи визначає керівник установи, враховуючи структуру установи, обсяг документообігу та наявні технічні можливості.

Найменування файлу електронного документа визначається відповідно до Вимог щодо найменування файлів електронних документів². Файл проекту електронного документа і файл оригіналу електронного документа повинні мати одне ім'я.

Створення електронного документа завершується накладанням на нього електронного цифрового підпису.

Специфіка полягає у тому, що електронний документ існує тільки у момент роботи з даними як візуальна форма на екрані

¹ Порядок використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади: затверджено постановою КМ України від 10.09.2003. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1433-2003-%D0%BF>

² Вимоги щодо найменування файлів електронних документів: затверджено наказом Міністерства юстиції України від 11.11.2014. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1424-14>

комп'ютера. Це є не матеріальний, а віртуальний документ, який може бути легко перетворений у паперову форму.

Відтак актуальними для практики електронного обігу є питання ідентифікації документів.

Відповідно до ст. 7 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг» оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора або підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону «Про електронний цифровий підпис».

У разі надсилання електронного документа кільком адресатам або його зберігання на кількох електронних носіях інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа.

Оригінал і копія у цифровому середовищі дещо відрізняються від їх реальних аналогів. Оригінал – це перший і одиничний екземпляр документа. Щодо електронного документа застосування характеристик перший і одиничний доволі умовне, оскільки електронний документ може бути легко скопійований.

Встановити відмінності між оригіналом та копією неможливо. Тому існує проблема ідентифікації документа як оригіналу чи копії. Для їх розмежування важливою може бути дата створення документа.

Документ, що створений першим і є оригіналом, усі пізніші – є його копіями, якщо їм за певних умов не надана сила оригіналів. Але чинне законодавство не встановлює вимоги щодо обов'язкової фіксації часу створення електронного документа, тоді як у міжнародній практиці такий час підлягає фіксуванню.

Виходячи зі змісту ст. 7 Закону усі електронні документи з обов'язковими реквізитами й електронним цифровим підписом незалежно від дати їх створення є оригіналами.

Оригінал електронного документа повинен давати змогу довести його цілісність та справжність у порядку, встановленому

законодавством. Але яким чином можливо довести цілісність та справжність документа, якщо візуально оригінал та копію неможливо розрізнити.

Порушення цілісності документа на будь-якому етапі обігу може ввести в оману одержувача щодо його істинності.

У встановлених випадках такий документ може бути пред'явлений у візуальній формі відображення, у тому числі у паперовій копії.

Певний вихід щодо вирішення таких питань запропонований Постановою КМ України від 26 травня 2004 року, якою затверджено Порядок засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу¹.

Послуга фіксування часу як процедура засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу шляхом додання до нього або логічного поєднання з ним позначки часу надаються акредитованими центрами сертифікації ключів та центрами сертифікації ключів на договірних засадах.

Позначка часу – сукупність електронних даних, створена за допомогою технічних засобів та засвідчена електронним цифровим підписом центру сертифікації ключів, яка підтверджує наявність електронного документа (електронних даних) на певний момент часу.

Час, який використовується в позначці часу, встановлюється акредитованим центром сертифікації ключів та центром сертифікації ключів за київським часом на момент її формування та синхронізований із Всесвітнім координованим часом (UTC) з точністю до однієї секунди.

У процесі фіксування часу відповідна позначка додається або логічно поєднується з електронними даними таким чином,

¹ Порядок засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу: затверджено постановою КМ України від 26.05.2004. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/680-2004-п>

щоб була виключена можливість вносити до них зміни із збереженням позначки часу після надання послуги фіксування часу. Послуги фіксування часу надаються за допомогою особистого ключа акредитованого центру сертифікації ключів.

Перевірка позначки часу проводиться користувачем послуги за допомогою сертифіката відкритого ключа, наданого акредитованим центром сертифікації ключів. Акредитований центр сертифікації ключів забезпечує надання послуги фіксування часу цілодобово.

Електронна копія електронного документа засвідчується у встановленому порядку (нотаріальне посвідчення, посвідчення окремих правочинів за місцем проживання чи місцем праці тощо). Паперовою копією для електронного документа є візуальне його подання на папері, яке засвідчене у встановленому порядку.

Відповідно до ст. 8 Закону електронний документ не може бути застосовано як оригінал:

- 1) свідоцтва про право на спадщину;
- 2) документа, який відповідно до законодавства може бути створений лише в одному оригінальному примірнику (наприклад, довіреність – ст. 244 ЦК України), крім випадків існування централізованого сховища оригіналів електронних документів;
- 3) в інших випадках, передбачених законом.

У ст. 8 Закону чітко визначений правовий режим електронного документа, що використовується у міжнародному праві.

Редакційно норми цієї статті викладені аналогічно нормам міжнародних документів, зокрема, Типового закону про електронну торгівлю ЮНСІТРАЛ, Директиви Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» (Директива про електронну комерцію).

Отже, юридична сила електронного документа не може бути заперечена виключно через те, що він має електронну форму. Допустимість електронного документа як доказу не може заперечуватися виключно на підставі того, що він має електронну форму.

Якщо цивільний правочин вчинений шляхом створення електронного документа, то його нотаріальне посвідчення у випадках, встановлених законодавством, вчиняється у такому ж порядку як і паперових документів на підставі Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

У самому ж Порядку жодних особливостей посвідчення електронних документів не передбачено.

4.2. Електронний документообіг

Електронний документообіг (обіг електронних документів) – сукупність процесів створення, оброблення, відправлення, передавання, одержання, зберігання, використання та знищення електронних документів, які виконуються із застосуванням перевірки цілісності та у разі необхідності з підтвердженням факту одержання таких документів.

Прийнято декілька підзаконних нормативних актів з питань здійснення електронного документообігу у публічній сфері. Це, зокрема, Типовий порядок здійснення електронного документообігу в органах виконавчої влади¹, Типова інструкція з діловодства у центральних органах виконавчої влади, Раді Міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органах виконавчої влади², Порядок роботи з електронними документами через систему елект-

¹ Типовий порядок здійснення електронного документообігу в органах виконавчої влади: затверджено постановою КМ України від 28.10.2004. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1453-2004-п>

² Типова інструкція з діловодства у центральних органах виконавчої влади, Раді Міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органах виконавчої влади: затверджено постановою КМ України від 30.11.2011. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1242-2011-п>

ронної взаємодії органів виконавчої влади з використанням електронного цифрового підпису¹, Положення про систему електронної взаємодії органів виконавчої влади², Порядок надсилання електронною поштою службових документів³, Порядок застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності⁴.

Відповідно до положень закону відправлення та передавання електронних документів здійснюються автором або посередником в електронній формі за допомогою засобів інформаційних, телекомунікаційних, інформаційно-телекомунікаційних систем або шляхом відправлення електронних носіїв, на яких записано цей документ.

Датою і часом відправлення електронного документа вважаються дата і час, коли відправлення електронного документа не може бути скасовано особою, що його відправила, якщо автор і адресат попередньо письмово не домовилися про інше.

У разі відправлення електронного документа шляхом пересилання його на електронному носії, на якому записано цей документ, датою і часом відправлення вважаються дата і час здавання його для пересилання.

¹ Порядок роботи з електронними документами через систему електронної взаємодії органів виконавчої влади з використанням електронного цифрового підпису: затверджено наказом Міністерства юстиції України від 01.12.2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1854-12>

² Положення про систему електронної взаємодії органів виконавчої влади: затверджено постановою КМ України від 18.07.2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/670-2012-п>

³ Порядок надсилання електронною поштою службових документів, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 17.07.2009. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/733-2009-п>

⁴ Порядок застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності: затверджено постановою КМ України від 28.10.2004. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1452-2004-п>

Спеціальне правило встановлено для визначення моменту одержання електронного документу. *Відповідно до ст. 11 Закону електронний документ вважається одержаним адресатом з часу надходження автору повідомлення в електронній формі від адресата про одержання цього електронного документа автора, якщо інше не передбачено законодавством або попередньою домовленістю між суб'єктами електронного документообігу.*

Тобто, адресат має повідомити автора в електронній формі про факт одержання документа. За загальним правилом саме з моментом одержання автором такого повідомлення і пов'язується момент одержання електронного документа.

Формулювання моменту одержання документа «з часу» може створити певні проблеми у його точному визначенні. Адже час надходження електронного документа (як власне документа, як повідомлення про його одержання) фіксується технічно.

Його одержувач може ознайомитися з таким документом не у момент його надходження, а через певний проміжок часу. Цей момент уже технічно не фіксується і, відповідно, у разі спору не може бути достовірно встановленим.

Моментом одержання електронного документа слід вважати саме момент надходження автору повідомлення в електронній формі від адресата про одержання цього електронного документа, а не якийсь інший проміжок, як це позначено у ст. 11 Закону «з часу».

Тому точнішим було б формулювання: електронний документ вважається одержаним адресатом *у момент (а не з часу)* надходження автору повідомлення в електронній формі від адресата про одержання цього електронного документа.

У разі, якщо до автора не надійшло підтвердження про факт одержання адресатом електронного документа вважається, що електронний документ ним не одержано.

Для підтвердження факту одержання письмового документа застосовуються різні докази (акт про вручення, підпис одержувача на повідомленні про вручення документа тощо). Такі підтвердження не можуть застосовуватися до електронних документів. Для цього встановлені особливі правила.

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону, якщо попередньою домовленістю між суб'єктами електронного документообігу не визначено порядок підтвердження факту одержання електронного документа, таке підтвердження може бути здійснено в будь-якому порядку автоматизованим чи іншим способом в електронній або у паперовій формі. Підтвердження повинно містити дані про факт і час одержання електронного документа та про відправника цього підтвердження.

Щодо визначення місця відправлення та одержання електронного документа, то, якщо автор і адресат у письмовій формі попередньо не домовилися про інше, ***електронний документ вважається відправленим автором та одержаним адресатом за їх місцезнаходженням (місцем проживання) у тому числі, якщо інформаційна, телекомунікаційна, інформаційно-телекомунікаційна система, за допомогою якої одержано документ, знаходиться в іншому місці.***

Для адресата важливо впевнитися у цілісності електронного документа, переконатися, що у його текст не внесені зміни, що спотворюють первісний зміст. Така перевірка може проводитися шляхом перевірки електронного цифрового підпису.

Законом встановлені правила зберігання електронних документів. Відповідно до ст. 13 Закону суб'єкти електронного документообігу повинні зберігати електронні документи на електронних носіях інформації у формі, що дає змогу перевірити їх цілісність на цих носіях. Строк зберігання електронних документів на електронних носіях інформації повинен бути не меншим від строку, встановленого законодавством для відповідних документів на папері.

У разі неможливості зберігання електронних документів на електронних носіях інформації протягом встановлених строків, для відповідних документів на папері, суб'єкти електронного документообігу повинні вживати заходів щодо дублювання документів на кількох електронних носіях інформації та здійснювати їх періодичне копіювання відповідно до встановленого порядку обліку та копіювання документів.

Якщо неможливо виконати зазначені вимоги, електронні документи повинні зберігатися у вигляді копії документа на папері (у разі відсутності оригіналу цього документа на папері).

При копіюванні електронного документа з електронного носія інформації обов'язково здійснюється перевірка цілісності даних на цьому носії.

При зберіганні електронних документів обов'язкове додержання таких вимог:

1) інформація, що міститься в електронних документах, повинна бути доступною для її подальшого використання;

2) має бути забезпечена можливість відновлення електронного документа у тому форматі, в якому він був створений, відправлений або одержаний;

3) у разі наявності повинна зберігатися інформація, яка дає змогу встановити походження та призначення електронного документа, а також дату і час його відправлення чи одержання.

Суб'єкти електронного документообігу щодо збереження електронних документів можуть використовувати послуги посередників, зокрема, архівних установ.

Відповідно до ст. 15 Закону «Про електронну комерцію», якщо законом або договором між сторонами визначено строк зберігання окремих видів документів, пов'язаних з вчиненням електронного правочину, сторони зобов'язані забезпечити архівне зберігання таких електронних документів (повідомлень), програмних, апаратно-програмних, апаратних або інших засобів для

їх зберігання, в яких вони зберігаються і за допомогою яких можна відобразити інформацію, що в них міститься.

Строки їх архівного зберігання повинні відповідати строкам зберігання інших видів архівних документів, визначених відповідно до законодавства, але не менше ніж строк позовної давності (очевидно тут йдеться про загальний строк – 3 роки).

Зберігачем електронних документів може бути суб'єкт господарювання, який надає послуги із зберігання електронних документів (повідомлень) шляхом забезпечення їх цілісності та незмінності за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем. Надання таких послуг є видом господарської діяльності, що не підлягає ліцензуванню та не потребує отримання будь-яких документів дозвільного характеру.

Загальні вимоги щодо впровадження електронного документообігу із застосуванням електронного цифрового підпису, організації роботи з електронними документами у діловодстві в державних органах, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах та організаціях незалежно від форм власності та щодо їх підготовки до передавання на архівне зберігання визначені Порядком роботи з електронними документами у діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання¹.

Електронний документообіг здійснюється відповідно до встановлених законодавчих вимог. Його суб'єкти можуть регулювати відповідні відносини договором, у якому встановлювати певні особливості доступу до електронного документа, режим конфіденційності, взаємні права та обов'язки, у тому числі і такі, що безпосередньо законодавством не визначені, способи та засоби захисту від несанкціонованого доступу тощо.

¹ Порядок роботи з електронними документами у діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання: затверджено наказом Міністерства юстиції 11.11.2014. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1421-14>

Використання електронного документа у цивільних відносинах здійснюється згідно із загальними вимогами вчинення правочинів, встановлених цивільним законодавством.

Виходячи з принципу єдності підходів щодо роботи з документами незалежно від форми їх створення (паперова, електронна) слід керуватися відповідними положеннями ЦК України про укладення, зміст, виконання, правові наслідки невиконання правочинів, у тому числі договорів.

РОЗДІЛ 5.

ЕЛЕКТРОННИЙ ЦИФРОВИЙ ПІДПИС

Для ідентифікації автора електронного документа може використовуватися електронний підпис. Власне створення електронного документа завершується накладанням електронного підпису. Одночасно із Законом «Про електронні документи та електронний документообіг» було прийнято і Закон України «Про електронний цифровий підпис»¹, яким визначено правовий режим такого підпису та урегульовано відносини щодо його використання.

Відповідно до ст. 1 Закону *електронний підпис це – дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації їх підписувача.*

Електронний цифровий підпис (далі: ЕЦП) це – вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору або логічно з ним поєднується і дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача. Електронний цифровий підпис накладається за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа.

Отже, у Законі застосовуються поняття: «електронний підпис», «електронний цифровий підпис» та «цифровий підпис». Зі змісту Закону випливає, що поняття «електронний підпис» є родовим та синонімічним з поняттям «цифровий підпис». Електронний цифровий підпис є одним з видів електронного підпису.

З огляду на це варто звернути увагу на дію Закону. У його преамбулі чітко зазначено, що Закон визначає правовий статус (точніше режим) електронного цифрового підпису та регулює ві-

¹ Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36. Ст. 276.

дносини, що виникають при його використанні. Дія Закону не поширюється на відносини, що виникають під час використання інших видів електронного підпису, в тому числі переведеного у цифрову форму зображення власноручного підпису. Власне ці інші види електронних підписів за правовим режимом можуть бути прирівняні до власноручного підпису, якщо прийняті сторонами за взаємною згодою та з явним наміром підтвердити дійсність написаного. Їх використання та можливі правові наслідки вчинення визначаються сторонами виключно на договірних засадах.

Такі підходи правового регулювання відповідають міжнародним документам, зокрема Директиві 1999/93/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» від 13 грудня 1999 року. Відповідно до ст. 2 Директиви електронний підпис визначений як дані, подані в електронній формі, які додаються чи логічно поєднуються з іншими електронними даними та які служать в якості методу засвідчення достовірності. Таке визначення співпадає з визначенням, що наведене у Законі України «Про електронний цифровий підпис».

Поняття «удосконалений електронний підпис» визначене у Директиві через сукупність вимог, яким такий підпис має відповідати. Отже, удосконалений електронний підпис:

- a) пов'язаний винятково з особою, що підписалась;
- b) він дає можливість ідентифікувати особу, що підписалась;
- c) він створений за допомогою засобів, які особа, що підписалась, може тримати під своїм повним контролем;
- d) він пов'язаний з даними, до яких він відноситься у такий спосіб, що будь-яку подальшу зміну даних можна виявити.

Усі зазначені вимоги застосовуються одночасно у сукупності.

Типовий закон ЮНСІТРАЛ «Про електронні підписи» не фіксує того чи іншого виду електронного підпису. У ст. 6 Типового закону зазначено, що не дозволяється обмеження або позбавлення юридичної сили будь-якого методу створення електронного підпису, якщо такий підпис є настільки надійним, що відповідає меті, для якої документ на електронному носії був підготовлений або переданий, включаючи всі відповідні домовленості.

Відповідно до ст. 3 Закону «Про електронний цифровий підпис» *електронний цифровий підпис прирівнюється до власноручного підпису (печатки) у разі, якщо:*

1) електронний цифровий підпис підтверджено з використанням посиленого сертифіката ключа за допомогою надійних засобів цифрового підпису;

2) під час перевірки використовувався посилений сертифікат ключа, чинний на момент накладення електронного цифрового підпису;

3) особистий ключ підписувача відповідає відкритому ключу, зазначеному у сертифікаті.

Електронний підпис не може бути визнаний недійсним лише через те, що він має електронну форму або не ґрунтується на посиленому сертифікаті ключа.

Електронний цифровий підпис призначений для його використання в електронному документообігу та використовується фізичними, юридичними особами, які обмінюються електронними документами, для ідентифікації підписувача та підтвердження цілісності даних в електронній формі.

У тих випадках, коли потрібне нотаріальне посвідчення підпису на документі, то таке здійснюється відповідно до Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Отже, для створення електронного цифрового підпису використовується програмний засіб, програмно-апаратний або апара-

тний пристрій, що призначені для генерації ключів, накладення та/або перевірки самого підпису.

Особистий ключ як параметр криптографічного алгоритму формування електронного цифрового підпису, *доступний тільки підписувачу*.

Відкритий ключ як параметр криптографічного алгоритму перевірки електронного цифрового підпису, *доступний суб'єктам відносин у сфері використання електронного цифрового підпису, насамперед адресатам електронних документів*.

Таким чином, для функціонування ЕЦП використовуються два ключі захисту: особистий та відкритий. Особистий ключ зберігається у підписувача (наприклад, на певному пристрої, наприклад, Smart-карта). Такий ключ є таємною інформацією підписувача і не надається будь-яким іншим особам (навіть центру сертифікації ключів).

Особа, яка бажає перевірити ЕЦП, може використати тільки відкритий ключ. Відкриті ключі, як правило, публікуються у загальнодоступному або спеціалізованому довіднику. Тобто для ефективного функціонування електронного документообігу із застосуванням ЕЦП необхідно забезпечити доступ отримувача до достовірної копії відкритого ключа підписувача (відправника документа) та можливість перевірити, що це копія відкритого ключа належить саме цьому підписувачу.

Власне з цією метою центри сертифікації ключів створюють та ведуть спеціальні захищені довідники ключів. Такі центри перевіряють дані власника відкритого ключа та видають захищені електронні документи спеціального зразка – сертифікати відкритих ключів. У них міститься відкритий ключ та перевірена центром сертифікації інформація про власника ключа. Сертифікат відкритого ключа підписується електронним цифровим підписом центру сертифікації ключів.

Для накладання ЕЦП використовується особистий (таємний) ключ, а для його перевірки – відкритий (загальновідомий) ключ. Користувач, маючи доступ до відкритого ключа, не може його відтворити, а лише перевірити.

Накладання ЕЦП (власне як підписування документа) здійснюється підписувачем (відправником електронного документа) з використанням його особистого ключа.

Перевірка ЕЦП виконується отримувачем захищеного електронного документа з використанням відкритого ключа підписувача (відправника). Для цього необхідно отримати відкритий ключ відправника (наприклад, із довідника). Відповідний програмний модуль перевіряє, чи дійсно цифровий підпис відповідає документу та відкритому ключу. Якщо в документ або у відкритий ключ вносилися будь-які зміни, то це виявиться одразу.

Для практичного використання ЕЦП у власній діяльності особа мала б отримати сертифікат ключа. Такий висновок випливає з положень Закону. У ч. 4 ст. 5 Закону зазначено, що інші юридичні та фізичні особи (окрім тих спеціальних суб'єктів, що у ній зазначені, зокрема органи державної влади, місцевого самоврядування, державні реєстратори) можуть на договірних засадах засвідчувати чинність відкритого ключа сертифікатом ключа, сформованим центром сертифікації ключів, а також використовувати електронний цифровий підпис без сертифіката ключа.

Окрім цього законодавчого положення, жодне інше не свідчить про обов'язковість отримання сертифіката ключа. Якщо ж отримання сертифіката ключа необов'язкове, то які правові наслідки для суб'єктів, що використовують ЕЦП без сертифіката?

Нормою ч. 5 ст. 8 Закону встановлено, що розподіл ризиків збитків, що можуть бути заподіяні підписувачам, користувачам та третім особам, які користуються електронними цифровими підписами без сертифіката ключа, визначається суб'єктами правових відносин у сфері послуг електронного цифрового підпису на договірних засадах.

Такий підхід не можна назвати вдалим. Якщо ризики заподіяння збитків у разі використання ЕЦП без сертифіката ключа можуть бути розподілені сторонами безпосередньо у договорі між ними, то такий розподіл не може відбутися для третіх осіб, адже вони не є стороною договору.

Загалом, у разі використання будь-яким суб'єктом ЕЦП без сертифіката ключа, ризик вибору контрагента, ризик заподіяння збитків від використання електронних документів з накладанням такого підпису та інші ризики можуть істотно зрости. Проте і наявність сертифіката ключа такі ризики не виключає.

Варто відзначити про відсутність внутрішньої єдності змісту Закону, взаємозв'язку між нормами його статей. У Законі визначено понятійний апарат, суб'єктів правовідносин у сфері послуг ЕЦП, правовий статус (режим), призначення ЕЦП, особливості його застосування, правовий статус відповідних органів у цій сфері.

А от про умови, підстави, процедуру одержання сертифіката, посиленого сертифіката, правові наслідки відсутності таких сертифікатів не йдеться взагалі. Звичайно, що такі питання урегульовуються підзаконними нормативними актами, але у Законі має визначатися алгоритм дій з віднесенням «деталей» до підзаконного регулювання.

Відповідно до ст. 1 Закону *сертифікат відкритого ключа (далі – сертифікат ключа) – документ, виданий центром сертифікації ключів, який засвідчує чинність і належність відкритого ключа підписувачу*. Сертифікати ключів можуть розповсюджуватися в електронній формі або у формі документа на папері та використовуватися для ідентифікації особи підписувача.

Посилений сертифікат відкритого ключа – сертифікат ключа, який відповідає вимогам Закону, виданий акредитованим центром сертифікації ключів, засвідчувальним центром, центральним засвідчувальним органом. Таке законодавче визначення не розкриває суті поняття, оскільки подане лише через

зазначення органів, які можуть його видати, без зазначення сутнісних його ознак.

Вимоги до сертифіката ключа встановлені у ст. 6 Закону. Отже, *сертифікат ключа повинен містити такі обов'язкові дані:*

- * найменування та реквізити центру сертифікації ключів (центрального засвідчувального органу, засвідчувального центру);

- * зазначення, що сертифікат виданий в Україні;

- * унікальний реєстраційний номер сертифіката ключа;

- * основні дані (реквізити) підписувача – власника особистого ключа;

- * дату і час початку та закінчення строку чинності сертифіката;

- * відкритий ключ;

- * найменування криптографічного алгоритму, що використовується власником особистого ключа;

- * інформацію про обмеження використання підпису.

Щодо посиленого сертифіката ключа, то відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону встановлено, що крім обов'язкових даних, які містяться в сертифікаті ключа, посилений сертифікат повинен мати ознаку посиленого сертифіката ключа. Ні визначення у ст. 1 поняття «посиленого сертифіката відкритого ключа», у якому є відсилка до вимог Закону, ні зазначена норма не несуть жодного змістовного навантаження. Тому ефективність правового регулювання не може досягатися з допомогою таких формулювань.

Для отримання сертифіката відкритого ключа до центру сертифікації подаються:

- * заявка спеціального зразка на сертифікацію відкритого ключа в електронній формі. У заявці міститься інформація про відкритий ключ та електронна картку із реквізитами власника ключа. Заявка генерується спеціальною програмою – генератором ключів;

* комплект документів, що засвідчують особу власника ключа (паспорт, відповідні документи для посадових осіб тощо).

Відповідно до ст. 8 Закону *центром сертифікації ключів (ЦСК) може бути* юридична особа незалежно від форми власності або фізична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності, що надає послуги електронного цифрового підпису та засвідчила свій відкритий ключ у центральному засвідчувальному органі або засвідчувальному центрі з дотриманням вимог статті 6 цього Закону.

Тобто, сертифікат ключа центру сертифікації має містити ті ж відомості, що й сертифікати ключів будь-яких осіб-підписувачів. Проблема вбачається у тому, що законодавство не встановлює єдиних уніфікованих правил роботи для центрів сертифікації ключів. Кожен зі створених центрів працює за власними правилами сертифікації. А, відтак, такий стан позначається на довірі до виданих різними центрами сертифікатів і у кінцевому підсумку до системи функціонування ЕЦП.

Центри сертифікації ключів обслуговують фізичних та юридичних осіб, що бажають використовувати у своїй діяльності ЕЦП, на договірних засадах. Між ЦСК та такими особами укладається цивільний договір про надання послуг із сертифікації ключів.

Тому правове регулювання відносин сторін здійснюється і відповідними нормами ЦК України. Такі договори укладаються за приєднанням до пропонованих умов (договір приєднання). Відсутність уніфікованих правових підходів теж позначається на договірній практиці у цій сфері, оскільки кожен центр пропонує власні умови договору для укладення за приєднанням.

Відповідно до ч. 6 ст. 8 Закону захист прав споживачів послуг електронного цифрового підпису, а також механізм реалізації захисту цих прав регулюються також і Законом України «Про захист прав споживачів».

Права та обов'язки ЦСК визначені у ст. 8 Закону.

Отже, **ЦСК має право:**

- * надавати послуги електронного цифрового підпису та обслуговувати сертифікати ключів;

- * отримувати та перевіряти інформацію, необхідну для реєстрації підписувача і формування сертифіката ключа безпосередньо у юридичної або фізичної особи чи у її уповноваженого представника.

ЦСК зобов'язаний:

- * забезпечувати захист інформації в автоматизованих системах відповідно до законодавства;

- * забезпечувати захист персональних даних, отриманих від підписувача, згідно з законодавством;

- * встановлювати під час формування сертифіката ключа належність відкритого ключа та відповідного особистого ключа підписувачу;

- * своєчасно скасовувати, блокувати та поновлювати сертифікати ключів у випадках, передбачених Законом;

- * своєчасно попереджувати підписувача та додавати в сертифікат відкритого ключа підписувача інформацію про обмеження використання електронного цифрового підпису, які встановлюються для забезпечення можливості відшкодування збитків сторін у разі заподіяння шкоди з боку центру сертифікації ключів;

- * перевіряти законність звернень про скасування, блокування та поновлення сертифікатів ключів та зберігати документи, на підставі яких були скасовані, заблоковані та поновлені сертифікати ключів;

- * цілодобово приймати заяви про скасування, блокування та поновлення сертифікатів ключів;

- * вести електронний перелік чинних, скасованих і заблокованих сертифікатів ключів;

* забезпечувати цілодобово доступ користувачів до сертифікатів ключів та відповідних електронних переліків сертифікатів через загальнодоступні телекомунікаційні канали;

* забезпечувати зберігання сформованих сертифікатів ключів протягом строку, передбаченого законодавством для зберігання відповідних документів на папері;

* надавати консультації з питань, пов'язаних з електронним цифровим підписом.

Зберігання особистих ключів підписувачів та ознайомлення з ними в центрі сертифікації ключів забороняються.

Посилені сертифікати ключів має право надавати акредитований центр сертифікації ключів. Процедура акредитації центру сертифікації ключів, умови надання центром відповідних послуг, вимоги до персоналу центру, захисту інформації та інші визначені Порядком акредитації центру сертифікації ключів¹ (далі – Порядок).

Акредитація центру здійснюється на добровільних засадах. Інформація про акредитацію центру сертифікації ключів та припинення його діяльності оприлюднюється центральним засвідчувальним органом на власному веб-сайті.

Порядок встановлює спеціальне правило згідно з яким до проведення акредитації центр вносить на спеціальний рахунок, відкритий у банківській установі, кошти у розмірі стократної мінімальної заробітної плати для забезпечення відшкодування збитків, які можуть бути завдані підписувачам, користувачам або третім особам внаслідок неналежного виконання акредитованим центром своїх зобов'язань.

Такий підхід спрямований на упередження можливих правопорушень з боку центру, а, отже і на забезпечення його ефективної роботи. Відповідно є матеріальна гарантія прав суб'єктів

¹ Порядок акредитації центру сертифікації ключів: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 13.07.2004. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/852-15>

відносин з використання ЕЦП у разі заподіяння їм збитків центром. Також до проведення акредитації центр сертифікації ключів має засвідчити свій відкритий ключ у центральному засвідчувальному органі.

Для проведення акредитації ЦСК подає до центрального засвідчувального органу заяву з доданням встановленого переліку документів (Додаток № 1 до Порядку), серед яких: копії установчих документів для юридичної особи; копії паспорта, довіреності або іншого документа, що підтверджують повноваження фізичної особи на представлення інтересів суб'єкта підприємницької діяльності; копія документа, що підтверджує право власності ЦСК на окреме приміщення або оренду такого приміщення; копія документа про внесення на спеціальний рахунок коштів для забезпечення відшкодування збитків, які можуть бути завдані акредитованим центром підписувачам, користувачам або третім особам внаслідок неналежного виконання своїх зобов'язань; копія атестата відповідності комплексної системи захисту інформації вимогам нормативних документів у сфері захисту інформації; список посадових осіб ЦСК та копії документів про їх освіту і кваліфікацію керівника; регламент роботи ЦСК та інші локальні акти, у тому числі Порядок синхронізації з Всесвітнім координованим часом (UTC).

Рішення про акредитацію центральний засвідчувальний орган приймає у строк не більше ніж 45 днів від дати подання заяви з усіма необхідними документами. У разі необхідності центральний засвідчувальний орган здійснює перевірку центру на відповідність встановленим вимогам.

Центр вважається акредитованим від дня внесення до Реєстру суб'єктів, які надають послуги, пов'язані з ЕЦП, що ведеться центральним засвідчувальним органом, основних даних акредитованого центру. Центру видається свідоцтво про акредитацію за встановленим зразком. Строк чинності такого свідоцтва законодавчо не визначений. У самому свідоцтві зазначається про кінце-

ву дату його чинності. Видається, що строк чинності свідоцтва про акредитацію має визначатися не органом, який провів акредитацію, а виключно на законодавчому рівні. Чинність свідоцтва може бути достроково припинена з підстав, виключний перелік яких встановлюється законодавством.

Відповідно до ст. 9 Закону *акредитований центр сертифікації ключів має право:*

- * надавати послуги електронного цифрового підпису та обслуговувати виключно посилені сертифікати ключів;

- * отримувати та перевіряти інформацію, необхідну для реєстрації підписувача і формування посиленого сертифіката ключа, безпосередньо у юридичної або фізичної особи чи її представника.

Відповідно до п. 20 Порядку акредитований центр: забезпечує виконання вимог щодо надання послуг електронного цифрового підпису згідно із законом; інформує підписувача про обмеження використання електронного цифрового підпису та порядок відшкодування збитків; виконує приписи контролюючого органу; надає допомогу підписувачам під час генерації особистих та відкритих ключів у разі отримання від них відповідного звернення та вживає заходів щодо забезпечення безпеки інформації під час генерації; забезпечує розташування засобів програмно-технічного комплексу, за допомогою яких здійснюється надання послуг сертифікації та відкликання, в спеціальних приміщеннях та їх охорону; забезпечує збереження програмно-технічного комплексу, іншого майна та запобігання безконтрольному проникненню в приміщення акредитованого центру сторонніх осіб; використовує надійні засоби електронного цифрового підпису, програмно-технічний комплекс, засоби криптографічного захисту інформації відповідно до вимог Адміністрації Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації і Міністерства юстиції.

Акредитований центр під час надання послуги сертифікації фізичним та юридичним особам зобов'язаний відповідно до п. 27 Порядку:

- * генерувати відкритий та особистий ключ підписувача;
- * формувати сертифікат відповідно до законодавчих вимог.

Під час формування сертифіката акредитований центр: присвоює унікальний реєстраційний номер сертифікату; перевіряє унікальність відкритого ключа підписувача в реєстрі чинних, блокованих та скасованих сертифікатів; включає дані про обмеження використання ЕЦП; включає електронну адресу електронного інформаційного ресурсу, де публікується список відкликаних сертифікатів акредитованого центру; на вимогу підписувача включає додаткові дані.

Сертифікат підписувача, сформований акредитованим центром, чинний не більше ніж два роки. Сертифікат акредитованого центру чинний не більше ніж п'ять років.

Акредитований центр зобов'язаний забезпечити можливість цілодобового вільного доступу користувачів з використанням телекомунікаційних мереж загального користування до: сертифікатів підписувачів за їх згодою; даних про статус сертифікатів ключів; сертифіката акредитованого центру; нормативних документів з питань надання послуг електронного цифрового підпису, зокрема до правил посиленої сертифікації та регламенту роботи акредитованого центру, а також порядку здійснення перевірки чинності сертифіката.

Також акредитований центр зобов'язаний забезпечити: цілодобовий прийом звернень про скасування та блокування сертифікатів; прийом звернень про поновлення сертифікатів; перевірку законності звернень про блокування, поновлення та скасування сертифікатів.

У Порядку визначений час між отриманням звернення підписувача або його представника про скасування, блокування сертифіката та внесенням змін до списку відкликаних сертифікатів,

доступних користувачам, що не повинен перевищувати двох годин.

Отже, законодавче урегулювання видачі посиленого сертифіката ключа передбачає певні стандартизовані процедури.

Перелік акредитованих центрів сертифікації ведеться Центральним засвідчувальним органом.

Відповідно до ст. 10 Закону КМ України за необхідності визначає засвідчувальний центр центрального органу виконавчої влади для забезпечення реєстрації, засвідчення чинності відкритих ключів та акредитації групи центрів сертифікації ключів, які надають відповідні послуги цьому органу. Інші державні органи за необхідності та за погодженням з КМ України визначають свої засвідчувальні центри.

Центральний засвідчувальний орган визначається КМ України та діє на підставі Положення про нього¹. Виконання функцій Центрального засвідчувального органу покладено на Міністерство юстиції України.

Відповідно до ст. 11 Закону такий орган: формує і видає посилені сертифікати ключів засвідчувальним центрам та центрам сертифікації ключів; блокує, скасовує та поновлює посилені сертифікати ключів засвідчувальних центрів та центрів сертифікації ключів у встановлених випадках; веде електронні реєстри чинних, блокованих та скасованих посилених сертифікатів ключів засвідчувальних центрів та центрів сертифікації ключів; веде акредитацію центрів сертифікації ключів, отримує та перевіряє інформацію, необхідну для їх акредитації; забезпечує цілодобово доступ засвідчувальних центрів та центрів сертифікації ключів до посилених сертифікатів ключів та відповідних електронних реєстрів через загальнодоступні телекомунікаційні канали; зберігає посилені сертифікати ключів засвідчувальних центрів та центрів

¹ Положення про центральний засвідчувальний орган: затверджено постановою КМ України від 28.10.2004. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1451-2004-п>

сертифікації ключів; надає засвідчувальним центрам та центрам сертифікації ключів консультації з питань, пов'язаних з використанням електронного цифрового підпису.

Застосуванню електронних цифрових підписів органами державної влади, місцевого самоврядування та юридичними особами, що засновані на державній формі власності притаманні певні особливості. Відповідно до ст. 5 Закону зазначені суб'єкти, а також державні реєстратори прав на нерухоме майно, державні реєстратори юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, нотаріуси для засвідчення чинності відкритого ключа використовують лише посилений сертифікат ключа. Державні реєстратори та нотаріуси також використовують лише захищені носії особистих ключів.

У випадках, коли відповідно до законодавства необхідне засвідчення дійсності підпису на документах та відповідності копій документів оригіналам печаткою, а також для забезпечення цілісності електронних даних та ідентифікації юридичної особи як підписувача під час надання адміністративних та інших послуг в електронній формі, здійснення інформаційного обміну з іншими юридичними особами, на електронний документ накладається ще один електронний цифровий підпис юридичної особи, спеціально призначений для таких цілей.

Для органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб державної форми власності, також для банківської сфери встановлений спеціальний порядок застосування ЕЦП¹. Зокрема, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи державної форми власності застосовують ЕЦП лише за умови використання надійних засобів електронного цифрового підпису, що повинно бути підтверджено сер-

¹ Порядок застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності: затверджено постановою КМ України від 28.10.2004. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1452-2004-п>

тифікатом відповідності або позитивним експертним висновком за результатами державної експертизи у сфері криптографічного захисту інформації, отриманим від адміністрації Держспецзв'язку, та наявності посилених сертифікатів відкритих ключів у своїх працівників – підписувачів.

Для вчинення правочинів зазначені суб'єкти застосовують ЕЦП, що ґрунтується на посиленому сертифікаті відкритого ключа. Відповідно до п. 4 Порядку електронний цифровий підпис не застосовується: для складання електронних документів, які не можуть бути оригіналами у випадках, передбачених законодавством; для вчинення правочинів на суму, що перевищує 1 млн. гривень.

Відповідно до ст. 7 Закону *підписувач має право*:

- * вимагати скасування, блокування або поновлення свого сертифіката ключа;

- * оскаржити дії чи бездіяльність центру сертифікації ключів у судовому порядку.

Підписувач зобов'язаний:

- * зберігати особистий ключ у таємниці;

- * надавати центру сертифікації ключів дані згідно із законодавчими вимогами для засвідчення чинності відкритого ключа;

- * своєчасно надавати центру сертифікації ключів інформацію про зміну даних, відображених у сертифікаті ключа.

Скасування, блокування та поновлення посиленого сертифіката ключа урегульовано нормами ст. 13 Закону. Отже, акредитований центр сертифікації ключів *негайно скасовує сформований ним посилений сертифікат ключа у разі*:

- * закінчення строку чинності сертифіката ключа;

- * подання заяви власника ключа або його уповноваженого представника;

- * припинення діяльності юридичної особи – власника ключа;

- * смерті фізичної особи – власника ключа або оголошення його померлим за рішенням суду;
- * визнання власника ключа недієздатним за рішенням суду;
- * надання власником ключа недостовірних даних;
- * компрометації особистого ключа, тобто, коли мала місце будь-яка подія та/або дія, що призвела або може призвести до несанкціонованого використання особистого ключа.

Відповідно Центральний засвідчувальний орган негайно скасовує посилений сертифікат ключа центру сертифікації ключів, засвідчувального центру у разі:

- * припинення діяльності з надання послуг ЕЦП;
- * компрометації особистого ключа.

Центральний засвідчувальний орган, засвідчувальний центр, акредитований центр сертифікації ключів **негайно блокують посилений сертифікат ключа:**

- * у разі подання заяви власника ключа або його уповноваженого представника;
- * за рішенням суду, що набрало законної сили;
- * у разі компрометації особистого ключа.

Скасування і блокування посиленого сертифіката ключа набуває чинності з моменту внесення до реєстру чинних, скасованих і блокованих посилених сертифікатів із зазначенням дати та часу здійснення цієї операції. Центральний засвідчувальний орган, засвідчувальний центр, акредитований центр сертифікації ключів негайно повідомляють про скасування або блокування посиленого сертифіката ключа його власника.

Особливості використання електронного підпису в банківській системі визначені ст. 18 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів» та низкою підзаконних актів НБУ.

РОЗДІЛ 6. ЕЛЕКТРОННА КОМЕРЦІЯ

6.1. Поняття електронної комерції

Електронну комерцію як поняття можливо визначати у різних аспектах: в економічному, правовому, як явище соціальної дійсності, можна досліджувати психологічні впливи цього явища на людину загалом тощо.

У найбільш загальному виразі електронну комерцію (від англ. *e-commerce*) визначають як сферу цифрової економіки, що включає усі фінансові та торгові транзакції, які проводяться за допомогою комп'ютерних мереж, та бізнес-процеси, пов'язані з проведенням цих транзакцій¹.

До електронної комерції відносять: електронний обмін інформацією (англ. *Electronic Data Interchange, EDI*), електронний рух капіталу (англ. *Electronic Funds Transfer, EFT*), електронну торгівлю (англ. *E-Trade*), електронні гроші (*E-Cash*), електронний маркетинг (англ. *E-Marketing*), електронний банкінг (англ. *E-Banking*), електронні страхові послуги (англ. *E-Insurance*) та інші види послуг. Це динамічні процеси, які мало не щодня наповнюють людське буття новими пропозиціями.

Поняття «електронна комерція» з'явилося практично з появою ЕОМ у 60-ті роки минулого століття. Історію розвитку електронної комерції пов'язують з діяльністю транспортних компаній США, які почали використовувати цифрове середовище для замовлення, резервування квитків на авіарейси, обміну інформацією між транспортними службами, починаючи з 1960 року.

У цей період в електронній комерції використовувалися різноманітні типові стандарти та протоколи, які з часом були уніфіковані. Першим таким стандартом став EDI (*Electronic Data Interchange*), прийнятий у 1980 році. У ньому визначалися типові бізнес-транзакції і різні документи (замовлення, накладні, митні

¹ Електронна комерція URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Електронна_комерція

декларації тощо), які мали бути оброблені та передані через цифрові мережі. З розвитком Інтернету у 1990-х роках виникла нова форма електронної комерції – Інтернет-магазини, де користувачі могли замовляти товари та послуги з оплатою за допомогою банківських карток.

Електронна комерція дозволяє замовляти товари та послуги безпосередньо на сайті. Обрані товари надходять до споживача через транспортні організації, інформаційні продукти пересилаються каналами Інтернету. Цифрове середовище активно використовується для доставки медіа-контенту (музика, фільми, розваги, новини тощо), різних видів інформації, навчально-освітніх матеріалів для різних категорій осіб тощо. Відповідно стрімко розвивається раніше невідомий сектор економіки, що забезпечує створення та обслуговування програмного забезпечення для функціонування цифрового середовища.

Дослідники електронної комерції вказують на її переваги порівняно з традиційними видами комерції. Це, насамперед:

- * здешевлення продукту для споживача, оскільки компанії-виробники економлять кошти на послугах посередників, оренді та утриманні торгових площ, необхідного обладнання, які зазвичай використовуються у традиційній комерції;

- * досягається пряма ефективна взаємодія між виробником та споживачем, що дозволяє максимально враховувати інтереси останнього та відповідно пришвидшується оборот капіталу;

- * електронна комерція дозволяє мати цілісну картину для аналізу ефективності виробництва, менеджменту та інших показників, що напряму залежать від продажу товарів. Своєю чергою стає можливим оперативно реагувати на потреби ринку, приймати ефективні управлінські та комерційні рішення для отримання переваг на ринку;

- * значно знижуються витрати на оформлення різноманітних контрактів у традиційній формі. Усі ці та інші чинники вплива-

ють на рівень собівартості товару та, відповідно, на ціну його реалізації.

Ці та інші переваги електронної комерції зробили можливим для окремих компаній ведення бізнесу виключно у цифровому середовищі без традиційних посередників, торгових площ тощо.

Проте не можна залишати без уваги і негативні явища, пов'язані з функціонуванням цифрового середовища, з електронною комерцією зокрема. Це, ухилення від сплати податків, шахрайство, порушення прав інтелектуальної власності, зловживання довірою споживачів у різні способи. В оборот увійшло поняття, що охоплює різні злочини у цифровому середовищі – «кіберзлочинність».

Високі технології поряд з перевагами та зручностями породжують необхідність надійного захисту від доволі специфічних та «високотехнологічних» правопорушень у цій сфері.

З цією метою свої зусилля об'єднують як урядові, так і приватні структури, особи. Зокрема, у Сінгапурі при Міністерстві фінансів утворена Рада з політики електронної комерції, до складу якої входять представники різних урядових організацій – прокуратури, департаменту кримінальних розслідувань, митної служби, Міністерства інформації, ради з розвитку торгівлі.

У США створено Національний центр захисту інфраструктури, завданням якого є попередження та розслідування комп'ютерних злочинів та координація роботи інших центрів.

В Україні боротьба з комп'ютерною злочинністю, у тому числі й у сфері електронної комерції, здійснюється спеціальними підрозділами електронної розвідки та протидії комп'ютерним злочинам МВС, СБУ.

За суб'єктами, що задіяні в електронній комерції та характером їх взаємодії розрізняють:

* *електронну комерцію між компаніями* – бізнес-добізнесу (B2B). Цей вид комерції охоплює різні рівні взаємодії комерційних компаній через електронні засоби. З її допомогою фо-

рмуються різноманітні господарські зв'язки, розміщуються комерційні пропозиції та замовлення, здійснюється постійний моніторинг їх виконання, отримується інформація про ділових партнерів, постачальників, укладаються контракти тощо;

* *електронну комерцію між компаніями і споживачами* – бізнес до споживача (B2C). Найпоширеніший вид електронної комерції, за якого компанії-виробники, розміщуючи відповідну інформацію на своїх сайтах, не тратять зусиль на пошук споживачів. Адже вони самі знаходять потрібні компанії, пропозиції товарів, цінові пропозиції тощо.

Такий вид комерції має переваги і для споживача, адже, не виходячи з дому можна придбати потрібний товар за вигідною ціною. Усю потрібну інформацію можна знайти, потративши час за комп'ютером, а не за фізичними пошуками потрібного. Немаловажний чинник – ціна товару, придбаного через електронну комерцію.

Оскільки компанії виробники досягають економії за рахунок розміщення інформації у цифровому середовищі, утриманні торговельних площ та відповідного персоналу, то усе це впливає на собівартість продукції та відповідно на ціну продажу. Типовим прикладом цього виду електронної комерції є роздрібна торгівля через Інтернет-магазини, придбання проїзних документів тощо.

Проте певна частина споживачів віддають перевагу покупкам у традиційній формі, виключно з психологічних мотивів, отримуючи певні емоції від можливості фізичного вибору, споглядання, співставлення тощо. Інші – наразі не довіряють електронній комерції через існуючий ризик обману, фальсифікації тощо;

* *електронну комерцію між приватними особами* – споживач-до-споживача (C2C). Досягається взаємодія споживачів для обміну різного виду інформацією. Це може бути обмін досвідом придбання певного товару, взаємодії з тією чи іншою фір-

мою тощо. Цей вид електронної комерції охоплює аукціонну торгівлю між приватними особами.

* **електронну комерцію між бізнесом та адміністрацією** – бізнес-до-адміністрації (B2G). З її допомогою бізнес-компанії взаємодіють з адміністративними органами (державними та міжнародними органами), наприклад, при здійсненні державних закупівель. Цей сегмент має високий потенціал для свого розвитку, але необхідною є чітка державна політика для забезпечення дієвості та прозорості цього виду взаємозв'язків;

* **електронну комерцію між споживачем та адміністрацією** – споживач-до-адміністрації (C2G). З її допомогою споживачі можуть взаємодіяти з адміністративними органами (оплата різних послуг, податків, зборів тощо). Це не зовсім електронна комерція у буквальному розумінні. Розвинута слабо через різні чинники: відсутність належної законодавчої бази, слабе проникнення Інтернету у різних регіонах, консерватизм чиновницького апарату, психологічна неготовність частини населення до такої взаємодії, відсутність належної популяризації знань, відповідної інформації про такий вид взаємозв'язків. Проте цей сегмент має широкі перспективи розвитку.

Варто виокремити і **мобільну торгівлю (m-commerce)**, у якій купівля-продаж здійснюються з використанням мережі Інтернет через кишенькові пристрої типу мобільних телефонів і особистих цифрових помічників.

Функції електронної комерції:

* рекламна, інформаційна підтримка товарів шляхом надання їх детальних споживчих характеристик, розміщення відповідної документації;

* демонстрація товару засобами Інтернет;

* безпосередня купівля-продаж товарів та послуг, їх доставка, проведення розрахунків;

* моніторинг виконання замовлень споживачів;

* обслуговування споживачів після придбання товару у встановлених випадках (наприклад, гарантійне);

* маркетинг та прогнозування (вивчення попиту, смаків, окреслення перспективних напрямів продажу тощо);

* встановлення комерційних контактів та обмін різноманітною інформацією, що може бути корисною та використовуватися у веденні бізнесу;

* організація віртуальних компаній, що включають групи різних спеціалістів для ведення спільної комерційної діяльності.

У ст. 3 Закону України від 3 вересня 2015 року «Про електронну комерцію»¹ ***електронна комерція визначена як відносини, спрямовані на отримання прибутку, що виникають під час вчинення правочинів щодо набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, внаслідок чого в учасників таких відносин виникають права та обов'язки майнового характеру.***

Електронна торгівля у Законі визначена як господарська діяльність у сфері електронної купівлі-продажу, реалізації товарів дистанційним способом покупцю шляхом вчинення електронних правочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.

Таким чином, ці поняття розмежовані. Виходячи з їх законодавчих визначень, можливо зробити висновок, що поняття «електронна комерція» є ширшим за своїм значенням як будь-яка діяльність, спрямована на отримання прибутку.

Електронна торгівля є різновидом електронної комерції, в основі якої лежать цивільні договори купівлі-продажу, що укладаються та виконуються у цифровому середовищі.

¹ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 45. Ст. 410.

Широко вживаним є поняття «*електронний бізнес*», що охоплює усі види діяльності у цифровому середовищі з метою отримання прибутку. Це більш широке поняття, ніж попередні. Електронна комерція є одними з видів електронного бізнесу.

6.2. Правове регулювання електронної комерції

6.2.1. Міжнародно-правові документи у сфері електронної комерції

Першим кроком щодо регулювання відносин у сфері електронної комерції міжнародним правом стало *прийняття Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1996 року Типового закону «Про електронну торгівлю»* (Типовий закон про електронну торгівлю Комісії ООН з права міжнародної торгівлі ЮНСІТРАЛ)¹. Цей документ носить рекомендаційний характер і використовувався державами як основа для прийняття національного законодавства. У ст. 1 встановлено, що він застосовується до будь-якого виду інформації в формі повідомлення даних, що використовуються у контексті торговельної діяльності.

Типовий закон «Про електронну торгівлю» включає дві частини: Частина перша – Електронна торгівля в цілому та Частина друга – Електронна торгівля в окремих областях. Поняття «електронна торгівля» у Типовому законі безпосередньо не визначене.

Серед основних визначень, тлумачення яких наведено у ст. 2, це: «повідомлення даних» – інформація, підготовлена, відправлена, отримана або така, що зберігається за допомогою електронних, оптичних або аналогових засобів, включаючи електронний обмін даними, електронну пошту, телеграму, телекс, телефакс, але не обмежуючись ними; «електронний обмін даними» – електронна передача з одного комп'ютера на інший інформації з використанням узгодженого стандарту структуризації інформації;

¹ Типовий закон про електронну торгівлю Комісії ООН з права міжнародної торгівлі від 16.12.1996. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_321

«інформаційна система» – система для підготовки, відправлення, отримання, зберігання або іншої обробки повідомлень даних та інші.

Важливими для розвитку електронної комерції стали положення Типового закону про визнання юридичної сили за «повідомленням даних», тобто інформацією в електронній формі.

Як зазначено у ст. 5 Типового закону інформація не може бути позбавлена юридичної сили, дійсності або позовної сили на тій лише підставі, що вона складена у формі повідомлення даних, тобто існує в електронній формі. У ст. 6 встановлювалося, що письмова форма подання інформації, якщо така встановлена національним законодавством, вважається дотриманою, якщо інформація, що міститься в повідомленні даних, є доступною для її використання. Таким чином, інформація в електронній формі прирівнювалася до письмової форми її подання.

Вирішувалося питання про підпис особи під електронним документом. Зокрема, у ст. 7 Типового закону вказувалося: якщо законодавство вимагає підпису особи, то така вимога вважається дотриманою, якщо: а) використаний будь-який спосіб для ідентифікації цієї особи; б) цей спосіб є як надійним, так і відповідає меті, для якої повідомлення даних було підготовлено або передано з урахуванням усіх обставин, включно з досягнутими домовленостями.

Важливими є процесуальні аспекти Типового закону щодо допустимості та доказової сили електронної інформації. Так, відповідно до його ст. 9, за будь-яких процесуальних дій положення норм доказового права не застосовуються таким чином, щоб заперечувати допустимість повідомлення даних як доказу на тій лише підставі, що воно існує в електронній формі або лише з тої причини, що особа, яка надає повідомлення даних як доказ, не подала його в належній формі.

Інформації у формі повідомлення даних надається належна доказова сила. При оцінці її доказової сили враховуються надій-

ність способів підготовки, зберігання та передачі повідомлення даних, забезпечення цілісності інформації, ідентифікації її автора та інші відповідні фактори.

Щодо укладення контрактів у цифровому середовищі, то Типовий закон встановлював, якщо сторони не домовились про інше, то оферта та акцепт можуть вчинятися за допомогою повідомлення даних (інформації в електронній формі). Такий контракт не може бути позбавлений дійсності чи позовної сили тільки на тій підставі, що для його укладення використовувалися повідомлення даних (ст. 11 Типового закону). Аналогічно у відносинах між сторонами контракту волевиявлення чи інша заява не позбавляється юридичної сили, дійсності чи позовної сили на тій лише підставі, що сторонами використовувалися повідомлення даних (електронний обмін інформацією).

Таким чином, Типовий закон заклав правові основи діяльності у сфері електронної торгівлі, став основою для прийняття відповідного національного законодавства у різних країнах, дав визначення основних понять у цій сфері, визнав юридичну і доказову силу за документами в електронній формі, визначив вимоги щодо електронного підпису як засобу підтвердження достовірності та цілісності електронного документа.

На впровадження положень Типового закону наприкінці 90-х, початку 2000-х тисячного років низкою країн прийнято національні акти з питань регулювання відносин у сфері електронної комерції. Зокрема, у 1998 році відповідні закони були прийняті у Сінгапурі, у 1999 році – Австралії, Колумбії, у 2000 році – Індії, Мексиці, Словенії, Франції, Гонконзі, у 2001 році – Венесуелі, Ірландії, Панамі, у 2004 році – Китаї, у 2006 році – Об'єднаних Арабських Еміратах.

Уніфіковане законодавство, на розробку якого мав вплив Типовий закон, було підготовлене у США (Уніфікований закон про електронні угоди, прийнятий у 1999 році Національною конференцією уповноважених по уніфікованому законодавству шта-

тів) і прийнятий окремими штатами упродовж 1998 (штат Іллінойс) – 2004 (штат Аляска) років.

Уніфіковане законодавство на основі Типового закону підготовлене і в Канаді. У 1999 році Канадською конференцією з уніфікованих законів прийнято Уніфікований закон про електронну торгівлю, який також прийнято у низці провінцій і територій, включаючи Квебек¹.

П'ятого липня 2001 року прийнято Типовий закон про електронні підписи Комісії ООН з права міжнародної торгівлі ЮНСІТРАЛ². Його положення застосовуються у тих випадках, коли електронні підписи використовуються у контексті торговельної діяльності.

У Типовому законі наводяться низка визначень та містяться важливі положення щодо правового режиму електронних підписів. Так, як впливає зі змісту ст. 3 закону, електронний підпис, проставлений з дотриманням законодавчих вимог, має таку ж силу як і звичайні підписи: ніщо в законі не застосовується таким чином, щоб виключити, обмежити або позбавити юридичної сили будь-який метод створення електронного підпису, який відповідає встановленим вимогам або іншим чином відповідає вимогам права, що підлягає застосуванню.

Двадцять третього листопада 2005 року прийнята Конвенція ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах³. У ній положення Типового закону знайшли свій подальший логічний розвиток та доповнення.

¹ Див. детальніше: Прийняття законодавства на основі Типових законів ООН. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_h17

² Типовий закон про електронні підписи Комісії ООН з права міжнародної торгівлі від 05.07.2001. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_937

³ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах від 23.11.2005. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_e71

У Конвенції зазначено, що розширення використання електронних повідомлень підвищує ефективність комерційної діяльності, укріплює торговельні зв'язки, відкриває доступ до нових можливостей для раніше віддалених сторін та ринків, а, отже, відіграє основоположну роль у сприянні торгівлі і економічному розвитку як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Положення Конвенції застосовуються у разі використання електронних повідомлень у зв'язку з укладенням, виконанням договорів між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться в різних державах.

Важливими є положення, у яких визнано юридичну силу електронних повідомлень. Відповідно до ст. 8, 9 Конвенції повідомлення або договір не можуть бути позбавлені дійсності або позовної сили на тій лише підставі, що вони складені у формі електронного повідомлення.

У випадках, якщо законодавство вимагає, щоб повідомлення або договір були представлені у письмовій формі або передбачає настання певних наслідків у разі її недотримання¹, така вимога вважається дотриманою шляхом представлення електронного повідомлення, якщо інформація, що міститься у ньому, є доступною для її використання.

У тих випадках, якщо законодавство вимагає, щоб повідомлення або договір були підписані стороною або передбачає відповідні наслідки на випадок відсутності підпису, такі вимоги вважаються дотриманими щодо електронного повідомлення, якщо: використаний будь-який надійний спосіб для ідентифікації цієї сторони і її намірів щодо інформації, що міститься в електронному повідомленні.

¹ Наприклад, відповідно до ст. 218 ЦК України недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом. Власне такий правовий наслідок встановлений у разі недотримання письмової форми договору страхування. Відповідно до ст. 981 ЦК України договір страхування укладається у письмовій формі, у разі недодержання якої договір є нікчемним.

Якщо ж законодавство вимагає, щоб повідомлення або договір надавались або зберігались в оригіналі та встановлює відповідні правові наслідки недотримання таких вимог, то вони вважаються дотриманими щодо електронних повідомлень, якщо:

а) є надійні докази цілісності інформації, що міститься у повідомленні, з моменту, коли воно було уперше підготовлене в його остаточній формі як електронне повідомлення;

б) у разі необхідності надання інформації, що міститься у повідомленні, ця інформація може бути продемонстрована особі, якій вона повинна бути надана.

Договір, укладений в результаті взаємодії автоматизованої системи повідомлень і будь-якої фізичної особи або в результаті взаємодії автоматизованих систем повідомлень, не може бути позбавлений дійсності або позовної сили тільки з тієї підстави, що жодна фізична особа не здійснювала перегляду чи втручання у здійснення кожної окремої операції, які виконувалася автоматизованими системами повідомлень або укладеного внаслідок цього договору.

У Конвенції закріплені правила щодо визначення часу та місця відправлення та отримання електронних повідомлень (ст. 10), запрошення до оферти (ст. 11), щодо алгоритму дій у разі помилки, зробленої в електронному повідомленні (ст. 14). Таким чином, зміст Конвенція став логічним продовження, деталізацією засад і положень, закладених у Типовому законі «Про електронну торгівлю».

Активна нормотворча робота у сфері цифрового середовища, зокрема електронної комерції, здійснюється Європейським Союзом. Прийнято низку директив, спрямованих на урегулювання тих чи інших аспектів електронної комерції.

Зокрема, *Директива Європейського парламенту та Ради ЄС від 20 травня 1997 року № 97/7/ЄС «Про захист прав спо-*

*живачів в дистанційних контрактах*¹. Як зазначено у ст. 1 цієї Директиви її метою є зближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів у сфері дистанційних контрактів, що укладаються між споживачами та постачальниками.

Дистанційний контракт, відповідно до ст. 2 Директиви, визначається як будь-який контракт, предметом якого є товари чи послуги, укладений між постачальником та споживачем відповідно до організованої дистанційної торгівлі чи схеми постачання послуг, якою займається постачальник. Засобами дистанційного зв'язку є будь-які засоби, що можуть бути використані з метою укладення контракту між постачальником та споживачем за їх одночасної фізичної відсутності в місці укладення контракту. Примірний перелік таких засобів наведений у Додатку № 1 до Директиви. Це зокрема: каталог, електронна пошта, факсимільні машини (факс), телевізор (теле-шопінг) тощо.

Важливими є положення Директиви, що встановлюють вимоги щодо обсягу інформації, якою має бути забезпечений споживач для укладення дистанційного контракту (попередня інформація). Це, зокрема: інформація про постачальника; основні характеристики товарів чи послуг; їх ціну, включаючи усі податки; витрати на доставку, якщо такі є; домовленості про оплату; право виходу з контракту (тобто, йдеться про підстави, умови та правові наслідки відмови споживача від контракту); період часу, протягом якого пропозиція чи ціна залишаються чинними тощо.

Така інформація подається чітко та у повному обсязі будь-яким способом, що відповідає засобам дистанційного зв'язку з дотриманням принципу добросовісності при здійсненні комерційних операцій та принципів, що регулюють захист тих осіб, які нездатні, згідно законодавства держав-членів, надати свою згоду (наприклад, неповнолітні).

¹ Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах: Директива Європейського парламенту та Ради від 20.05.1997. № 97/7/ЄС / URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_245

Однією з гарантій прав споживача, що бере участь у дистанційному контракті, є закріплене у Директиві право його виходу з контракту. Відповідно до ст. 6 Директиви споживач має право протягом семи робочих днів оголосити про свій вихід з будь-якого дистанційного контракту без повідомлення причини та без понесення стягнень. Єдиною відповідальністю, яку може понести споживач, відповідно до Директиви, – здійснити компенсацію безпосередніх витрат на повернення товарів.

Фактично йдеться про односторонню відмову споживача від контракту у пільговому режимі. Адже одностороння відмова від договору за загальним правилом не допускається.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 214 ЦК України особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, а також, у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього, навіть і в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. Тобто, відмова можлива виключно за взаємною домовленістю сторін договору.

Ураховуючи особливі умови укладення дистанційних контрактів, у Директиві встановлені особливі правила щодо відмови споживача від нього.

Такий підхід збалансовує інтереси та ризики сторін контракту, адже споживач у таких випадках є слабшою його стороною і тому потребує підвищеного захисту. Компенсацію витрат на повернення товарів, яку повинен провести споживач, у разі його відмови від контракту, не можна назвати відповідальністю останнього, як про це зазначено у Директиві.

Адже про відповідальність йдеться у разі наявності протиправної поведінки споживача, яка призвела до заподіяння збитків постачальнику, безпосереднього причинового зв'язку між такою поведінкою та негативними наслідками у контрагента, вини тощо. В аналізованому випадку відмова споживача від контракту не є протиправною, відсутня і вина споживача як умова відповідальності. Тому обов'язок компенсувати витрати на повернення

товару є наслідком односторонньої відмови споживача від дистанційного контракту, а не його відповідальністю.

У Директиві встановлені загальні правила щодо строків та порядку виконання дистанційних контрактів (ст. 7 Директиви).

Директива покладає на держави-члени забезпечення відповідних заходів, що дозволяють споживачу:

- вимагати скасування платежу у випадку, якщо його платіжна картка була використана обманним шляхом у зв'язку із дистанційними контрактами;

- вимагати повернення виплачених сум у випадку використання картки обманним шляхом (ст. 8 Директиви).

З метою захисту прав споживача у дистанційних контрактах у ст. 9 Директиви (її назва – Торгівля, розрахована на інертність споживача) встановлено, що держави-члени також мають вжити заходів, необхідних для:

- заборони постачання споживачу товарів чи послуг без попереднього їх замовлення, якщо таке постачання включає вимогу про оплату;

- звільнення споживача від обов'язку про будь-яке відшкодування у випадках незамовленого постачання, відсутність відповіді не означає згоду.

Директивою закладені важливі положення щодо обмеження використання засобів дистанційного зв'язку при укладенні контрактів. Зокрема, потребує попередньої згоди споживача використання постачальником системи автоматичного додзвонювання без втручання людини (машина автоматичного додзвонювання), факсимільної машини (факс). Загалом будь-які засоби дистанційного зв'язку, які роблять можливим індивідуальний зв'язок між споживачем та постачальником, можуть використовуватися тільки тоді, коли немає чіткого заперечення з боку споживача. Ці вимоги мають забезпечуватися національним законодавством держав-членів.

На забезпечення ефективного та уніфікованого функціонування цифрового середовища, розвиток відповідних відносин у ньому спрямована *Директива Європейського парламенту і Ради ЄС від 22 червня 1998 року № 98/34/ЄС «Про процедуру надання інформації у галузі технічних стандартів і регламентів, а також правила надання послуг в інформаційному суспільстві»*¹. У цій Директиві наведені тлумачення понять, що застосовуються у цифровому середовищі, зокрема, в електронній комерції.

Так під послугою, для цілей Директиви, розуміють будь-яку послугу інформаційної спільноти, що надається за плату, дистанційно, через електронний зв'язок та на індивідуальний запит. Дистанційне надання послуги означає, що така надається за відсутності сторін. Надання послуги через електронний зв'язок означає, що послуга має бути направлена в вихідному стані і отримана у пункті призначення через електронне устаткування для обробки (включаючи цифрове стискання) і зберігання даних або повністю передана і отримана за допомогою кабельного зв'язку, радіозв'язку, оптичних чи інших електромагнітних засобів.

Директива спрямована на уніфікацію правил, стандартів, умов надання послуг у цифровому середовищі держав-членів.

Наступним кроком у розвитку цифрового середовища стало прийняття *Директиви Європейського парламенту і Ради ЄС від 13 грудня 1999 року № 1999/93/ЄС «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства»*². Цей документ заклав правові основи для використання електронних підписів та їх юридичного визнання.

¹ Про процедуру надання інформації у галузі технічних стандартів і регламентів, а також правила надання послуг в інформаційному суспільстві: Директива Європейського парламенту і Ради ЄС від 22.06.1998. № 98/34/ЄС. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b11

² Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства: Директива Європейського парламенту та Ради ЄС від 13.12.1999. № 1999/93/ЄС / URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994240>

У розумінні Директиви електронний підпис означає дані, подані в електронній формі, які додаються чи логічно поєднуються з іншими електронними даними та є методом засвідчення достовірності. Директивою введено поняття удосконаленого електронного підпису, який має відповідати таким вимогам (ст. 2 Директиви): він пов'язаний винятково з особою, що підписалась; дає можливість ідентифікувати таку особу; такий підпис створений за допомогою засобів, які особа, що підписалась, може тримати під своїм повним контролем; цей підпис пов'язаний з даними, до яких він відноситься у такий спосіб, що будь-яку подальшу їх зміну можна виявити.

Електронний підпис включає такі дані як коди чи приватні криптографічні ключі, які використовуються особою. Такі ж дані використовуються і для перевірки електронного підпису. Для їх створення використовується пристосоване програмне чи апаратне забезпечення. За електронними підписами, що відповідають усім встановленим вимогам, визнано юридичну силу як і за звичайно проставленими підписами відповідно до вимог чинного законодавства (ст. 5 Директиви).

Під особою, що підписалась розуміють особу, яка володіє механізмом створення підпису і діє від свого власного імені або ж як представник іншої особи (фізичної чи юридичної).

Восьмого червня 2000 року прийнята Директива № 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» (Директива про електронну комерцію)¹. Цей документ приймався з метою зробити внесок у належне функціонування внутрішнього ринку шляхом забезпечення вільного переміщення інформаційних послуг між державами-членами.

¹ Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку (Директива про електронну комерцію): Директива Європейського парламенту та Ради ЄС від 08.06.2000. № 2000/31/ЄС. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_224

У Директиві наведені тлумачення окремих понять у сфері електронної комерції. Зокрема, комерційне повідомлення визначене як будь-яка форма повідомлення, спрямованого на пряме чи опосередковане просування товарів, послуг чи іміджу компанії, організації чи особи, яка займається комерційною, промисловою чи професійною діяльністю.

Не вважається комерційним таке повідомлення, що містить інформацію про діяльність компанії, організації чи особи, зокрема, ім'я домену чи адресу електронної пошти; повідомлення щодо товарів, послуг чи іміджу компанії, організації чи особи, подане у самостійній формі, зокрема, за відсутності фінансових міркувань.

Директива встановила вимоги щодо змісту інформації, яка має бути надана одержувачу послуг. Така інформація повинна містити: ім'я постачальника послуг; географічну адресу заснованого постачальника послуг; детальну інформацію про нього, включаючи адресу електронної пошти, що дозволяє швидко з ним зв'язуватись та безпосередньо й ефективно надсилати йому повідомлення; якщо постачальник послуг зареєстрований в торговельному чи подібному реєстрі, то інформацію про цей реєстр, реєстраційний номер або еквівалентні засоби ідентифікації постачальника послуг в цьому реєстрі та деякі інші спеціальні дані (ст. 5 Директиви).

Значна увага в Директиві звернута на режим укладення контрактів за допомогою електронних засобів. У ст. 9 Директиви зазначено, що законодавство держав-членів не має створювати перешкод для використання контрактів, укладених в електронному вигляді та не може позбавляти такі контракти законної сили через укладення їх в електронній формі.

Хоча у Директиві передбачено, що держави-члени гарантують, що їх правова система передбачає укладення контрактів за допомогою електронних засобів, разом з тим законодавством

держав-членів можуть встановлюватися заборони щодо укладення в електронній формі всіх або визначених контрактів, зокрема:

а) контрактів, які передбачають набуття або передання прав на нерухоме майно, окрім прав оренди;

б) контракти, що вимагають відповідно до закону залучення судів, державних органів чи професій, що передбачають реалізацію державних повноважень;

с) контракти про поруку та майнове забезпечення, що надаються особами, які діють в цілях, що лежать поза межами їх комерційної чи професійної діяльності;

д) контракти, що регулюються сімейним чи спадковим правом.

Директивою заохочується розроблення та впровадження у практику кодексів поведінки торговельними, професійними об'єднаннями та об'єднаннями споживачів у цифровому середовищі, зокрема у сфері електронної комерції.

Тим самим визнається значимість урегулювання відносин у цій специфічній сфері не тільки нормами права, а й іншими регуляторами.

Оскільки за належного та ефективного правового регулювання ризику вибору контрагента за договором у цифровому середовищі все ж залишаються, як і інші ризики, пов'язані саме з морально-етичною поведінкою відповідних суб'єктів. Тому кодекси професійної етики можуть мати певний позитивний вплив.

Вирішальна роль усе ж залишається за правовими механізмами: прийняттям відповідних норм, створення дієвих та ефективних механізмів їх реалізації, забезпеченням їх виконання, невідворотності та справедливості відповідальності у разі порушення прав у цифровому середовищі.

6.2.2. Національне законодавство у сфері електронної комерції

Становлення правового регулювання відносин у цифровому середовищі в Україні відбулося з прийняттям Верховною Радою 4 лютого 1998 року *Закону України «Про Національну програму інформатизації»*¹.

Як зазначалося у ст. 5 Закону головною метою Національної програми інформатизації є створення необхідних умов для забезпечення громадян та суспільства своєчасною, достовірною та повною інформацією шляхом широкого використання інформаційних технологій, забезпечення інформаційної безпеки держави.

Програма спрямовувалася на вирішення таких завдань як: формування правових, організаційних, науково-технічних, економічних, фінансових, методичних та гуманітарних передумов розвитку інформатизації; застосування та розвиток сучасних інформаційних технологій у відповідних сферах суспільного життя України; формування системи національних інформаційних ресурсів; формування та підтримка ринку інформаційних продуктів і послуг; інтеграція України у світовий інформаційний простір та інших.

Тоді ж було прийнято *Закон України «Про затвердження завдань Національної програми інформатизації на 1998-2000 роки»*, у якому окреслювалися чіткі напрями та заходи щодо створення інформаційного суспільства у нашій державі. Наскільки виконані положення закону говорити складно, оскільки його моніторинг, аналіз виконання публічно не обговорювалися та не доводилися до відома громадськості.

Наступним кроком став *Указ Президента України № 928 від 31 липня 2000 року «Про заходи щодо розвитку національ-*

¹ Про Національну програму інформатизації: Закон України від 04.02.1998. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/74/98-вр>.

ної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні»¹.

Указом передбачалися низка заходів щодо створення у найкоротші строки належних економічних, правових, технічних та інших умов для забезпечення широкого доступу громадян, навчальних закладів, наукових та інших установ і організацій усіх форм власності, органів державної влади та місцевого самоврядування, суб'єктів підприємницької діяльності до мережі Інтернет. Саме Указом передбачалася підготовка та подання у шестимісячний строк до Верховної Ради України відповідних законопроектів з питань вчинення цивільно-правових угод з використанням електронного документообігу та електронного цифрового підпису.

Двадцять другого травня 2003 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про електронні документи та електронний документообіг»², яким і були встановлені організаційно-правові засади електронного документообігу та використання електронних документів. Тоді ж був прийнятий і Закон України «Про електронний цифровий підпис»³.

Проте відчутних змін у національному законодавстві щодо використання електронних документів та електронних підписів тоді не відбулося. У ЦК України містилося положення про те, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку (абз. 2 ч. 1 ст. 207 ЦК України).

Упродовж наступних років тривала кропітка робота напрацювання відомчого законодавства щодо впровадження світової

¹ Про заходи щодо розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні: Указ Президента України від 31.07.2000. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/928/2000>

² Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36. Ст. 275.

³ Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36. Ст. 276.

інформаційної мережі та забезпечення доступу до неї урядових органів та приватних осіб.

Загалом правове регулювання відносин у сфері електронної комерції свідчить про певне відставання законодавця від потреб часу. Адже становлення та розвиток відносин у цій сфері відбувся практично за відсутності нормативного регулювання та породженої таким станом низки правових проблем щодо укладення та виконання договору у цифровому середовищі, гарантій дотримання прав споживачів, питань відповідальності у разі невиконання договору, належної інформованості споживачів тощо. Окрім цього і до сьогодні низка проблем залишаються невирішеними: забезпечення дотримання законодавства про персональні дані; боротьба з кіберзлочинністю.

Законом України від 1 грудня 2005 року були внесені зміни та доповнення до *Закону України від 12 травня 1991 року «Про захист прав споживачів»* та викладено його у новій редакції¹. Саме у цьому Законі було започатковане правове регулювання відносин, що складаються при укладенні та виконанні договорів поза торговельними приміщеннями та на відстані.

У ст. 1 Закону були закріплені визначення понять:

* договір, укладений на відстані, як договір, укладений продавцем (виконавцем) із споживачем за допомогою засобів дистанційного зв'язку;

* договір, укладений поза торговельними або офісними приміщеннями, як договір, укладений із споживачем особисто в місці, іншому ніж торговельні або офісні приміщення продавця;

* електронне повідомлення – інформація, надана споживачу через телекомунікаційні мережі, яка може бути у будь-який спосіб відтворена або збережена споживачем в електронному вигляді;

¹ Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 30. Ст. 379.

* засоби дистанційного зв'язку – телекомунікаційні мережі, поштовий зв'язок, телебачення, інформаційні мережі, зокрема Інтернет, які можуть використовуватися для укладення договорів на відстані.

Також у цьому Законі закріплювалися права споживача у разі укладення договору поза торговельними або офісними приміщеннями (ст. 12 Закону) та права споживача у разі укладення договору на відстані (ст. 13 Закону). У цій редакції Закону «Про захист прав споживачів» було втілено підходи та положення Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 20 травня 1997 року № 97/7/ЄС «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах».

Першим національним актом, безпосередньо спрямованим на урегулювання відносин у сфері електронної комерції, став **Закон України «Про електронну комерцію», прийнятий 3 вересня 2015 року**, хоча відносини у цьому сегменті склалися та активно розвивалися практично понад десять років.

У преамбулі Закону зазначено, що ним визначаються організаційно-правові засади діяльності у сфері електронної комерції в Україні, встановлюється порядок вчинення електронних правочинів із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних систем та визначаються права і обов'язки учасників відносин у сфері електронної комерції.

Закон регулює правові відносини у сфері електронної комерції під час вчинення електронних правочинів. Згідно з ч. 2 ст. 1 Закону його дія не поширюється на правочини, якщо:

* законом встановлено спеціальний порядок переходу права власності або предметом правочину є об'єкти, вилучені з цивільного обороту або обмежені в цивільному обороті відповідно до законодавства;

* однією із сторін є фізична особа, яка не зареєстрована як фізична особа-підприємець та реалізує або пропонує до реалізації товари, виконує роботи, надає послуги з використанням інфор-

маційно-телекомунікаційних систем, крім випадків, коли сторони прямо домовилися про застосування положень цього Закону до правочину;

* стороною правочину є орган державної влади або орган місцевого самоврядування в частині виконання ним функцій держави або місцевого самоврядування чи правочин вчиняється відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель»;

* правочин підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації відповідно до законодавства (наприклад, договори купівлі-продажу нерухомого майна);

* вчинення правочину регулює сімейні правовідносини;

* правочин стосується грального бізнесу, у тому числі парі, тоталізатори та інші азартні ігри, або проведення лотерей, крім не грошових лотерей відповідно до Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» та лотерей, визначених Законом України «Про рекламу»;

* виконання зобов'язання забезпечується особою, яка уклала договір поруки або іншої форми майнового забезпечення, за умови, що така особа діє в цілях, що виходять за межі її господарської діяльності чи незалежної професійної діяльності.

Норми Закону застосовуються до діяльності іноземних суб'єктів електронної комерції в частині реалізації ними товарів, виконаних робіт, надання послуг покупцям (замовникам, споживачам) на території України.

Важливим є законодавче закріплення у статті 5 Закону *основних принципів правового регулювання відносин у сфері електронної комерції*:

- свобода провадження підприємницької діяльності з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем;
- свобода вибору контрагента, електронних засобів, видів та форм діяльності;
- свобода конкуренції та забезпечення її сумлінності;

- свобода вчинення електронних правочинів;
- рівність і охорона прав учасників відносин у сфері електронної комерції;
- дотримання вимог законодавства, правил професійної етики, повага до прав, свобод, законних інтересів учасників відносин у сфері електронної комерції;
- забезпечення належної якості товарів, робіт та послуг, що реалізуються у сфері електронної комерції;
- однаковість юридичної сили електронних правочинів та правочинів, укладених в іншій формі, передбаченій законодавством;
- забезпечення доступу до інформації всіх учасників відносин у сфері електронної комерції;
- доступність комерційних електронних повідомлень та можливість обмеження їх надходження.

Закон закріпив важливе положення про недискримінаційність форми договору, яке давно уже застосовується у міжнародному та національному законодавствах країн ЄС та інших країн світу: ***правочин не може бути визнано недійсним у зв'язку з його вчиненням в електронній формі, якщо інше не передбачено законом.***

Саме з прийняттям цього Закону відповідно до його Прикінцевих положень були внесені відповідні зміни та доповнення до чинного законодавства, якими визначено правовий режим електронних правочинів та електронних підписів. Фактично такі зміни мали відбутися ще з прийняттям у 2003 році відповідних законів про електронні документи та електронні підписи.

Зокрема, у ЦК України «узаконені» електронна форма правочину, електронні документи, електронні підписи. Відповідно до змін, внесених у ч. 1 ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Це свідчить про те, що електронна форма розглядається як тотожна письмовій. Відповідні доповнення про електронні документи внесені і у

статтю 207 ЦК України, нормами якої встановлені вимоги до письмової форми правочинів.

Тобто, ці встановлені вимоги поширюються і на електронні документи. Відповідно до нової редакції ч. 2 ст. 639 ЦК України – Форма договору: якщо сторони домовилися укласти договір за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі.

Таким чином, до відносин сторін у разі використання ними електронних документів та електронних підписів застосовуються відповідні положення ЦК України як норми загальної дії та норми спеціального законодавства у цій сфері. Норма загальної дії підлягає застосуванню, якщо інше не встановлено спеціальною нормою.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2016 року схвалено Концепцію розвитку системи електронних послуг в Україні¹.

Положення Концепції спрямовані на розв'язання проблеми надання адміністративних та інших публічних послуг в електронній формі та безпосередньо не стосуються сфери електронної комерції. Проте принципи та підходи цього документа свідчать про урядове розуміння актуальності вирішення питань правового регулювання відносин у цифровому середовищі. Адже вирішення цих питань у будь-якому секторі виводить країну на якісно нові, передові технології взаємодії як на національному, так і на міжнародному рівнях.

У Концепції зазначено, що згідно з останнім дослідженням ООН (United Nations E-government Survey 2016) щодо розвитку електронного урядування (E-Government Development Index) Україна посіла 62 місце серед 193 держав.

¹ Концепція розвитку системи електронних послуг в Україні: схвалена розпорядженням КМ України від 16.11.2016. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/918-2016-p>

Наведене свідчить про значне відставання України від світових темпів розвитку електронних послуг та необхідність розроблення єдиної скоординованої державної політики у зазначеній сфері, спрямованої на розв'язання таких першочергових проблем: несформованість нормативно-правової бази, що регулює сферу надання електронних послуг; відсутність єдиних вимог до запровадження електронних послуг; неврегульованість питання електронної ідентифікації та автентифікації суб'єктів звернення під час надання електронних послуг; відсутність міжвідомчої електронної взаємодії під час надання адміністративних послуг; складність та зарегульованість порядків надання адміністративних послуг; невизначеність формату електронного документа, згідно з яким суб'єкт звернення повинен подавати документи для отримання адміністративної послуги; відсутність єдиної інформаційно-телекомунікаційної інфраструктури, що забезпечує надання електронних послуг на основі встановлених вимог; брак довіри до електронної взаємодії суб'єктів надання адміністративних послуг та суб'єктів звернення; низький рівень готовності державних службовців, посадових осіб органів місцевого самоврядування, фізичних та юридичних осіб до запровадження електронних послуг.

Наведені проблеми є спільними не тільки для сфери надання адміністративних послуг, а й характеризують загальний фактичний стан та стан правового регулювання відносин у цифровому середовищі в Україні.

6.3. Учасники відносин у сфері електронної комерції

У сфері електронної комерції приймають участь різні учасники. Це, насамперед суб'єкти електронної комерції, постачальники послуг проміжного характеру в інформаційній сфері, органи державної влади та органи місцевого самоврядування в частині виконання ними відповідних функцій у цій сфері.

Відповідно до п. 15 ст. 3 Закону «Про електронну комерцію» *суб'єкт електронної комерції – суб'єкт господарювання будь-якої організаційно-правової форми, що реалізує товари, виконує роботи, надає послуги з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, або особа, яка придбаває, замовляє, використовує зазначені товари, роботи, послуги шляхом вчинення електронного правочину.*

Виходячи зі змісту такого визначення та аналізу інших норм Закону «Про електронну комерцію» можливо зробити висновок, що на стороні продавця за електронним договором може бути юридична особа – суб'єкт господарювання будь-якої організаційно-правової форми та фізична особа-підприємець. Фізична особа без статусу суб'єкта підприємницької діяльності не є суб'єктом електронної комерції і на відносини за її участю закон не поширюється.

Інша сторона електронного договору – фізична чи юридична особа, яка набуває, замовляє, використовує товари, роботи, послуги. На фізичну особу як сторону електронного договору поширюється законодавство про захист прав споживачів.

Учасники відносин у сфері електронної комерції можуть розробляти правила професійної етики у цій сфері. Ці правила можуть використовуватися під час вчинення електронних правочинів, підготовки установчих та інших документів.

Такий підхід відповідає положенням Директиви Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» (Директива про електронну комерцію).

Відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону «Про електронну комерцію» *постачальниками послуг проміжного характеру в інформаційній сфері є оператори (провайдери) телекомунікацій, оператори послуг платіжної інфраструктури, реєстратори (адміністратори), що присвоюють мережеві ідентифікатори, та інші суб'єкти, що забезпечують передачу та зберігання ін-*

формації з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем. Зазначені учасники забезпечують функціонування відносин електронної комерції в інформаційній сфері.

Перші правила надання телекомунікаційних послуг були затверджені 9 серпня 2005 року. Відповідно до нових Правил від 11 квітня 2012 року¹ визначені вимоги щодо надання таких послуг, порядок укладення та вимоги до змісту договорів між постачальниками послуг та споживачами, їх взаємні права та обов'язки тощо. Згідно із зазначеними Правилами оператори, провайдери повинні бути внесені до реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій, який веде НКРЗІ, а також у випадках, встановлених Законами України «Про телекомунікації» та «Про радіочастотний ресурс України» мати ліцензії на провадження відповідного виду діяльності у сфері телекомунікацій та/або користування радіочастотним ресурсом України.

Сторони електронного правочину можуть користуватися послугами постачальників послуг проміжного характеру в інформаційній сфері на підставі цивільного договору про надання послуг. У Правилах наведено наступне визначення такого договору: *договір про надання послуг – правочин, укладений між споживачем і оператором, провайдером, за яким оператор, провайдер зобов'язується на замовлення споживача надавати послуги, а споживач – їх оплачувати (якщо інше не передбачено договором).*

Особливістю зазначеного визначення є вказівка на його суб'єктний склад. Відповідно до відносин сторін застосовуються положення ЦК України як норми загальної дії та норми спеціального законодавства у сфері телекомунікації.

¹ Правила надання телекомунікаційних послуг: затверджено постановою КМ України від 11.04.2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-п>

Такі договори про надання послуг в інформаційній сфері укладаються за приєднанням до пропонованих умов та є публічними договорами.

Відповідно до п. 16 Правил укладення договору здійснюється за замовленням споживача, а оператор, провайдер не має права відмовити споживачеві в укладенні договору, за винятком таких випадків: відсутність технічної можливості забезпечення доступу до телекомунікаційної мережі оператора в зазначених споживачем місцях, крім випадку, коли на оператора відповідно до рішення НКРЗІ покладено обов'язки з розвитку та надання загальнодоступних послуг; заборгованість абонента перед оператором, провайдером за надані послуги, що належним чином підтверджено документально; невідповідність кінцевого обладнання абонента встановленим вимогам; ненадання необхідних для укладення договору документів.

Предметом договору є різноманітні послуги в інформаційній сфері, як от: надання доступу до мережі Інтернет та інших інформаційно-телекомунікаційних систем, реєстрація доменних імен або IP-адрес, присвоєння інших мережевих ідентифікаторів, фіксація часу відправлення/надходження електронного повідомлення тощо.

У Законі прямо зазначено, що постачальник послуг проміжного характеру в інформаційній сфері не є стороною електронного правочину, предметом якого є товари, роботи або послуги, інші ніж послуги проміжного характеру в інформаційній сфері. Він не несе відповідальності за зміст переданої чи отриманої інформації та за шкоду, завдану внаслідок використання результатів таких послуг, за умови, що він не є ініціатором передачі такої інформації, не обирає її одержувача та не може змінити її зміст.

У разі якщо постачальник послуг проміжного характеру в інформаційній сфері є ініціатором передачі інформації, обирає її одержувача та може змінити її зміст, він зобов'язаний забезпечи-

ти прямий, простий, стабільний доступ інших учасників відносин у сфері електронної комерції до такої інформації:

- * повне найменування юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи – підприємця;

- * місцезнаходження юридичної особи або місце реєстрації та місце фактичного проживання фізичної особи – підприємця;

- * адреса електронної пошти;

- * ідентифікаційний код юридичної особи або реєстраційний номер облікової картки платника податків фізичної особи – підприємця, або серія та номер паспорта для фізичної особи – підприємця, яка через свої релігійні переконання відмовилася від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків та офіційно повідомила про це відповідний орган державної податкової служби і має відмітку в паспорті;

- * відомості про ліцензію (серія, номер, строк дії та дата видачі);

- * інші відомості, що відповідно до законодавства підлягають оприлюдненню.

Якщо постачальник послуг проміжного характеру в інформаційній сфері зазначає вартість таких послуг, він зобов'язаний повідомити про включення податків у розрахунок їх вартості.

На споживачів телекомунікаційних послуг поширюється законодавство про захист прав споживачів.

Щоб стати суб'єктом правовідносин у сфері електронної комерції необхідно мати доступ до всесвітньої інформаційної системи загального доступу. Власне такий доступ і забезпечують оператори та провайдери телекомунікацій. Нормативно урегульовано процедуру підключення до глобальних мереж передачі даних органів виконавчої влади, інших державних органів, підприємств, установ та організацій, які одержують, обробляють, поширюють і зберігають інформацію, що є об'єктом державної влас-

ності та охороняється згідно із законодавством¹. Підключення до глобальних мереж передачі даних інших суб'єктів здійснюється на договірних засадах.

Для ведення комерційної діяльності у мережі Інтернет необхідним є веб-сайт. З цією метою потрібно зареєструвати його найменування (доменне ім'я) та отримати місце під його розміщення (хостинг).

Поняття доменного імені вперше було зафіксоване у Законі України від 15 грудня 1993 року «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»². Закон «Про телекомунікації» закріплює визначення домена як частини ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється.

У Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних закріплено два визначення: домен – як частина адресного простору у мережі Інтернет, призначена для ідентифікації комп'ютера або групи комп'ютерів та доменне ім'я – буквенно-цифровий вираз, що ідентифікує будь-який комп'ютер абонента у мережі Інтернет³. Реєстратором доменних імен є суб'єкт підприємництва (фізична або юридична особа), що уклав договір з ТзОВ «Хостмайстер» (надає послуги з адміністрування та технічного супроводу домену .UA і публічних доменів у ньому) та набув прав на створення нового доменного імені.

Поняття хостингу в українському законодавстві відсутнє. Його розуміють (англ. *hosting*) як послугу, яка включає надання дискового простору, підключення до мережі та інших ресурсів

¹ Див. Порядок підключення до глобальних мереж передачі даних: затверджено постановою КМ України від 12.04.2002. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/522-2002-п>

² Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>

³ Детальніше про домен та доменні імена див. Розділ 14.

для розміщення фізичної інформації на сервері, що постійно перебуває в мережі (наприклад Інтернет).

Важливим засобом ідентифікації осіб у сфері електронної комерції є електронний цифровий підпис.

Продавець (виконавець, постачальник) товарів, робіт, послуг в електронній комерції має відповідати загальним вимогам, що ставляться до суб'єкта правовідносин. Жодних особливих вимог до нього не може ставитися, адже йдеться тільки про особливе середовище здійснення відповідної діяльності – цифрове. Юридична особа у правовідносинах діє через свої органи або спеціально уповноважених осіб на представництво її інтересів. Якщо, наприклад, факт державної реєстрації юридичної особи можливо перевірити, то перевірити належність її представнику конкретних повноважень на представництво інтересів юридичної особи у цифровому середовищі доволі складно.

Тому ризик вибору контрагента за електронним договором є доволі специфічним і потребує для його мінімізації як загальної культури спілкування, рівня довіри у цифровому середовищі, так і підвищеної уваги щодо встановлення легітимності суб'єкта на укладення договору від імені юридичної особи. Саме тому законодавець визначає обсяг інформації, яку має надати продавець для своєї ідентифікації у цифровому середовищі.

Отже, відповідно до ст. 7 Закону продавець (виконавець, постачальник) товарів, робіт, послуг в електронній комерції під час своєї діяльності та у разі поширення комерційного електронного повідомлення зобов'язаний забезпечити прямий, простий, стабільний доступ інших учасників відносин у сфері електронної комерції до такої інформації:

* повне найменування юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи – підприємця;

* місцезнаходження юридичної особи або місце реєстрації та місце фактичного проживання фізичної особи – підприємця;

* адреса електронної пошти та/або адреса Інтернет-магазину;

* ідентифікаційний код для юридичної особи або реєстраційний номер облікової картки платника податків для фізичної особи – підприємця, або серія та номер паспорта для фізичної особи – підприємця, яка через свої релігійні переконання відмовилася від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків та офіційно повідомила про це відповідний орган державної податкової служби і має відмітку в паспорті;

* відомості про ліцензію (серія, номер, строк дії та дата видачі), якщо господарська діяльність підлягає ліцензуванню;

* щодо включення податків у розрахунок вартості товару, роботи, послуги та, у разі доставки товару, – інформація про вартість доставки;

* інші відомості, що відповідно до законодавства підлягають оприлюдненню.

Продавець під час вчинення електронного правочину зобов'язаний забезпечити повну відповідність предмета електронного договору, погодженого сторонами, кількісним та якісним характеристикам.

Якщо він пропонує іншій стороні електронного договору надати йому відомості про платіжні інструменти для оплати вартості товару, роботи, послуги, то на нього покладається обов'язок забезпечити захист такої інформації відповідно до Законів України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» і «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні».

У разі порушення цього обов'язку сторона, якій завдано збитків через виток відповідної інформації, може вимагати від продавця їх відшкодування. За усіма правилами цивільної відповідальності потерпіла сторона має довести розмір завданих збитків, протиправність поведінки продавця та безпосередній причинний зв'язок між такою поведінкою та збитками. Оскільки йдеться про цивільну відповідальність, то вина заподіювача збит-

ків презюмується. Проте практично такі обставини важко довести, оскільки проблематично встановити чи витік інформації у цифровому середовищі мав місце саме через поведінку продавця.

Продавець має право вимагати від іншої сторони лише такі відомості, без яких укладення та виконання зобов'язань за електронним договором неможливе.

До покупця (замовника, споживача) товарів, робіт, послуг у цифровому середовищі ставляться загальні вимоги як щодо суб'єкта правовідносин (умови про право-дієздатність). Норми ЦК України ставлять у пряму залежність можливість вчинення будь-яких правочинів від обсягу дієздатності фізичної особи. Але перевірити (впевнитися) у належному обсязі дієздатності фізичної особи-покупця на укладення електронного договору неможливо.

Законодавець не вимагає подання конкретних відомостей про особу покупця, обмежуючись загальною вказівкою у ч. 2, 4 ст. 8 Закону «Про електронну комерцію», що покупець (замовник, споживач) товарів, робіт, послуг у сфері електронної комерції, який приймає (акцептує) пропозицію іншої сторони щодо укладення електронного договору, зобов'язаний повідомити про себе інформацію, необхідну для його укладення; фізична особа повинна надати інформацію про себе, необхідну для вчинення електронного правочину. Таким чином, на підставі цієї інформації можливо оцінити здатність фізичної особи бути стороною електронного договору на боці його покупця (споживача послуг, робіт).

На покупця – фізичну особу, поширюється законодавство України про захист прав споживачів. Положення Закону «Про захист прав споживачів», які закріплювали порядок укладення договору поза торговельними або офісними приміщеннями та у разі укладення договору на відстані, права споживача у цих договірних відносинах фактично були першою спробою урегулювати відносини в цифровому середовищі.

Права споживача в разі укладення договору поза торговельними або офісними приміщеннями визначені у ст. 12 Закону «Про захист прав споживачів». До відносин з договорів споживчого кредиту, страхування, правочинів з нерухомим майном, з цінними паперами положення цієї статті не застосовуються.

Отже, у разі реалізації продукції поза торговельними або офісними приміщеннями продавець (виконавець) зобов'язаний надати споживачеві документ, який засвідчує факт укладення договору і є підставою для виникнення взаємних прав та обов'язків.

Такий документ повинен містити інформацію про: дату укладення договору; найменування та місцезнаходження продавця (виконавця); найменування продукції; ціну; строк виконання робіт (надання послуг); інші істотні умови договору; права та обов'язки сторін договору.

У разі ненадання такої інформації суб'єкт господарювання несе відповідальність у формі відшкодування завданих споживачеві збитків у повному розмірі (ст. 15 Закону) або сплачує штрафні санкції, суми яких зараховуються до державного бюджету, у випадках, встановлених ст. 23 Закону.

Нормами ч. 6 ст. 12 Закону встановлені правові наслідки ненадання споживачеві документа (паперового чи електронного), який засвідчує факт здійснення правочину поза торговельними або офісними приміщеннями:

* якщо споживачеві не було надано документ (електронний документ), який засвідчує факт здійснення правочину, такий правочин не є підставою для виникнення обов'язків для споживача. Але певні обов'язки для продавця (виконавця) можуть мати місце в силу прямої вказівки закону;

* у разі ненадання документа (електронного документа) або підтвердження інформації споживач повідомляє продавця (виконавця) про недійсність договору. Продавець (виконавець) протягом тридцяти днів з моменту одержання такого повідомлення по-

винен повернути споживачеві одержані кошти та відшкодувати витрати, понесені споживачем у зв'язку з поверненням продукції.

У разі реалізації продукції поза торговельними або офісними приміщеннями споживач має право розірвати договір. Закон не встановлює певних підстав для розірвання договору. Таке право споживача може бути реалізоване на його власний розсуд, незалежно від причин та обставин, з яких він бажає розірвати договір. Таке законодавче регулювання відповідає положенням Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 20 травня 1997 року «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах».

Про свій намір розірвати договір споживач повинен повідомити продавця протягом чотирнадцяти днів з дати одержання документа, який засвідчує факт укладення договору чи прийняття продукції або першої її поставки (у Директиві встановлено семиденний строк).

Причому під терміном «продукція» у цьому контексті слід розуміти, за прямою вказівкою Закону, річ, а не послугу, роботу. Хоча у ч. 5 цієї ж статті йдеться і про продукцію і про результати робіт (послуг), які повертаються споживачем у разі розірвання договору. Тому незрозумілою є логіка законодавця – чи може споживач розірвати договір, за яким виконувалися роботи, надавалися послуги поза торговельним залом, повідомивши їх виконавця протягом чотирнадцяти днів з моменту одержання результату роботи чи послуги, урахувавши логічні суперечності між нормами ч. 1 та ч. 5 ст. 12? Видається, що право споживача на розірвання договору та умови його здійснення не можуть різнитися залежно від того, що є предметом договору: річ, робота, послуга.

Оскільки йдеться про договори роздрібної купівлі-продажу, у яких на стороні покупця є фізична особа-споживач, то доцільно оперувати звиклими поняттями – товар, а не продукція, річ як предмет договору.

Важливою є фіксація дати одержання споживачем документа, який засвідчує факт укладення договору та дати одержання

споживачем самого товару чи його партії. Це можуть бути квитанції про вручення чи інші письмові дані.

Продавець повинен повернути сплачені гроші без затримки не пізніше тридцяти днів з моменту повідомлення споживачем про розірвання договору. Тому важливо фіксувати дати, з якими пов'язані певні правові наслідки. Споживач має право не повертати продукцію або результати роботи чи послуги до моменту повернення йому сплаченої ним суми грошей.

Важливою гарантією прав споживача є законодавче закріплення неустойки, що сплачується продавцем (виконавцем) у разі затримки повернення грошей.

Відповідно до ч. 9 ст. 12 Закону, якщо протягом установлених строків продавець (виконавець) не здійснює повернення сплаченої суми грошей за продукцію у разі розірвання договору, споживачеві виплачується неустойка в розмірі одного відсотка вартості продукції за кожний день затримки повернення грошей.

Нормою ч. 5 ст. 12 Закону встановлено, що споживач повинен повідомити продавця (виконавця) про місце, де продукція може бути повернена. Видається, що місце повернення продукції (товару) має узгоджуватися сторонами, адже і її продавця не можна піддавати ризику несення зайвих витрат у разі повернення товару споживачем. Договором може передбачатися, що продукція або результати робіт (послуг), що були надіслані поштою, повинні у разі розірвання договору також бути повернені поштою.

Також встановлено, що будь-які витрати, пов'язані з поверненням продукції, покладаються на продавця (виконавця), який повинен відшкодувати витрати споживача у зв'язку з її поверненням. Такий законодавчий підхід спрямований на захист інтересів споживача, але він може призвести і до зловживання правами самим споживачем.

У разі розірвання договору, укладеного поза торговельними або офісними приміщеннями, обов'язок споживача зберігати у

себе продукцію припиняється зі спливом шістдесяти днів після її одержання.

Якщо продавець (виконавець) не вживає заходів для повернення її собі протягом цього строку, така продукція переходить у власність споживача без виникнення зобов'язання з оплати її вартості (ч. 5 ст. 12 Закону).

Але оплата товару проводиться передоплатою або у момент доставки товару до споживача. Неповна оплата вартості товару може мати місце, якщо споживач здійснює таку оплату з розстроченням або відстроченням платежу. Тому незрозуміло на які випадки передбачене застосування такої норми Закону.

Для здійснення права на розірвання договору споживач повинен зберігати одержану продукцію у незміненому стані. Знищення, пошкодження або псування продукції, що сталося не з вини споживача, зменшення вартості продукції внаслідок відкриття упаковки, огляду чи перевірки продукції не позбавляє споживача права на розірвання договору.

Права споживача у разі укладення договору на відстані визначені у ст. 13 Закону. Положення цієї статті не застосовуються до договорів, укладених на відстані, які стосуються: правочинів з нерухомим майном, крім оренди такого майна; правочинів з цінними паперами; фінансових послуг; продажу товарів торговельними автоматами; телекомунікаційних послуг; правочинів, здійснених на аукціоні, якщо участь у ньому можлива і без використання засобів дистанційного зв'язку.

Аналогічно як і при укладенні договору поза торговельним приміщенням перед укладенням договорів на відстані продавець (виконавець) повинен надати споживачеві визначену інформацію про: найменування продавця (виконавця), його місцезнаходження та порядок прийняття претензії; основні характеристики продукції; ціну, включаючи плату за доставку, та умови оплати; гарантійні зобов'язання та інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом продукції; інші умови поставки або виконання догово-

ру; мінімальну тривалість договору, якщо він передбачає періодичні поставки продукції або послуг; вартість телекомунікаційних послуг, якщо вона відрізняється від граничного тарифу; період прийняття пропозицій; порядок розірвання договору. У разі ненадання такої інформації суб'єкт господарювання відшкодовує споживачеві завдані збитки (ст. 15 Закону) або сплачує штрафні санкції до державного бюджету з підстав, визначених ст. 23 Закону.

Факт надання інформації повинен бути підтверджений письмово або за допомогою електронного повідомлення. Інформація, підтверджена таким чином, не може бути змінена продавцем (виконавцем) в односторонньому порядку. Підтвердження інформації не вимагається, якщо послуга надається засобами дистанційного зв'язку і оплачується через оператора телекомунікаційних послуг.

Як і у випадку укладення договору поза торговельним приміщенням споживач має право розірвати укладений на відстані договір шляхом повідомлення продавця (виконавця) про це протягом чотирнадцяти днів з моменту підтвердження інформації або з моменту одержання товару чи першої поставки товару (принагідно зауважимо, що у цій статті йдеться саме про товар, а не про продукцію, як у ст. 12 Закону).

Закон не встановлює конкретних підстав для розірвання договору. Право на розірвання договору споживач здійснює на власний розсуд. Мотиви, причини, обставини, якими керується споживач, правового значення не мають.

Такі підходи узгоджуються з міжнародними стандартами, зафіксованими у Директиві Європейського парламенту та Ради ЄС від 20 травня 1997 року «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах».

У разі продажу матеріальних речей їх повернення також свідчить про розірвання договору. Якщо підтвердження інформації не відповідає встановленим вимогам, тобто не надано письмо-

ве або електронне підтвердження, строк, протягом якого споживач має право розірвати договір, становить дев'яносто днів з моменту одержання такої інформації або з моменту одержання товару чи першої його поставки.

Законом встановлені випадки, за яких споживач не має права розірвати договір, укладений на відстані (ч. 5 ст. 13 Закону):

1) надання послуги або поставка товару електронними засобами зв'язку за згодою споживача відбулися до закінчення строку розірвання договору (14 днів), про що споживачеві було повідомлено у підтвердженні інформації;

2) ціна товару або послуги залежить від котировок на фінансовому ринку, тобто поза контролем продавця;

3) договір стосується виготовлення або переробки товару на замовлення споживача, тобто, якщо товар не може бути проданий іншим особам або може бути проданий лише з істотними фінансовими втратами для продавця (виконавця);

4) споживач відкрив аудіо- чи відеокасету або носій комп'ютерного забезпечення, які постачаються запечатаними;

5) договір стосується доставки періодичних видань;

6) договір стосується лотерей чи інших азартних ігор.

Відповідно до ч. 6 ст. 13 Закону, якщо інше не передбачено договором, укладеним на відстані, продавець повинен поставити споживачеві товар протягом прийняттого строку, але не пізніше тридцяти днів з моменту одержання згоди споживача на укладення договору.

У разі неможливості виконання договору через відсутність замовленого товару продавець повинен негайно повідомити про це споживача, але не пізніше тридцяти днів з моменту одержання згоди споживача на укладення договору.

Продавець може використовувати стандартну умову у договорі про можливість заміни товару в разі його відсутності іншим товаром.

Така умова вважатиметься справедливою, якщо:

- 1) інший товар відповідає меті використання замовленого товару;
- 2) має таку ж або кращу якість;
- 3) його ціна не перевищує ціни замовленого товару.

Про наявність такої умови у договорі споживач повинен бути повідомлений перед укладенням договору. Правові наслідки розірвання договору, укладеного на відстані, такі ж як і для договору, укладеного поза торговельними приміщеннями.

Споживач – сторона договору в електронній комерції має й інші права, встановлені Законом України «Про захист прав споживачів». Йдеться про права на інформацію про товар (роботи, послуги), його права у разі придбання товару неналежної якості, право на безпеку продукції (товарів, наслідки робіт) та інші.

Таким чином, положення Закону «Про захист прав споживачів» мають застосовуватися до відносин електронної комерції.

Електронна комерція функціонує через мережу електронних магазинів, електронних аукціонів, електронних бірж.

Електронні магазини. У ст. 3 Закону «Про електронну комерцію» наведене поняття ***Інтернет-магазину як засобу представлення або реалізації товару, роботи чи послуги шляхом вчинення електронного правочину.***

Інтернет-магазин (*англ. Internet shop, Online shop*) – місце в Інтернеті, де відбувається прямий продаж товарів споживачеві, враховуючи доставку. При цьому розміщення інформації для споживача, замовлення товару і угода відбуваються там само, всередині мережі (на сайті Інтернет-магазину).

Електронний магазин (*e-магазин, e-shop*) – сайт, з якого можна вибрати та замовити потрібний товар чи послугу.

Інтернет-магазин перш за все передбачає грошові розрахунки на відміну від сайтів, які надають послуги безкоштовно. Для

безпечного використання сайту передбачені надійні системи безпеки¹.

Електронний магазин також визначають як автоматизовану торгову систему, що функціонує цілодобово та забезпечує ведення всього комплексу торгово-облікових операцій. Він має свою Web-вітрину з каталогом товарів і функціями з обслуговування покупців, яка знаходиться в Internet на Web-сайті.

Для електронного магазину обов'язковою є наявність двох функціональних частин: Internet-вітрина, що є автоматичним шлюзом в Internet, інтегрована із системою ведення торгових операцій; система здійснення торгових операцій інтегрована з бізнес-процесом підприємства².

Електронні магазини загалом складаються з системи реєстрації та ідентифікації покупців, бази даних товарів, бази даних покупців, системи подання товару, системи формування замовлення (електронний кошик), системи оплати замовлення. Покупець через електронний магазин може ознайомитися з повним каталогом товарів та послуг, скласти відібраний ним товар в «кошик», який він може переглянути у будь-який момент; зареєструватися або оформити разову купівлю; вибрати спосіб доставки товарів; оплатити покупку через пропоновані способи оплати.

Оплата можлива:

1) купівлі та оплата в офісі фірми. У такому разі покупець замовляє товар, що його цікавить через електронну пошту або шляхом заповнення спеціальної форми, з'являється в офіс фірми, отримує товар та розраховується за нього;

2) доставка за вказаною адресою та розрахунок з кур'єром. У цьому випадку замовлений покупцем товар доставляється

¹ Інтернет-магазин. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Інтернет-магазин>

² Див. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.ukr.vipreshebnik.ru/elektronna-komertsiya/2557-elektronnij-magazin-ponyattya-ta-funktsionalni-mozhливosti.html>

кур'єром за вказаною адресою, покупець отримує товар та проводить розрахунок з кур'єром;

3) доставка накладеним платежем. Відібраний покупцем товар надсилається поштою за вказаною ним адресою, покупець з'являється за товаром, приймає його та розплачується у відповідному поштовому відділенні. Такий спосіб не вигідний для продавця, оскільки випадки відмови покупця від товару непоодинокі, а продавці несуть витрати на доставку товару;

4) передоплата грошовим переказом. Передоплата товару може мати місце за взаємною домовленістю сторін. Якщо сторони погодили таку умову, то покупець проводить передоплату та повідомляє номер квитанції про перерахунок грошей. Опісля отримує товар у домовлений спосіб;

5) оплата через систему клієнт-банк і домашній банк. Банки у переважній більшості надають можливість використання системи «клієнт-банк». Уклавши спеціальний договір на обслуговування, ця система дозволяє підприємству відправляти платіжні доручення через модем (Інтернет не використовується). Деякі банки мають систему «Інтернет-клієнт-банк», яка дозволяє управляти своїм рахунком через Інтернет. Для забезпечення безпеки у цих системах передбачений телефонний дзвінок з банку із запитом на підтвердження операції;

6) оплата через систему електронних розрахунків кредитною картою. Чимала кількість покупців – власників кредитних карток не довіряє розрахункам через Інтернет, не маючи гарантій безпеки їх проведення, не відчуваючи себе захищеними від різних зловживань та правопорушень (вживаються спеціальні терміни для позначення такого роду правопорушень – кіберзлочини, кіберзлочинність).

Загалом, ураховуючи світові тенденції, майбутнє за електронними розрахунками, без застосування готівки. Тому насамперед потрібні серйозні комплексні напрацювання у різних сферах.

Саме прийняття нормативних актів проблеми не вирішує. Адже потрібні серйозні заходи безпеки, що унеможливлять технічне втручання у систему розрахунків. Важливо забезпечити дотримання чинного законодавства у боротьбі з кіберзлочинністю, її виявлення, невідворотності та суворості покарання. Такі комплексні заходи зможуть підвищити рівень соціальної довіри населення, подолати психологічні бар'єри та фобії, пов'язані з електронною комерцією.

Електронні аукціони передбачають існування дошки оголошень із зазначенням продавця (найменування, адреси, інших засобів його ідентифікації), найменуванням товару та його основних характеристик, ціни і будь-якої контактної інформації, за допомогою якої можна зв'язатися з продавцем, бази даних товарів і продавців, системи додавання інформації до дошки оголошень.

Покупець, заходячи на сторінки такого аукціону, має можливість вибрати всі пропозиції, які його цікавлять. Далі він зв'язується з продавцем, укладається договір, кожна з його сторін виконує взаємні зобов'язання.

Проте, відвідуваність аукціонів без попереднього їх оголошення на певний час, не дуже велика, пропозиції товару можуть тривалий час не знаходити покупця, тому така форма менш популярна, ніж, наприклад, попередня.

Електронні біржі, в основному, є електронними доповненнями до бірж реальних (фондових, товарних бірж) та мають у своєму розпорядженні систему укладення біржових контрактів через електронний інтерфейс.

З огляду на широке коло учасників, які забезпечують функціонування електронної комерції або беруть у ній безпосередню участь їх можливо поділити на відповідні дві групи.

До групи учасників, що забезпечують функціонування електронної комерції відносимо: операторів (провайдерів) телекомунікацій, операторів послуг платіжної інфраструктури, реєст-

раторів (адміністраторів), що присвоюють мережеві ідентифікатори, центри засвідчення електронних цифрових підписів, хостинг-провайдери та інші суб'єкти, що забезпечують передачу та зберігання інформації з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.

До групи осіб, які безпосередньо приймають участь в електронній комерції відносимо фізичних та юридичних осіб, між якими укладаються електронні договори та які є продавцями товарів (виконавцями робіт, послуг) або їх покупцями (споживачами).

6.4. Порядок вчинення електронних правочинів

У п. 7 ст. 3 Закону «Про електронну комерцію» *електронний правочин визначається як дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснена з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.*

Таке визначення відповідає легальному визначенню правочину відповідно до ч. 1 ст. 202 ЦК України та видається прийнятним, оскільки суть правочину не змінюється залежно від форми його вчинення.

Як і звичайний правочин електронний теж слугує правовою підставою набуття, зміни та припинення цивільних прав і обов'язків.

Електронний договір, згідно з ч. 5 ст. 3 Закону, визначається як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі. Суть такого визначення відповідає визначенню договору у ч. 1 ст. 626 ЦК України. Варто зауважити, що електронний правочин (договір) не є окремим видом правочину (договору). Це лише особлива форма вчинення (укладення), об'єктивного вираження правочину (дого-

вору). Тому їх визначення не може відрізнятися від визначення правочину (договору) як категорій приватного права.

Електронні правочини вчиняються на основі відповідних пропозицій (оферт). Інформування потенційних покупців (замовників, споживачів) щодо товарів, робіт, послуг здійснюється відповідно до вимог Закону України «Про рекламу» та може здійснюватися шляхом надсилання комерційних електронних повідомлень.

Закон «Про електронну комерцію» закріплює два поняття:

електронне повідомлення як інформація, представлена в електронній формі, надана учасником відносин у сфері електронної комерції з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем;

комерційне електронне повідомлення як електронне повідомлення у будь-якій формі, метою якого є пряме чи опосередковане просування товарів, робіт чи послуг або ділової репутації особи, яка провадить господарську або незалежну професійну діяльність. До комерційного електронного повідомлення не належить: інформація, що надає прямий доступ до діяльності особи, доменне ім'я або адреса електронної пошти; повідомлення про товари, роботи чи послуги або ділову репутацію особи, розміщене не з метою їх просування.

Комерційні електронні повідомлення (КЕП) поширюються лише на підставі згоди на отримання таких повідомлень, наданої особою, якій такі повідомлення адресовані. КЕП може надсилатися особі без її згоди лише за умови, що вона може відмовитися від подальшого отримання таких повідомлень.

Вимоги щодо змісту КЕП встановлені у ч. 4 ст. 10 Закону «Про електронну комерцію»:

* комерційне електронне повідомлення має чітко ідентифікуватися як таке. Без конкретизації змісту такої вимоги не зовсім зрозуміло як досягнути його ідентифікації. Можливі два шляхи:

про те, що електронне повідомлення є комерційним впливає з його змісту або зазначається його назва;

* особа, від імені якої надсилається комерційне електронне повідомлення, зобов'язана забезпечити прямий, простий доступ осіб, яким воно адресовано, до встановлених законом відомостей, зокрема: повне найменування юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи-підприємця; їх місцезнаходження; адреса електронної пошти та/або адреса Інтернет-магазину; ідентифікаційний код для юридичної особи або реєстраційний номер облікової картки платника податків для фізичної особи-підприємця; відомості про ліцензію, якщо господарська діяльність підлягає ліцензуванню; інформація про вартість доставки та інші відомості, що відповідно до законодавства підлягають оприлюдненню.

* комерційні електронні повідомлення щодо знижок, премій, заохочувальних подарунків тощо мають чітко ідентифікуватися як такі, а умови їх отримання мають бути доступними та викладатися у спосіб, що унеможлиблює двозначне розуміння, а також відповідати вимогам законодавства про рекламу;

* інформація про вартість товару, роботи, послуги повинна містити відомості щодо включення податків у її розрахунок та, у разі доставки товару, інформацію про вартість доставки.

Електронні договори укладаються та виконуються у порядку, передбаченому ЦК України, з урахуванням особливостей, що визначені спеціальним законодавством.

Як і традиційний, електронний договір укладається шляхом пропозиції його укласти (оферти) однією стороною та її прийняття (акцепту) другою стороною. Норма ч. 1 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію»: пропозиція укласти електронний договір (оферта) має містити істотні умови, передбачені законодавством для відповідного договору, і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття – повністю співпадає з нормою ч. 1 ст. 641 ЦК України.

Таке дублювання норм непотрібне, не несе жодної змістовної інформації. Тому незрозуміло чому законодавець доволі часто вдається до таких методів. Натомість у тих випадках, коли необхідна конкретна норма, йдеться про абстрактну відсилку через формулювання «у випадках (порядку) тощо, встановлених законом».

Відповідно до ч. 4 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію» *пропозиція укласти електронний договір (оферта) може бути зроблена шляхом надсилання КЕП, розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-телекомунікаційних системах*. Тому така оферта має усі ознаки публічної оферти (безадресної оферти). Публічна оферта характерна для договору роздрібної купівлі-продажу. Відповідно до ч. 1 ст. 699 ЦК України пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, звернена до невизначеного кола осіб, є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору.

Пропозиція укласти електронний договір може включати умови, що містяться в іншому електронному документі, шляхом перенаправлення (відсилання) до нього. У такому разі особі, якій адресована така пропозиція, має надаватися безперешкодний доступ до таких електронних документів. Включення до електронного договору умов, що містяться в іншому електронному документі, шляхом перенаправлення (відсилання) до такого документа, якщо сторони електронного договору мали змогу ознайомитися з ним, не може бути підставою для визнання правочину нікчемним.

Пропозиція укласти електронний договір або електронний договір повинні містити інформацію щодо можливості отримання стороною такої пропозиції або договору у формі, що унеможливає зміну змісту.

Якщо споживач укладає електронний договір шляхом розміщення замовлення за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, продавець (виконавець, постачаль-

ник) зобов'язаний оперативно підтвердити отримання такого замовлення. Замовлення або підтвердження розміщення замовлення вважається отриманим у момент, коли сторона електронного договору отримала доступ до нього.

Відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття (акцепт) може бути надана шляхом:

1) надсилання електронного повідомлення особі, яка зробила пропозицію укласти електронний договір, підписаного в установленому порядку.

Правила підписання документів у сфері електронної комерції викладені у ст. 12 Закону. Отже, якщо відповідно до акта цивільного законодавства або за домовленістю сторін електронний правочин має бути підписаний сторонами, моментом його підписання є використання:

– електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис»¹, за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину;

– електронного підпису одноразовим ідентифікатором. Такий підпис є даними в електронній формі у вигляді алфавітно-цифрової послідовності, що додаються до інших електронних даних особою, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір, та надсилаються іншій стороні цього договору;

– аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів.

¹ Детальніше про електронний цифровий підпис див. Розділ 5.

2) заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі, що підписується в вищезазначеному порядку;

3) вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею.

Якщо укладення електронного договору відбувається в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, для прийняття пропозиції укласти такий договір особа має ідентифікуватися в цій системі та надати відповідь про прийняття пропозиції (акцепт) у вищезазначеному порядку.

Такий документ оформляється у довільній формі та має містити істотні умови, передбачені законодавством для відповідного договору. Інформаційна система суб'єкта електронної комерції, який пропонує укласти електронний договір, має передбачати технічну можливість особи, якій адресована така пропозиція, змінювати зміст наданої інформації до моменту прийняття пропозиції.

Відповідно до ч. 4 ст. 13 Закону «Про електронну комерцію», якщо особа, яка одержала пропозицію укласти електронний договір (оферту), протягом строку для відповіді не здійснила оплату відповідно до зазначених у пропозиції умов, така пропозиція вважається неприйнятною. Згідно із зазначеною нормою оплата має бути проведена на стадії укладення договору, а не на стадії його виконання, що явно суперечить підходам, що закріплені у ЦК України.

Відповідно до ч. 5 цієї ж статті здійснення оплати відповідно до умов, зазначених у пропозиції укласти електронний договір, без виконання інших умов та/або без надання усіх відомостей, визначених у такій пропозиції, не вважається прийняттям пропозиції укласти електронний договір (акцептом), а оплата

вважається неналежною та підлягає поверненню особі, яка її здійснила.

Такі законодавчі підходи є вигідними для продавців у сфері електронної комерції, оскільки вони отримують оплату на підставі зробленої за усіма встановленими правилами пропозиції (оферти). Адже на практиці у разі доставки товару з оплатою кур'єру чи накладеним платежем нерідко мали місце відмова від товару. Продавці несли збитки, пов'язані з його доставкою. Ураховуючи зазначені положення такі ризики продавця мінімізуються. Але такі підходи ставлять у невикладне становище покупця. Отримавши пропозицію укласти договір, покупець, який погоджується з такою пропозицією, змушений платити, не маючи змоги оглянути товар. А, заплативши, у разі наявності підстав для повернення платежів, покупець отримує додаткові проблеми, пов'язані з таким поверненням.

Виходячи зі змісту ч. 5 ст. 13 Закону «Про електронну комерцію», якщо оплата проведена, а інші умови не виконані (наприклад, не надана повна інформація про товар, не дотримані строки доставки товару чи будь-які інші умови), то здійснення самої оплати не вважається прийняттям пропозиції укласти електронний договір (акцептом).

Відповідно договір є неукладеним. Якщо договір неукладений, то на якій правовій підставі продавець здійснює поставку та виконує інші обов'язки? За такого підходу важко розмежувати де йдеться про неукладений договір та повернення проведеної оплати, а де має місце розірвання договору через невиконання продавцем певних обов'язків. З огляду на зазначене такі правові підходи не можна назвати вдалими.

Почуєць (замовник, споживач) товарів, робіт, послуг у сфері електронної комерції, який приймає (акцептує) пропозицію іншої сторони щодо укладення електронного договору, зобов'язаний повідомити про себе інформацію, необхідну для його укладення. Фізична особа повинна надати інформацію про себе,

необхідну для вчинення електронного правочину, створення електронного підпису, ідентифікації в інформаційній системі суб'єкта електронної комерції, шляхом введення (створення) особою спеціального набору електронних даних, а також вчинення інших дій у такій системі. Саме така інформація допомагає встановити здатність фізичної особи укласти договір та приймати на себе відповідні права і обов'язки.

Електронний договір вважається укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти такий договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції у зазначеному порядку. Такий підхід повністю відповідає визначенню моменту укладення цивільного договору відповідно до ч. 1 ст. 640 ЦК України.

Електронний договір, крім визначених ЦК України істотних умов для відповідного виду договору (роздрібної купівлі-продажу, договору про надання певних послуг чи про виконання робіт), може містити інформацію про (ч. 2 ст. 11 Закону):

- технологію (порядок) укладення договору;
- порядок створення та накладання електронних підписів сторонами договору;
- можливість та порядок внесення змін до умов договору;
- спосіб та порядок прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту);
- порядок обміну електронними повідомленнями та інформацією між сторонами під час виконання ними своїх зобов'язань;
- технічні засоби ідентифікації сторони;
- порядок внесення змін до помилково відправленого прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту);
- посилання на умови, що включаються до договору, шляхом перенаправлення (відсилання) до іншого електронного документа і порядок доступу до такого документа;

- спосіб зберігання та пред'явлення електронних документів, повідомлень, іншої інформації в електронній формі та умови доступу до них;
- умови виготовлення та отримання паперових копій електронних документів;
- можливість вибору мови, що використовується під час укладення та виконання договору та інші відомості.

Відповідно до ч. 9 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію» ***місцем укладення електронного договору є місцезнаходження юридичної особи або місце фактичного проживання фізичної особи, яка є продавцем (виконавцем, постачальником) товарів, робіт, послуг.***

Зазначена норма носить імперативний характер порівняно з диспозитивною нормою ст. 647 ЦК України – договір є укладеним у місці проживання фізичної особи або за місцезнаходженням юридичної особи, яка зробила пропозицію укласти договір, якщо інше не встановлено договором.

При визначенні місцезнаходження юридичної особи слід ураховувати ст. 93 ЦК України, відповідно до якої місцезнаходженням юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльністю юридичної особи (переважно знаходиться керівництво) та здійснення управління і обліку.

Конкретну інформацію про місцезнаходження юридичної особи-продавця (виконавця) чи фактичне проживання фізичної особи-підприємця має надавати продавець (виконавець, постачальник) під час своєї діяльності та у разі поширення КЕП (ч. 1 ст. 8 Закону «Про електронну комерцію»).

Для цифрового середовища, яка не знає національних меж та державних кордонів, встановлення місця укладення договору має значення для визначення, яке ж право підлягає застосуванню у разі виникнення спору.

Оскільки місце укладення договору пов'язується виключно з місцем проживання фізичної особи-підприємця, місцезнаходженням юридичної особи (продавців, виконавців за договором) і не можуть бути змінені домовленістю сторін, то у разі виникнення спору застосуванню підлягає законодавство країни походження продавця.

Проте відповідно до положень ч. 5 ст. 110 ЦПК України позови про захист прав споживачів можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування споживача або за місцем заподіяння шкоди чи виконання договору.

Відповідно до п. 12 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію» електронний договір, укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаний у встановленому порядку, вважається таким, що за правовими наслідками прирівнюється до договору, укладеного у письмовій формі. Кожний примірник електронного документа з накладеним на нього підписом є оригіналом такого документа.

Самі ж електронні документи (повідомлення), пов'язані з електронним правочином, можуть бути подані як докази сторонами та іншими особами, які беруть участь у судовому розгляді справи у разі виникнення спору з електронного договору.

Докази, подані в електронній формі та/або у формі паперових копій електронних повідомлень, вважаються письмовими доказами згідно зі ст. 64 ЦПК України, ст. 36 ГПК України та ст. 79 КАС України.

Практика укладення договорів в електронній формі шляхом обміну факсовими копіями, сканованими примірниками, з використанням електронної пошти є доволі поширеною.

Так, ВГС України, розглядаючи касаційну скаргу ТзОВ «Ф» на рішення господарського суду Закарпатської області та постанову Львівського апеляційного господарського суду у справі за позовом ТзОВ «А» до ТзОВ «Ф» про стягнення заборгованості, констатував:

Сторони у Договорі погодили, що документи, які відправлені факсом чи електронною поштою, мають повну юридичну силу до моменту обміну оригіналами, породжують права та обов'язки для сторін, можуть бути подані в судові інстанції в якості належних доказів і не можуть заперечуватись стороною, від імені якої вони були відправлені¹.

У іншій постанові ВГС України констатовано, що сторони не просто уклали договір по електронній пошті, але й вели переговори/переписку по e-mail з метою узгодження всіх істотних умов, вчинили фактичні дії по виконанню досягнутих домовленостей². У листуванні сторони дійшли згоди щодо складу, вартості, обсягу робіт/послуг/товару, строків виконання тощо і відсутні неузгодженість та/або невизначеність щодо вказаних умов (*«...договір укладено з дотриманням вимог діючого законодавства, у спрощений спосіб, шляхом обміну електронними листами, сторонами досягнуто згоди по всіх його істотних умовах...»*)³.

Розглядаючи наступну справу, ВГС України дійшов висновку, що з електронного листування сторін не впливає остаточної та однозначної узгодженості всіх істотних умов договору, на текстах документів відсутні підписи сторін, позивачем не доведено, у яких саме зобов'язальних правовідносинах перебувають сторони у справі, яке саме зобов'язання мав виконати відповідач, і у який саме строк це зобов'язання мало бути ним виконане⁴.

¹ Постанова ВГС України від 15.01.2013. у справі № 5008/419/2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

² Постанова ВГС України від 22.08.2012. у справі № 5015/5742/11. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

³ Постанова ВГС України від 31.03.2016. у справі № 922/5636/15. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

⁴ Постанова ВГС України від 28.04.2015. у справі № 912/329/14. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>. Див. детальніше: Укладення договору по email: огляд судової практики. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://protokol.com.ua/ua/ukladennya_dogovoru_po_email_oglyad_sudovoi_praktiki/

6.5. Виконання електронного договору

При виконанні будь-яких електронних правочинів, зрештою як і при їх укладенні, слід враховувати технічні аспекти. Адже функціонування електронної комерції відбувається завдяки справній роботі комп'ютерної техніки, засобів зв'язку, різних автоматичних пристроїв, програмного забезпечення тощо.

Тому ризики невиконання будь-якого зобов'язання у рамках правовідносин електронної комерції можуть бути пов'язаними саме з технічними моментами. А, отже, умовами конкретного договору доцільно передбачати серед іншого і технічні аспекти його виконання, несення відповідних ризиків, пов'язаних з технічними несправностями та відповідні правові наслідки.

Оскільки електронний договір не є ні окремим видом договору, ні специфічним різновидом, а лише має певні особливості, пов'язані зі сферою його укладення та виконання, то до виконання таких договорів застосовуються положення цивільного законодавства. Загальні правила виконання цивільних зобов'язань викладені у главі 48 ЦК України.

Зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог законодавства, а за відсутності таких – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Ці загальні умови виконання зобов'язання, закріплені у ст. 526 ЦК України, є справедливими і щодо виконання електронних договорів.

Належне виконання зобов'язання охоплює його виконання належними сторонами (ст. 527 ЦК України), тобто виконання належній стороні та виконання належною стороною. При виконанні зобов'язань у цифровому середовищі не завжди можливо отримати гарантії виконання належній особі, адже суб'єкти зобов'язання можуть знаходитися навіть у різних країнах.

Тому варто застосовувати можливі способи ідентифікації як боржника, так і кредитора та вимагати їх дотримання.

Інколи на практиці застосовують певні паролі, введення яких ідентифікує особу, якій проводиться виконання. Такий пароль відомий тільки сторонам зобов'язання і у разі виконання боржником зобов'язання пароль відправляється кредитором на електронну адресу боржника.

Електронна адреса, зазначення якої вимагається відповідно до окремих законодавчих вимог (наприклад, п. 24.7. ст. 24 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»), може розглядатися як один із засобів індивідуалізації сторони, але теж не може розцінюватися як переконливий доказ її ідентифікації.

Основним обов'язком продавця є передання товару покупцеві. Такий обов'язок встановлений ст. 662 ЦК України. Належне виконання обов'язку щодо передання товару охоплює строки його виконання. Загальні правила строків (термінів) виконання зобов'язання встановлені у ст. 530 ЦК України. Строк виконання обов'язку передати товар встановлюється договором купівлі-продажу (ст. 663 ЦК України). У разі, якщо зміст договору не дає змоги визначити цей строк, то він визначається на підставі ст. 530 ЦК України.

Відповідно до ч. 10 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію» момент виконання продавцем обов'язку передати покупцеві товар визначається згідно з положеннями ЦК України про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено цим Законом. Зокрема, у разі якщо предметом електронного договору є надання послуг у сфері електронної комерції, обов'язок постачальника перед споживачем вважається виконаним у момент, коли надана постачальником послуга відповідає властивостям, визначеним договором або законодавством.

У разі, якщо предметом електронного договору є виконання робіт у сфері електронної комерції, обов'язок виконавця перед замовником вважається виконаним у момент, коли результат ви-

конаної роботи відповідає вимогам, встановленим договором або законодавством.

Визначення моменту виконання обов'язку щодо надання послуги чи виконання роботи, що є предметом електронного договору, через момент їх відповідності вимогам, встановленим договором або законодавством, є доволі неконкретним.

По-перше, таке формулювання створює враження, що послуга чи робота мають відповідати встановленим вимогам у момент виконання обов'язку.

По-друге, таке визначення моменту виконання обов'язку ніяк не пов'язане з часовими рамками, а, отже виключає можливість заявити будь-які претензії щодо прострочення виконання.

По-третє, щоб встановити момент відповідності роботи, послуги встановленим вимогам, споживач мав би їх отримати та перевірити на відповідність. Тому такі формулювання варто уточнити, оскільки практичне їх застосування явно утруднене.

Електронним договором може бути визначено інший момент виконання зобов'язань між сторонами.

Якщо сторони електронного договору не встановили окремих правил щодо моменту виконання обов'язку передати товар, то підлягають застосуванню правила ст. 664 ЦК України.

Обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент:

- 1) вручення товару покупцеві, якщо договором встановлений обов'язок продавця доставити товар;
- 2) надання товару в розпорядження покупця, якщо товар має бути переданий покупцеві за місцезнаходженням товару.

Товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо у строк, встановлений договором, він готовий до передання покупцеві у належному місці і покупець поінформований про це. Готовий до передання товар повинен бути відповідним чином ідентифікований для цілей цього договору, зокрема шляхом маркування.

Відповідно до ч. 2 цієї ж статті, якщо з договору купівлі-продажу не випливає обов'язок продавця доставити товар або передати товар у його місцезнаходженні, обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві.

Разом з товаром продавець зобов'язаний передати його належності та документи, що стосуються товару. У разі відмови продавця передати товар, належності до нього, документів, що стосуються товару, покупець має право відмовитися від договору.

Момент виконання обов'язку продавцем передати товар має визначальне значення, оскільки саме з ним пов'язується момент переходу ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження товару (ст. 668 ЦК України).

Почуєць має обов'язок оплатити товар. Відповідно до ч. 4 ст. 13 Закону «Про електронну комерцію», якщо особа, яка одержала пропозицію укласти електронний договір (оферту), протягом строку для відповіді не здійснила оплату відповідно до зазначених у пропозиції умов, така пропозиція вважається неприйнятною. З такого законодавчого підходу випливає, що оплата товару, роботи, послуги, що будуть надаватися на підставі укладеного електронного договору, має здійснюватися ще на стадії укладення договору.

Такий підхід певною мірою дисонує з положеннями ЦК України. Відповідно до ст. 692 ЦК України покупець зобов'язаний оплатити товар після його прийняття або прийняття товаророзпорядчих документів на нього, якщо договором або актами цивільного законодавства не встановлений інший строк оплати товару. Зі змісту ст. 693 ЦК України випливає, що обов'язок покупця частково або повністю оплатити товар до його передання продавцем може встановлюватися договором. Таке ж слідує зі змісту ст. 706 ЦК України.

Загальні правила про розрахунки у сфері електронної комерції викладені у ст. 13 Закону «Про електронну комерцію». Такі розрахунки здійснюються відповідно до законів України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Положення про порядок емісії електронних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням¹ та інших нормативно-правових актів Національного банку України.

Розрахунки у сфері електронної комерції можуть здійснюватися з використанням платіжних інструментів, електронних грошей, шляхом переказу коштів або оплати готівкою з дотриманням вимог законодавства щодо оформлення готівкових та безготівкових розрахунків, а також в інший спосіб, передбачений законодавством України. Конкретні способи, строки та порядок розрахунків визначаються сторонами в договорі.

Відповідно до імперативної вказівки ч. 3 ст. 13 Закону «Про електронну комерцію» продавець (виконавець, постачальник), оператор платіжної системи або інша особа, яка отримала оплату за товар, роботу, послугу відповідно до умов електронного договору, повинні надати покупцеві (замовнику, споживачу) електронний документ, квитанцію, товарний чи касовий чек, квиток, талон або інший документ, що підтверджує факт отримання коштів, із зазначенням дати здійснення розрахунку. Зазначені документи є належним підтвердженням факту виконання покупцем обов'язку з оплати товару (роботи, послуги), що надані за електронним договором.

Способи розрахунків у разі виконання електронних контрактів можливо поділити на: розрахунки, що проводяться поза електронною мережею (при оплаті доставки товару кур'єром, розра-

¹ Положення про порядок емісії електронних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням: затверджено постановою Правління НБУ від 05.11.2014. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0705500-14>

хунок в офісі тощо); електронні розрахунки з використанням спеціальних електронних розрахункових систем тощо.

*Комісія Європейських співтовариств рекомендувала Європейський кодекс поведінки при здійсненні електронних платежів*¹. Кодекс закріпив важливе правило: усі, хто приводить в дію карткові платіжні системи або використовує їх, повинні дотримуватися принципів чесної практики.

Відповідно до цього міжнародного документу електронний платіж означає будь-яку платіжну трансакцію (операцію), здійснену за допомогою картки, яка має магнітну стрічку або мікросхему та яка застосовується на терміналі електронних платежів (ЕРТ) або на торговому («оплата продаж на місці») терміналі (POS). Кодекс закріпив низку важливих положень, спрямованих на уніфікацію електронних платежів, зокрема:

* про операційну сумісність як такого стану речей, при якому картки, випущені в одній Державі-члені та/або які належать до даної карткової системи, можуть використовуватися в іншій Державі-члені та/або в мережах, що встановлюються іншими системами. Для цього необхідно, щоб картки та засоби (програми, пристрої) зчитування різних систем були технологічно сумісними та щоб такі системи були відкритими (доступними) за допомогою угод, укладених на принципі взаємності;

* про захист даних та безпеку. Електронні платежі є безповоротними. Наказ, наданий за допомогою платіжної картки, повинен бути безповоротним і не може бути таким, що відмінняє попередній наказ. Інформація, передана під час платежу в банк торговця і відповідно до емітента не повинна ні за яких обставин перешкоджати захисту конфіденційності. Вона повинна бути суворо обмежена тими даними, які зазвичай визначено для чеків та

¹ Європейський кодекс поведінки при здійсненні електронних платежів: Рекомендація Комісії 87/598/ЄЕС про Європейський Кодекс поведінки при здійсненні електронних платежів (відносини між фінансовими установами, торговцями, установами з надання послуг та клієнтами) від 08.12.1987. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_278

переказів. Будь-які проблеми, що виникають у зв'язку із захистом інформації або безпеки, повинні бути відкрито визнані і з'ясовані між сторонами на будь-якій стадії контракту;

* про справедливий (легальний) доступ до системи. Усі відповідні установи з надання послуг (сервісів), незалежно від їх економічного розміру, повинні мати справедливий (легальний) доступ до системи електронних платежів. Не повинно бути безпідставної (незаконної) різниці в оплачуванні послуг (сервісів), які стосуються трансакцій в одній Державі-члені, та оплачуванні тих же послуг (сервісів), які стосуються транснаціональних трансакцій з іншими державами Співтовариства, особливо в прикордонних районах.

*Електронні розрахунки в Україні урегульовані Законом «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»¹ (далі – Закон «Про платіжні системи»). У ст. 1 Закону закріплено низку понять, що стосуються електронних платежів. Зокрема, **електронний платіжний засіб визначено як платіжний інструмент, який надає його держателю можливість за допомогою платіжного пристрою отримати інформацію про належні держателю кошти та ініціювати їх переказ.***

Держателем електронного платіжного засобу є фізична особа, яка використовує його на законних підставах для ініціювання переказу коштів з відповідного рахунку в банку або здійснює інші операції із застосуванням цього платіжного засобу. Користувачем електронного платіжного засобу може бути юридична або фізична особа.

Відповідно до ст. 14 Закону «Про платіжні системи» електронний платіжний засіб (ЕПЗ) може існувати в будь-якій формі, на будь-якому носії, що дає змогу зберігати інформацію, необхідну для ініціювання електронного переказу.

¹ Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 05.04.2001. Відомості Верховної Ради України. 2001. №29. Ст. 137

Емісія електронних платіжних засобів, як операція з їх випуску, у межах України проводиться виключно банками, що уклали договір з платіжною організацією відповідної платіжної системи та отримали її дозвіл на виконання цих операцій.

Тобто виключно банки є емітентами електронних платіжних засобів. На території України застосовуються електронні платіжні засоби, емітовані учасниками внутрішньодержавних і міжнародних платіжних систем (резидентами та нерезидентами).

Платіжна організація відповідної платіжної системи визначає вид електронного платіжного засобу (крім мобільного платіжного інструменту, реалізованого на програмній основі), що емітується банком, тип його носія ідентифікаційних даних (магнітна смуга, мікросхема тощо), реквізити, що наносяться на нього в графічному вигляді. Учасник платіжних систем має право розміщувати на платіжній картці торговельні марки платіжних систем відповідно до договорів з платіжними організаціями. Ці договори мають містити правила виконання операцій з використанням платіжної картки.

Електронний платіжний засіб має містити обов'язкові реквізити, які дають змогу ідентифікувати платіжну систему та емітента. Електронний платіжний засіб, за допомогою якого можна ініціювати переказ з рахунка користувача, має дозволяти ідентифікувати користувача.

Умови та порядок використання ЕПЗ визначаються договором, що укладається між банком та користувачем. Перед укладенням договору банк зобов'язаний ознайомити користувача з правилами користування ЕПЗ, тарифами на його обслуговування та іншою необхідною інформацією.

Банк в силу прямої законодавчої вказівки п. 14.8. ст. 14 Закону «Про платіжні системи» зобов'язаний забезпечити викладення цієї інформації в доступній формі й розмістити її в доступному для користувача місці. На вимогу користувача така інформація має бути надана йому у письмовій або електронній формі.

Під час видачі ЕПЗ банк зобов'язаний надати користувачеві примірники договору, правил користування ЕПЗ та тарифів банку на його обслуговування. Хоча у Законі прямо не зазначено про таке, але і правила користування ЕПЗ і узгоджені тарифи за обслуговування є невід'ємною частиною договору між банком і користувачем ЕПЗ. Плата за обслуговування ЕПЗ відповідно до встановлених тарифів є ціною договору.

Договір між банком і користувачем є договором про надання послуг. Зміст банківської послуги, що є предметом договору, полягає у наданні ЕПЗ користувачу у власність або користування, забезпечення його обслуговування відповідно до встановлених вимог та вказівок користувача, забезпечення збереженості інформації, що надається користувачем під час здійснення відповідних операцій з ЕПЗ. Такий договір укладається за приєднанням до пропонуванних умов (ст. 634 ЦК України) та має ознаки публічного договору (ст. 633 ЦК України). НБУ має право встановлювати обов'язкові умови договору.

Закон закріплює право банку на внесення змін до правил користування ЕПЗ або тарифів на його обслуговування (п. 14.10 ст. 14 Закону «Про платіжні системи»). У ЦК України закріплено загальне правило, відповідно до якого одностороння зміна зобов'язання не допускається.

У даному випадку за прямою законодавчою вказівкою банк в односторонньому порядку може змінювати такі умови. При чому здійснення такого права банком не обумовлене якимось об'єктивними обставинами. Банк може ініціювати такі зміни на власний розсуд, повідомивши про це користувача у спосіб, визначений договором.

Варто зауважити, що такі відомчі підходи свідчать про одновекторну спрямованість законодавчого регулювання. Натомість має утверджуватися інший підхід – клієнт завжди правий, оскільки він оплачує послугу та завдяки йому і для нього система функціонує.

Банк зобов'язаний надіслати користувачу не пізніше ніж за 30 календарних днів до дати, з якої застосовуватимуться зміни правил користування ЕПЗ або тарифів на його обслуговування, повідомлення про такі зміни. У повідомленні обов'язково має бути зазначено, що користувач має право до дати, з якої застосовуватимуться зміни, розірвати договір без сплати додаткової комісійної винагороди за його розірвання. Відповідні зміни є погодженими користувачем, якщо до дати, з якої вони застосовуватимуться, користувач не повідомить банк про розірвання договору.

З факту укладення договору між банком та користувачем щодо використання та обслуговування ЕПЗ виникають взаємні права та обов'язки для його сторін. Виконання окремих обов'язків встановлене прямою вказівкою закону. Зокрема, відповідно до п. 14.11. ст. 14 Закону «Про платіжні системи» банк під час використання користувачем ЕПЗ зобов'язаний інформувати його про випадки підвищеного ризику збитків для користувача і пов'язані з цим обов'язки сторін, що включають будь-які обґрунтовані обмеження щодо способів та місць використання.

Відповідно до п.14.14. ст. 14 банк зобов'язаний у спосіб, передбачений договором:

- * повідомляти користувача про здійснення операцій з використанням ЕПЗ. Обов'язок банку щодо повідомлення користувача про такі операції є виконаним: у разі інформування банком користувача про кожну здійснену операцію відповідно до наданої контактної інформації; у разі відмови користувача від отримання повідомлень банку про здійснені операції, про що зазначено в договорі. У разі невиконання банком зазначеного обов'язку ризик збитків від здійснення таких операцій несе банк;

- * забезпечити користувачу можливість інформувати банк про втрату ЕПЗ. Під час реєстрації такого повідомлення банк зобов'язаний відобразити його дату та час;

* реєструвати та протягом встановленого строку зберігати інформацію, що підтверджує факт інформування банком користувача та користувачем банку.

Користувач зобов'язаний використовувати ЕПЗ відповідно до встановлених вимог та умов договору, укладеного з емітентом. ЕПЗ використовується особисто користувачем, якому він наданий, його використання за довіреністю не допускається. У разі порушення правил використання ЕПЗ право його використовувати може бути призупинено або припинено відповідно до умов договору.

У разі втрати ЕПЗ користувач зобов'язаний негайно повідомити банк у визначений договором спосіб. До моменту повідомлення користувачем банку ризик збитків від здійснення операцій за ЕПЗ та відповідальність несе користувач, а з часу повідомлення користувачем банку такий ризик несе банк.

Найпоширенішим ЕПЗ є *платіжна картка*, емітована у встановленому порядку. Така картка використовується для ініціювання переказу коштів з рахунку її власника чи з відповідного рахунку банку для оплати товарів, робіт, послуг, перерахунку іншим особам, отримання коштів у готівковій формі в касах банків або через банківські автомати, здійснення інших операцій відповідно до умов договору.

Поширеними є *електронні чеки*, які практично є аналогами паперових чеків, *мобільні платіжні інструменти* – ЕПЗ, реалізовані в апаратно-програмному середовищі мобільного телефону або іншого бездротового пристрою користувача. Розрахунки у сфері електронної комерції можуть здійснюватися з *використанням електронних грошей*.

Відповідно до ч. 11 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію» покупець (замовник, споживач) повинен отримати підтвердження вчинення електронного правочину у формі електронного документа, квитанції, товарного чи касового чека, квитанка, талона

або іншого документа у момент вчинення правочину або у момент виконання продавцем обов'язку передати покупцеві товар.

Встановлене правило відповідає правовим підходам ст. 545 ЦК України. Відповідно до норм цієї статті кредитор, прийнявши виконання, повинен на вимогу боржника видати йому розписку про одержання виконання. У разі відмови кредитора повернути борговий документ або видати розписку боржник має право затримати виконання зобов'язання. У цьому разі настає прострочення кредитора.

Підтвердження вчинення електронного правочину повинно містити такі відомості:

* умови і порядок обміну (повернення) товару або відмови від виконання роботи чи надання послуги;

* найменування продавця (виконавця, постачальника), його місцезнаходження та порядок прийняття претензії щодо товару, роботи, послуги;

* гарантійні зобов'язання та інформація про інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом товару або з виконанням роботи чи наданням послуги;

* порядок розірвання договору, якщо строк його дії не визначено.

Дія цього положення не поширюється на електронні правочини, пов'язані з одноразовим наданням інформаційних електронних послуг або послуг проміжного характеру в інформаційній сфері, оплата яких здійснюється дистанційно. Постачальник таких послуг має надати змогу споживачеві ознайомитися з найменуванням постачальника, його місцезнаходженням та порядком прийняття претензії щодо послуги.

Безперечно, що таке законодавче положення створює певні гарантії для споживача, оскільки він отримує повну інформацію про продавця (виконавця) за електронним договором. У разі будь-яких претензій з боку споживача щодо товару (робіт, пос-

луг), їх якості, кількості, асортименту, комплектності тощо, він зможе їх заявити конкретному суб'єкту.

Такий підхід дисциплінує і продавців (виконавців), оскільки вони зобов'язані ідентифікувати себе належним чином. Проте є певний ризик, що продавці не будуть дотримуватися зазначених вимог. Насамперед, не встановлені жодні правові наслідки у разі недотримання продавцем законодавчих вимог щодо підтвердження вчинення електронного правочину.

Норма ч. 11 ст. 11 Закону сформульована як імператив для покупця – покупець повинен отримати підтвердження. Очевидно має йтися про право покупця та імператив для продавця (виконавця) – він зобов'язаний надати підтвердження вчинення електронного правочину покупцю на його вимогу. Саме так сформульовані положення ст. 545 ЦК України.

Доцільно закріпити право покупця на відмову від договору як правовий наслідок недотримання продавцем (виконавцем) обов'язку щодо надання підтвердження, оскільки встановлення іншого правового наслідку неможливе. Адже покупець уже оплатив товар, тому затримати виконання зобов'язання з його боку, як це встановлено у ст. 545 ЦК України, об'єктивно неможливо.

Оскільки Законом «Про електронну комерцію» не встановлено спеціальних правил про виконання, забезпечення виконання, правові наслідки невиконання чи неналежного виконання договірних зобов'язань, підстави його припинення, то підлягають застосуванню положення ЦК України, але з урахуванням особливостей функціонування у цифровому середовищі.

Забезпечення виконання зобов'язання урегульовано нормами глави 49 ЦК України. Відповідно до ст. 546 кодексу виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком. Інші види забезпечення виконання зобов'язання можуть бути встановлені договором або законом.

Неустойкою є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві у разі порушення зобов'язання. Сплата неустойки одночасно виконує функції забезпечення виконання зобов'язання та спеціального засобу відповідальності у разі його невиконання. Ураховуючи, що електронні договори укладаються за приєднанням до пропонованих умов, які формулюються продавцем, то не варто сподіватися, що він добровільно встановлюватиме неустойку у договорі. Тому сфера застосування неустойки в електронних договорах значно звужена і зводиться до можливості її стягнення у випадках прямо передбачених законом. ЦК України таких випадків для договорів купівлі-продажу не передбачає.

Випадки стягнення неустойки встановлені Законом «Про захист прав споживачів»:

1) зокрема, відповідно до норми ч. 9 ст. 8 Закону у разі придбання товару неналежної якості, якщо споживач заявляє вимогу про безоплатне усунення недоліків товару, на його вимогу на час ремонту йому надається товар аналогічної марки. За кожний день затримки виконання вимоги про надання товару аналогічної марки (моделі, артикулу, модифікації) та за кожний день затримки усунення недоліків понад установлений строк (чотирнадцять днів) споживачеві виплачується неустойка відповідно в розмірі одного відсотка вартості товару;

2) стягнення неустойки передбачене ч. 5 ст. 10 Закону – у разі прострочення виконання роботи (надання послуги) згідно з договором, за кожний день (кожну годину, якщо тривалість виконання визначено у годинах) прострочення споживачеві сплачується пеня у розмірі трьох відсотків вартості роботи (послуги), якщо інше не передбачено законодавством. У разі коли вартість роботи (послуги) не визначено, виконавець сплачує споживачеві неустойку в розмірі трьох відсотків загальної вартості замовлення;

3) стягнення неустойки передбачене у разі відкликання споживачем своєї згоди на укладення договору про надання споживчого кредиту. У такому разі кредитодавець зобов'язаний повернути споживачеві кошти, сплачені ним згідно з договором, але не пізніше, ніж протягом семи днів. За кожний день затримки повернення споживачу сплачених ним коштів установлений строк (сім днів), йому виплачується неустойка в розмірі одного відсотка суми, належної до повернення кредитодавцем.

Власне ці законодавчі випадки стягнення неустойки можуть бути застосовані до договорів у сфері електронної комерції.

Порука як вид забезпечення виконання зобов'язання передбачає наявність третьої сторони – поручителя, який несе солідарну з боржником відповідальність перед кредитором у разі невиконання зобов'язання (параграф 3 глави 49 ЦК України).

Теоретично порука може бути застосована для забезпечення виконання електронних договорів, хоча практично це малоймовірно. Порука може бути надана за споживача (покупця товару, споживача послуги, роботи). Проте кредитору (продавцю, виконавцю) у сфері електронної комерції ускладнення суб'єктного складу договірної зобов'язання може бути не вигідним. Ураховуючи, що основні договори укладаються за приєднанням до пропонованих умов, укладення договору поруки не «вписується» у цифрове середовище.

Гарантія як і порука передбачає наявність третьої сторони – гаранта, який несе додаткову (субсидіарну) відповідальність перед кредитором у разі невиконання зобов'язання боржником (параграф 4 глави 49 ЦК України). На відміну від поручителя гарантом може бути спеціальний суб'єкт (банк, інша фінансова установа, страхова організація). Ускладнення основного зобов'язання додатковим гарантійним зобов'язанням, ураховуючи специфіку укладення електронних договорів, можливе у поодиноких випадках.

Завдаток як грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторіві боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання (параграф 5 глави 49 ЦК України), за існуючих законодавчих підходів не може бути застосований в електронних договорах як вид забезпечення їх виконання. Адже, як було зазначено, відповідно до ч. 4 ст. 13 Закону «Про електронну комерцію», якщо особа, яка одержала пропозицію укласти електронний договір (оферту), протягом строку для відповіді не здійснила оплату відповідно до зазначених у пропозиції умов, така пропозиція вважається неприйнятною. Тобто, оплата вчиняється на стадії укладення договору і спрямована на його виконання. Тому вчинені платежі не можуть розцінюватися як завдаток за договором.

Застава (параграф 6 глави 49 ЦК України, Закон України «Про заставу»). В силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставаодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника. Громіздкість конструкції заставних відносин не вигідна і незручна для електронних договорів, що укладаються та виконуються мобільно. Хоча використання застави в електронних договірних зобов'язаннях допустиме з огляду на договірну свободу та диспозитивність правового регулювання.

Притримання (параграф 7 глави 49 ЦК України) передбачає, що кредитор, який правомірно володіє реччю, що підлягає передачі боржникові, або вказаній ним особі, у разі невиконання у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторіві пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. З огляду на мобільність укладення та виконання електронних контрактів застосування притримання як виду забезпечення їх виконання є непрактичним.

Таким чином, з огляду на специфіку цифрового середовища види забезпечення виконання зобов'язань з матеріальних договорів мало пристосовані для виконання забезпечувальної функції в електронних контрактах.

Аналогічне можна сказати і щодо підстав припинення зобов'язань (глава 50 ЦК України). Підстави припинення, правові наслідки та особливості припинення встановлені для матеріальних зобов'язань. Їх застосування, оскільки спеціальними нормами не встановлено іншого, можливе і щодо зобов'язань з електронних договорів. Будь-яке зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом.

Припинення зобов'язання шляхом його виконання (ст. 599 ЦК України) є універсальною, бажаною з точки зору його суб'єктів підставою, незалежно від суті та змісту зобов'язання. Інші підстави припинення зобов'язання, як от: передання відступного (ст. 600 ЦК України); зарахування зустрічних однорідних вимог (ст. 601 ЦК України); шляхом поєднання боржника і кредитора в одній особі (ст. 604 ЦК України) можуть застосовуватися сторонами на власний розсуд з урахуванням законодавчих вимог та специфіки електронних договорів.

Учасники відносин у сфері електронної комерції зобов'язані забезпечити захист персональних даних, що стали їм відомі з електронних документів (повідомлень) під час вчинення електронних правочинів, у порядку, передбаченому Законом України «Про захист персональних даних».

Відповідно до ч. 3 ст. 14 Закону «Про електронну комерцію» реєстрація фізичної особи в інформаційній системі суб'єкта електронної комерції означає надання нею згоди на використання та обробку її персональних даних.

У разі невиконання чи неналежного виконання договірних зобов'язань сторони електронного договору несуть відповідальність, встановлену договором або законом. Йдеться про цивільну

відповідальність у формі відшкодування завданих збитків як загальний засіб відповідальності, стягнення неустойки, якщо таке передбачено законом або договором – спеціальний засіб відповідальності.

Постачальник послуг проміжного характеру в інформаційній сфері несе відповідальність перед споживачами таких послуг за невиконання своїх зобов'язань у порядку, визначеному законом або відповідним договором про надання таких послуг. Він також несе відповідальність за забезпечення технічного захисту інформації та здійснення контролю за ним у порядку, визначеному законодавством або відповідним договором про надання послуг.

РОЗДІЛ 7. ЕЛЕКТРОННІ ГРОШІ

Розрахунки у сфері електронної комерції можуть здійснюватися з використанням електронних грошей.

Правове регулювання електронних грошей було започатковане Директивою 2000/46/ЄС від 18 вересня 2000 року Європейського парламенту та Ради «Про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей та пруденційний нагляд за ними»¹.

Саме у цьому документі було закріплене визначення електронних грошей як грошової вартості, представленої у вимозі до емітента, які:

- 1) зберігаються на електронному пристрої;
- 2) випускаються для одержання коштів на суму, не меншу за вартість у грошовому вираженні;
- 3) приймаються як засоби платежу за зобов'язаннями іншими, ніж зобов'язання емітента.

Питанням використання електронних грошей частково була присвячена і Директива 2007/64/ЄС від 13 листопада 2007 року «Про платіжні послуги на внутрішньому ринку». Шістнадцятого вересня 2009 року була прийнята нова Директива 2009/110/ЄС Європейського Парламенту та Ради щодо започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей та пруденційний нагляд за ними², якою скасована Директива 2000/46/ЄС.

У новій Директиві зазначалося, що деякі положення Директиви 2000 року стали на заваді формування справжнього єдиного

¹ Про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей та пруденційний нагляд за ними: Директива 2000/46/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 18.09.2000. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_178 (втратила чинність)

² Про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей та пруденційний нагляд за ними: Директива 2009/110/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16.09.2009. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_a18

ринку послуг із застосування електронних грошей та розвитку таких послуг, орієнтованих на користувача.

У новій Директиві зазначалося про необхідність ввести чітке визначення електронних грошей, нейтральне з технологічної точки зору. Визначення електронних грошей, як зазначено в Директиві, має бути достатньо широким, щоб уникнути затримки у впровадженні технологічних нововведень та охопити не тільки всі види електронних грошей, наявні на сучасному ринку, а також і ті продукти, які можуть з'явитися у майбутньому.

Відповідно до п. 2 ст. 2 Директиви 2009/110/ЄС *електронні гроші означають грошову вартість, що представлена у вимозі до емітента, які зберігаються на електронному пристрої, в тому числі магнітному, випускаються для отримання коштів з метою здійснення платіжних операцій та приймаються фізичною або юридичною особою, відмінною від установи-емітента електронних грошей.*

Порівняно з визначенням у Директиві 2000/46/ЄС у зазначеному не вживається поняття «засіб платежу» як одна з ознак, що характеризує електронні гроші. Хоча природа електронних грошей у Директиві розкривається і через це поняття. Також Директива оперує поняттям – власник електронних грошей.

Директивою встановлені низка правил, спрямованих на уніфікацію підходів щодо застосування електронних грошей та їх емісії. Хоча електронні гроші випускаються в обмін на готівкові або безготівкові кошти, їх емісія не є діяльністю з прийняття депозитів з огляду на специфічну природу електронних грошей як електронного замітника монет та банкнот.

Такий електронний замітник має використовуватись як засіб здійснення платежів, як правило, в обмеженій сумі, а не як засіб накопичення коштів. У Директиві зазначено, що установам-емітентам електронних грошей не слід дозволяти надавати кредит з коштів, отриманих або утримуваних з метою випуску електронних грошей.

Відповідно до імперативного правила ст. 12 Директиви держави-члени повинні забороняти надання відсотків або іншого доходу, пов'язаного з тривалістю періоду часу, протягом якого власник електронних грошей має їх у своєму розпорядженні.

Згідно з Директивою емітентами електронних грошей можуть бути належним чином уповноважені установи. У ст. 2 Директиви зазначено, що право емітувати електронні гроші може отримати будь-яка юридична особа (не тільки банк), яка відповідає низці встановлених критеріїв та нормативів, зокрема: установи-емітенти електронних грошей; кредитні установи; поштові установи, які мають право на емісію згідно із внутрішнім законодавством; Європейський Центральний Банк, національні центральні банки, які не виступають як кредитно-грошова установа; інші державні органи; держави-члени, органи їх регіональної або місцевої влади.

Відповідно до ст. 10 Директиви національне законодавство держави-члена повинно забороняти фізичним та юридичним особам, які не є установами-емітентами електронних грошей, їх випускати.

Емісії та викупу електронних грошей присвячено Розділ III Директиви. У ст. 11 Директиви в імперативному порядку зазначено, що держави-члени повинні гарантувати, що емітенти електронних грошей випускають електронні гроші за номінальною вартістю після отримання коштів. Для збереження довіри власника електронних грошей повинна існувати можливість їх пред'явлення до викупу. Держави-члени повинні гарантувати, що на вимогу власника електронних грошей емітенти забезпечують їх викуп у будь-який момент часу за номінальною вартістю при збереженні їх грошової вартості.

Відносини між емітентом та власником електронних грошей базуються на відповідному контракті між ними. У ньому має бути чітко та ясно встановлено умови викупу коштів, включаючи будь-які пов'язані з цим збори. Власник електронних грошей має

бути поінформований про ці умови, перш ніж він візьме на себе будь-які зобов'язання за контрактом чи пропозицією.

Загалом Директива встановлює, що можливість викупу має надаватися безоплатно. Збір за здійснення операції викупу може бути стягнутий лише тоді, коли він зазначений в контракті в будь-якому з таких випадків:

- якщо вимога щодо викупу надійшла до дати припинення дії контракту;

- якщо контрактом передбачена дата припинення його дії, а власник електронних грошей розриває контракт до цієї дати;

- якщо вимога щодо викупу надходить більш ніж через один рік після дати припинення дії контракту.

Сума будь-якого збору має бути пропорційною та порівнянною з фактичними витратами, понесеними власником електронних грошей.

Якщо вимога щодо викупу надходить до дати припинення дії контракту, власник електронних грошей має право вимагати їх викупу в повному обсязі або частково. Якщо ж така вимога надходить не пізніше ніж через один рік після дати припинення дії контракту: загальна грошова вартість утримуваних електронних грошей має бути викуплена; або якщо установа-емітент електронних грошей здійснює один або кілька видів ділової діяльності і заздалегідь невідомо, яка частка коштів має використовуватись в якості електронних грошей, всі кошти, що вимагаються власником, мають бути викуплені.

Директива встановлює вимоги щодо захисту коштів, отриманих в обмін на випущені електронні гроші. Відповідно до ст. 7 держави-члени повинні вимагати від установ-емітентів електронних грошей забезпечення захисту таких коштів. Кошти, отримані у формі оплати платіжним інструментом, повинні бути захищені з моменту їх зарахування на платіжний рахунок установи-емітента або як тільки стануть доступними їй в інший спосіб.

У будь-якому випадку такі кошти мають бути захищені не пізніше ніж через п'ять робочих днів після емісії електронних грошей. З цією метою держави-члени або їхні компетентні органи влади мають право визначати, відповідно до національного законодавства, який метод установи-емітенти електронних грошей повинні застосовувати для забезпечення захисту коштів.

У економічній теорії електронні гроші прийнято поділяти на: електронні гроші карткового типу та електронні гроші програмного типу. Електронні гроші виникли та набули поширення як гроші карткового типу, тобто таке поняття стосувалося сум, що відображалися на чипах карток традиційних платіжних систем.

Науково-технічний прогрес у цифровому середовищі сприяв подальшому розвитку електронних грошей програмного типу. Електронні гроші дають змогу здійснювати платежі в комп'ютерних мережах у режимі реального часу. Ці платежі стають можливими завдяки спеціальному програмному забезпеченню, тому електронні гроші, які при цьому використовуються, виділяються в окрему категорію електронних грошей програмного типу¹.

Перше Положення про електронні гроші в Україні було затверджене постановою Правління НБУ від 25 червня 2008 року. Четвертого листопада 2010 року постановою Правління НБУ було затверджене нове Положення про електронні гроші в Україні (далі – Положення)².

¹ Іконнікова М.В. Електронні гроші в аспекті економічної глобалізації. Ринок електронних грошей України: перспективи, проблеми, шляхи вирішення. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2012. № 4. С. 123-130.

² Положення про електронні гроші в Україні: затверджено Постановою Правління НБУ від 04.11.2010. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1336-10>. Варто зауважити, що норми Положення часто відтворюють норми Закону, що є вкрай неефективним прийомом нормотворення. Адже тотожність окремих норм Закону та Положення утруднюють їх аналіз, розуміння. Інколи тотожні до закону положення у підзаконному акті можуть доповнюватися незначними «деталлями», які суперечать нормі закону, спотворюють їх зміст.

Їх правове регулювання здійснюється також нормами Закону «Про платіжні системи».

Відповідно до ст. 15 Закону *електронні гроші – одиниці вартості, які зберігаються на електронному пристрої, приймаються як засіб платежу іншими особами, ніж особа, яка їх випускає, і є грошовим зобов'язанням цієї особи, що виконується в готівковій або безготівковій формі.*

Випуск електронних грошей може здійснювати виключно банк, який бере на себе зобов'язання з їх погашення. Такий підхід у національному законодавстві є відмінним від європейської практики. Як зазначалося вище, відповідно до Директиви 2009/110/ЄС емітентом електронних грошей може бути будь-яка юридична особа (не тільки банк), що відповідає низці встановлених критеріїв та нормативів.

Наприклад, у США визначені загальні правові межі функціонування систем електронних грошей. Їх емітентами можуть бути будь-які фінансові інститути. Для здійснення емісії електронних грошей не потрібен спеціальний дозвіл. Діяльність емітентів електронних грошей спеціально не регламентується, хоча окремі штати можуть встановлювати певні нормативи її регулювання.

Відповідно до Положення емітенти мають право здійснювати випуск електронних грошей, виражених лише в гривнях. Емітент зобов'язаний забезпечити, щоб сума випущених ним електронних грошей не перевищувала суми отриманих ним від користувачів та агентів (крім агента з поповнення) готівкових або безготівкових коштів та суми отриманих агентом з поповнення готівкових коштів, які мають бути перераховані емітенту.

Емітент зобов'язаний вести облік коштів, які надходять від користувачів та/або агентів як оплата електронних грошей, на окремому рахунку емітента за кожною платіжною системою та за кожним видом електронного пристрою.

Електронні гроші є випущеними з часу їх завантаження емітентом або оператором на електронний пристрій, що перебуває в

розпорядженні користувача або агента. Відповідно до п. 2.4. Положення емітент зобов'язаний визначати суму електронних грошей на електронному пристрої, що перебуває в розпорядженні користувача, з урахуванням таких вимог:

- * сума електронних грошей на електронному пристрої, який не може поповнюватися, не повинна перевищувати 4000 гривень;
- * сума електронних грошей на електронному пристрої, який може поповнюватися, не повинна перевищувати 14000 гривень.

Користувачі мають право використовувати електронні гроші для здійснення розрахунків за допомогою електронного пристрою, який поповнюється і перебуває в їх розпорядженні в сумі до 62 000 гривень протягом календарного року. До розрахунку цієї суми не включаються електронні гроші, погашені на вимогу користувача протягом календарного року.

Такі ліміти для використання електронних грошей встановлені НБУ та змінюються в сторону їх збільшення (у 2015 році зросли майже удвічі, порівняно з 2010 роком, про що були внесені відповідні зміни до Положення).

Випуск електронних грошей здійснюється шляхом їх надання користувачам або комерційним агентам в обмін на готівкові або безготівкові кошти. **Банк має право надавати своїм клієнтам**, у тому числі шляхом укладення з юридичними особами агентських договорів, **такі фінансові послуги у сфері використання електронних грошей:**

- розповсюдження електронних грошей;
- здійснення обмінних операцій з електронними грошима;
- надання засобів поповнення електронними грошима електронних пристроїв;
- приймання електронних грошей в обмін на готівкові/безготівкові кошти.

Емітент та агент з розповсюдження на підставі договору, укладеного з емітентом, під час розповсюдження електронних грошей зобов'язані надавати електронні гроші користувачу з мо-

менту внесення ним готівкових коштів у касу або ініціювання переказу безготівкових коштів. Емітент має право надавати користувачам засоби поповнення електронними грошима електронних пристроїв та укладати договори з агентами з поповнення про надання користувачам таких засобів.

Користувачем електронних грошей, відповідно до ст. 15 Закону «Про платіжні системи», може бути суб'єкт господарювання або фізична особа. Користувач – суб'єкт господарювання має право отримувати електронні гроші та пред'являти їх до погашення лише в обмін на безготівкові кошти, а фізична особа – в обмін як на готівкові так і безготівкові кошти.

Суб'єкт господарювання як користувач електронних грошей має право використовувати їх для здійснення оплати товарів, робіт та послуг. Користувач – фізична особа, окрім оплати товарів, робіт та послуг, має право переказувати електронні гроші іншим користувачам – фізичним особам.

Відповідно до п. 3.3. Положення встановлені ліміти для таких переказів. Фізичні особи мають право переказувати електронні гроші іншим користувачам, фізичним особам, з використанням наперед оплачених карток у сумі до 500 гривень на день та не більше 4 000 гривень протягом одного місяця.

Суб'єкт господарювання, який приймає електронні гроші як оплату за поставлені товари, виконані роботи, надані послуги, має право використовувати отримані електронні гроші виключно для обміну на безготівкові кошти або повертати їх користувачам у разі повернення ними відповідно до Закону «Про захист прав споживачів» товарів, придбаних за електронні гроші.

Підставою виникнення відповідних правовідносин між емітентом та користувачем електронних грошей є цивільний договір про надання послуг. На підставі аналізу чинного законодавства у цій сфері можливо зробити висновок, що такий договір укладається за приєднанням до пропонованих умов (ст. 634 ЦК України) та є публічним договором (ст. 633 ЦК України).

Отже, до правового регулювання відносин його сторін застосовуються відповідні норми ЦК України (глава 63 – Послуги. Загальні положення) з урахуванням норм спеціального законодавства. Якщо користувачем електронних грошей є фізична особа, то до відносин сторін застосовується законодавство про захист прав споживачів.

Відповідно до п. 2 Розділу 6 Положення банк, що має намір здійснити випуск електронних грошей, повинен подати до НБУ для узгодження правил використання електронних грошей низку документів за встановленим переліком. Серед них також і зразки договорів, що укладатимуться з користувачами (пп. 4 п. 2 Р. 6 Положення). Тобто умови таких договорів повинні погоджуватися емітентом з НБУ.

Предметом договору є послуга з надання у встановленому порядку електронних грошей. Відповідно до п. 2.5. Положення емітент, оператор та агенти зобов'язані надавати торговцям та користувачам інформацію щодо тарифів і правил здійснення операцій з електронними грошима до укладання з ними договорів щодо електронних грошей.

Порядок доведення такої інформації до зацікавлених осіб має визначатися внутрішніми локальними актами емітента. Оскільки споживач відповідної послуги не може пропонувати свої умови договору, так як договір укладається за приєднанням до пропонуваних умов, то надзвичайно важливо, щоб положення таких договорів не носили дискримінаційного характеру щодо користувачів, зокрема у частині встановлення плати за надання відповідних послуг, конфіденційності інформації, контролю за операціями з електронними грошима тощо.

Зазначений договір є консенсуальним, тобто вважається укладеним з моменту приєднання користувача до пропонуваних умов. Договір носить відплатний характер і є взаємозобов'язуючим, оскільки кожна з його сторін наділена кореспондуючими правами та обов'язками.

Змістом договірною зобов'язання є право користувача на одержання відповідної послуги від емітента і обов'язок емітента надати таку послугу, якщо він має таку можливість (публічний характер договору). Користувач зобов'язаний оплатити послугу відповідно до встановлених тарифів, а емітент має право вимагати відповідної плати. Специфіка відносин сторін полягає у тому, що умови, порядок надання послуги, власне умови та способи користування електронними грошима чітко регламентуються законодавством і не можуть бути змінені сторонами навіть за взаємною домовленістю.

Договірні відносини є триваючими в часі, оскільки виконання договору не обмежується видачею користувачу у встановленому порядку електронних грошей. Емітент здійснює обслуговування усіх трансакцій з їх використанням. Відносини сторін припиняються з погашенням електронних грошей або з їх повним використанням.

За відсутності прямого законодавчого регулювання такого договору важливого значення набуває його зміст. А зміст, як було встановлено, визначає емітент та погоджує з НБУ. Користувач лише приєднується до пропонованих умов без права запропонувати свої умови.

Обслуговування обігу електронних грошей можуть здійснювати комерційні агенти – юридичні особи-резиденти, представництво установи міжнародної організації, членом якої є Україна або яка здійснює в Україні діяльність з надання гуманітарної допомоги на підставі міжнародних угод з Україною, особи, які діють на підставі договору, укладеного з емітентом.

Комерційні агенти здійснюють:

- * розповсюдження електронних грошей (агент з розповсюдження);
- * надання засобів поповнення електронними грошима електронних пристроїв (агент з поповнення);

* обмінні операції з електронними грошима (агент з обмінних операцій);

* приймання електронних грошей в обмін на готівкові/безготівкові кошти (агент з розрахунків);

Комерційним агентом з розрахунків може бути виключно банк і небанківська фінансова установа, що має ліцензію на переказ коштів без відкриття рахунків, видану НБУ.

Положення встановлює вимоги щодо погашення електронних грошей. До речі, Директива 2009/110/ЄС містить імперативну вимогу: держави-члени повинні гарантувати, що на вимогу власника електронних грошей емітенти забезпечують їх *викуп* у будь-який момент часу за номінальною вартістю при збереженні грошової вартості електронних грошей.

Отже, відповідно до Розділу 4 Положення, на вимогу пред'явника емітент зобов'язаний здійснювати *погашення* випущених ним електронних грошей.

Електронні гроші, належні фізичній особі, погашаються готівковими коштами через операційну касу або шляхом їх переказу на банківський рахунок цієї фізичної особи. Погашення електронних грошей на вимогу суб'єктів господарювання здійснюється виключно шляхом переказу на їх банківські рахунки. Електронні гроші є погашеними емітентом з часу зарахування суми переказу на рахунок користувача або видачі йому готівкових коштів.

Положення встановлює низку вимог до емітента електронних грошей. Емітент має право самостійно забезпечувати здійснення операцій з електронними грошима або укладати договори з операторами про виконання ними відповідних функцій, що забезпечують використання електронних грошей. Оператор має бути резидентом.

Емітент або оператор, що діє на підставі договору з емітентом, зобов'язані забезпечити фіксування всіх трансакцій електронних грошей між користувачами, торговцями, агентами, еміте-

нтом та оператором за допомогою технічних засобів. Відповідна інформація про усі трансакції електронних грошей має зберігатися протягом п'яти років у формі, яка дає змогу перевірити її цілісність.

Відповідно до п. 5.3. Положення емітент зобов'язаний забезпечити запровадження:

- * організаційних, процедурних заходів та використання технічних засобів з метою запобігання, виявлення, перешкоджання та протидії шахрайству;

- * системи захисту інформації, пов'язаної з випуском, використанням та погашенням електронних грошей;

- * заходів із запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму відповідно до законодавства України;

- * контролю за операціями з електронними грошима, які мають здійснюватися виключно на території України. Зазначене доповнення у Положенні з'явилося відповідно до внесених змін від 19 червня 2014 року. У такій редакції норма Положення викликає сумнів, адже чи вправі емітент контролювати операції користувача електронних грошей? Користувач є їх власником (не дивлячись на умовність терміну). Відповідно він вправі здійснювати будь-які операції з електронним грошима, що отримані ним в обмін на належні ж йому готівкові чи безготівкові кошти.

Реалізуючи право контролю за операціями з електронними грошима, емітент порушує права користувача на свободу договору, свободу підприємницької діяльності, конфіденційність тощо. Емітент може реагувати у порядку контролю на операції з електронним грошима (забороняти їх вчинення, скасовувати уже проведені тощо), але тільки з підстав, що визначені законом та у встановленому порядку. Надання беззастережного права контролю за операціями з електронними грошима не буде сприяти формуванню довіри до них, зрештою формування відповідного сектору відносин.

Емітент може і повинен здійснювати контроль за дотриманням оператором та агентами під час здійснення операцій з електронними грошима як вимог Положення, так і правил використання електронних грошей. Але про таке право емітента, як про окреме, йдеться у п. 5.4. Положення. Тобто, його здійснення не охоплюється правом контролю за операціями з електронними грошима, що передбачене п. 5.3. Положення.

Порядок контролю встановлюється правилами використання електронних грошей, що за своєю правовою природою є локальним актом емітента та спрямований на урегулювання відповідних відносин у разі емісії та використання електронних грошей. Такі правила узгоджуються з НБУ банком-емітентом до початку випуску електронних грошей. Це означає, що засоби та методи контролю, засоби впливу у процесі здійснення контролю носять кулуарний характер, що видається неприйнятним. Звичайно, що випуск електронних грошей та їх використання повинні контролюватися, але у спосіб, визначений законом, а не підзаконними чи локальними актами.

Отже, електронні гроші – умовне поняття, оскільки вони не відповідають ознакам грошей, що випливають зі змісту, зокрема ст. 192 ЦК України та інших актів. Їх емітентом відповідно до національного законодавства може бути банк, тоді як емітентом грошових знаків може бути виключно НБУ. Є і принципова відмінність між емісією електронних грошей та емісією грошей. Електронні гроші не є якимось специфічним видом майна, хоч і існують у формі їх фіксації на спеціальних носіях.

У легальному визначенні електронних грошей зазначається їх зобов'язальна природа. Електронні гроші, відповідно до ст. 15 Закону «Про платіжні системи» є грошовим зобов'язанням. Його сторонами є емітент та користувач. Таке зобов'язання носить безстроковий характер та може припинитися шляхом погашення електронних грошей.

Хоча у Директиві 2009/110/ЄС і у національному законодавстві вживається поняття «власник електронних грошей», таке застосування є умовним. Оскільки сутність електронних грошей не може бути пояснена з точки зору речового права, то права власності на них не виникає.

Електронні гроші не є річчю, не дивлячись на те, що вони існують у специфічній формі вираження як цифровий інформаційний масив. Власне така форма їх існування теж є специфічною ознакою правового режиму. Інформація про розмір грошових зобов'язань емітента зберігається на спеціальних технічних засобах (в пам'яті комп'ютера) і використовується користувачем для складання електронного повідомлення. У повідомленні зазначається сума вимоги до емітента в межах дійсної вартості, що є забезпеченням електронних грошей та зберігається в емітента.

Вимога виконується емітентом шляхом сплати певної грошової суми одержувачу. Таким чином, електронні гроші, право користування якими виникло з договору між їх емітентом та користувачем, не є самоціллю для нього. І договір, і електронні гроші виконують певні допоміжні функції щодо відплатних договорів, укладених користувачем з третіми особами у цифровому середовищі.

Електронні гроші оптимізують оплату товарів, робіт, послуг у цифровому середовищі. Спрощуючи процедури оплати, електронні гроші таким чином, здешевлюють операції з обслуговування оплати, економлять час та фізичні зусилля, сприяючи у кінцевому підсумку розвитку відносин у цифровому середовищі.

Електронні гроші забезпечуються відповідними готівковими або безготівковими коштами. Це замітники грошей. Чи можуть вони забезпечуватися, наприклад, золотом, іншими дорогоцінними металами тощо? Наразі відповідь негативна – тільки готівковими або безготівковими коштами. Але відносини динамічні, відповідні потреби у користувачів можуть зумовити перегляд існуючих як міжнародних, так і національних підходів.

Електронні гроші використовуються як платіжний інструмент, але не є платіжним засобом. Таким є тільки грошова одиниця України – гривня. Електронні гроші використовуються для розрахунків через комп'ютерні мережі. Чи можуть електронні гроші бути самостійним предметом цивільних договорів, наприклад, позики, бартеру тощо. За відсутності прямих законодавчих вказівок на заборону їх обігу, можна стверджувати, що електронні гроші можуть бути предметом цивільних договорів.

У судовій практиці непоодинокими є справи щодо титульних знаків, що мають зовнішню подібність з електронними грошима, проте такими не є.

Так, до Шевченківського районного суду м. Львова звернулася ФОП Особа 1 з позовом до Особи 2 про стягнення коштів в сумі 23323,29 грн. З описової частини судового рішення вбачається, що у 2009 році між Особою 3 та відповідачем – Особою 2 був укладений договір позики титульних знаків (зазначені дані).

Відповідно до цього договору відповідачу у власність були передані титульні знаки типу WMZ в обсязі, що дорівнює 499,5 WMZ, а відповідач зобов'язався їх повернути та оплатити користування позикою, всього в сумі 567,21 WMZ в зазначений в договорі 30-добовий строк. В позові зазначено, що відповідно до договору позики 1 WMZ дорівнює 1 долару США. Згодом між позикодавцем – Особою 3 та ФОП Особою 1 – позивачем у справі, було укладено договір про уступку права вимоги на повернення зазначених титульних знаків.

Таким чином, до ФОП Особи 1 перейшли усі права за договором позики титульних знаків. Оскільки на момент заявлення позову сума боргу, виражена у титульних знаках, не була повернута, ФОП звернувся до суду. У позовній заяві позивач просить застосувати аналогію закону, а саме норми, що регулюють договірні відносини позики.

Цікаво проведено нарахування процентів за прострочення виконання, що є характерним для практики кредитних договорів.

У більшості випадків такі проценти ні суд, ні відповідач не перераховують, їх стягують у заявленому розмірі. Суми стягнень абсолютно неспівмірні із сумою кредиту (позики) та перевищують «тіло» кредиту в рази. У даній справі позивач просив про стягнення 2919,06 титульних знаків WMZ, що еквівалентно 23323,29 грн. Ця сума, за його підрахунками включає суму позики та проценти за прострочення. Сума позики складала 499,5 титульних знаків, заявлена до примусового стягнення сума майже у шість разів її перевищує!

Договір укладався з використанням системи «Transfer» на підставі локальних нормативних актів системи: Кодексу системи WebMoney Transfer, Правил проведення операцій в борговому сервісі системи WebMoney Transfer та Угоди про трансфер майнових прав цифровими титульними знаками в цій системі. Усі акти розміщені на офіційному сайті системи.

У цьому та деяких аналогічних судових рішеннях¹ поняття «електронні гроші» не вживається, йдеться про титульні знаки. Операції з електронними грошима урегульовані національним законодавством, що встановлює низку вимог та заборон щодо діяльності з ними.

Аналізована ситуація не зовсім відповідає встановленому правовому режиму. Тому позивач посилається на Кодекс системи та інші локальні акти, на укладений договір, у якому, опираючись на принцип свободи договору, можна урегулювати відносини сторін на їх розсуд.

Тим більше, що «розсуд» споживача до уваги не приймається, адже договори укладаються за приєднанням до пропонованих умов (ст. 634 ЦК України). Замість поняття «електронні гроші» вживається інше – титульні знаки. З такої позиції усе ніби вірно.

¹ Див., наприклад: Рішення Деснянського районного суду м. Києва від 19.04.2016. у справі № 754/1032/16-ц, Рішення Деснянського районного суду м. Києва від 15.01.2013. у справі № 2603/9980/12. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

У вказаній справі суд дійшов висновку, що позов підлягає до часткового задоволення з таких мотивів. Судом встановлено, що сторони є учасниками системи обліку трансферу майнових прав вимог цифровими титульними знаками «Transfer». Вона є системою онлайн-платежів і середовищем для ведення електронного бізнесу між учасниками в мережі Інтернет. Володільцем і адміністратором цієї системи є компанія WM Transfer Ltd, інтереси якої представляє її керуюча компанія «UAB BALTIC», а в Україні представником є ТОВ «Українське гарантійне агентство».

Для взаєморозрахунків між учасниками в системі «Transfer» використовуються титульні знаки, які є еквівалентом обміну в товарообороті, що відбувається в мережі Інтернет. Також судом встановлено, що WM Debt Service – це сервіс системи WebMoney Transfer, що дозволяє давати та брати у позику титульні знаки (що йменуються WMZ, та еквівалентні доларам США) учасникам системи WM на певний час та під певний відсоток. Таким чином, Особа 2 та Особа 3 як учасники системи, уклали між собою договір позики титульних знаків.

Даючи оцінку наданим доказам, суд вірно зіслався на положення ст. 8 Закону «Про електронні документи», у якій йдеться, що юридична сила електронного документа не може бути заперечена виключно через те, що він має електронну форму. Допустимість електронного документа як доказу не може заперечуватися виключно на підставі того, що він має електронну форму. Аналогічно, суд оцінив і проставлений на електронному документі підпис на підставі ст. 3 Закону «Про електронний цифровий підпис». Тому суд цілком вірно дійшов до висновку, що договір між Особою 3 та Особою 2, укладений в електронній формі, має таку ж юридичну силу як і письмовий.

На підставі договору про уступку права вимоги саме ФОП вправі вимагати виконання за договором позики титульних знаків на свою користь. Відповідно до ч. 1, 2 ст. 533 ЦК України, якщо у зобов'язанні визначено грошовий еквівалент в іноземній валюті,

сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений законом, іншим нормативно-правовим актом або договором. Тому судом проведено відповідний перерахунок. Суд також встановив, що оскільки в договорі не передбачена періодична сплата процентів за користування позиченими титульними знаками, то вимога про стягнення процентів у заявленій сумі є безпідставною.

Таким чином, суд своїм рішенням стягнув заборгованість відповідача за договором позики в розмірі 567,21 титульних знаків WMZ, яка складає 567,21 доларів США, що еквівалентно 4533,71 гривні¹.

Однак це рішення було скасовано судом апеляційної інстанції з наступних мотивів. Згідно з Правилами проведення операцій в борговому сервісі системи WebMoney Transfer та Угоди про трансфер майнових прав цифровими титульними знаками в цій системі учасники мають право укладати угоди щодо майнових прав, які обчислюються одиницями обчислення майнових прав – титульними знаками WebMoney /скорочено – WMZ/. Всі розрахунки в системі здійснюються тільки в титульних знаках.

Зазначеними Правилами і Кодексом системи WebMoney Transfer не передбачено повернення позичених титульних знаків будь-яким грошовим еквівалентом; вирішення спорів між учасниками системи покладено на розгляд Арбітражу системи (п.п.1.6-1.7; 3.8-3.9; 8.1-8.2; 5.1"о"; ст.ст.2.2.1; 5.1 Кодексу).

За змістом ст. 9 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» порядок діяльності платіжної системи визначається її правилами, встановленими платіжною організацією відповідної платіжної системи, які мають бути узгоджені з Національним банком України.

¹ Рішення Шевченківського районного суду м. Львова від 28.05.2013. у справі № 1328/10340/12. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Судом встановлено, що міжнародна платіжна система «WebMoney Transfer» Правила проведення операцій в борговому сервісі з Національним банком України не узгоджувала, ліцензію національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, на здійснення переказу коштів не отримувала, курс прийнятих в платіжній системі цифрових титульних знаків до гривневого еквіваленту, який являється єдиною грошовою одиницею на території України, не затверджувала.

Правилами проведення операцій в борговому сервісі системи WebMoney Transfer і Кодексом системи WebMoney Transfer не передбачено повернення позичених титульних знаків будь-яким грошовим еквівалентом, а вирішення спорів між учасниками системи покладено на розгляд Арбітражу системи. Тому апеляційний суд прийшов до висновку, що рішення суду першої інстанції слід скасувати та ухвалити у справі нове рішення, яким у задоволенні позову про стягнення коштів відмовити¹.

На офіційному сайті системи не зазначені ні юрисдикція компанії, ні її засновники. Компанія позиціонує себе не як оператора електронних розрахунків, а як систему онлайн розрахунків, а саме обліку і переуступки майнових прав (без здійснення переказу грошей). Специфіка роботи системи полягає в тому, що відповідно до ч. 1 п. 1 ст. 512 ЦК України кожен користувач укладає договір відступлення права вимоги на кошти в банку із українською компанією-гарантом. За таким принципом працюють різні компанії. Найбільшими з них у гривневому сегменті є WebMoney.UA, LiqPay та W1.

Зокрема, система WebMoney дозволяє за допомогою електронних одиниць здійснювати розрахунки (переказ електронних одиниць від однієї особи до іншої з можливістю їх «виведення» – обміну на «справжні» грошові кошти). Така діяльність системи

¹ Рішення Апеляційного суду Львівської області від 24.10.2013. у справі № 1328/10340/12. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

WebMoney на території України формально не охоплювалася дією Положення про електронні гроші. Саме ж поняття «електронні гроші» не використовувалося. Натомість йшлося про «титульні знаки». Придбання титульних знаків за гривневий еквівалент зовні свідчить про набуття покупцями прав вимоги до організації-гаранта (ТОВ «Українське гарантійне агентство»).

Таким чином, купуючи в гаранта титульні знаки за гривні, особа набуває не електронні гроші, а права вимоги до третьої особи (конкретної банківської установи). Далі такі титульні знаки (тобто, права вимоги) можуть обмінюватися на товар (наприклад, в Інтернет-магазині), позичатися тощо. Таким чином, фактична купівля товару юридично є обміном цього товару на права вимоги. Титульні ж знаки не є електронними грошима. Відсутні і будь-які банківські операції.

У системі використовуються декілька типів титульних знаків, що обліковуються на відповідних «електронних гаманцях», наприклад: WMZ – еквівалент долара; WME – еквівалент євро; WMG – еквівалент грама золота; WMX – еквівалент 0,001 загадкового біткойна.

Сама ж система не бере участі в обміні титульних знаків на товари чи у будь-яких інших операціях з ними. Вона лише надає відповідний сервіс. До речі, можливість отримання кредитів між учасниками системи з'явилася у 2001 році. Як зазначено у її локальних актах (про це йдеться і у мотивувальній частині рішення суду) – вона є системою онлайн-платежів і середовищем для ведення електронного бізнесу між учасниками в мережі Інтернет.

Свого часу українські правоохоронні органи мали претензії до системи, які зводилися до того, що система оперує електронними грошима і незаконно здійснює підприємницьку діяльність на території України, працює без узгодження правил діяльності з НБУ.

21 травня 2015 року НБУ вніс Webmoney.UA в реєстр платіжних систем. В листопаді 2015 року WebMoney отримала євро-

пейську ліцензію FCA (Financial Conduct Authority). Її європейському гаранту – WebMoney Europe Ltd. надано офіційний статус емітента електронних грошей в усіх країнах, що входять у європейську економічну зону. А електронні гаманці, використовувані у системі, набули режиму електронних грошей.

З обставин, викладених у рішенні одного з районних судів м. Києва, впливає наступне: до суду звернувся представник ТОВ «Лізинг ІТ Сервіс» (позивач) до відповідача – Особи 1 про стягнення суми заборгованості. Між ТОВ «Лізинг ІТ Сервіс» та Особа 1 укладено договір «Гроші до зарплати», відповідно до умов якого позивач надав відповідачу електронні грошові кошти у сумі 2000,00 грн. в обмін на зобов'язання відповідача перерахувати готівкові або безготівкові грошові кошти на користь позивача, а також сплатити позивачу інші передбачені договором платежі.

Грошові кошти відповідачу надані шляхом їх переказу на його електронний гаманець в системі розрахунків «MoneXu», номер електронного гаманця є номером мобільного телефону відповідача, який вказаний в договорі. Відповідач при укладенні договору отримав банківську платіжну картку та зареєстрував її за номером свого телефону. Позивач є комерційним агентом з розповсюдження електронних грошових коштів користувачам в системі розрахунків «MoneXu» та діє на підставі агентського договору з ПАТ «Фідобанк».

Сума заборгованості за підрахунками позивача складає 11 440,00 грн.: отриманої за договором суми у розмірі 2000,00 грн., неустойки у розмірі 20% від отриманої за договором суми у розмірі 400,00 грн., неустойки у розмірі 2% від суми заборгованості за кожний повний та неповний день строку прострочення у розмірі 9040,00 грн.!

Оцінюючи зібрані у справі докази, суд прийшов до висновку, що позовні вимоги про стягнення суми заборгованості за договором обґрунтовані, законні та підлягають задоволенню. Позовні вимоги за відсутності сторін були повністю задоволені шля-

хом винесення заочного рішення суду. З відповідача стягнуто на користь позивача ще й 1378,00 грн. судового збору¹.

Цим же судом за аналогічними позовами цього ж «Лізинг ІТ Сервіс» за аналогічними обставинами винесені низка аналогічних рішень². У жодному з них суд не дав правової оцінки відносинам сторін та навіть не зробив спроби переконатися у вірності та законності підрахунків сум заборгованості, які просив стягнути позивач. А стягнуті суми майже у п'ять разів перевищували суми так званої позики, плюс чималий судовий збір, стягнутий на користь позивача.

Проте за викладеними у судових рішеннях обставинами виникає чимало запитань щодо законності укладення таких договорів загалом. Агент з розповсюдження електронних грошей перераховував на електронний гаманець користувачів електронні грошові кошти в обмін на їх зобов'язання перерахувати готівкові або безготівкові грошові кошти на його користь.

Такі операції не є позикою. Це розповсюдження електронних грошей. Відповідно до відносин сторін не можуть застосовуватися норми, якими встановлюється відповідальність за прострочення виконання грошового зобов'язання, бо грошового зобов'язання, аналогічного позиці, за таких обставин не виникає. Надання у позику грошових коштів агентом з розповсюдження електронних грошей суперечить виду його діяльності, хоча варто визнати відсутність прямих заборон та наявність серйозних прогалин правового регулювання щодо використання електронних грошей.

¹ Рішення Оболонського районного суду м. Києва від 15.09.2016. у справі 756/1936/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

² Рішення Оболонського районного суду м. Києва від 04.12.2015. у справі № 756/11634/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Рішення Оболонського районного суду м. Києва від 09.12.2015. у справі № 756/11627/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Така практика зрештою суперечить європейській практиці, орієнтованій на Директиву 2009/110/ЄС. У Директиві зазначено, що установам-емітентам електронних грошей не слід дозволяти надавати кредит з коштів, отриманих або утримуваних з метою випуску електронних грошей. Агент з розповсюдження електронних грошей не має інших коштів, окрім отриманих від користувачів на забезпечення видачі ЕПЗ.

У цих ситуаціях усі договори з користувачами уклалися в електронній формі шляхом приєднання до пропонованих умов. Якими б дискримінаційними не були положення договору, їх неможливо оскаржити кудись комусь, оскільки жоден орган не здійснює жодного нагляду за умовами договорів, що укладаються за приєднанням до пропонованих умов. Їх укладення здійснюється виключно на ризик споживача. Або укладати, або шукати іншого контрагента з прийнятними умовами договору. За відсутності здорової конкуренції на ринку та слабо вираженої дії антимонопольного та конкурентного законодавства малоймовірно знайти щось краще.

Залишається апелювати до споживача – уважно вивчати умови договорів, що пропонуються до укладення різними суб'єктами, особливо, якщо їх зміст стосується грошей. Ризик вибору контрагента повністю покладається на споживача. Відвертого грабунку можна було б уникнути, вникаючи у зміст договору, на який погоджувався конкретний споживач.

MoneXu – перша ліцензована електронна платіжна система в Україні. Дозволяє оплачувати рахунки за різні товари і послуги в режимі он-лайн через Інтернет за допомогою міжнародних платіжних карток Visa і MasterCard, а також виведення коштів на банківські карти та здійснення грошових переказів між користувачами сервісу. Особливістю сервісу є ідентифікація клієнта через номер його мобільного телефону. Емітентом електронних грошей MoneXu був Фідобанк.

З травня 2016 роботу системи призупинено через введення тимчасової адміністрації до Фідобанку. Користувачі втратили доступ до своїх аккаунтів та коштів. На момент банкрутства Фідобанку система МoneХу була однією з найбільших в Україні (300 тис. користувачів).

Така ситуація окреслює серйозну проблему, яка наразі немає законодавчого вирішення. Йдеться про нормативне закріплення гарантій прав користувачів електронними грошима у разі припинення з різних підстав емітента (яким є виключно банк) як юридичної особи.

РОЗДІЛ 8. КРИПТОВАЛЮТА ЯК ПРОДУКТ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

Інформаційні технології з кожним днем все більше і більше захоплюють усі сфери суспільного життя. Їх розробники прагнуть виключити людський фактор та комп'ютеризувати різні суспільні відносини. Зароджуються нові явища, процеси, суспільні відносини набувають «цифрового» характеру. Відповідно це потребує осмислення, пояснення, обґрунтування.

Світова фінансова криза, що розпочалася з банкрутства декількох великих фінансових установ США, спричинила негативний вплив на стан економіки практично усіх країн. Були поставлені під загрозу стабільність національних грошових систем, низка фінансових інструментів стали неліквідними, впало промислове виробництво та ВВП, збільшилось безробіття. Вважають, що саме тоді з'явилася ідея створення нової, незалежної від зовнішніх факторів та держави, валюти на основі інформації – криптовалюти.

Варто зазначити, що ідея використовувати криптографію для конфіденційності платежів виникла ще на початку 1990-их років, проте вона не змогла влитись в класично регульовану фінансову систему. Криптографія (від грецького *kryptós* – прихований і *gráphein* – писати) – наука про математичні методи забезпечення конфіденційності, цілісності і автентичності інформації¹. Це процес шифрування-дешифрування, тобто перетворення звичайної інформації (відкритого тексту) в шифротекст і навпаки.

Криптографія застосовується для забезпечення її псевдонімності (всі транзакції публічні, але прив'язки до конкретної людини за замовчуванням немає, проте особу користувача може бути встановлено, якщо відома необхідна додаткова інформація²).

¹ Криптографія. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Криптографія>

² Криптовалюта. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Криптовалюта>

До речі, на даний час планується емісія валюти (Zerocoін), де псевдонімність буде замінена на анонімність.

Криптовалюта (від англ. *cryptocurrency*) – вид цифрової валюти, емісія та облік якої засновані на асиметричному шифруванні і застосуванні різних криптографічних методів захисту (асиметричне шифрування даних з використанням публічних та приватних ключів)¹. Це валюта, що не має єдиного емісійного центру, який би контролювався урядом, а всі операції, що пов'язані з нею, є миттєвими, анонімними та дешевими.

Дослідники наводять різні дані щодо видів криптовалюти (від 80 до 640 видів)² – Bitcoin, Ripples, Litecoin, Terracoin, PРcoin, Namecoin, Novacoin та інші. В основі функціонування більшості з них закладені одні і ті ж принципи. Уперше поняття «криптовалюта» було використано щодо Bitcoin (BTC), який станом на сьогодні є найпопулярнішим. BTC (від англ. *bit* – мінімальна одиниця інформації, а *coin* – монета). На нього припадає 70% капіталізації від усіх криптовалют. У 2017 році загальна капіталізація усіх відомих криптовалют, за різними оцінками, досягла 30 млрд. \$ і за останніми прогнозами фахівців вона може збільшитися в 10 раз лише за 4 роки³.

Спочатку Bitcoin практично нічого не коштував, перша купівля двох піц обійшлась в 10 тис. Bitcoin, а на сьогодні вартість одного Bitcoin за різними оцінками становить близько 2,5 тис. \$.

¹ Криптовалюта. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Криптовалюта>

² Криптовалюта. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Криптовалюта>; Поливка Н., Лихута В. Цифровая валюта: правовой статус, преимущества и недостатки использования крипто валют. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://legal-it.club/tsifrovaya-valyuta-pravovoj-status-preimushhestva-i-nedostatki-ispolzovaniya-kriptovalyut/>

³ Капіталізація ринку криптовалют перевищила \$30 млрд. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://news.finance.ua/ua/news/-/400652/kapitalizatsiya-rynku-kriptovalyut-perevyshhyla-30-mlrd>

У день відбувається понад 200 тис. Bitcoin-транзакцій¹.

Розробку Bitcoin представив в 2008 році Сатоші Накамото², проте існує думка, що такої людини насправді немає, розробники побажали залишатися невідомими, тому ім'я Сатоші Накамото вважається псевдонімом. Bitcoin працює через розподілену пірингову систему – Peer-to-peer (P2P, з англ. – рівний до рівного). P2P – варіант архітектури системи, в основі якої стоїть мережа рівноправних вузлів, що є автономними в тому сенсі, що не існує загальної влади, яка може контролювати їх³.

Кожен учасник криптовалютної мережі як самостійна структура бере участь у підтримці її роботи. BTC не має єдиного емісійного центру, а сама емісія валюти відбувається автоматично на основі математичного алгоритму шляхом генерації блоків транзакцій. Кожен Bitcoin володіє унікальним кодом зі згенерованим блоком транзакцій.

Цікаво, що крім купівлі BTC, можливим є спосіб його добування під назвою майнінг (від англ. mining – видобуток корисних копалин)⁴, що виглядає як спосіб емісії BTC. Майнінг – це процес використання обчислювальних потужностей комп'ютерних систем для створення ланцюжка блоків транзакцій криптовалюти⁵. Bitcoin отримує той, хто додав черговий блок в базу транзакцій. Враховуючи, що майнінг потребує величезних ресурсних потужностей, створюються майнінгові ферми (надпотужні комп'ютерні станції).

¹ Поливка Н., Лихута В. Цифровая валюта: правовой статус, преимущества и недостатки использования крипто валют. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://legal-it.club/tsifrovaya-valyuta-pravovoj-status-preimushhestva-i-nedostatki-ispolzovaniya-kriptovalyut/>

² Біткойн. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>.

³ Peer-to-peer. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>

⁴ Біткойн. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>.

⁵ Криптовалюты как пиринговые системы и платежные средства URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://paysyst.ru/crypto-payment-system.html>

Первісна вартість криптовалюти залежить від потужностей комп'ютерів, що підтримують роботу мережі, а вторинна залежить від попиту на криптовалюту серед її користувачів.

Так, після того як згоріла потужна Bitcoin-ферма в Таїланді (вартість якої становила понад 2 млн. \$), курс Bitcoin різко виріс¹. Попит буває спекулятивно-інвестиційний (купівля з метою дорожчого перепродажу), купівля товару за криптовалюту або ж переказ криптовалюти на інший рахунок без комісії².

Також на попит впливає факт кінцевої (завершальної) емісії криптовалюти. Це означає, що криптовалюти мають загальний обсяг емісії. Для прикладу, загальна кількість Bitcoin становить 21 мільйон монет³. Для підтримки загального обсягу випущеної криптовалюти відбувається процес демісії (згорання невеликої суми під час проведення кожної транзакції).

Отож, основу BTC становить ланцюжок блоків транзакцій, що називається Blockchain (англ. від block – блок, chain – ланцюг) — розподілена база даних, яка підтримує постійно зростаючий перелік записів, званих блоками, захищена від підробки та переробки⁴. Кожен наступний блок містить посилання на попередній.

Таким чином створюється безперервний ланцюжок взаємопов'язаних блоків. Інформація в блоках не шифрована і доступна у відкритому вигляді, однак захищена від змін криптографічно через хеш-ланцюжок. Проте такі транзакції не розкривають особу, що її здійснила. Номер рахунку може бути створено одноразово для миттєвої транзакції та не пов'язується з його власником. Так і забезпечується принцип анонімності.

¹ Пожар на Bitcoin-ферме в Таїланді потужністю в 5 МВт. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://bits.media/news/pozhar-na-bitcoin-ferme-v-taillande-moshchnostyu-v-5-mvt/>

² Криптовалюта. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Криптовалюта>.

³ Криптовалюта. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Криптовалюта>.

⁴ Ланцюжок блоків транзакцій. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Ланцюжок_блоків_транзакцій

Користувач Bitcoin самостійно обирає ступінь участі в мережі. Можлива офіційна реєстрація і використання своїх справжніх паспортних даних, створення Bitcoin-гаманця, що забезпечить безпеку власника рахунку, а можлива і анонімна участь з використанням одноразових рахунків з миттєвими транзакціями, без жодних даних і документів, що звісно є менш захищеними¹. Для автентифікації (з грец. αὐθεντικός – реальний або істинний) – процедури встановлення належності користувачеві інформації в системі пред'явленого ним ідентифікатора використовується криптографічні токени². Це електронні ключі, що посвідчують особу-користувача рахунку. Токени можуть забезпечувати навіть безпечний цифровий підпис³. Варто зазначити, що втрата ключа в режимі анонімності призведе до втрати криптовалюти.

На сьогодні існує декілька способів використання Bitcoin і криптовалюти загалом. По-перше, це спосіб інвестування і об'єкт інвестування (інвестиційної діяльності). Для прикладу, відбувається публічний продаж криптовалюти ICO (Initial Coin Offering), що є аналогом IPO (Initial Public Offering), через криптовалюту здійснюється збір коштів (краудфандинг/краудінвестинг). А українська юридична компанія «Axon Partners» в 2016 році внесла BTC в свій статутний капітал⁴.

Для отримання прибутку з криптовалюти її потрібно обміняти на фіатні гроші (тип грошей або валюти, цінність яких походить не від власної вартості або гарантії обміну на золото або

¹ Bitcoin. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://bitcoin.org/uk/you-need-to-know>.

² Автентифікація. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Автентифікація>

³ Токен_автентифікації. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Токен_автентифікації

⁴ У Відні відкрився перший у світі біткойн-банк URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://konkurent.in.ua/news/svit/11839/u-vidni-vidkrivsyu-pershij-u-sviti-bitkojnbank.html>

іншу валюту, а від державного наказу (fiat) використання їх як засобу платежу¹) через власні криптобіржі.

Так, в Канаді можна створити компанію для обміну криптовалюти у разі, якщо їй відкрити рахунок в банку, зареєструвати в Центрі аналізу звітів та фінансових операцій Канади (Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada), а її діяльність відповідатиме законодавству щодо протидії легалізації (відмиванню доходів), отриманих злочинних шляхом². Незареєстровані компанії не гарантуватимуть отримання коштів і у разі їх втрати юридичної відповідальності не нестимуть.

Також криптовалюту використовують як спосіб розрахунку. Для прикладу, за Bitcoin можна придбати каву в найпопулярнішій американській кав'ярні «Starbucks» або ж ноутбук MacBook на офіційному сайті компанії «Apple Inc.», в Польщі мобільний оператор T-Mobile дозволив поповнювати ним мобільний рахунок і навіть за це додатково надавав безкоштовно 20% від сплачених хвилин тощо.

В Україні прикладом використання Bitcoin можна навести випадок, який мав місце під час хакерської атаки наприкінці червня 2017 р. Зокрема, вірус заблокував роботу комп'ютерних систем банків, енергетичних компаній, державних Інтернет-ресурсів і локальних мереж, українських медіа і низки інших великих підприємств. Власники веб-ресурсів отримали повідомлення про можливість розблокувати роботу комп'ютерів і зберегти файли шляхом перерахування еквіваленту 300 дол. США в криптовалюті Bitcoin³.

¹ Фіатні гроші. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Фіатні_гроші

² Поливка Н., Лихута В. Цифровая валюта: правовой статус, преимущества и недостатки использования крипто валют. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://legal-it.club/tsifrovaya-valyuta-pravovoj-status-preimushhestva-i-nedostatki-ispolzovaniya-kriptovalyut/>

³ Див. Масштабна хакерська атака в Україні: хто потрапив "під удар". URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.unian.ua/science/1999414-masshtabna-hakerska-ataka-v-ukrajini-opublikovano-spisok-kompaniy-yaki-potrapili-pid-udar.html>

Існують POS-термінали, банкомати для криптовалюти, криптогаманці та інші стартапи, що обслуговують систему Bitcoin. Їх функціонування є швидшим і дешевшим, ніж банківське обслуговування. Конвертація криптовалюти в фіатну забезпечують Bitcoin-біржі, з якими співпрацюють дані компанії на основі агентського договору. А у Відні офіційно відкрився перший у світі Bitcoin-банк (Bitcoin-Bank)¹, що обмінює Bitcoin на євро чи інші офіційні грошові валюти.

Серед переваг криптовалюти відзначають швидкість, легкість, а за потреби ще й анонімність її використання. Також цінністю криптовалюти вважається те, що за рахунок децентралізованої системи і великої мережі незалежних користувачів забезпечується якісний її захист.

Адже з кожним новим блоком трансакцій збільшується ланцюжок криптовалюти і чим довший ланцюжок, тим важче його зламати. І справді, за своє майже 10-літнє існування система Bitcoin ще жодного разу не була зламана. Відомий хакер Ден Камінський зізнався в своїх провальних спробах щодо цієї криптовалюти².

Але, не зважаючи на завойовану популярність низка експертів висловлюють стурбованість щодо використання криптовалют, оскільки вона не відповідає класичному уявленню про валюту – не має жодного підкріплення, а, отже, не має взагалі ніякої реальної ціни. Лауреат Нобелівської премії з економіки Роберт Шиллер заявив, що BTC виглядає як «спекулятивна мильна бульбашка», а низка інших фахівців (для прикладу, представник Казначейства США і Міжнародного валютного фонду Нуріель Рубіні)

¹У Відні відкрився перший у світі біткойн-банк URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://konkurent.in.ua/news/svit/11839/u-vidni-vidkrivsy-pershij-u-sviti-bitkojnbank.html>

² Хакер визнав, що біткойн невразливий URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://webbiz.in.ua/threads/xaker-viznav-scho-bitkojn-nevrazlivij.274/>

порівнюють Bitcoin систему з фінансовою пірамідою¹. Фахівці відзначають, що криптовалюта активно використовується і для обігу нелегальних товарів (озброєння, наркотичних речовин тощо).

Проблемою є той факт, що сутність та режим криптовалюти залишаються за межами правового регулювання. Її використання залишається в «сірій зоні» (неформального сектору) економіки, а отже її власники позбавлені гарантованих державою способів правової охорони та захисту. Ні банківські, ні судові, ні правоохоронні органи не мають можливості отримати інформацію щодо криптовалютних рахунків.

Також у аналітиків є побоювання, що розвиток і активне використання криптовалют може спричинити втрату державного контролю за фінансовими потоками (в тому числі через кордон), зниження курсу офіційних валют, збільшення інфляції, послаблення фінансових установ та дестабілізацію національних економік загалом.

У світовій практиці є різні приклади вирішення проблем, пов'язаних з режимом криптовалюти. Так, у штаті Каліфорнія спробували підтримати та визнати BTC офіційною валютою, прийнявши Закон 129 (Assembly Bill 129)². Відповідно до його положень дозволяється використання криптовалюти, хоча не встановлено її правовий режим та порядок використання. У штаті Нью-Йорк введені обов'язкові ліцензії для осіб, що обслуговують BTC³. У штаті Вашингтон цифрова валюта – це об'єкт грошових

¹ Біткойн. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>.

² John Wergu Maina. AB 129 California Legally Approves the Use of Bitcoin. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.cryptocoinsnews.com/ab-129-california-legally-approves-use-bitcoin/>

³ Біткойн-обмінник Coinbase отримав ліцензію BitLicense URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://coinews.io/ua/category/1-kripto/article/234-b%D1%96tkojn-obm%D1%96nnik-coinbase-otrimav-l%D1%96cenz%D1%96ju-bitlicense#sthash.VqkUR2j.dpuf>

переказів у зв'язку з вимогами Закону «Про уніфікацію грошових послуг».

На федеральному рівні Служба протидії фінансовим злочинам Казначейства США (Financial crimes enforcement network), функції якої полягають у протидії відмиванню грошей, визнала Bitcoin як «форму грошей», майнерів прирівняла до «бізнесу з обслуговування грошей» (money service business), вказавши на необхідність їх реєстрації. За невиконання встановлених вимог винним особам загрожує відповідальність¹.

Служба внутрішніх доходів США (Internal revenue service) прирівняла BTC до власності та встановила порядок його оподаткування. У вересні 2015 року Американська державна комісія, яка займається біржовими ф'ючерсними контрактами прирівняла біткоїн до біржових товарів².

Різняться і судова практика щодо оцінки BTC. Так, Окружний суд Східного округу Техасу у справі NO. 4:13-CV-416³ прирівняв BTC до валюти із застосуванням відповідного законодавства до операцій щодо нього. А Окружний суд Флориди у справі NO. :F14-2923 ухвалив, що BTC не валюта, а власність⁴.

Остаточного уніфікованого підходу до регулювання криптовалюти в США немає. Саме тому був розроблений законопроект, який запроваджує 5-річний мораторій (з 15 червня 2015 року) щодо регулювання цифрових валют (Cryptocurrency Protocol Protection and Moratorium Act⁵). Мета законопроекту проаналізу-

¹ The law of blockchain solutions and digital currencies. Virtual Currency Report 2017. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.virtualcurrencyreport.com/tag/fincen/>

² The law of blockchain solutions and digital currencies. Virtual Currency Report 2017. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.virtualcurrencyreport.com/2014/03/irs-clarifies-tax-treatment-of-bitcoin-and-other-convertible-currencies/>

³ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.law.du.edu/documents/corporate-governance/securities-matters/shavers/SEC-v-Shavers-No-4-13-CV-416-E-D-Tex-Sept-18-2014.pdf>

⁴ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.article78againstnydfs.com/docs/FloridaCase/FloridaCase.pdf>

⁵ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.coindesk.com/california-governor-grants-bitcoin-legal-money-status/>

вати сутність та практику використання такого явища як криптовалюта, а лише тоді напрацювати її правове регулювання.

Федеральний Фінансовий наглядовий орган Німеччини (Federal Financial Supervisory Authority – BaFin) розглядає криптовалюту як цифрову цінність, яка може прийматися фізичними або юридичними особами як засіб платежу і може бути передана, збережена або продана¹. Німецький банк Fidor задекларував майбутню співпрацю з німецькою Bitcoin-біржею, що дозволить проведення торгів у криптовалюти і значно пришвидшить конвертацію в офіційні валюти, а власники Bitcoin володітимуть рахунками в «класичному» банку.

Австралія та Великобританія позитивно орієнтовані на використання криптовалюти, схильні розцінювати і прирівнювати її до товару. Норвегія розуміє Bitcoin як актив².

Не визначений статус криптовалюти і у Європейському Союзі. Поки що криптовалюта переважно використовується як засіб обміну, аніж платіжна система. Хоча Європейський суд Справедливості прирівняв Bitcoin до офіційних валют та визначив, що всі операції, пов'язані з ним, мають оподатковуватися так само, як і операції з офіційними валютами³.

Японія в 2017 році визнала Bitcoin платіжним засобом⁴. Китайська Народна Республіка спочатку визнала криптовалюту незаконною та закрила всі Інтернет-ресурси, що здійснювали роз-

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual_currency_node_en.html

² Норвегія может добавить биткоин в свой портфель. GetCoin 2016. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://getcoin.today/norvegiya-moget-dobavit-bitcoin-v-svoju-portfel/>

³ Дубенський В. Еволюція Bitcoin, або Як скасувати монополію на владу. Економічна правда. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.epravda.com.ua/publications/2015/11/10/566589/>

⁴ Японія офіційно визнала біткоіни платіжним засобом. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://biz.nv.ua/ukr/markets/japonija-ofitsijno-viznala-bitkoini-platizhnim-zasobom-907555.html>

рахунки нею, а нещодавно висловила бажання створити власну криптовалюту¹.

Офіційний сайт Bitcoin Біткойн попереджає, що не зважаючи на те, що ця валюта не має статусу офіційної, тим не менше, користувачі Bitcoin зобов'язані сплачувати податки відповідно до юрисдикції своєї країни (податки на прибуток, з продажу, на заробітну плату та податок на приріст вартості капіталу з будь-чого, що має цінність) та несуть відповідальність за дотримання податкового та іншого законодавства.

Україна входить до топ-5 країн з найбільшою кількістю користувачів крипторахунків². Але використання криптовалюти фактично є поза законом. Станом на сьогодні, в своїх роз'ясненнях (Лист № 29-208/72889 від 8 грудня 2014 року «Щодо віднесення операцій з «віртуальною валютою / криптовалютою «Bitcoin» до операцій з торгівлі іноземною валютою»³) Національний Банк України трактує криптовалюту як грошовий сурогат.

НБУ роз'яснює, що випуск віртуальної валюти Bitcoin не має будь-якого забезпечення та юридично зобов'язаних за нею осіб, не контролюється державними органами влади жодної із країн.

Отже, Bitcoin є грошовим сурогатом, який не має забезпечення реальної вартості. У Листі зазначено, що діяльність з купівлі-продажу Bitcoin за долари США або іншу іноземну валюту має ознаки функціонування так званих «фінансових пірамід» та може свідчити про потенційну залученість у здійсненні сумнівних операцій відповідно до законодавства про протидію легаліза-

¹ Китай критикує MMM і запускає свою криптовалюту. Bits Media. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://bits.media/news/kitay-kritikuet-mmm-i-zapuskaet-svoyu-kriptovalyutu/>

² Біткойн. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>.

³ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v2889500-14>

ції (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму.

Відтак, на переконання НБУ, уповноважені банки не мають правових підстав для зарахування іноземної валюти, отриманої від продажу Bitcoin за кордоном.

НБУ посилається на Європейське банківське управління (European Banking Authority, ЕВА), яке закликала банки ЄС утриматися від операцій з криптовалютами, включаючи Bitcoin, доки не буде створена система правил, яка зможе запобігти зловживанням. Управління рекомендувало владі ЄС розробити систему правил і захисних заходів для торгових платформ і створити окремі комісії зі спостереження за кожною електронною системою. Поки ж банкам слід утриматися від операцій з купівлі-продажу або навіть володінням криптовалютами.

З урахуванням таких підходів НБУ застерігає громадян та юридичних осіб щодо використання віртуальних валют для обміну на товари або грошові кошти.

Не зважаючи на відсутність правового рефлюювання, українські суди вже неодноразово вирішували спори, пов'язані з використанням криптовалюти, і навіть прийшли до різних висновків. Зокрема, Апеляційний суд м. Києва у справі № 753/599/16¹ підтримав рішення Дарницького районного суду м. Києва та вирішив, що Bitcoin не є ні офіційною валютою, ні річчю в розумінні ст. 179 ЦК України тому, що не має ознак об'єкта матеріального світу, не є і продукцією. Крім того, криптовалюта не має ознак майнових прав відповідно до ст. 3 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні».

¹ Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 12.10.2016. у справі № 753/599/16. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62052778>

А Харківський окружний адміністративний суд у справі №820/5120/16¹, опираючись на рішення Європейського суду з прав людини у справі Хедквіст проти Швеції, прирівняв криптовалюту (E-Dinar Coin) до офіційної, та вирішив, що усі операції з нею прирівнюються до операцій зі звичайними грошима. У своєму обґрунтуванні суд зазначив, що Європейський суд з прав людини постановив, що операції з Bitcoin та іншими віртуальними валютами на території Євросоюзу не повинні оподатковуватися податком на додану вартість, оскільки операції з обміну традиційних валют на біткойни повинні бути вільні від податку на додану вартість, адже правила ЄС забороняють стягнення такого податку з операцій з обміну валют, банкнот і монет.

Для захисту користувачів криптовалюти її розробники теж би мали «піти на зустріч» державним регуляторам та внести деякі зміни в систему функціонування криптовалюти для її відповідності національним правопорядкам. Це б дозволило, наприклад, ліцензувати криптовалютну діяльність, захистити права та законні інтереси її користувачів, а також унеможливило б зловживання такою системою зі злочинною метою.

Адже розробники криптовалюти спеціально створили її так, щоб держава не мала можливості контролювати її обіг. У цьому вбачається основна перевага криптовалюти, її незалежність від державної фінансової політики. Але наскільки допустимими є такі процеси у будь-якій сучасній державі? Чи можна узаконити (визнати) те, що не піддається контролю з боку державних інституцій?

Таким чином станом на сьогодні криптовалюта в Україні поза законом. Неможливо однозначно уже зараз стверджувати про виключно позитивні моменти її використання без фахової оцінки спеціалістів: фінансистів, економістів. Наскільки функці-

¹ Постанова Харківського окружного адміністративного суду від 13.10.2016. у справі № 820/5120/16. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62079235>

онування паралельної валюти, якою є криптовалюта, є безпечним для стабільності національної валюти? Як усі процеси, пов'язані з її емісією та обігом, впливають на фінансову, цінову політику, інфляційні процеси тощо.

Ураховуючи транскордонний, віртуальний характер функціонування криптовалюти, потрібні спільні зусилля світової спільноти для вироблення уніфікованих підходів до визначення її режиму (правового визнання чи заборони).

Власне виключно внаслідок міжнародної співпраці можливими є узагальнення відповідного досвіду та напрацювання конкретних засобів охорони та захисту як окремих громадян, так і державних та корпоративних інтересів. Адже відкритими залишаються питання про відповідальність за фінансові ризики, пов'язані з обігом криптовалюти, питання захисту користувачів криптовалюти тощо.

РОЗДІЛ 9. ОХОРОНА АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ

9.1. Міжнародні акти та національне законодавство про охорону авторських і суміжних прав у цифровому середовищі

Правова охорона авторських і суміжних прав у мережі Інтернет здійснюється на підставі низки міжнародних документів:

Бернська конвенція про охорону літературних та художніх творів¹;

Договору ВОІВ про авторське право²;

Договору ВОІВ про виконання і фонограми³;

Директиви Європейського Парламенту та Ради 2001/29/ЄС про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві⁴.

У цих документах не вживається поняття «Інтернет» як середовище використання об'єктів авторського і суміжних прав.

¹ Бернська конвенція про охорону літературних та художніх творів від 24.07.1971. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_051

² Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20.12.1996. (Договір ВОІВ про авторське право). URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_770. Україна приєдналася до Договору відповідно до Закону України від 20.09.2001. «Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2733-14>

³ Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятий Дипломатичною конференцією 20.12.1996. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_769. Україна приєдналася до Договору відповідно до Закону України від 20.09.2001. «Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2732-14>

⁴ Директива Європейського Парламенту та Ради 2001/29/ЄС про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_224

Сітка комп'ютерних мереж, у якій можуть здійснюватися ці права, іменується цифровим середовищем.

Зазначені акти не містять окремих положень про правову охорону об'єктів авторського і суміжних прав у цифровому середовищі, є лише певні уточнення та доповнення. Тобто, правова охорона у цифровому середовищі ґрунтується на загальновизначених підходах здійснення та захисту авторських і суміжних прав з урахуванням специфіки їх використання, що зумовлена функціонуванням всесвітньої павутини. Зміст названих та інших міжнародних документів свідчить про прагнення до уніфікації правових підходів щодо цифрового середовища кожної держави.

Відповідно до ст. 9 Бернської конвенції автори користуються виключним правом дозволяти відтворення своїх творів будь-яким чином і в будь-якій формі. Зміст права автора дозволяти публічний показ і виконання своїх творів розкривається у ст. 11, 11bis, 11ter Конвенції. Зокрема, у ст. 11bis конвенції закріплено, що автори літературних і художніх творів користуються виключним правом дозволяти передачу своїх творів в ефір або публічне повідомлення цих творів будь-яким іншим способом бездротової передачі знаків, звуків або зображень.

Аналогічні за змістом положення встановлені у Договорі ВОІВ про авторське право. Так у ст. 6 Договору встановлено, що автори літературних та художніх творів користуються виключним правом дозволяти розповсюдження серед широкої публіки оригіналу і примірників своїх творів шляхом продажу або іншої передачі права власності (термінологія Договору). У контексті цієї статті «оригінал» і «примірник» твору слід розуміти як записані екземпляри, які можуть бути випущені в обіг у вигляді матеріальних об'єктів.

Відповідно до ст. 8 Договору автори літературних і художніх творів користуються виключним правом дозволяти будь-яке їх розповсюдження серед широкої публіки через дротові або бездротові засоби зв'язку, включаючи розповсюдження у такий спо-

сіб, що представники публіки можуть мати доступ до таких творів у будь-якому місці і в будь-який час за їх власним вибором.

Такі ж підходи закріплені в Договорі ВОІВ про виконання і фонограми щодо прав виконавців та виробників фонограм як суб'єктів суміжних прав. Відповідно до ст. 7 Договору виконавці користуються виключним правом дозволяти пряме або непряме відтворення своїх виконань, записаних на фонограми, будь-яким способом і в будь-якій формі.

Це стосується і цифрового середовища. Зокрема, використання виконань і фонограм у цифровій формі в електронному засобі є відтворенням, а, відтак, потребує згоди виконавця. Виконавці користуються виключним правом дозволяти доведення до загального відома своїх виконань, записаних на фонограмах, через дротові або бездротові засоби зв'язку таким чином, що представники публіки можуть отримувати до них доступ із будь-якого місця і в будь-який час за їх власним вибором (ст. 10 Договору).

Право на відтворення, закріплене у ст. 11 Договору як виключне право виробників фонограм дозволяти пряме або непряме відтворення своїх фонограм будь-яким способом і в будь-якій формі, може здійснюватися і у цифровому середовищі. А, отже, таке відтворення здійснюється виключно з дозволу виробника фонограми.

Виробники фонограм мають виключне право дозволяти доведення до загального відома своїх фонограм через дротові і бездротові засоби зв'язку таким чином, що представники публіки можуть здійснювати до них доступ з будь-якого місця і в будь-який час за їхнім власним вибором (ст. 14 Договору).

А у ст. 11 Договору встановлено, що договірні сторони передбачають відповідну правову охорону та ефективні засоби правового захисту від обходу існуючих технічних засобів, що вживаються авторами у зв'язку із застосуванням їх прав і обмежують

дії, які не дозволені авторами або не допускаються законом щодо їх творів.

Аналогічні підходи зафіксовані і у Директиві Європейського Парламенту та Ради 2001/29/ЄС про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві. Зокрема, у ст. 3 Директиви зазначено, що держави-члени передбачають, що авторам належить виключне право дозволяти або забороняти будь-яке публічне сповіщення своїх творів дротовими чи бездротовими засобами. Такі права визнаються за виконавцями на записи своїх виконань; за виробниками фонограм на свої фонограми; за організаціями мовлення на записи своїх передач.

Таким чином виключно з волі автора чи суб'єкта суміжних прав його твір може розповсюджуватися у цифровому середовищі на визначених ним умовах та за максимального сприяння йому в правовій охороні та захисту прав з боку держави.

У національному законодавстві поняття «цифрове середовище» не визначене та й не використовується. Визначення Інтернету подане у Законі України «Про телекомунікації» як всесвітньої інформаційної системи загального доступу, яка логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами. Таке визначення дає уявлення про можливу сферу для розповсюдження та використання об'єктів авторського і суміжних прав. Самі ж правила використання таких об'єктів встановлені у спеціальному законодавстві, яким насамперед є Закон України «Про авторське право і суміжні права». Саме його норми є регуляторами відносин щодо використання відповідних об'єктів та прав на них у цифровому середовищі.

Про використання авторських та суміжних прав у мережі Інтернет йдеться у низці *Рекомендацій ДСІВ*:

* Рекомендації щодо вдосконалення механізму регулювання цифрового використання об'єктів авторського права і суміжних прав через мережу Інтернет;

* Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського та суміжних прав у мережі Інтернет;

* Рекомендації для телерадіоорганізацій та провайдерів програмної послуги щодо публічного використання об'єктів авторського права і суміжних прав;

* Рекомендації щодо застосування винятків та обмежень у сфері авторського права і суміжних прав;

* Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського і суміжних прав.

Такі Рекомендації не є нормативними актами, хоча мають практичну цінність. Їх положення можуть ураховуватися заінтересованими суб'єктами, але не є загальнообов'язковими правилами, не є регуляторами.

Визнані міжнародні підходи та стандарти щодо розповсюдження та використання об'єктів авторського права у цифровому середовищі сприйняті національним законодавством. І у Законі, і в ЦК України містяться поняття, що розповсюджуються на цифрове середовище, це – відтворення; оприлюднення (розкриття публіці твору); опублікування твору, фонограми, відеограми; публічне сповіщення (доведення до загального відома); розповсюдження об'єктів авторського і суміжних прав та інші.

9.2. Особливості розповсюдження та використання об'єктів авторського і суміжних прав у цифровому середовищі

Закон України «Про авторське право і суміжні права» (ст. 15, 39, 40, 41), ЦК України (ст.ст. 440, 452) закріплюють невичерпні переліки майнових прав відповідно автора та суб'єктів

суміжних прав. У ст. 441 ЦК України наведено невичерпний перелік дій, що кваліфікуються як використання твору (ст. 453 – використання виконання; ст. 454 – використання фонограми, відеограми), а у Законі «Про авторське право і суміжні права» встановлено, що виключне право на використання твору автором чи іншою особою, яка має авторське право, дозволяє йому використовувати твір у будь-якій формі і будь-яким способом.

Отже, використання твору у цифровому середовищі є одним із проявів здійснення авторських прав. Таке використання має свої особливості. Проте в усіх випадках актуальним є імперативне правило ст. 443 ЦК України – використання твору здійснюється лише за згодою автора, крім випадків правомірного використання твору без такої згоди, встановлених законом.

Закон «Про авторське право і суміжні права» встановлює вичерпний перелік випадків вільного використання творів. Зокрема, у ст. 21 Закону встановлені випадки вільного використання творів, тобто використання без згоди автора, але з обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення. Цей перелік є актуальним, якщо твір використовується у мережі Інтернет. У ст. 23 Закону встановлені випадки та умови вільного відтворення примірників твору без згоди автора для навчання.

Перелік об'єктів авторського права визначений у ст. 8 Закону «Про авторське право і суміжні права». Такий перелік є невичерпним, відтак будь-який результат творчої діяльності людини може стати об'єктом правової охорони авторським правом за фактом його створення без вчинення формальних процедур. Реєстрація авторського права здійснюється за бажанням самого автора та не має правовстановлюючого значення. Усі перелічені об'єкти можуть використовуватися у мережі Інтернет у формі їх розміщення на веб-сайтах, зберігання на різних пристроях тощо. Зміст виключного права автора на використання твору дає йому можливість використовувати твір у будь-який спосіб, у тому числі і у цифровому середовищі.

У ст. 441 ЦК України встановлений невичерпний перелік способів використання твору. У Законі «Про авторське право і суміжні права» через такий же перелік дій визначено зміст виключного права автора на дозвіл чи заборону використання його твору. Відповідно до ч. 3 ст. 15 Закону зазначені дії щодо авторського твору не можуть вчиняти інші особи.

Ні у ЦК України, ні у Законі «Про авторське право і суміжні права» окремо не йдеться про використання творів у цифровому середовищі. Тобто таке використання не є ні окремим випадком, ні окремим способом використання об'єктів авторського та (або) суміжних прав. Використання цих об'єктів у цифровому середовищі здійснюється на тих же правових засадах, що й їх використання у реальному світі. Проте специфіка функціонування цифрового середовища позначається на використанні зазначених об'єктів та зумовлює особливості як здійснення, так і захисту прав на них.

Відповідно до роз'яснень, наданих у Постанові Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності»¹, право на поширення в будь-який спосіб твору належить авторові твору, який, зокрема, може дозволяти чи забороняти розповсюдження оригіналу або примірників твору.

Якщо оригінал чи примірники правомірно опублікованого твору з дозволу автора введено в цивільний обіг шляхом продажу або іншої передачі майнових прав на них на території України, подальше їх розповсюдження шляхом продажу або дарування оригіналу чи примірників твору допускається без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права та без виплати винагороди (*вичерпання права на розповсюдження твору*).

¹ Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постанова Пленуму ВГС України від 17.10.2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>

Відповідне право застосовується лише до примірників твору, які виражені в матеріальній формі. За інших форм вираження твору вичерпання права може й не відбуватися, зокрема, права на розповсюдження твору в мережі Інтернет.

Використання твору, розміщеного (з дозволу автора) в мережі Інтернет, можливе лише з дозволу суб'єкта авторського права на цей твір (за винятком відтворення та використання твору в некомерційних цілях, в особистих, у тому числі для навчання тощо).

Відповідно до п. 41 Постанови використанням твору вважається, серед іншого, його публічне використання різними способами, як-от: публічний показ, публічне виконання як у реальному часі («наживо»), так і з допомогою технічних засобів, публічне сповіщення (радіо, телебачення), а також публічна демонстрація аудіовізуального твору (зі звуковим супроводом чи без такого) у місці, відкритому для публічного відвідування, або в іншому місці (приміщенні), де присутні особи, які не належать до кола однієї сім'ї чи близьких знайомих цієї сім'ї, незалежно від того, чи сприймається твір публікою безпосередньо у місці його публічної демонстрації (публічного показу), чи в іншому місці одночасно з такою демонстрацією (показом).

Відповідальність за публічне виконання твору (в тому числі при його виконанні в реальному часі – «наживо») несе фізична чи юридична особа, яка бере на себе ініціативу і відповідальність за проведення відповідного заходу.

Відтворення твору, тобто виготовлення одного чи кількох примірників твору або його частини в будь-якій матеріальній формі з комерційною метою, не є порушенням виключних майнових прав на твір лише в тому випадку, коли у момент виготовлення такого примірника (примірників) або його частини сам твір використовується правомірно, як-от з дозволу суб'єкта майнових прав на твір чи в інших випадках, передбачених законом.

Відтак порушенням виключних майнових прав на твір є виготовлення одного чи кількох примірників, здійснене з контрафактного примірника або за неправомірного доведення до загально-го відома (в тому числі при неправомірному розміщенні в мережі Інтернет).

Допустимим є відтворення без згоди автора (чи іншого суб'єкта майнових прав на твір), здійснюване лише фізичною особою і лише в особистих цілях, що слід розуміти як некомерційне використання відповідного примірника для задоволення власних потреб чи потреб кола сім'ї цієї особи (яке визначається судом з урахуванням конкретних обставин справи, що розглядається).

Розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання, є їх відтворенням у розумінні статті 1 Закону «Про авторське право і суміжні права». Якщо у зв'язку з таким розміщенням порушуються майнові права суб'єкта авторського права, визначені статтею 15 Закону, то це дає підстави для їх захисту у встановленому порядку.

Запис твору чи об'єкта суміжних прав у пам'ять комп'ютера є використанням, якщо з ініціативи особи, яка здійснює запис, необмежене коло осіб одержує доступ до цього об'єкта авторських чи суміжних прав. За відсутності згоди автора створені чи одержані в результаті такого використання примірники творів є контрафактними. Особи, які вчинили відповідні дії (зокрема, власники сайту, на якому було розміщено твори чи об'єкти суміжних прав без надання дозволів згідно із Законом), визнаються порушниками авторського права та (або) суміжних прав.

Сам по собі факт розміщення на сайті відповідача твору чи об'єкта суміжних прав, майнові права на який належать позивачу, свідчать про порушення таких прав відповідачем за умови, що ним не подано доказів на підтвердження правомірності розміщення ним на своєму сайті спірного об'єкта.

Його відтворення з іншого сайту без підтвердження правомірності використання не може бути підставою для звільнення відповідача від відповідальності. Порушенням авторських прав є також неправомірне зберігання комп'ютерних програм у пам'яті комп'ютера чи іншого електронного пристрою.

Таким чином презюмується неправомірність факту розміщення спірного об'єкта (не будь-якого, а тільки того, щодо використання якого розглядається спір у суді) на сайті відповідача. Окрім цього спрацьовує презумпція вини власника сайту. Саме на нього покладається тягар доказування правомірності своїх дій та відсутність власної вини.

У вирішенні відповідних спорів суд повинен встановити, чи перебуває веб-сайт та розміщена на ньому інформація в розпорядженні особи, якій пред'явлено позовні вимоги, а також чим підтверджується факт порушення нею авторського права та (або) суміжних прав. Дані щодо власника веб-сайту можуть бути вистребувані відповідно до положень п. 4 ст. 65, ст. 38 ГПК у адміністратора системи реєстрації та обліку доменних імен і адрес українського сегменту мережі Інтернет.

Як вказано у Постанові ВГС України веб-сторінки є електронними документами, які не можуть бути доставлені в суд. Однак вони можуть містити відомості про обставини, які мають значення для справи. Відтак з урахуванням частини першої статті 32, частини першої статті 36 та припису частини першої статті 39 ГПК суд з урахуванням конкретних обставин справи не позбавлений права провести огляд та дослідження цих доказів в місці їх знаходження з фіксацією відповідних процесуальних дій у протоколі, який повинен відповідати вимогам статті 81-¹ ГПК.

Як засіб доказування може бути використаний відео-, аудіо-запис процесу дослідження будь-якою заінтересованою особою сайту, стосовно якого є відомості використання його з порушенням авторських чи суміжних прав. Такий запис, здійснений на електронному чи іншому носії (жорсткому диску комп'ютера,

дискеті, диску для лазерних систем зчитування, іншому носії інформації), подається до суду із зазначенням того, коли, ким і за яких умов цей запис здійснено і може бути речовим доказом у справі.

Письмовими доказами можуть бути також довідки, отримані від провайдерів і мережевих пошукових служб. Роздруківки Інтернет-сторінок (web-сторінок) самі по собі не можуть бути доказом у справі. Але якщо відповідні документи видані або засвідчені закладом або спеціально уповноваженою особою в межах їх компетенції за встановленою формою і скріплені офіційною печаткою на території однієї з держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав, то згідно із статтею 6 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності від 20 березня 1992 року вони мають на території України доказову силу офіційних документів.

Така позиція ВГС України видається невмотивованою. Йдеться про випадки нотаріального посвідчення роздруківок web-сторінок, що дозволено в Росії, та їх визнання на території України. Видається ВГС мав би зайняти гнучкішу позицію щодо випадків доказової сили таких роздруківок. Хоча у судовій практиці можливо знайти різні підходи в оцінці роздруківок веб-сторінок як доказів. Суди, виносячи рішення у конкретних справах, сприймають такі роздруківки як належні докази, інколи – навпаки, оцінюють роздруківку як неналежний доказ¹.

9.3. Технічні засоби захисту авторських і суміжних прав

Окрім правових способів охорони та захисту авторських та (або) суміжних прав у цифровому середовищі, правоволодільці можуть використовувати різні технічні засоби захисту та протидії порушенням належних їм прав. Такі дії законодавчо не фіксуються, оскільки вони не є способами захисту в правовому контексті.

¹ Див., наприклад., рішення Печерського районного суду м. Києва від 17.06.2014 у справі № 757/8808/14-ц, проаналізоване у підрозділі 9.8.

Власне їх застосування пропонується у *Рекомендаціях ДСІВ щодо вдосконалення механізму регулювання цифрового використання об'єктів авторського права і суміжних прав через мережу Інтернет* (далі – Рекомендації)¹.

У Рекомендаціях конкретизована законодавча вимога про те, що правомірне використання об'єктів авторського права і суміжних прав (в тому числі надання платних послуг користувачам мережі Інтернет із завантаження відповідних файлів) шляхом відтворення (розміщення), надання доступу, продажу потребує отримання дозволу від суб'єктів авторських чи суміжних прав.

Будь-які способи використання творів чи об'єктів суміжних прав, передання майнових прав на них в мережі Інтернет рекомендується визначати у відповідних договорах. Такі договори укладаються між авторами та суб'єктами суміжних прав, організаціями колективного управління майновими правами (у разі, якщо вони представляють інтереси авторів чи суб'єктів суміжних прав) з одного боку та користувачами – з іншого.

Саме у договорі можливо урахувати взаємовигідні способи, порядок та інші умови використання об'єктів авторських та суміжних прав у цифровому середовищі. Тому варто проявляти увагу до детального розроблення умов договору та формулювання його змісту.

З метою захисту авторських і суміжних прав в мережі Інтернет ДСІВ рекомендує *здійснювати ідентифікацію відповідних об'єктів за допомогою:*

- * ідентифікаційного коду ISBN (Міжнародний стандартний книжковий номер) призначений для захисту фонограм;

- * ISAN – номер, розроблений на Міжнародній конференції товариств авторів і композиторів (CISAC), що дозволяє ефективно захищати фільми та інші аудіовізуальні твори;

¹ Рекомендації ДСІВ щодо вдосконалення механізму регулювання цифрового використання об'єктів авторського права і суміжних прав через мережу Інтернет. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/recomnet.html>

* цифрового ідентифікатора DOI, що супроводжує твори або їх частини, дозволяючи тим самим простежити їх «долю» в торговельному обігу;

* інших програмних кодів, що дають можливість порушити цілісність твору при неправильному його використанні.

Засобом охорони авторських прав у мережі Інтернет може бути також **використання цифрового підпису**, який дозволяє ідентифікувати автора перед будь-яким користувачем¹.

Поширеною є **система так званих «цифрових водяних знаків»**, впроваджуваних у твори (тексти, графічні зображення тощо). Їх перевага полягає в тому, що при звичайному візуальному розгляді зображення користувач не бачить яких-небудь закодованих позначень – знака охорони авторських прав ©, імені автора, року видання.

При застосуванні певного програмного засобу можна довести, що файли містять додаткову інформацію, що вказує на особу, яка її записала. Можливе застосування спеціальних «відбитків» – вони також дозволяють контролювати використання творів в інформаційних мережах, а при виявленні порушень авторських прав, забезпечувати належну доказову базу в суді.

Обмеження доступу до матеріалів, що розміщені в Інтернеті, наприклад, бази даних комерційних сайтів, деяких електронних бібліотек, архівів можливе шляхом **встановлення попередньої оплати за їх використання**. Можливе застосування «цифрових конвертів», що передбачають укладання відповідної угоди про використання об'єкта із власниками тих або інших ресурсів у мережі.

Рекомендовано використовувати:

– **методи криптографічного перетворення матеріалів, такі як шифрування**: дозволяє обмежити або повністю виключити можливість копіювання творів (наприклад, система SCMS,

¹ Детальніше про цифровий підпис див. Розділ 5.

що дозволяє виготовити одну копію документа й унеможлиблює подальше копіювання цього примірника);

– **метод антикопії, або антикопіювання.** Суть полягає в тому, що на CD-ROM ставиться своєрідний запис – заборона робити копії;

– **створення web-депозитаріїв,** що дозволяє фіксувати об'єкти інтелектуальної власності у мережі Інтернет і закріплювати їх правовий режим. У web-депозитарії фіксуються суб'єкти авторських та суміжних прав та належні їм об'єкти;

– **метод перехресного субсидування** при використанні об'єктів авторського права та суміжних прав. Як визначено у Рекомендаціях перехресне субсидування це: а) практика фіксації цін на рівні, який перевищує загальні середні витрати на виробництво товарів і послуг у певній галузі за рахунок перерозподілу цінового навантаження серед різних груп споживачів; б) надання фірмою внутрішніх субсидій на виробництво одних товарів або одним підрозділом за рахунок прибутку від інших товарів, діяльності інших підрозділів.

Контроль суб'єктів авторських і (або) суміжних прав за використанням відповідних об'єктів в мережі Інтернет може проявлятися через:

* **обмежену функціональність.** Суб'єкт авторських (суміжних) прав надає користувачеві примірник твору, який має функціональні обмеження. Такий підхід є одним із шляхів впровадження в життя таких бізнес-моделей як «спробуй, перед тим, як купити» та «продавай поліпшені версії»;

* **«годинникова бомба».** Суб'єкт авторських (суміжних) прав розповсюджує функціонально повноцінний об'єкт інтелектуальної власності, але встановлює дату, після якої доступ до нього буде неможливим. Один з варіантів такого підходу передбачає закриття продавцем доступу до твору після певної кількості користувань (наприклад, після перегляду комп'ютерного файлу 10 разів його буде неможливо продивитися ще раз);

* **захист від копіювання.** Продавець обмежує кількість разів, коли комп'ютерний файл може бути скопійований. Захист від копіювання був нормою в 1980-х роках, але пізніше вийшов з ужитку значною мірою тому, що користувачі скаржились на незручність, а також тому, що захист копії можна було досить легко «зламати»;

* **криптографічні конверти** – це програмне забезпечення, яке зашифровує твори так, що доступ до них може бути отриманий лише із застосуванням належного ключа до шифру. Програми, що здійснюють таку операцію, часто називають торговою маркою фірми ІВМ «cryptolopes». Суб'єкти можуть захищати свої права на твори, розповсюджуючи їх у криптографічних конвертах та вимагаючи від користувачів плати за ключі, за допомогою яких твір можна «вийняти з конверта».

Для перевірки кількості випадків використання творів, розміщених в Інтернеті, та стягнення плати за таке використання суб'єкти можуть використовувати:

– **коди доступу.** Багато із засобів запобігання порушенням авторського права і суміжних прав на розміщені в Інтернеті твори, доступних їхнім власникам, можуть застосовуватися у поєднанні з кодами доступу.

– **конверти управління правами.** Суб'єкт розміщує твір у спеціальній програмній «конверт». Програма передбачає періодичний зв'язок із сервером продавця для перевірки дотримання заданих параметрів використання твору;

– **апаратні засоби.** Методи захисту від копіювання, засновані на апаратних засобах, вимагають від користувача придбання і встановлення певного пристрою. Наприклад, при застосуванні підходу на основі дебетової картки користувач купує картку, на яку записується інформація про сплату ним певної суми та після інсталяції якої вона автоматично дебетується під час використання творів її власником. За підходу на основі «супер-розподілу» апаратний засіб рахує епізоди використання творів і

автоматично дебетує рахунок, який підтримується на центральній базі. Таким чином, навіть коли користувач отримав копію твору від третьої особи, апаратний засіб може забезпечити платежі суб'єкту авторських прав;

– **виконувані програми**, що завантажуються з Інтернету, такі, як Java applets та ActiveX scripts, є частками інформації, яка передається із серверу продавця на комп'ютер користувача за принципом «використай та викинь». Виконувана програма працює під час конкретного сеансу зв'язку та стирається з оперативної пам'яті комп'ютера після його закінчення;

– **централізоване обчислення**. За такого підходу всі виконувані програми, що не є частиною інтерфейсу комп'ютера користувача, залишаються на сервері продавця. Через це комп'ютер користувача повинен встановлювати контакт з сервером щоразу, як використовується програма, що дозволяє центральному комп'ютеру обчислювати кількість сеансів доступу. Централізоване обчислення фактично є спадщиною ранньої доби комп'ютерної техніки, коли обчислювальна потужність персональних комп'ютерів клієнтів була такою малою, що вони змушені були використовувати потужності центрального комп'ютера;

– **цифрові сертифікати**. При застосуванні технології цифрового підпису сертифікаційний орган видає користувачеві електронний файл – цифровий сертифікат, яким користувач посвідчується як власник публічного ключа. Сертифікат може посвідчувати певні права, наприклад, на доступ, завантажування, перегляд тощо, а також строк його дії. Продавці можуть користуватися цифровими сертифікатами для контролю доступу до системних ресурсів, у тому числі файлів, що містять твори, надаючи доступ до них користувачам, які можуть пред'явити цифровий сертифікат. Отримати цифровий сертифікат користувач може як від продавця, так і від третьої особи;

– *клірингові центри*. За такого підходу суб'єкти авторських прав на розміщені в Інтернеті твори надають кліринговим центрам повноваження з ліцензування своїх прав на твори. Користувач сплачує збір за видачу ліцензії такому кліринговому центру, а той своєю чергою розподіляє отримані кошти серед відповідних суб'єктів;

– *продаж фізичних копій*. Продаж фізичних (жорстких) копій залишається високоефективним способом обчислення кількості випадків використання творів, навіть тих, що є доступними через Інтернет.

Для встановлення випадків використання творів доцільним є створення ідентифікаторів, що є реквізитами певного твору, фонограми тощо. Ідентифікаторами можуть бути числа, назва твору, автора, виконавця тощо. Щоб не допустити перехоплення ідентифікаторів, рекомендується створити зручну систему верифікації. Наприклад, користувач перед оплатою повинен мати можливість перевірити справжність ідентифікатора шляхом надсилання SMS на офіційний номер проекту з автоматичною відповіддю або ввести ідентифікатор у поле верифікації на офіційному сайті проекту чи інші аналогічні дії.

9.4. Роль та функції організацій колективного управління в охороні майнових авторських і суміжних прав

Важливу роль в охороні авторських прав у мережі Інтернет можуть відігравати організації колективного управління авторськими правами (ОКУ).

У ст. 1 Закону «Про авторське право і суміжні права» організація колективного управління визначена як організація, що управляє на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права та (або) суміжних прав і не має на меті одержання прибутку. Такі організації створюються суб'єктами авторсько-

го права та (або) суміжних прав і мають статус юридичної особи. ОКУ можуть управляти певними категоріями майнових прав або різними майновими правами. Вони можуть діяти в інтересах певних суб'єктів авторського та (або) суміжних прав або в інтересах різних категорій таких суб'єктів.

Відповідно до ч. 2 ст. 48 Закону «Про авторське право і суміжні права» такі організації не мають права займатися комерційною діяльністю. Про заборону на зайняття комерційною діяльністю йдеться і у Порядку обліку організацій колективного управління¹.

Функції організацій колективного управління визначені у ст. 49 Закону «Про авторське право і суміжні права». Отже, на виконання статутних завдань ОКУ виконують такі функції:

– погоджують з особами, які використовують об'єкти авторського права і (або) суміжних прав, розмір винагороди під час укладання договору;

– укладають договори про використання прав, переданих в управління;

– збирають, розподіляють і виплачують зібрану винагороду за використання об'єктів авторського права та (або) суміжних прав відповідним суб'єктам;

– вчиняють інші дії, передбачені чинним законодавством, необхідні для захисту прав, управління якими здійснюється, в тому числі звертаються до суду за захистом прав суб'єктів авторського права та (або) суміжних прав відповідно до статутних повноважень і їх доручення.

Між суб'єктами авторських та (або) суміжних прав та ОКУ укладаються договори, на підставі яких в ОКУ виникають відповідні повноваження щодо управління майновими правами. ***За договором управління майновими правами інтелектуальної***

¹ Порядок обліку організацій колективного управління та здійснення нагляду за їх діяльністю: затверджено наказом Міністерства освіти і науки 21.05.2003. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

власності одна сторона (ОКУ) зобов'язується від імені та за дорученням іншої сторони (суб'єкта авторського та (або) суміжних прав) укладати договори на користування належними їм майновими правами з усіма зацікавленими суб'єктами, збирати, розподіляти та виплачувати винагороду, отриману від користувачів, здійснювати представництво у судових, державних органах та вчиняти інші дії, передбачені домовленістю сторін.

На основі одержаних від правоволодільців повноважень ОКУ надають будь-яким особам невиключні права на використання об'єктів авторського права та (або) суміжних прав шляхом укладання з ними відповідних договорів. Відповідне право організацій закріплене нормою ч. 5 ст. 32 Закону «Про авторське право і суміжні права».

ОКУ має право вимагати від осіб, які використовують об'єкти авторського права і суміжних прав, надання їм документів, що містять точні відомості про використання зазначених об'єктів, необхідні для збирання і розподілу винагороди. Відповідно до ч. 4 ст. 47 Закону «Про авторське право і суміжні права» особи, які використовують твори, виконання, програми мовлення, примірники фонограм (відеограм), зобов'язані надавати ОКУ точний перелік використаних творів, виконань, примірників фонограм (відеограм), програм мовлення разом з документально підтвердженими даними про одержані прибутки від їх використання та повинні виплачувати їм винагороду в передбачений термін і в обумовленому розмірі.

ОКУ зобов'язана розподіляти і виплачувати зібрану винагороду безпосередньо правоволодільцям або перераховувати її для розподілу іншим організаціям, що представляють інтереси відповідних категорій правоволодільців, на підставі взаємних угод, укладених між цими організаціями. Зібрана винагорода використовується виключно для її розподілу та виплату правоволодільцям. Незапитана винагорода зберігається організацією.

З цією метою вона резервує на своєму рахунку суми незапитаної винагороди, що надійшли від осіб, які використовують об'єкти авторського права та (або) суміжних прав. Після трьох років від дня надходження на рахунок відповідних коштів суми незапитаної винагороди можуть бути використані для чергових виплат суб'єктам авторського права та (або) суміжних прав або спрямовані на інші цілі, передбачені статутом, в інтересах суб'єктів авторського права і суміжних прав.

Специфікою колективного управління майновими правами є те, що ОКУ можуть управляти правами суб'єктів, які не передали їм повноважень на управління своїми правами. Закон «Про авторське право і суміжні права» встановлює можливість управління майновими правами за фактом збору винагороди на користь автора без укладення відповідного договору, що за відсутності прозорих механізмів у діяльності ОКУ, може створювати підґрунтя для фінансових зловживань.

У світовій практиці апробовані договори приєднання, що укладаються між відповідними суб'єктами та ОКУ. Зважаючи, що при укладенні такого договору, сторона, що приєднується, не може вносити зміни чи власні пропозиції у договір, для неї встановлені низка гарантій.

У Рекомендаціях ДСІВ щодо вдосконалення механізму регулювання цифрового використання об'єктів авторського права і суміжних прав через мережу Інтернет йдеться про те, що договір приєднання між ОКУ та суб'єктами авторських (суміжних) прав може укладатися аналогічно ліцензіям GNU, Creative Commons, але з положеннями про добровільну винагороду.

У договір можуть включатися положення щодо порядку збору, розподілу та виплати винагороди, одержаної ОКУ в результаті своєї діяльності.

Суб'єктам відповідних прав можуть пропонуватися декілька варіантів таких договорів, але будь-який із них має передбачати певний мінімум прав для користувачів: зокрема, йдеться про

вільне відтворення, розповсюдження, добровільну винагороду без конкретизації цих умов.

Процес збору винагороди з користувачів ОКУ можуть автоматизувати. Для цього між ОКУ та фінансовою установою можна укласти договір про обслуговування. Відповідно до умов такого договору фінустанова автоматично зараховуватиме на рахунок ОКУ суми винагород, що надходять від користувачів.

Питання розподілу сум зібраних винагород між суб'єктами авторських (суміжних) прав регулюється договором про управління майновими правами між ними та ОКУ. Саме умовами конкретного договору визначаються розмір, періодичність та порядок виплати сум. Такі питання не можуть бути урегульованими на законодавчому рівні, тому важливо забезпечити цивілізовану договірну практику. Проте і на законодавчому рівні мають бути встановлені дієві механізми, які б унеможливили фінансові зловживання. З цією метою варто зобов'язати ОКУ офіційно оприлюднювати звіти про свою діяльність щодо сум зібраних винагород та їх розподіл між суб'єктами авторських (суміжних) прав.

Як зазначено у згаданих Рекомендаціях ДСІВ розмір виплати авторської винагороди за створення і використання твору встановлюються в авторському договорі або у договорах, що укладаються за дорученням суб'єктів авторського права і суміжних прав організаціями колективного управління з особами, які використовують твори.

Рекомендовані такі розміри винагороди, що можуть слугувати орієнтиром при укладенні відповідних контрактів:

– за публічне сповіщення через мережу Інтернет творів науки, літератури і мистецтва, у тому числі комп'ютерних програм та баз даних – 5 відсотків доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої відбувається публічне сповіщення творів;

– за публічне сповіщення або ретрансляцію (повторне публічне сповіщення) через мережу Інтернет виконань, зафіксованих

в опублікованих без комерційної мети фонограмах і (або) відеограмах та їх примірників – 2,5 відсотки доходів, одержаних із того виду діяльності, у процесі якої здійснюється використання виконань;

– за публічне сповіщення або ретрансляцію (повторне публічне сповіщення) через мережу Інтернет фонограм, відеограм, опублікованих без комерційної мети – 2,5 відсотки доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої здійснюється використання фонограм, відеограм;

– за публічне сповіщення (публічне повторне сповіщення) шляхом трансляції і ретрансляції зафіксованих у фонограмах і (або) відеограмах виконань, а також безпосередньо фонограм і (або) відеограм, опублікованих з комерційною метою, їх примірників через Інтернет сплачується 5 відсотків доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої здійснюється використання об'єктів суміжних прав.

Таким чином, ОКУ, управляючи майновими правами авторів чи суб'єктів суміжних прав на підставі договору або за фактом зібраної винагороди, може укладати договори з користувачами відповідних прав, а також з постачальниками Інтернет-послуг.

Тісна та ефективна взаємодія між цими суб'єктами забезпечує правомірне використання майнових авторських прав, у тому числі і у цифровому середовищі.

У такому разі суб'єкти авторських та (або) суміжних прав позбавляються клопотів щодо контролю за використанням своїх творів. Такі функції бере на себе ОКУ.

9.5. Роль та функції постачальників Інтернет-послуг в охороні майнових авторських і суміжних прав

Правові засади діяльності операторів та провайдерів у сфері телекомунікацій встановлює Закон України «Про телекомунікації»¹. Відповідно до ст. 1 Закону:

оператор телекомунікацій – суб'єкт господарювання, що має право на здійснення діяльності у сфері телекомунікацій із правом на технічне обслуговування й експлуатацію телекомунікаційних мереж;

провайдер телекомунікацій – суб'єкт господарювання, що має право на здійснення діяльності у сфері телекомунікацій без права на технічне обслуговування й експлуатацію телекомунікаційних мереж і надання в користування каналів електрозв'язку;

споживачем телекомунікаційних послуг є юридична або фізична особа, яка потребує, замовляє та/або отримує телекомунікаційні послуги для власних потреб.

Поняття «споживач телекомунікаційних послуг» є ширшим за змістом, ніж поняття «споживач послуг» відповідно до Закону «Про захист прав споживачів». Відповідно до останнього споживач – це особа фізична, тоді як споживачем телекомунікаційних послуг є також і юридична особа. Такий підхід відповідає Директиві Європейського Парламенту і Ради від 8 червня 2000 року «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» (Директива про електронну комерцію), у ст. 1 якої термін «одержувач послуг» означає будь-яку фізичну чи юридичну особу, яка в професійних чи інших цілях, зокрема, в цілях пошуку інформації чи забезпечення її доступності, користується інформаційними послугами.

Слід розрізнити Інтернет-провайдерів та провайдерів контенту. *Інтернет-провайдер (провайдер доступу до мережі*

¹ Про телекомунікації: Закон України від 18.11.2003. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1280-15>

Інтернет) забезпечує технічну базу доступу до Інтернету (кабелі, обладнання тощо), тобто створює середовище для передачі даних. *Контент-провайдери* здійснюють інформаційне наповнення Інтернету, яке може включати об'єкти авторського і суміжних прав.

Суб'єкти ринку телекомунікаційних послуг пропонують правоволодільцям та ОКУ (яким у встановленому порядку були передані в управління права на використання об'єктів авторського права та (або) суміжних прав у мережі Інтернет) створити загальнодоступні бази даних для користувачів, які б містили інформацію про об'єкти авторського права і суміжних прав та умови їх легального використання. Доцільним видається створення правоволодільцями зручних схем онлайн-ліцензування для контент-провайдерів. Цьому готові сприяти також Інтернет-провайдери.

Права та обов'язки операторів та провайдерів телекомунікацій визначені відповідно у ст.ст. 38, 39 Закону «Про телекомунікації», п.п. 38, 39 Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг¹.

Відповідно до ч. 4 ст. 40 Закону оператори, провайдери телекомунікацій не несуть відповідальності за зміст інформації, що передається їх мережами. Аналогічне положення міститься і у п. 41 Правил.

Питанням відповідальності постачальників послуг присвячені положення Директиви про електронну комерцію – частина 4 «Відповідальність проміжкових постачальників послуг».

1. Відповідно до ст. 12 Директиви, якщо надаються інформаційні послуги, які складаються з передачі інформації, що надається одержувачем послуг, всередині мережі зв'язку або надання доступу до мережі зв'язку, держави-члени забезпечують звіль-

¹ Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг: затверджено постановою КМ України від 11.04.2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-п>

нення постачальника послуг від відповідальності за передану інформацію при умові, що постачальник:

- a) не є ініціатором передачі;
- b) не обирає одержувача передачі;
- c) не обирає чи не змінює інформацію, що міститься в передачі.

Акти передачі та забезпечення доступу, у контексті цієї статті, включають в себе автоматичне, проміжкове тимчасове зберігання переданої інформації, оскільки це робиться з єдиною метою – здійснення передачі в мережі зв'язку та передбачає, що інформація не зберігається довше, ніж це необхідно для передачі.

У частині 3 статті 12 Директиви застережено, що стаття не впливає на можливість для суду чи адміністративного органу, відповідно до правової системи держав-членів, вимагати від постачальника послуг обмеження чи запобігання порушення.

2. Відповідно до ст. 13 Директиви «Кешування», якщо надаються інформаційні послуги, які складаються з передачі в мережі зв'язку інформації, що надається одержувачем послуг, держави-члени забезпечують звільнення постачальника послуг від відповідальності за автономне, проміжкове тимчасове зберігання інформації, що здійснюється з єдиною метою – більш ефективної поступальної передачі інформації до інших одержувачів послуг за їх запитом за умови що:

- a) постачальник послуг не змінює інформацію;
- b) постачальник задовольняє умови доступу до інформації;
- c) постачальник задовольняє правила оновлення інформації, які є широко визнаними та використовуються даною індустрією;
- d) постачальник не перешкоджає законному використанню технологій, які широко визнані та використовуються індустрією, при отриманні даних про використання інформації;
- e) постачальник вдається до швидких дій з метою усунення можливості доступу чи відключення доступу до інформації, яку

він зберігав, після того як він узнає, що інформація на початковій стадії передання була видалена з мережі або доступ до неї був відключений, чи суд або адміністративний орган наказав здійснити таке усунення чи відключення.

3. Якщо надаються інформаційні послуги, які включають в себе зберігання інформації, що надається одержувачем послуг, держави-члени забезпечують звільнення постачальника послуг від відповідальності за інформацію, що була збережена за запитом одержувача послуг, при умові, що:

а) постачальник послуг не знає про незаконну діяльність чи інформацію, що стосується позовів про відшкодування збитків, не обізнаний з фактами чи обставинами, з яких випливає незаконна діяльність чи інформація;

б) постачальник за умов обізнаності вдається до швидких дій з метою усунення можливості доступу чи відключення доступу до інформації.

Відповідно до ст. 15 Директиви Держави-члени не накладають на постачальників послуг ні загального обов'язку при наданні послуг відслідковувати інформацію, яку вони передають чи зберігають, ні загального обов'язку здійснювати активний пошук фактів чи обставин, що вказують на незаконну діяльність.

Держави-члени можуть передбачити обов'язки для постачальників інформаційних послуг інформувати компетентні державні органи про підозрілу незаконну діяльність, що здійснюється, чи інформацію, що надається одержувачем послуг, або обов'язки повідомляти компетентні органи за їх запитом про інформацію, яка надає можливість ідентифікувати тих одержувачів послуг, з якими вони мають угоди про зберігання інформації.

На активну протидію порушенням авторських та суміжних прав у мережі Інтернет має бути спрямована ефективна взаємодія Інтернет-провайдерів та контент-провайдерів з правоохоронними органами (боротьба з піратством, іншими фактами неправомірного використання об'єктів авторського та суміжних прав у мережі

Інтернет). Основи такої взаємодії закладені у Конвенції Ради Європи від 23 листопада 2001 року «Про кіберзлочинність»¹ та Керівних принципах співробітництва між правоохоронними органами та постачальниками послуг мережі Інтернет проти кіберзлочинності, ухвалені глобальною Конференцією «Співробітництво проти кіберзлочинності», Рада Європи, Страсбург, 1-2 квітня 2008 року².

Інтернет-послуги надаються користувачам на підставі цивільного договору, укладеного між ними та Інтернет-провайдерами. Загальний порядок надання та отримання телекомунікаційних послуг встановлений відповідними Правилами³. Послуги надаються споживачу на підставі договору про надання телекомунікаційних послуг, порядок укладення, зміст та форма якого встановлені зазначеними Правилами.

Закон «Про телекомунікації» встановлює права (ст. 32) та обов'язки споживача (ст. 33), які конкретизуються у Правилах (відповідно: права споживача – п. 35 Правил, обов'язки – п. 36 Правил). Загалом споживач має дотримуватися нормативних вимог, умов договору. І у ст. 33 Закону, і у п. 36 Правил вказано, що споживачі телекомунікаційних послуг зобов'язані не допускати використання власного кінцевого устаткування для здійснення протиправних дій або дій, що загрожують інтересам національної безпеки, оборони й охорони правопорядку.

ДСІВ рекомендує доповнювати договір про надання провайдерських послуг розділом «Використання об'єктів авторського права і суміжних прав в мережі Інтернет». У ньому доцільно

¹ Конвенція про кіберзлочинність: Рада Європи. 23.11.2001. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_575. Ратифікована Україною Законом України від 07.09.2005. «Про ратифікацію Конвенції про кіберзлочинність». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2824-15>

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.apitu.org.ua/node/1051>

³ Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг: затверджено постановою КМ України від 11.04.2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-п>

визначати умови відтворення (розміщення), використання та продажу об'єктів авторського права і суміжних прав. Обов'язковою умовою укладання договору про надання провайдерських послуг повинна бути згода користувачів на укладання Інтернет-провайдерами договорів із організаціями колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав. Оскільки договори про надання провайдерських послуг укладаються за приєднанням до пропонованих умов, то згода (незгода) користувача на укладення договору провайдера з ОКУ юридичного значення не має. Користувач або приєднується до договору, у якому міститься така умова або ні.

ДСІВ рекомендує зазначати в договорі про надання провайдерських послуг розміри виплати авторської винагороди за різні випадки використання об'єктів авторського та суміжних прав. Також рекомендується визначати в договорі питання відповідальності користувачів за неправомірне використання об'єктів авторського права і суміжних прав згідно з чинним законодавством України.

Для застосування засобів відповідальності необхідно встановити умови відповідальності. У рамках зобов'язального правовідношення з договору про надання провайдерських послуг встановлення умов відповідальності та застосування відповідних засобів впливу за порушення авторських та (або) суміжних прав для користувача навряд чи можливе. Адже провайдер не в змозі здійснювати ефективний контроль за використанням об'єктів авторського та (або) суміжних прав користувачами Інтернет-послуг. Користувач може нести відповідальність перед провайдером за порушення умов договору, укладеного між ними.

Загалом, встановлення у договорі про надання провайдерських послуг умови про відповідальність за неправомірне використання об'єктів авторського чи суміжних прав виходить за межі договору. Йдеться про встановлення договірної відповідальності за порушення прав особи, яка не є стороною договору.

Отже, механізм забезпечення прав авторів та суб'єктів суміжних прав у разі використання належних їм об'єктів у цифровому середовищі має включати узгоджену взаємодію провайдерів, ОКУ та користувачів.

ДСІВ рекомендує встановлювати у договорі між Інтернет-провайдером та ОКУ умови про виплату провайдерами добровільної винагороди на користь авторів. Ця сума включається у вартість провайдерських послуг. Практичне втілення такої рекомендації матиме позитивний ефект для суб'єктів авторського чи суміжних прав за наявності кількох взаємоузгоджених чинників.

Насамперед, створення дієвих та прозорих механізмів взаємодії провайдерів та ОКУ, законодавчого забезпечення прозорості звітності ОКУ щодо збору коштів за використання майнових прав авторів. Інакше суми добровільних винагород, якщо їх і будуть добровільно сплачувати добросовісні провайдери, не знайдуть своїх адресатів. По-друге, включення цих сум у вартість провайдерських послуг призведе до їх безпідставного здорожчання і поставить у не вигідне становище добросовісних користувачів, котрі не порушують авторських прав.

ДСІВ розроблені Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського та суміжних прав у мережі Інтернет¹. Рекомендації виходять із загальної законодавчої вимоги про необхідність отримання дозволу суб'єктів авторського і суміжних прав для правомірного використання належних їм об'єктів. Своєю чергою автор чи інші особи, яким належать майнові авторські права, мають право вимагати виплати винагороди за будь-яке використання твору.

¹ Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського та суміжних прав у мережі Інтернет/ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/ip.html>

У зазначених Рекомендаціях ураховано практичний досвід створення електронних бібліотек. Переведення творів у цифрову форму (сканування) для їх розміщення в електронній бібліотеці з подальшим наданням користувачам доступу до таких творів вимагає дозволу суб'єктів відповідних прав. При скануванні творів не може порушуватися цілісність твору.

Випадки вільного відтворення твору бібліотеками та архівами встановлені ст. 22 Закону «Про авторське право і суміжні права», але ці правила не застосовуються у разі використання творів електронними бібліотеками. Загалом законодавчі випадки вільного використання творів узагальнені та прокоментовані у *Рекомендації ДСІВ щодо застосування винятків та обмежень у сфері авторського права і суміжних прав*¹.

Для створення електронної бібліотеки необхідно:

- створити Реєстр суб'єктів авторського права на твори, які планується розмістити в електронній бібліотеці;
- укласти договори між суб'єктами авторського права (ОКУ, якщо вона уповноважена діяти від імені автора) та електронною бібліотекою.

На підставі укладеного договору суб'єкт авторського права, його повірений чи ОКУ надає електронній бібліотеці невиключні права на використання об'єктів авторського права. Договір може передбачити способи використання творів: відтворення, розповсюдження, включення творів як складових частин до збірників, подання творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором

Також договором встановлюється розмір та порядок виплати винагороди авторам чи іншим особам, що мають авторське

¹ Рекомендації щодо застосування винятків та обмежень у сфері авторського права і суміжних прав / URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/rec333.html>

право. Електронна бібліотека має вести статистику використання творів для виплати винагороди.

При наданні електронною бібліотекою доступу до твору можна застосувати технічні засоби щодо безкоштовного доступу до анотацій творів для ознайомлення користувачів зі змістом твору, щоб визначити доцільність використання цього твору за відповідну плату. Електронні копії творів мають супроводжуватися застереженням щодо заборони неправомірного використання твору, зокрема його копіювання та розповсюдження.

ДСІВ розроблені Рекомендації для телерадіоорганізацій та провайдерів програмної послуги щодо публічного використання об'єктів авторського права і суміжних прав¹.

Телерадіоорганізації (організації ефірного або кабельного мовлення) відносно передач (програм) мовлення власного виробництва та їх правонаступники є суб'єктами суміжних прав відповідно до статті 450 ЦК України, статей 36, 41 Закону «Про авторське право і суміжні права». Вони ж можуть бути суб'єктами авторського права і (або) суміжних прав на підставі статей 429, 430 ЦК України. Зазначені суб'єкти також є користувачами об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав здійснюється з дотриманням особистих немайнових та майнових прав їх авторів. Телерадіоорганізації, провайдери програмної послуги використовують об'єкти авторського права і (або) суміжних прав способами:

* публічного сповіщення (повторного публічного сповіщення) шляхом трансляції і ретрансляції творів, фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань у передачах ефірного і (або) супутникового телерадіомовлення (телерадіоорганізації);

¹ Рекомендації для телерадіоорганізацій та провайдерів програмної послуги щодо публічного використання об'єктів авторського права і суміжних прав / URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/recmetod.html>

* публічного сповіщення (повторного публічного сповіщення) шляхом трансляції і ретрансляції творів, фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань у передачах кабельного телебачення і (або) радіомовлення чи через Інтернет (провайдери програмної послуги).

Такі дії вважаються використанням творів. Будь-яке використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав здійснюється з дозволу суб'єкта цих прав, крім законодавчо встановлених випадків використання без дозволу автора з виплатою або без виплати йому винагороди.

Умови надання дозволу на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав визначаються договором, що укладається між суб'єктом авторських та (або) суміжних прав, його повіреним чи ОКУ (у разі передання їй прав на управління авторськими майновими правами) та телерадіоорганізацією.

У Рекомендаціях зазначено, що використання творів, виконань, фонограм, відеограм телерадіоорганізаціями, провайдерами програмної послуги може здійснюватися на підставі:

– ліцензійного договору на використання творів (авторського договору про передачу права на використання творів) чи договору доручення, укладеному з повіреним суб'єкта авторського права, або договору про передачу прав на використання творів, укладеному з організацією колективного управління;

– договору про виплату винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих із комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань.

Такі договори укладаються у письмовій формі з урахуванням норм ЦК України, Закону «Про авторське право і суміжні права».

За використання об'єктів авторського права та (або) суміжних прав телерадіоорганізація, провайдер програмної послуги зобов'язані на підставі договору виплачувати винагороду відповід-

ним суб'єктам, крім законодавчих випадків вільного використання творів.

Виплата винагороди розраховується у формі відсотків від доходу телерадіоорганізації, провайдера програмної послуги, одержаного з того виду діяльності, у процесі якої відбувається використання об'єктів авторського права та (або) суміжних прав.

9.6. Використання майнових авторських і суміжних прав на підставі вільних публічних ліцензій (Creative Commons)

Підставою безоплатного використання майнових прав на об'єкти авторського та (або) суміжних прав є вільні публічні ліцензії (ВПЛ).

Такі ліцензії не мають законодавчого закріплення в Україні, ДСІВ розробила відповідні Рекомендації щодо їх застосування¹. У Рекомендаціях вільна публічна ліцензія трактується як 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.

Таке трактування перейшло з міжнародної практики використання публічних ліцензій, хоча навряд чи є потреба визначати сутність ліцензії через поняття договору приєднання. До речі, такий підхід застосований у ст. 1107 ЦК України, у якій ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності закріплена серед видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Якщо трактувати вільну публічну ліцензію як договір приєднання у розумінні ст. 634 ЦК України, то таке трактування буде суперечити сутності ВПЛ. Відповідно до положень ст. 634 кодексу умови договору встановлюються однією зі сторін у формуля-

¹ Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського і суміжних прав: URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/recomnet.html>

рах або інших стандартних формах, тоді як умови конкретної ВПЛ, яку обирає автор, уже встановлені її розробниками¹.

Автор просто обирає один з варіантів, який йому найкраще підходить. Тобто, спочатку автор приєднується до пропозицій розробників ВПЛ та обирає якусь конкретну з них. Потім, обравши вид ВПЛ, автор пропонує невизначеному колу осіб приєднатися до її уже визначених розробниками умов. Тоді як у договорах приєднання сама особа розробляє умови договору, що пропонуються нею ж до укладення за приєднанням.

Якщо за договором приєднання, особа, що приєднується до пропонуваних умов, персоніфікується перед стороною, що зробила пропозицію, то за умовами ВПЛ такої персоніфікації не проходить. Адже автору байдуже, хто конкретно відгукується на його публічну пропозицію та приєднується до неї. Обравши ВПЛ для поширення свого твору, автор переслідує мету популяризації твору, а не отримання винагороди за його використання.

Розпорядження майновими авторськими правами здійснюється на підставі авторських договорів відповідно до положень Закону «Про авторське право і суміжні права».

Саме у договорі автор визначає межі (часові, територіальні), способи, умови використання своїх творів та прав на них, крім законодавчо визначених випадків вільного використання твору. Закон встановлює чинність майнових прав автора, за загальним правилом – упродовж життя автора та 75 років після його смерті.

Такі підходи правового регулювання навіть дали підстави для тверджень, що таким чином, обмежуються права автора щодо вільного використання його творів. Адже він повинен на кожен випадок будь-якого використання створеного ним об'єкта чи

¹ Див., наприклад: <https://creativecommons.org/choose/>; http://uk.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons; <http://artlibre.org/licence/lal/en>; http://en.wikipedia.org/wiki/Free_Art_license. Вільне програмне забезпечення: <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>; http://uk.wikipedia.org/wiki/GNU_General_Public_License. Wikipedia та аналогічні проекти: <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>; http://uk.wikipedia.org/wiki/GNU_Free_Documentation_License

прав на нього укласти відповідний договір¹. Такий висновок є доволі спірним. Права автора є виключними, тобто, належать виключно йому, а, отже, він здійснює їх за загальнодозвільним принципом на власний розсуд, поширюючи та популяризуючи свій твір будь-яким способом.

Власне вільні публічні ліцензії надають широкі можливості для безоплатного вільного використання об'єктів авторського та (або) суміжних прав, якщо автор прийняв рішення про таке використання. Тобто, застосовуючи вільні публічні ліцензії, автори досягають максимально широкої популяризації своїх творів, чого неможливо досягнути з допомогою договору. Відсутність законодавчого закріплення ВПЛ аж ніяк не обмежує автора у їх використанні. Дозволено все, що прямо не заборонено.

У найбільш загальному виразі вільну публічну ліцензію можна визначити як публічну пропозицію, звернену до невизначеного кола осіб, яка, у разі прийняття її умов, надає їм право на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав певними способами, які визначені умовами ліцензії, без обов'язкової виплати грошової винагороди суб'єкту відповідних прав. Такі ліцензії є невиключними, безоплатними, мають необмежені строк та територію дії.

ВПЛ супроводжують вільне (безоплатне, але на певних умовах, залежно від виду ВПЛ) використання об'єктів авторського та (або) суміжних прав в особистих, освітніх та наукових цілях без комерційної мети (Creative Commons). Умови окремих видів вільних публічних ліцензій наводяться на веб-сайтах їх розробників. ВПЛ на використання комп'ютерних програм (вільне програмне забезпечення) звичайно дозволяють безоплатне відтворення, модифікацію та розповсюдження модифікованих

¹ Див., наприклад, Бічук А.А. Використання публічних ліцензій відкритого контенту Creative Commons : Проблеми і перспективи в Україні / А.А. Бічук, М.В. Наумко: URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://creativecommons.org.ua/66>.

комп'ютерних програм на умовах попередньої ліцензії (GNU GPL) або на умовах іншої ліцензії (BSD).

Текст ліцензії для користувачів може існувати як складова мультимедійного файлу, подаватися окремим текстовим файлом або повідомлятися гіперпосиланням, за яким в мережі Інтернет можна ознайомитися з повним текстом ліцензії та перевірити, що певний суб'єкт справді приєднався до умов відповідної ліцензії для розповсюдження належного йому об'єкта. Також необхідно встановити, які конкретні дії користувача будуть акцептом договору (ліцензії).

Отже, саме ліцензії Creative Commons (CC) є поширеною формою використання об'єктів авторського та (або) суміжних прав. Можливо виділити такі їх *ознаки*:

- ліцензії CC є типовими, умови (текстова форма) яких розміщені на сайті creativecommons.org. Їх створили конкретні розробники. Вони функціонують без нормативного закріплення за фактом їх використання;

- факт використання твору за ліцензією CC розглядається як конклюдентна дія. Підтвердженням правомірності використання об'єкта авторського та (або) суміжних прав вільного користування є факт приєднання до ліцензії шляхом вчинення певних дій (зокрема відтворення, у тому числі запис у пам'ять комп'ютера, модифікація, розповсюдження тощо). Не потрібно укладення окремого письмового договору між суб'єктом прав і користувачем твору чи вчинення інших формальних процедур;

- на підставі ліцензії CC виникають правовідносини між суб'єктами відповідних прав та невизначеним (не персоніфікованим) колом осіб-користувачів щодо об'єктів авторського та (або) суміжних прав.

Однією з причин не використання ВПЛ в Україні називають відсутність їх законодавчого закріплення. Але такі ліцензії і не урегульовані на законодавчому рівні у багатьох країнах, тим не

менше широко використовуються та ураховуються судами у разі виникнення спорів.

На сьогодні розміщення будь-якого об'єкта правової охорони авторським правом у мережі Інтернет розцінюється як надання загального доступу до такого об'єкта. Відповідно, користувач впевнений, що не порушує жодних прав автора, використовуючи його твір.

Але сам факт поширення твору у цифровому середовищі свідчить лише про можливість безоплатного використання такого твору з дотриманням законодавчих вимог щодо охорони та захисту особистих немайнових прав автора, законодавчо встановленого вичерпного переліку вільного використання твору без виплати винагороди та без згоди автора (ст.ст. 21-25 Закону «Про авторське право і суміжні права»).

Тому якраз ВПЛ вносять певну упорядкованість щодо способів, меж безоплатного використання творів, розміщених у цифровому середовищі. Їх використання ефективно, якщо йдеться про такі об'єкти як фотографії, малюнки, ескізи та інші твори образотворчого мистецтва.

9.7. Види порушень авторських і суміжних прав у мережі Інтернет

Порушення авторських і суміжних прав носять доволі специфічний характер та проявляються у формі різних дій. Їх перелік наведений у ст. 50 Закону «Про авторське право і суміжні права». Цей перелік був доповнений Законом від 23 березня 2017 року. Таким чином, окрім раніше закріплюваних дій, що визнавалися порушеннями авторських і суміжних прав, перелік доповнено новими їх видами.

Зокрема порушенням авторського права і (або) суміжних прав, що дає підстави для судового захисту, є:

а) вчинення будь-якою особою дій, які порушують особисті немайнові права суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав, та їх майнові права;

б) піратство у сфері авторського і (або) суміжних прав.

Зміст цього виду порушення розширений відповідно до Закону від 23 березня 2017 року. Якщо раніше піратство трактувалося як опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення, то на сьогодні цим поняттям охоплюються камкординг, кардшейрінг, а також Інтернет-піратство, тобто вчинення будь-яких дій, які визнаються порушенням авторського права та (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет. Хоча камкординг і кардшейрінг визначені як окремі види порушень авторських та (або) суміжних прав.

Тому за правилами формальної логіки не зовсім зрозумілим є такий підхід. Якщо піратство родове поняття, що охоплює і камкординг, і кардшейрінг як його видові прояви, то чому ці порушення закріплені як окремі види;

в) плагіат – оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору;

г) ввезення на митну територію України без дозволу осіб, які мають авторське право і (або) суміжні права, примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм, програм мовлення;

д) вчинення дій, що створюють загрозу порушення авторського права і (або) суміжних прав;

е) будь-які дії для свідомого обходу технічних засобів захисту авторського і (або) суміжних прав, зокрема виготов-

лення, розповсюдження, ввезення з метою розповсюдження і застосування засобів для такого обходу;

є) підроблення, зміна чи вилучення інформації, зокрема в електронній формі, про управління правами без дозволу суб'єктів авторського і (або) суміжних прав чи особи, яка здійснює таке управління;

ж) розповсюдження, ввезення на митну територію України з метою розповсюдження, публічне сповіщення об'єктів авторського і (або) суміжних прав, з яких без дозволу суб'єктів цих прав вилучена чи змінена інформація про управління правами, зокрема в електронній формі;

з) камкординг, кардшейрінг.

Відповідно до ст. 1 Закону *камкординг* – відеозапис аудіовізуального твору під час його публічної демонстрації в кінотеатрах, інших кіновидовищних закладах особами, які перебувають у тому самому приміщенні, де відбувається така публічна демонстрація, для будь-яких цілей без дозволу суб'єкта авторського права або суміжних прав. *Кардшейрінг* – забезпечення у будь-якій формі та в будь-який спосіб доступу до програми (передачі) організації мовлення, доступ до якої обмежений суб'єктом авторського права і (або) суміжних прав застосуванням технічних засобів захисту (абонентська карта, код тощо), в обхід таких технічних засобів захисту, в результаті чого зазначена програма (передача) може бути сприйнята або в інший спосіб доступна без застосування технічних засобів захисту.

З огляду на визначення у ст. 1 Закону «Про авторське право і суміжні права» понять «опублікування», «відтворення», «розповсюдження», «піратство» вони стосуються і мережі Інтернет.

Звернемося до аналізу судової практики. До одного з районних судів звернулася Особа 1 з позовом про захист авторського права та виплату грошової компенсації за його порушення. В обґрунтування своїх вимог Особа 1 зазначала, що вона є автором малюнків складових частин «аватарок» до Інтернет-ресурсу

(зазначена інформація). Вона замовила через Інтернет-магазин футболку з малюнком, у структурі якого використано 5 самостійних об'єктів інтелектуальної власності. Продавцем такого товару є ФОП Особа 2. Оскільки Особа 1 не надавала дозволу на використання творів, авторські права на які їй належать, то, відповідач, здійснюючи продаж, порушив їх. Позивачка просила суд стягнути з ФОП Особа 2 на її користь компенсацію за порушення авторських прав.

Рішенням суду першої інстанції у задоволенні позову Особі 1 було відмовлено. Суд виходив з того, що відсутня вина відповідача у вчиненні дій, що порушують авторські права. За умовами субагентського договору на здійснення операцій з реалізації товару, укладеному між ФОП Особа 2 та ТзОВ «Х», відповідач у справі здійснює лише технічні функції з реалізації та доставки товару споживачам. Тому ФОП Особа 2 не може бути належним відповідачем за заявленими позовними вимогами. Суд також виходив з того факту, що зміст Інтернет-ресурсу містив таку інформацію як: «створи собі аватарку», «збережи її на комп'ютер», «завантаж її у соціальну мережу», «поділись з друзями», а відтак його відвідувачам надано дозвіл на використання «аватарок» і будь-яких заборон щодо їх використання поза межами мережі Інтернет не має.

На рішення було подано апеляційну скаргу. Апеляційний суд встановив, що використані на малюнку елементи є результатом творчої праці Особи 1, а, відтак, є самостійним об'єктом авторського права, позивачка є їх автором. Відповідачем не надано доказів того, що Особа 1 надавала йому дозвіл на використання складових частин «аватарок» з Інтернет-ресурсу, а, отже, здійснивши продаж футболки з малюнком, на якому використані результати чужої творчої праці, відповідач порушив авторські права.

Апеляційний суд, розглядаючи справу, враховував положення, зазначені у постанові Пленуму ВС України «Про застосу-

вання судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 року. При вирішенні спорів про присудження грошової компенсації у разі порушення авторських прав судам слід мати на увазі, що компенсація підлягає виплаті у разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, а не розміру збитків.

Таким чином, для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права і (або) суміжних прав. Для визначення суми такої компенсації, яка є адекватною порушенню, суд має дослідити: факт порушення майнових прав та яке саме порушення допущено; об'єктивні критерії, що можуть свідчити про орієнтовний розмір шкоди, завданої неправомірним кожним окремим використанням об'єкта авторського права і (або) суміжних прав; тривалість та обсяг порушень (одноразове чи багаторазове використання спірних об'єктів); розмір доходу, отриманий унаслідок правопорушення; кількість осіб, право яких порушено; наміри відповідача; можливість відновлення попереднього стану та необхідні для цього зусилля тощо.

Також слід враховувати загальні засади цивільного законодавства, встановлені ст. 3 ЦК України, зокрема справедливість, добросовісність та розумність.

За таких обставин колегія суддів дійшла висновку, що судом першої інстанції ухвалено рішення про відмову у задоволенні позову через неправильне застосування норм матеріального права. Рішення суду першої інстанції було скасовано та ухвалено нове рішення, яким позовні вимоги задоволені. На користь позивача з відповідача стягнуто грошову компенсацію за порушення авторських прав¹.

¹ Рішення Апеляційного суду м. Києва від 11.02.2015. у справі № 22-ц/796/443/2015. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41035546>

Як вбачається з цього судового рішення, користувач розцінював факт розміщення малюнків в Інтернеті як можливість їх вільного, на власний розсуд, використання. Такого ж висновку дійшов і суд першої інстанції, не кваліфікувавши дії відповідача як порушення авторських прав. Адже він використовував те, що вільно розміщене у мережі.

Суд апеляційної інстанції зробив правильні висновки, що таке використання здійснене без згоди автора, а, отже, є порушенням його прав. Якби такий об'єкт супроводжувався ВПЛ з конкретним «набором» дозволених дій щодо безоплатного використання твору, то порушення не відбулось би. Адже користувач зміг би ознайомитися зі змістом дозволених автором дій щодо вільного використання його твору.

За обставинами, що викладені в іншому судовому рішенні, вбачається аналогічна ситуація. До одного з районних судів звернулася Особа 1 до Особи 2 та Особи 3 про стягнення грошової компенсації за порушення майнового авторського права на фотографічний твір. Позивачці належать майнові авторські права на фотографічний твір у порядку спадкування після смерті сина, який і був його автором.

Відповідачі, здійснюючи свою господарську діяльність, розміщували твір на належному їм сайті. Таких фактів вони й не заперечували, але вважали, що рекламували магазин, який продає вироби зі скла та на сайті якого розміщений твір (фотографія). А, відтак, не вважали себе порушниками авторських прав.

Судом встановлено, що померлий син позивачки є автором збірки фотографічних творів, що підтверджується свідоцтвом про реєстрацію авторського права на твір. Позивачка є спадкоємицею авторських прав на усі твори, створені творчою працею її сина, що підтверджується виданим свідоцтвом про право на спадщину за законом.

З висновку експертного комп'ютерно-технічного дослідження вбачається, що на момент його проведення за зазначеною

Інтернет-адресою знаходилася веб-сторінка Інтернет-ресурсу торгового центру, яка присвячена товарам конкретної торгової марки та містить графічні зображення цих товарів. Одне з таких зображень і є фотографічним твором, що створений сином позивачки.

Суд дійшов висновку, що відповідачі здійснили неправомірне використання фотографічного твору, виключні майнові права на який належать позивачці, розмістивши його контрафактний (за оцінкою суду) примірник на власному Інтернет-сайті.

На переконання суду дії відповідачів не підпадають під випадки вільного використання творів, встановлені ст.ст. 21-25 Закону «Про авторське право і суміжні права». Відтак, суд констатував, що авторські права порушені та присудив грошову компенсацію у мінімальному розмірі як про це і просила позивачка¹.

З обставин, викладених у судовому рішенні, вбачається, що відповідачі не усвідомлювали факт порушення ними авторських прав. Вони були переконані у правомірності власних дій, адже використали твір, розміщений в Інтернеті. На їхнє переконання такий твір можна вільно використовувати. Якби твір супроводжувався ВПЛ (вільною публічною ліцензією), то користувачі мали би змогу отримати належну інформацію про способи та межі його використання.

У Рекомендаціях ДСІВ зазначено, що у разі придбання примірників об'єктів авторського та (або) суміжних прав вільного користування вони мають бути забезпечені договором (або посиланням на нього), який підтверджує їх належність до об'єктів вільного користування. Цей договір є примірником (електронним, у тому числі в складі файлу, що містить відповідний об'єкт, окремим файлом та (або) паперовим примірником) ВПЛ або по-

¹ Рішення Подільського районного суду м. Києва від 06.06.2016 у справі № 758/8756/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41035546>

силанням на її офіційний текст, що знаходиться в загальному доступі у мережі Інтернет.

У разі розповсюдження об'єктів авторського та (або) суміжних прав вільного користування на дисках для лазерних систем зчитування та інших аналогічних носіях підлягають застосуванню положення Закону України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних».

Відповідно до його ст. 3 розповсюдження на території України таких об'єктів, а також їх прокат дозволяються лише за умови їх маркування контрольними марками.

Контрольна марка – спеціальний знак, який засвідчує дотримання авторських та (або) суміжних прав та надає право на розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних.

Контрольна марка є самоклеїним знаком одноразового використання, зовнішній бік якого має спеціальний голографічний захист. Порядок їх видачі визначений Законом.

Для отримання контрольної марки заявник повинен надати відповідні договори, укладені з суб'єктами авторських та (або) суміжних прав, відповідно до яких заявник має право на розповсюдження.

У разі впровадження ВПЛ заявники зможуть приєднуватися до їх умов та вільно розповсюджувати примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних без виплати винагороди їх авторам, але з дотриманням умов конкретного виду ліцензії.

Відповідальність за дотримання умов ВПЛ під час розповсюдження об'єктів авторського та (або) суміжних прав вільного користування несе заявник.

9.8. Способи захисту авторських і суміжних прав в мережі Інтернет

Законом від 23 березня 2017 року внесено низку змін та доповнень до Закону «Про авторське право і суміжні права» власне у частині захисту авторських та (або) суміжних прав у мережі Інтернет. У ст. 52 Закону «Про авторське право і суміжні права», назва якої – Способи цивільно-правового захисту авторського права і суміжних прав йдеться не стільки про самі способи захисту як про права суб'єктів у разі їх порушення будь-якими іншими особами. Загалом редакція не тільки цієї статті, а й інших, у тому числі і тих, що з'явилися у Законі у результаті його доповнення від 23 березня 2017 року, викликає чимало зауважень як щодо стилю викладу, його зрозумілості та доступності, так і до юридичної техніки.

Отже, у разі порушення прав суб'єктів, вони вправі:

а) вимагати визнання та поновлення своїх прав, у тому числі забороняти дії, що порушують авторське право і (або) суміжні права чи створюють загрозу їх порушення.

Аналіз цієї норми дає підстави виділити такі способи захисту:

визнання права;

поновлення права у тому виді, як воно існувало до його порушення;

заборона дій, що порушують авторські і (або) суміжні права;

припинення дій, що створюють загрозу порушення авторських і (або) суміжних прав. Зазначений спосіб не є способом захисту у буквальному сенсі. Адже відсутній сам факт порушення авторських прав. Протиправні дії створюють загрозу їх порушення. Це засіб запобігання порушенню.

Відповідно до характеру та способу порушення права суб'єкт обирає той чи інший спосіб захисту та звертається з від-

повідним позовом до суду. Власне у наступному пункті б) частини першої ст. 52 Закону і йдеться про право;

б) звертатися до суду з позовом про поновлення порушених прав та (або) припинення дій, що порушують авторське право та (або) суміжні права чи створюють загрозу їх порушення;

в) подавати позови до суду про відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Відповідно до ст. 16 ЦК України **відшкодування моральної (немайнової) шкоди** закріплене як самостійний спосіб захисту цивільних прав та інтересів (п. 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України). У судовій практиці загально визнаним став підхід, відповідно до якого моральна (немайнова) шкода відшкодовується лише у випадках прямо встановлених законом¹. Такий спосіб захисту закріплений у Законі «Про авторське право і суміжні права»;

г) подавати позови до суду про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав, або виплату компенсацій.

Йдеться про такий **спосіб захисту як відшкодування збитків** (п. 8 ст. 16 ЦК України). У разі порушення авторських та (або) суміжних прав встановлений **специфічний спосіб захисту – виплата грошової компенсації у законодавчо встановленому розмірі від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат**, замість відшкодування збитків або стягнення доходу;

д) вимагати припинення підготовчих дій до порушення авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі призупинення митних процедур, якщо є підозра, що можуть бути пропущені на митну територію України чи з її митної території контрафактні примірники творів, фонограм, відеограм, засоби обходу технічних засобів захисту, в порядку, передбаченому Митним кодексом

¹ Див. п. 2 постанови Пленуму ВС України від 31.03.1995. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» / URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>

України. Йдеться про специфічний спосіб захисту, закріплений Законом «Про авторське право і суміжні права», – *припинення підготовчих дій до порушення авторських і (або) суміжних прав*;

е) брати участь в інспектуванні виробничих приміщень, складів, технологічних процесів і господарських операцій, пов'язаних з виготовленням примірників творів, фонограм і відеограм, щодо яких є підстави для підозри про порушення чи загрозу порушення авторського права і (або) суміжних прав, у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Здійснення такого права суб'єктом авторських і (або) суміжних прав може попередити порушення його прав;

є) вимагати, в тому числі у судовому порядку, публікації в засобах масової інформації даних про допущені порушення авторського права і (або) суміжних прав та судові рішення щодо цих порушень. Суб'єкти авторських і (або) суміжних прав, як свідчить судова практика, доволі часто вдаються до здійснення такого права та заявляють у позовних заявах вимогу про публікацію відповідного змісту, який може пропонувати сам позивач;

ж) вимагати від осіб, які порушують авторське право і (або) суміжні права, надання інформації про третіх осіб, задіяних у виробництві та розповсюдженні контрафактних примірників творів і об'єктів суміжних прав, а також засобів обходу технічних засобів захисту, та про канали їх розповсюдження.

Перелік можливих заходів, які можуть застосовувати суб'єкти авторських та (або) суміжних прав, є невичерпним. Відповідно до пункту з) частини першої статті 52 Закону вони вправі вимагати прийняття інших передбачених законодавством заходів, пов'язаних із захистом авторського права та суміжних прав. Може йтися про заходи адміністративної, кримінальної відповідальності та інші способи захисту.

У судовій практиці поширеними є позови про виплату грошової компенсації за порушення авторських та (або) суміжних прав замість відшкодування збитків. Такий спосіб захисту має очевидні переваги, оскільки не потрібно доказувати розмір збитків. Варто довести факт вчинення порушення авторських та (або) суміжних прав.

Так, до одного з районних судів м. Києва звернулася Особа 1 та Особа 2 з позовом до Особи 3 про захист порушених авторських прав та про стягнення компенсації за їх порушення. В обґрунтування позовних вимог Особа 1 та Особа 2 стверджували, що на сайті, який належить відповідачу, було опубліковане певне повідомлення з використанням як ілюстрації твору образотворчого мистецтва, авторські права на який належать позивачам. Твір використано без згоди автора, без зазначення імені автора та без виплати авторської винагороди.

Судом встановлено, що авторське право на твір належить Особі 1. За авторським договором Особа 1 передала Особі 2 виключні майнові права на: опублікування твору образотворчого мистецтва у визначених тижневиках; відтворення твору образотворчого мистецтва без обмеження тиражу; включення твору образотворчого мистецтва як складової частини у збірники, антології, енциклопедії; розміщення твору образотворчого мистецтва на визначеному сайті.

Факт неправомірного використання твору був доведений позивачем шляхом надання суду письмового доказу – копії роздруківки сторінки з належного відповідачу сайту, яка містить кольорове зображення твору. Суд прийняв до уваги роздруківку як належний доказ.

На підставі наданих доказів, суд дійшов висновку про факт порушення авторських прав та присудив відповідачу виплатити грошову компенсацію на користь позивачів у розмірі – 50 мініма-

льних заробітних плат (п «г» частини другої ст. 52 Закону «Про авторське право і суміжні права»)¹.

Рішення суду було оскаржене до апеляційного суду м. Києва. Апеляційний суд погодився з оцінкою доказів судом першої інстанції, але дійшов висновку про можливість зменшення розміру грошової компенсації за порушення авторських прав до мінімально допустимої – десять мінімальних заробітних плат.

Постановляючи таке рішення, апеляційний суд покликався на роз'яснення Постанови № 5 Пленуму ВС України від 4 червня 2010 року «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав», а саме: згідно зі ст. 14 Закону «Про авторське право і суміжні права» особисті немайнові права автора не можуть бути передані (відчужені) іншим особам, вони охороняються безстроково.

У зв'язку з наведеним судам слід урахувувати, що автор твору є належним позивачем за позовом про заборону дій щодо використання твору, що порушують його особисті немайнові права, незалежно від того, що його майнові права передано (відчужено) чи передано право на використання твору іншій особі, якщо така особа не здійснює захист цього права.

Разом з тим право на відшкодування збитків (майнової шкоди), або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права, або виплату компенсації залишається за особою, якій у зазначених випадках передані (відчужені) майнові права чи передані виключні права на використання твору. Автор має право вимагати відшкодування моральної шкоди².

¹ Рішення Печерського районного суду м. Києва від 17.06.2014. у справі № 757/8808/14-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41035546>

² Рішення Апеляційного суду м. Києва від 09.10.2014. у справі № 796/9597/2014. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41035546>

Як вбачається зі змісту судового рішення, між автором – Особою 1 – та Особою 2 був укладений договір, за яким виключні майнові права на опублікування належного йому твору були передані Особі 2. Тому саме на користь Особи 2 має бути проведена виплата грошової компенсації за порушення переданих їй за договором авторських прав. Варто звернути увагу, що суд першої інстанції, так і апеляційний суд прийняли за належний доказ копію роздруківки сторінки з належного відповідачу сайту, що містила кольорове зображення твору образотворчого мистецтва. Саме ця роздруківка свідчила про факт неправомірного використання об'єкта інтелектуальної власності.

Частину першу статті 52 Закону доповнено новим абзацом наступного змісту: здійснювати захист авторського права і (або) суміжних прав у порядку, визначеному статтею 52-1 цього Закону – Порядок припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет. Такий законодавчий підхід не дуже вдалий. Адже закріплені у ст. 52 Закону права суб'єктів та способи захисту у разі їх порушення можуть застосовуватися залежно від характеру і способу порушення у мережі Інтернет з урахуванням технічних та інших особливостей функціонування світової павутини.

Тобто, у разі порушення авторських прав у мережі Інтернет, можуть застосовуватися ті ж способи захисту, що застосовуються у разі їх порушення у реальному середовищі. Норми ж статті 52-1 закріплюють особливості захисту у разі порушень авторських і (або) суміжних прав у цифровому середовищі.

Законодавче закріплення норм, що регулюють відносини у разі порушення авторських прав у мережі Інтернет, є вельми позитивним. Адже, як свідчить практика, кількість таких порушень зростає. Самі ж порушення, що скоюються з використанням технічних знань та засобів, носять складний, інколи заплутаний характер. Існують проблеми із засобами фіксації цих порушень, доказуванням фактів їх вчинення тощо.

Тому попри наявні способи захисту порушених авторських прав, потрібні особливі (спеціальні) правові підходи у разі порушень у цифровому середовищі.

Отже, відповідно до нововведень, при порушенні будь-якою особою авторських і (або) суміжних прав, вчиненому з використанням мережі Інтернет, суб'єкт таких прав (заявник) має право звернутися до власника веб-сайту та (або) веб-сторінки, на якому (якій) розміщена або в інший спосіб використана відповідна електронна (цифрова) інформація, із заявою про припинення порушення.

У частині першій нової статті Закону 52-1 зазначено, що порядок захисту авторського права і (або) суміжних прав, визначений цією статтею, застосовується до відносин, пов'язаних з використанням аудіовізуальних творів, музичних творів, комп'ютерних програм, відеограм, фонограм, передач (програм) організацій мовлення.

Такий підхід може породити проблеми практичного характеру: чи підлягають застосуванню норми статті 52-1 Закону у разі порушення авторських прав на інші об'єкти, перелік яких закріплений у статті 8 цього ж Закону, у разі їх неправомірного використання у мережі Інтернет. Наприклад, фотографії, літературні твори різного жанрового спрямування, бази даних тощо. Видається, що визначати вичерпний перелік об'єктів щодо яких можуть застосовуватися особливі способи та порядок захисту від порушень прав на них у мережі Інтернет, неправильно. Адже практично у цифровому середовищі можуть розміщуватися будь-які об'єкти авторського і (або) суміжних прав з порушення прав їх суб'єкта.

Чітко встановлені вимоги щодо змісту заяви, з якою звертається суб'єкт, чії права порушені, до власника веб-сайту та (або) веб-сторінки. Така заява повинна містити:

а) відомості про заявника, необхідні для його ідентифікації: ім'я (найменування); місце проживання (перебування) або місце-

знаходження, адреса електронної пошти або поштова адреса, на яку власник веб-сайту або інші особи в передбачених Законом випадках мають направляти інформацію; для заявників – юридичних осіб – ідентифікаційні дані про реєстрацію юридичної особи у країні місцезнаходження, зокрема в торговельному, банківському, судовому або державному реєстрі, у тому числі реквізити реєстру, реєстраційний номер;

б) вид і назву об'єкта (об'єктів) авторського і (або) суміжних прав, про порушення права на який (які) йдеться у заяві;

в) вмотивоване твердження про наявність у заявника майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт авторського права і (або) суміжних прав, зазначених у відповідній заяві, з посиланням на підстави виникнення таких прав та строк їх дії. Це можуть бути дані про реєстрацію авторського права, яка не є обов'язковою та здійснюється за бажанням автора. У разі відсутності такої реєстрації можуть наводитися інші докази авторства, хоча це може становити певні проблеми для суб'єкта. Оскільки майнові права можуть передаватися на підставі різних договорів, то такі договори теж є належним доказом наявності майнових прав у суб'єкта. У будь-якому разі законодавча норма не пов'язує доказування факту належності майнових прав суб'єкту з певними визначеними фактами. Вживається оціночне поняття – «вмотивоване твердження»;

г) гіперпосилання на електронну (цифрову) інформацію, розміщену або в інший спосіб використану на веб-сайті;

г) вимогу про унеможливлення доступу до електронної (цифрової) інформації на веб-сайті;

д) відомості про постачальника послуг хостингу, який надає послуги і (або) ресурси для розміщення відповідного веб-сайту, а саме: найменування, адреса електронної пошти або поштова адреса, на яку, в передбачених цим Законом випадках, власник веб-сайту або інші особи мають надсилати інформацію.

Виконання такої вимоги може бути обтяжливим для заявника. Та й зрештою, суб'єкт, що надає власникам веб-сайтів послуги хостингу, не має жодного відношення до фактів порушення авторських і (або) суміжних прав. Тому покладення на заявника такої вимоги є як обтяжливим, так і нелогічним, що ускладнюватиме саму процедуру звернення про захист порушених прав.

е) твердження заявника, що наведена в заяві інформація є достовірною, а наявність у заявника прав, про порушення яких заявлено, перевірена адвокатом, за представництвом (посередництвом) якого подається заява.

Можна стверджувати, що таке унікальне законодавче формулювання з'явилося уперше саме у цьому Законі. Яке правове значення має твердження заявника, що наведена у заяві інформація є достовірною? А якщо така інформація недостовірна, але на думку заявника, з огляду на відомі йому обставини, інформація є достовірною? Таке формулювання законодавчої норми викликає щонайменше подив.

Наступна ж вимога про необхідність перевірки адвокатом наявності у заявника прав, про порушення яких заявлено, є фактично неконституційною. Адже кожен має право на захист свого порушеного права, незалежно чи хтось підтверджує або заперечує ці права за особою. А, якщо в особи, чиї авторські права порушені, відсутні кошти на оплату послуг адвоката за перевірку наявності у неї цих прав? Яке правове значення такої перевірки? Якщо переслідувалася мета зменшити кількість необґрунтованих звернень заявників до власників веб-сайтів, то потрібно працювати в іншому напрямі – профілактичному, на зменшення кількості порушень в мережі Інтернет, з'ясуванні економічних та інших чинників таких порушень. Встановлена ж вимога про необхідність перевірки адвокатом наявності прав у заявника, що звертається до власника веб-сайту про усунення порушень, є незаконною та має бути скасована.

Імперативно встановлено, що заявник звертається із заявою про припинення порушення виключно за представництвом (посередництвом) адвоката. З одного боку такий законодавчий підхід забезпечить кваліфіковані (грамотні) звернення до власників веб-сайтів про усунення порушень. Але з другого – це явне обмеження прав заявників на звернення за захистом порушеного права. Адже заявник звертається не до суду, де фахова допомога адвоката вкрай необхідна, а тільки до власника веб-сайту.

Адвокат, як встановлено Законом, надсилає відповідну заяву, за умови ідентифікації заявника, встановлення його контактних даних та підтвердження наданими заявником документами факту наявності у заявника прав, про припинення порушення яких висувається вимога. Тобто, якщо у заявника виникають проблеми з доказуванням факту належності йому відповідних прав, про усунення порушення яких він звертається, то адвокат не надасть йому жодної допомоги. Його функція чисто механічна – перевірити за поданими документами факт наявності прав у заявника.

До заяви додається копія одного з документів, що відповідно до законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність посвідчує повноваження адвоката на надання правової допомоги заявнику. Можливо ці норми і пропонувалися до Закону самими ж адвокатами. Наявне спонукання до звернення за наданням адвокатських послуг. Встановлений порядок звернення до власників веб-сайтів (веб-сторінок) виключно через адвоката видається незаконним, оскільки обмежує конституційне право особи на захист.

Встановлено, що заявник (посадова особа заявника) несе відповідальність за надання завідомо недостовірної інформації щодо наявності у нього майнових прав інтелектуальної власності, про порушення яких йдеться у заяві. Який характер, обсяг такої відповідальності та перед ким вона настає невідомо. Адже може

йтися про публічну відповідальність, наприклад, у формі штрафних санкцій, що стягуються до бюджету.

Також можливе відшкодування збитків власнику веб-сайту, спричинених розглядом заяви про порушення прав, звернення з якою ґрунтувалося на недостовірній інформації.

Заявник надсилає заяву про припинення порушень власнику веб-сайту з одночасним направленням її копії постачальнику послуг хостингу, який надає послуги і (або) ресурси для розміщення відповідного веб-сайту. Тобто, заявник зобов'язаний навести відомості про постачальника послуг хостингу. Але ж права заявника порушені не постачальником послуг хостингу, а через розміщення певної інформації на конкретному сайті, неправомірне використання об'єктів авторського і (або) суміжних прав на веб-сайті.

За відсутності обставин для відмови у розгляді заяви, власник веб-сайту невідкладно, не пізніше 48 годин з моменту отримання заяви про припинення порушення, зобов'язаний унеможливити доступ до електронної (цифрової) інформації, щодо якої подано заяву, та надати заявнику і постачальнику послуг хостингу інформацію про вжиті заходи відповідно до встановлених вимог.

Підстави для відмови у задоволенні заяви встановлені у частині четвертій статті 52-1. Отже, особа, яка отримала заяву про припинення порушення, може відмовити в її задоволенні у разі, якщо:

а) особа, до якої заявник звернувся із заявою про припинення порушення, має право на використання зазначеної в заяві електронної (цифрової) інформації, щодо використання якої направлена заява, за умови надання нею повідомлення про відмову;

б) особа, якій надіслано заяву про припинення порушення, не є власником веб-сайту, зазначеного у такій заяві;

в) заява про припинення порушення оформлена з порушенням встановлених вимог (подана не через адвоката, наприклад,

подана лише власнику веб-сайта, а не одночасно і постачальнику послуг хостингу, не містить мотивованого твердження про належність особі прав, щодо усунення порушення яких вона звертається тощо). У разі відмови у задоволенні заяви з цієї підстави необхідно повідомити заявника про таку відмову.

Про відмову у задоволенні заяви про припинення порушення власник веб-сайту впродовж 48 годин з моменту її отримання направляє повідомлення заявнику, а також постачальнику послуг хостингу.

Повідомлення про відмову повинно містити таку інформацію: а) відомості про власника веб-сайту в обсязі, достатньому для пред'явлення позовної заяви: ім'я (найменування) власника веб-сайту; місце проживання (перебування) або місцезнаходження, адреса електронної пошти або поштова адреса; якщо власник сайту є юридичною особою – ідентифікаційні дані про реєстрацію юридичної особи у країні місцезнаходження, зокрема в торговельному, банківському, судовому або державному реєстрі, у тому числі реквізити реєстру, реєстраційний номер; б) зазначення електронної (цифрової) інформації, щодо унеможливлення доступу до якої відмовлено; в) зазначення конкретної підстави відмови у задоволенні заяви про припинення порушення (пункти а, б частини 4 статті 52-1 Закону).

У разі, якщо власник веб-сайту, який отримав заяву про припинення порушення, не є власником веб-сторінки, на якій розміщена електронна (цифрова) інформація, щодо унеможливлення доступу до якої заявлено, встановлено певні особливості розгляду.

У такому разі власник веб-сайту впродовж 24 годин з моменту отримання заяви про припинення порушення зобов'язаний направити її копію засобами електронної пошти (або іншою прийнятою на відповідному веб-сайті системою відправлення повідомлень) власнику веб-сторінки.

Заява направляється за контактними даними, які власник веб-сторінки повідомив власнику веб-сайту. Власник веб-сайту одночасно з направленням заяви про припинення порушення власнику веб-сторінки надсилає заявнику повідомлення, в якому інформує, що він не є власником веб-сторінки, зазначає час відправлення копії заяви власнику веб-сторінки та надає гіперпосилання на умови публічного правочину, який визначає правила користування веб-сайтом третіми особами.

Власник веб-сторінки розглядає отриману від власника веб-сайту заяву про припинення порушення та зобов'язаний надати відповідь власнику веб-сайту протягом 48 годин з моменту отримання заяви, із зазначенням гіперпосилання на веб-сторінку, на якій розміщена відповідна електронна (цифрова) інформація. При цьому власник веб-сторінки здійснює права і виконує обов'язки, встановлені для власника веб-сайту.

Власник веб-сайту впродовж 24 годин з моменту отримання від власника веб-сторінки відповіді на заяву про припинення порушення надсилає її заявнику та постачальнику послуг хостингу.

У разі, якщо впродовж 48 годин з моменту направлення власнику веб-сторінки заяви про припинення порушення власник веб-сторінки не надав власнику веб-сайту відповіді відповідно до встановлених вимог, власник веб-сайту самостійно унеможливорює доступ до зазначеної у заяві про припинення порушення електронної (цифрової) інформації.

Про вжиті заходи власник веб-сайту повідомляє заявника та постачальника послуг хостингу впродовж 72 годин з моменту отримання власником веб-сайту заяви про припинення порушення та надає відомості про себе відповідно до встановлених вимог.

У разі, якщо впродовж 48 годин з моменту направлення власнику веб-сторінки заяви про припинення порушення, власник веб-сторінки надав повідомлення про відмову з підстав та за формою, відповідно до встановлених вимог, копія такого повідомлення надсилається власником веб-сайту заявнику не пізніше як

упродовж 72 годин з моменту отримання власником веб-сайту заяви про припинення порушення.

Відповідно до норм частини 7 статті 52-1 Закону заявник має право звернутися із заявою про припинення порушення безпосередньо до постачальника послуг хостингу, який надає послуги і (або) ресурси для розміщення відповідного веб-сайту. Але таке безпосереднє звернення можливе за двох умов:

а) власник веб-сайту у встановлені строки не вчинив або вчинив не в повному обсязі необхідні дії або, якщо власник веб-сайту, який не є власником веб-сторінки, не вчинив відповідних дій або вчинив їх не в повному обсязі;

б) на веб-сайті та в публічних базах даних записів про доменні імена (WHOIS) відсутні відомості про власника веб-сайту в обсязі, що дає змогу звернутися до нього із заявою про припинення порушення.

У разі звернення заявника до постачальника послуг хостингу у будь-яких інших випадках, його заява залишається без розгляду відповідно до п. в) ч. 8 ст. 52-1 Закону.

Заява про припинення порушення, з якою заявник звертається до постачальника послуг хостингу, повинна містити, окрім відомостей, що вимагаються для заяв, звернених до власників веб-сайтів, також обґрунтування звернення саме до постачальника послуг хостингу.

Якщо заявник звертався до власника веб-сайту, але той не вчинив відповідних дій, то у заяві постачальнику послуг хостингу має бути зазначено час направлення власнику веб-сайту та постачальнику послуг хостингу заяви про припинення порушення, час, коли власник веб-сайту мав вчинити визначені дії, а також пояснення, яким чином заявник визначав контактні дані власника веб-сайту.

Якщо строки розгляду заяви, що подається власнику веб-сайту чітко визначені у законі, то чому заявник у заяві, адресованій постачальнику послуг хостингу, повинен їх вказувати. Для

чого потрібні пояснення про те як заявник визначив контактні дані власника веб-сайту? Якщо заявник буде дотримуватися усіх формальних вимог щодо змісту та форми подання заяви про усунення порушень (а їх потрібно дотримуватися, оскільки це імперативні правила), то він буде більше стурбованим саме цими вимогами, а не реальними шансами на захист порушених прав. Тому попри явні позитиви законодавчих підходів щодо захисту порушених прав у мережі Інтернет, є і явні мінуси – формалізоване, непотрібне ускладнення процедури звернення за захистом.

Як і при поданні заяви власнику веб-сайту, заява постачальнику послуг хостингу подається за посередництвом адвоката. Така імперативна вимога законодавця, як уже зазначалося, видається необґрунтованою.

За відсутності підстав для залишення заяви без розгляду, постачальник послуг хостингу зобов'язаний невідкладно, не пізніше 24 годин з моменту її отримання, надіслати власнику веб-сайту копію заяви. Закон зобов'язує постачальника послуг хостингу пояснити власнику веб-сайту його права і обов'язки, пов'язані з цією заявою, а також правові наслідки невчинення ним необхідних дій.

Знову ж таки, якщо права та обов'язки власника веб-сайту, а також перелік необхідних дій, що мають бути ним вчинені щодо усунення порушення, чітко прописані у законі, то з якою метою постачальник послуг хостингу повинен їх пояснювати власнику веб-сайту.

Така процедура нагадує судовий процес, у якому відповідно до вимог процесуального законодавства, суддя пояснює сторонам їх права та обов'язки. Але у даному випадку йдеться не про судовий розгляд і не про механізми виконання судових рішень. Тому заява формалізація процедур у разі звернення до постачальника послуг хостингу не сприяє ефективному захисту.

Імперативно встановлено, що власник веб-сайту впродовж 24 годин з моменту отримання від постачальника послуг хостин-

гу копії заяви вчиняє необхідні дії, спрямовані на усунення порушення і повідомляє про це постачальника послуг хостингу шляхом направлення повідомлення про вжиті заходи або повідомлення про відмову.

Якщо впродовж 24 годин з моменту направлення власнику веб-сайту копії заяви про припинення порушення він не вчинив необхідних дій, постачальник послуг хостингу самостійно унеможлиблює доступ до електронної (цифрової) інформації, зазначеної у заяві про припинення порушення, допущеного власником веб-сайту. Про вжиті заходи постачальник послуг хостингу повідомляє заявника та власника веб-сайту впродовж 48 годин з моменту отримання ним заяви про припинення порушення, допущеного власником веб-сайту.

Але, якщо заявник уже звертався до власника веб-сайту про усунення порушення та не отримав адекватного захисту, то чому при зверненні безпосередньо до постачальника послуг хостингу останній знову направляє заяву до власника веб-сайту? Адже власник веб-сайту уже розглядав заяву. Заявник звертається до постачальника послуг хостингу тому, що власник веб-сайту у встановлені строки не вчинив або вчинив не в повному обсязі необхідні дії (п. а ч. 7 ст. 52-1).

Тому у разі звернення безпосередньо до постачальника послуг хостингу у випадку, встановленому пунктом а) ч. 7 ст. 52-1 Закону, постачальник хостингу мав би самостійно, без спрямування заяви до власника веб-сайту, вжити необхідні дії для захисту прав заявника.

Якщо заявник звертається безпосередньо до постачальника послуг хостингу тому, що відсутні відомості про власника веб-сайту в обсязі, достатньому для звернення до нього із заявою (пункт б ч. 7 ст. 52-1), то у цьому випадку логічно, що постачальник послуг хостингу скеровує заяву до власника веб-сайту, даючи йому самому можливість усунути допущені порушення.

Відповідно до ч. 8 ст. 52-1 Закону встановлені підстави для залишення заяви без розгляду:

- а) якщо заява не відповідає встановленим вимогам;
- б) постачальник послуг хостингу не надає послуги, ресурси для розміщення веб-сайту, щодо якого подана заява;
- в) заявник безпідставно звернувся до постачальника послуг хостингу (законодавчо встановлені лише дві підстави для звернення із заявою безпосередньо до постачальника послуг хостингу: пункти а), б) ч. 7 ст. 52-1 Закону).

Про залишення заяви без розгляду постачальник послуг хостингу повідомляє заявника впродовж 24 годин з моменту її отримання.

Власник веб-сайту, який отримав інформацію від постачальника послуг хостингу про усунення заявлених порушень, має право звернутися до нього з повідомленням про відмову, вимагаючи відновлення доступу до електронної (цифрової) інформації. Якщо таке повідомлення відповідає встановленим вимогам, постачальник послуг хостингу повинен невідкладно, не пізніше як через 48 годин після його отримання, надіслати заявнику його копію. Якщо ж повідомлення не відповідає встановленим вимогам, постачальник послуг хостингу інформує про це власника веб-сайту.

Якщо заявник не надасть постачальнику послуг хостингу підтвердження відкриття судового провадження про захист його прав, то постачальник відновлює доступ до електронної (цифрової) інформації на десятий робочий день з дня надсилання заявнику копії повідомлення.

Таким чином, заявник повинен встигнути подати позовну заяву до суду та судове провадження за таким позовом має бути відкритим. Усі ці дії мають бути вчиненими упродовж десяти робочих днів з дня надсилання заявнику копії повідомлення (а не з дня отримання ним такої інформації!).

Важливими є положення, встановлені у ч. 11 ст. 52-1 Закону. Відповідно до її вимог власники веб-сайтів та постачальники послуг хостингу, крім фізичних осіб, які не є суб'єктами господарювання, зобов'язані розміщувати у вільному доступі на власних веб-сайтах та (або) в публічних базах даних записів про доменні імена (WHOIS) таку достовірну інформацію про себе:

а) повне ім'я або найменування власника веб-сайту та постачальника послуг хостингу;

б) повну адресу місця проживання або місцезнаходження власника веб-сайту та постачальника послуг хостингу;

в) контактну інформацію власника веб-сайту та постачальника послуг хостингу, у тому числі адресу електронної пошти, номер телефону, за якими з ними можливо оперативно зв'язатися.

Фізичні особи, які не є суб'єктами господарювання, розміщують у вільному доступі на веб-сайтах, власниками яких вони є, або в публічних базах даних записів про доменні імена (WHOIS) відповідну контактну інформацію (адресу електронної пошти, номер телефону, за якими з ними можливо оперативно зв'язатися).

Сама фіксація на законодавчому рівні вимог щодо інформування про власників веб-сайтів є позитивним кроком. Але закон не встановлює жодних правових наслідків у разі недодержання таких вимог.

Усі повідомлення, які направляються заявнику за наслідками розгляду його заяви, повинні містити, окрім інформації по суті розгляду, відповідно до вимог ч. 12 ст. 52-1 Закону, достовірну та повну інформацію про зазначеного в заяві власника веб-сайту чи інформацію про постачальника послуг хостингу.

Інформація про власника веб-сайту складається з відомостей про його повне ім'я (найменування), адресу проживання (місцезнаходження), адресу для листування, номер телефону, адресу

електронної пошти і, за наявності, іншу контактну інформацію для зв'язку.

На підставі ст. 52-1 Закону «Про авторське право і суміжні права» допускається унеможливлення доступу виключно до електронної (цифрової) інформації, зазначеної в заяві про припинення порушення. Якщо доступ до такої інформації не може бути унеможливлений з технічних причин, власник веб-сайту або постачальник послуг хостингу може унеможливити доступ до веб-сторінки, яка містить відповідну електронну (цифрову) інформацію.

Відповідно до ч. 14 ст. 52-1 Закону заява про припинення порушення викладається письмово у паперовій та (або) електронній формі. Заява в електронній формі оформляється відповідно до встановлених вимог у сфері електронного документообігу з обов'язковим використанням технічних засобів засвідчення електронного цифрового підпису адвоката, який надає правову допомогу заявнику. Ураховуючи складнощі в отриманні електронного цифрового підпису та ту обставину, що далеко не усі адвокати мають такі підписи, зазначена вимога утруднить доступ до ефективного захисту у разі порушень прав у мережі Інтернет.

Одночасно з направленням заяви в електронній формі заявник направляє за тією ж адресою її копію в звичайній електронній формі без використання електронного цифрового підпису. Якщо за змістом такі заяви різняться, то заява вважається неподаною. Заява в паперовій формі оформляється з обов'язковим власноручним підписом адвоката та надсилається рекомендованим листом з повідомленням про вручення.

Датою та часом отримання заяви вважаються:

а) у разі направлення електронною поштою – дата і час відправки засобами електронного зв'язку;

б) у разі направлення рекомендованим листом з повідомленням про вручення – дата і час, зазначені в повідомленні про вручення.

Якщо адресат відмовляється від отримання заяви або відсутній за вказаною адресою, днем та датою її отримання є день та дата проставлення оператором поштового зв'язку у повідомленні про вручення інформації про відмову адресата отримати заяву або інформації про відсутність адресата за вказаною адресою.

Відповідь (повідомлення) на заяву, пересилання копії заяви, викладаються письмово у паперовій та (або) електронній формі. Датою і часом отримання відповіді (повідомлення) на заяву вважаються:

а) у разі направлення електронною поштою – дата і час відправки засобами електронного зв'язку;

б) у разі направлення рекомендованим листом з повідомленням про вручення – дата і час, зазначені в повідомленні про вручення.

У разі відмови адресата від одержання відповіді застосовуються аналогічні до викладених вище правила на випадок відмови від одержання заяви.

Власник веб-сайту, веб-сторінки не несе відповідальності за порушення авторського і (або) суміжних прав, вчинені з використанням мережі Інтернет, якщо він вчасно вчинив усі необхідні дії, спрямовані на усунення заявлених порушень.

Якщо ж власник веб-сайту (власник веб-сторінки, який не є власником веб-сайту) впродовж трьох місяців, незважаючи на отримані та задоволені ним заяви про припинення порушень, допустив не менше двох випадків використання на одній чи декількох веб-сторінках, власником яких він є, одного й того самого об'єкта авторського і (або) суміжних прав на одному й тому самому веб-сайті, то він нестиме відповідальність у встановленому порядку.

Варто зауважити, що йдеться про випадки неправомірного використання об'єктів. Одиначне неправомірне використання не тягне жодних правових наслідків, що в принципі невірно. Адже кожен випадок неправомірного використання авторських і (або)

суміжних прав є підставою для застосування відповідних правових наслідків.

Законодавчо встановлені обов'язки постачальників послуг хостингу щодо забезпечення захисту авторського і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет.

Відповідно до ч. 1 ст. 52-2 Закону «Про авторське право і суміжні права» постачальники послуг хостингу зобов'язані передбачати у договорах про надання таких послуг умови і правила, що забороняють замовникам послуг вчиняти дії з розміщення електронної (цифрової) інформації з порушенням авторського і (або) суміжних прав третіх осіб, а також зобов'язують замовників послуг вказувати достовірну і коректну інформацію про себе, у тому числі свої контактні дані, а у разі їх зміни – невідкладно інформувати про це у встановленому порядку.

Постачальник послуг хостингу не несе перед їх замовником відповідальності за наслідки вжиття відповідних заходів на усунення заявлених порушень авторських і (або) суміжних прав. Також він не несе відповідальності за порушення авторського і (або) суміжних прав у разі вжиття встановлених заходів на усунення порушень відповідно до ст. 52-1 Закону.

Таким чином, внесені до Закону «Про авторське право і суміжні права» зміни та доповнення покликані сприяти ефективному позасудовому захисту авторських і (або) суміжних прав, порушення яких відбулося з використанням мережі Інтернет. Безумовними позитивами таких нововведень є визначення суб'єктів, до яких може бути звернута вимога у формі заяви про усунення порушень, чітка регламентація дій та строків розгляду заяв.

Варто наголосити, що розгляд заяв про усунення порушень авторських і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет, у позасудовому порядку не може слугувати передумовою звернення за захистом безпосередньо до суду.

Проте законодавче закріплення необхідної участі адвоката у поданні заяви власнику веб-сайту (веб-сторінки), постачальнику послуг хостингу про усунення порушень, вчинених з використанням мережі Інтернет, видається необґрунтованим обмеженням права особи на захист. Ефективному захисту порушених прав не сприятиме зайва формалізація вимог щодо змісту, форми подання заяви та деяких процедурних моментів їх розгляду.

РОЗДІЛ 10. КОМП'ЮТЕРНА ПРОГРАМА ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

У літературі наводять різні визначення комп'ютерної програми. За змістом такі визначення різняться залежно від галузевої приналежності. Адже у інформатиці комп'ютерна програма розглядається як послідовний і точний опис на певній формальній мові процесу оброблення інформації для вирішення задач на електронно-обчислювальній машині. У сфері інформаційних технологій під поняттям комп'ютерна програма розуміють завершений набір операторів, який може бути оброблений комп'ютером для вирішення певної задачі¹. Комп'ютерна програма з технічної точки зору є описом процесу оброблення інформації; такий опис має зчитуватися комп'ютером та приводити його у дію для вирішення конкретної задачі.

Типові положення ВОІВ щодо охорони комп'ютерних програм визначають комп'ютерну програму як сукупність попередньо записаних на машино читабельний носій команд, які можуть змусити машину, здатну обробляти інформацію, виконати певну функцію, досягнути певного результату або вирішити певну задачу.

Відповідно до ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право комп'ютерні програми охороняються як літературні твори у розумінні ст. 2 Бернської конвенції незалежно від способу або форми їх вираження.

Питанням правової охорони комп'ютерних програм присвячена Директива Ради ЄС про правову охорону комп'ютерних програм № 91/250/ЄЕС) від 14 травня 1991 року². У цьому документі не міститься визначення комп'ютерної програми як об'єкта

¹ Див., наприклад, Глоссарий компьютерных терминов [Арнольд Бэдет, Диана Бурдхар, Алина Каминг и др.]; пер. с англ. 10-е издание. М. : Издательский дом «Вильямс», 2002. С. 243.

² Директива Ради ЄС про правову охорону комп'ютерних програм № 91/250/ЄЕС від 14.05.1991. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

охорони. У Директиві зазначено, що комп'ютерні програми охороняються авторським правом так як літературні твори у розуміння ст. 2 Бернської конвенції. Охорона поширюється на комп'ютерні програми, що виражені у будь-якій формі. Не підлягають правовій охороні ідеї та принципи, що лежать в основі будь-якого елемента комп'ютерної програми.

Відповідно до ст. 2 Директиви автором комп'ютерної програми є фізична особа або група осіб, які створили програму. Якщо програма створена групою осіб, то виключні права належать їм спільно. Якщо комп'ютерна програма створена працівником на виконання його обов'язків або відповідно до інструкцій, отриманих від роботодавця, тільки роботодавець уповноважений здійснювати усі економічні права щодо такої програми, якщо інше не передбачено контрактом.

Відповідно до ст. 1 Закону «Про авторське право і суміжні права» *комп'ютерна програма визначена як набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах)*. Аналогічне визначення знаходимо і у Законі «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» та у Рекомендаціях щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм у діяльності суб'єктів господарювання, розроблених Державною службою інтелектуальної власності України¹.

Це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах. Тобто, за

¹ Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування// [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://sips.gov.ua/ua/rozcompprogfree.html>

допомогою комп'ютерної програми комп'ютер виконує певні вказівки (команди). Вона може мати текстовий вигляд коду, якщо створюється за допомогою мови програмування, або графічного файлу, у разі якщо це блок схем.

У науковій літературі наголошують, що законодавче визначення комп'ютерної програми є досить складним, оскільки містить багато технічних характеристик, які є не повною мірою зрозумілими для пересічної особи, в тому числі для суду, який розглядає спір. Комп'ютерна програма має свою візуалізацію, зокрема, це інтерфейс веб-сайту, мобільних додатків тощо. Дати правове визначення комп'ютерної програми без фахових знань у цій сфері неможливо, оскільки складно відобразити правовою термінологією певні технічні процеси. Враховуючи можливе тлумачення законодавчих визначень, зокрема і комп'ютерної програми, може бути встановлено, що певний програмний продукт не містить однієї чи двох ознак, що містяться у законодавчому визначенні, а відтак його не можна вважати комп'ютерною програмою¹.

Практикуючі програмісти та правники також критикують наведене законодавче визначення, вказуючи на його складність та на фіксацію великої кількості ознак, яким не кожна програма відповідатиме, а саме:

- комп'ютерна програма повинна мати певний зовнішній вираз (через слова, цифри, коди, схеми, символи чи у будь-якому іншому вигляді);
- комп'ютерна програма повинна зчитуватись комп'ютером;
- таке зчитування комп'ютером повинно приносити певний результат.

¹ Тарасенко Л.Л. Комп'ютерна програма як об'єкт інтелектуального права. ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: збірник матеріалів наук.-практ. конф. Львів: НУ «Львівська політехніка», 2016. С.251-260.

У Законі «Про авторське право» США визначено, що комп'ютерна програма це певний виклад або набір інструкцій, які будуть прямо або опосередковано використовуватися комп'ютером для досягнення певного результату¹. Новий Закон «Про авторське право в цифрову епоху» (Digital Millennium Copyright Act²) додаткових пояснень не містить.

Аналізуючи ч. 1 ст. 433 ЦК України, можливо зробити висновок, що усі об'єкти авторського права класифіковані на чотири групи:

- літературні та художні твори;
- комп'ютерні програми;
- бази даних;
- інші твори.

Перелік об'єктів авторського права відповідно до ст. 8 Закону «Про авторське право і суміжні права» наведений без такого їх групування.

Комп'ютерна програма визнається окремим об'єктом авторського права, який є відмінним і від літературного твору, і від твору мистецтва, але отримує правову охорону за аналогією з літературними творами.

Авторським правом охороняється форма вираження, а не ідея, концепція чи принципи програми. Це означає, що правова охорона надається послідовній сукупності символів, що становлять собою код комп'ютерної програми та сприймається законодавцем як звичайний текст (послідовність слів) літературного твору.

Тому не вважатиметься порушенням авторського права створення аналогічної програми з іншим кодом.

¹Digital Millennium Copyright Act. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act

Так, у справі Oracle America, Inc. v. Google, Inc.¹ було встановлено, що використання компанією Google мови програмування, створеної компанією Oracle, не буде порушенням її авторських прав, адже компанія Google використовувала при цьому власний код. Присяжні визнали, що компанія Google не потребувала укладення ліцензійного договору на використання мови програмування компанії Oracle, оскільки цей випадок підпадає під ознаки вільного використання твору, передбачених авторським правом.

Правова охорона надається за фактом створення програми, поширюється як на оприлюднені, так і не оприлюднені програми, на цілу програму як об'єкт авторського права чи на її частину, якщо вона може використовуватися самостійно.

Варто зауважити, що комп'ютерна програма є об'єктом правової охорони авторським правом і не підлягає патентуванню як винахід чи корисна модель. Хоча практика завжди знаходить адекватні до ситуації вирішення.

Наприклад, відомі випадки патентування алгоритмів, які використовуються у програмі. Така процедура є більш складною, порівняно з процедурою реєстрації авторського права, оскільки передбачає проведення експертиз: формальної, фахової, за результатами якої встановлюється новизна, винахідницький рівень та промислова придатність.

Також вдаються до охорона вихідного коду програми авторським правом, охорони назви програми як самостійного об'єкта тощо.

У науковій літературі наголошують, що комп'ютерна програма запускає певний технічний процес, який обов'язково повинен завершуватися результатом.

У цьому контексті комп'ютерна програма близька до об'єктів патентного права. А саме вона, як і винахід або корисна

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: [https://en.wikipedia.org/wiki/Oracle_America,_Inc._v._Google,_Inc.](https://en.wikipedia.org/wiki/Oracle_America,_Inc._v._Google,_Inc)

модель, може вирішувати певне технічне завдання в будь-якій сфері технології. Поняття «технологія» може розумітися та тлумачитися по-різному, однак слід зважати на законодавче визначення цього поняття, з якого вбачається, що технологією є результат науково-технічної діяльності, сукупність систематизованих наукових знань, технічних, організаційних та інших рішень про перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг. Враховуючи те, що об'єктом винаходу (корисної моделі) може бути або продукт, або процес (спосіб), що вирішує певне технічне завдання, комп'ютерна програма також може бути об'єктом винаходу (корисної моделі)¹.

Про це свідчить і судова практика, а саме у справі за позовом винахідників до Міжнародного науково-навчального центру інформаційних технологій і систем НАН та МОН України, про стягнення винагороди суд встановив наступне. Позивачі (винахідники) створили службовий винахід «Спосіб комп'ютерної ідентифікації особи за зображенням її обличчя», і уклали з роботодавцем договір щодо розміру та умови виплат винахіднику винагороди відповідно до економічної цінності винаходу і іншої вигоди, яка може бути одержана роботодавцем (Договір 1). В подальшому між відповідачем (роботодавцем) та компанією «Х» був укладений Договір про передання права на подання заявок і одержання патентів на винахід у країнах Паризького Союзу. В результаті виконання цього договору роботодавець, передавши право на подання заявки на винахід третій особі, отримав грошову винагороду, однак не сплатив винахідникам належну їм частину грошових коштів, що і було предметом судового спору².

¹ Тарасенко Л.Л. Комп'ютерна програма як об'єкт інтелектуального права. ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: збірник матеріалів наук.-практ. конф. Львів: НУ «Львівська політехніка», 2016. С.251-260.

² Рішення Апеляційного суду м. Києва від 16.09.2015. у справі №752/9813/13. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50793926>

З цього судового рішення вбачається, що комп'ютерна програма являла собою службовий винахід, суть якого полягала у способі комп'ютерної ідентифікації особи за зображенням її обличчя. Відтак у науковій літературі недаремно вказують, що комп'ютерна програма може виступати складовою частиною винаходу (корисної моделі), яка виконує певну функцію в межах винайденого технічного рішення.

Розробники комп'ютерних програм мають на меті отримати прибуток від її створення та унеможливити використання своїх напрацювань конкурентами. І хоча відповідно до прямої законодавчої вказівки комп'ютерна програма є об'єктом авторського права, її розробники схильні шукати спосіб для захисту свого продукту за допомогою патентного права.

Вони вважають себе «не авторами-письменниками» чи простими кодувальниками, а інженерами (від англ. software engineering). Прирівнюючи комп'ютерну програму до винаходу чи корисної моделі патентне право дає можливість захистити її функціональну сутність, а не кінцевий результат (зовнішній вираз комп'ютерної програми), як це передбачено авторським правом.

Попри досить тривалу, складну та дорогу процедуру, порівняно з реєстрацією авторства, патентування забезпечить на доволі довгий строк (протягом 20 років чинності патенту на винахід) правову охорону майнових прав винахідника.

Насправді, комп'ютерна програма має певну схожість з винаходом (корисною моделлю), аніж з літературним твором. Комп'ютерна програма вирішує певне технічне завдання в будь-якій сфері технології, адже це певний процес (спосіб), за допомогою якого комп'ютер виконує конкретні функції.

Створення комп'ютерної програми забезпечує отримання певного технічного результату. Закон України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» під поняття «технологія» визначає результат науково-технічної діяльності, сукупність систематизованих наукових знань, технічних, органі-

заційних та інших рішень про перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг.

З огляду на це, виникає очевидне запитання, чому законодавець не поширює на комп'ютерні програми режим патентування? З цього приводу між лобістами та законодавцями всіх країн постійно точиться гаряча дискусія. Почалося все минулого століття зі Сполучених Штатів Америки. При спробі врегулювати право інтелектуальної власності на комп'ютерну програму виникла проблема: а що саме слід патентувати?

ІТ-лобісти вимагали патентувати комп'ютерні алгоритми як певну послідовність описаних операцій, що виконуються комп'ютером. Але ж той самий алгоритм може бути придатним для великої кількості технічних рішень і найрізноманітніших комп'ютерних програм. Тому було прийнято рішення про заборону патентування математичних алгоритмів як на процес, а не результат інтелектуальної діяльності людини.

Таке патентування суттєво зупиняє розвиток технологій як таких, адже одна ідея може бути основою для іншої, саме так і виглядає прогрес. Дж. Бессен і Р.М. Хант довели, що чим більше патентів видається на комп'ютерні технології, там менше інвестицій отримує ця сфера¹. Тоді розробники ІТ-індустрії почали презентувати свої продукти як результати і конкретні технічні рішення в сфері програмного забезпечення (для прикладу, в Україні патентоздатною виявилася комп'ютерна програма, яка здатна розпізнавати обличчя). Станом на сьогоднішній день в США 15% патентів припадає на ІТ сферу².

¹ Солодченко І. Авторский зонтик для компьютерных программы / І. Солодченко [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://plata-za-postril.blogspot.com/p/normal-0-false-false-false-ru-x-none-x.html>

² Солодченко І. Авторский зонтик для компьютерных программы / І. Солодченко [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://plata-za-postril.blogspot.com/p/normal-0-false-false-false-ru-x-none-x.html>

Аналогічна ситуація в країнах Європейського Союзу. Лобісти патентування комп'ютерних програм (Microsoft, Siemens) навіть пробували запровадити термін «винахід, реалізований комп'ютером» (computer-implemented inventions). Був розроблений проект Директиви щодо патентної охорони програмного забезпечення (Computer Implemented Inventions Directive), проте він так і не був прийнятий. Іноді вдаються до захисту комп'ютерної програми як раціоналізаторської пропозиції (технологічне або організаційне рішення), комерційної таємниці (формула, спосіб використання, процес чи метод, що не є загальновідомим та очевидним). Назву комп'ютерної програми реєструють як торгову марку.

Правове забезпечення комп'ютерної програми також залежатиме від її виду. Існують численні класифікації комп'ютерних програм, які не надто зрозумілі для правників, проте вони мають важливе значення при виборі способу їх правової охорони та формуванні норм цивільно-правових договорів щодо їх створення та використання.

Найпростішим є *поділ комп'ютерних програм за функціональною ознакою на системні та допоміжні (прикладні)*. Системними програмами є операційна система та інші програми, що становлять програмне забезпечення роботи комп'ютера, на яких працюють прикладні програми. Саме системні програми більше підпадають між ознаки, що характерні патентному праву, оскільки вони є складнішими і мають значний функціональний і технічний результат.

Прикладними є програми, що забезпечують виконання певного завдання комп'ютером. Це відомі нам програми-драйвери, антивірусні програми, сервісні програми, ігри та багато інших.

Також потрібно врахувати, що комп'ютерна програма може поділятися на окремі комп'ютерні програми, що можуть працювати і регулюватися окремо (для прикладу, програма Messenger є складовою частиною Facebook). Також з комп'ютерної програми

можна виділити частини, кожна з яких може підлягати окремій правовій охороні як об'єкт інтелектуальної власності (код програми, її графічний дизайн тощо). Сама комп'ютерна програма може бути частиною Інтернет-сайту, що теж має свою специфічну правову охорону (зміст та наповнення сайту, доменне ім'я тощо).

У Рекомендаціях щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм у діяльності суб'єктів господарювання, розроблених Державною службою інтелектуальної власності України (далі – Рекомендації), фактично відтворено законодавчі положення та зазначено, що комп'ютерна програма є об'єктом авторського права та охороняється як літературний твір. Майнові та особисті немайнові права на комп'ютерну програму належать її автору з моменту створення такої програми.

Для надання правової охорони авторським правом комп'ютерна програма, як і будь-який літературний твір, має відповідати таким ознакам:

1) це результат інтелектуальної, творчої діяльності (мається на увазі, що це щось нове, створене людиною самостійно за допомогою власних інтелектуальних і творчих здібностей);

2) об'єктивна форма вираження (набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером).

Як вбачається з Постанови Пленуму від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» правовій охороні підлягає сам твір, а не його зміст (у розумінні його сутності). Саме тому не можна отримати правову охорону на ідею, спосіб, принцип комп'ютерної програми чи її алгоритм.

Схожа система ознак визначена і переважною більшістю країн. Так, у США передбачено, що об'єкти авторського права повинні бути не новими, а оригінальними (створені людиною незалежно, хоча б мінімальною часткою креативності) і бути зафік-

сованими (що означає таку форму вираження, яка забезпечить можливість копіювання об'єкта).

Правова охорона комп'ютерних програм авторським правом, попри існуючі окремі проблеми, має низку переваг. Так, важливо, що на комп'ютерну програму поширюються презумпція авторства, відповідно до якої автором вважається особа, що вказана на примірнику комп'ютерної програми, доки інша особа не доведе протилежного.

З розвитком технологій примірники комп'ютерних програм перестали поширюватися через такі цифрові носії, на яких можна вказувати авторство (для прикладу, компакт-диск, де назву та автора можна було вказати на обкладинці).

Тепер все можна придбати через мережу Інтернет шляхом завантаження на комп'ютер. Проте, технічно можливо вказати своє авторство при візуалізації комп'ютерної програми (інтерфейсі) або ж безпосередньо в її вихідному коді.

Ще однією перевагою, що надається авторським правом, є відсутність необхідної реєстрації авторства на комп'ютерну програму. Адже авторські права на неї виникають з моменту створення. Хоча, варто зазначити, що реєстрація авторства є значно простішою, швидшою та дешевшою процедурою, аніж патентування, а свідоцтво про реєстрацію забезпечить її розробнику додатковий захист.

Авторство на комп'ютерну програму встановлюється на підставі презумпції авторства. ***Первинним суб'єктом авторського права є автор програми.*** Водночас в авторів нерідко виникають труднощі у доведенні авторства на комп'ютерні програми. Зокрема, ПрАТ «Лізинг інформаційних технологій» та ОСОБА_1 звернулися до суду із заявою про забезпечення позову до подання позовної заяви, мотивуючи це тим, що їм належать майнові авторські права на комп'ютерну програму «Конфігурація ІС:LeaseIT» та базу даних «ІС:LeaseIT», а відповідач своїми діями порушує їх авторські права.

Суд відмовив у задоволенні такої заяви, вказавши, що позивачі не довели авторства на вказані об'єкти. При цьому суд в ухвалі послався на презумпцію авторства, але в подальшому вказав, що автор у будь-який час протягом строку охорони авторського права може зареєструвати своє авторське право у відповідних державних реєстрах.

Відтак суд (при чому як суд першої, так і апеляційної інстанції) дійшов висновку, що документом, який засвідчує авторство на оприлюднений чи неоприлюднений твір, а також факт і дату оприлюднення твору, є свідоцтво. А тому в даному випадку відсутні належні та допустимі докази, які б свідчили про те, що позивач є автором комп'ютерної програми «Конфігурація ІС:LeaseIT» та бази даних «ІС:LeaseIT»¹.

У науковій літературі з цього приводу наголошують, що не врегульованим є питання фіксації авторства на комп'ютерну програму. Тому суд у вказаній вище справі відмовив автору у вжитті заходів забезпечення позову, мотивуючи це відсутністю доказів авторства і неможливістю застосувати презумпцію авторства. Однак, враховуючи те, що згідно презумпції авторства автором твору (в даному випадку – комп'ютерної програми) вважається особа, зазначена як автор на оригіналі або примірнику твору, виникає питання: яким чином зазначити ім'я автора на примірнику комп'ютерної програми, щоб це могла побачити будь-яка особа, в тому числі суд, розглядаючи спір.

Комп'ютерна програма може бути створена у співавторстві. У такому разі відносини між співавторами можуть бути урегульовані договором між ними про порядок здійснення майнових прав інтелектуальної власності на програму. За відсутності такого договору авторське право на твір здійснюється усіма співавторами спільно.

¹ Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 18.02.2015 у справі № 756/960/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42783733>

Закон «Про авторське право і суміжні права» не встановлює окремих, особливих правил щодо співавторства на комп'ютерну програму. Авторське право на комп'ютерну програму, створену у співавторстві, належить співавторам спільно, незалежно від того, становить така програма одне нерозривне ціле чи складається з частин, кожна з яких може мати ще й самостійне значення. Кожен із співавторів зберігає своє авторське право на створену ним частину програми, яка має самостійне значення.

Практично багато комп'ютерних програм створюються працею колективу. У певних конкретних випадках важко розмежувати співавторство як спільну творчу працю, спрямовану на створення комп'ютерної програми як єдиного цілісного об'єкта і спільну співпрацю як автора, так і технічного персоналу, що виконує певні технічні завдання, не приймаючи самостійних рішень.

Наприклад, людина, яка пише код відповідно до технічного завдання. У таких випадках, коли комп'ютерна програма створюється колективом людей, важливо урегулювати відносини між ними самостійним договором про розподіл функцій, характер виконуваної роботи, а відповідно, можливість виникнення співавторства, порядок використання майнових прав тощо. Письмова фіксація домовленості сторін з таких питань дозволить уникнути можливих спорів у майбутньому як щодо авторства на програму, так і щодо використання майнових прав інтелектуальної власності.

Комп'ютерна програма може бути створена у зв'язку з виконанням трудових обов'язків. У такому разі застосовуються відповідні норми про службовий твір. Таким поняттям оперує Закон «Про авторське право і суміжні права». У ЦК України вживається поняття «об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору».

У разі створення комп'ютерної програми працівником, що перебуває у трудових відносинах, особисті немайнові права на програму належать йому. Майнові ж права, відповідно до ст. 429

ЦК України, належать спільно як працівникові, так і роботодавцеві, якщо інше не встановлено договором між ними.

Майнові права на комп'ютерну програму можуть належати спадкоємцям чи іншим правонаступникам автора на підставі їх успадкування чи цивільних правочинів з урахуванням строків чинності цих прав.

Автор комп'ютерної програми має право зареєструвати своє авторство. Державна реєстрація авторського права на комп'ютерну програму здійснюється відповідно до Порядку державної реєстрації авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір.

З факту створення комп'ютерної програми її автор, як і автор будь-якого іншого об'єкта авторського права, набуває особистих немайнових та майнових прав інтелектуальної власності. ***Особисті немайнові права визначені у ст. 8 Закону «Про авторське право і суміжні права» та у ст. 438 ЦК України. Це:***

- право вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на програмі та її примірниках;
- забороняти зазначення свого імені (залишатися анонімом);
- вибирати псевдонім;
- вимагати збереження цілісності програми і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні програми або будь-якому посяганню на програму як об'єкт авторського права, що може зашкодити честі і репутації автора.

Тобто, особисті немайнові права автора комп'ютерної програми за їх переліком та змістом аналогічні особистим немайновим правам на будь-який інший об'єкт авторського права.

Майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму відповідно до ст. 15 Закону та ст. 440 ЦК України є:

- виключне право на використання програми;
- виключне право дозволяти використання програми;
- право перешкоджати неправомірному використанню програми, у тому числі, забороняти таке використання.

Перелік майнових прав автора не є вичерпним.

Майнові авторські права є чинними упродовж життя розробника програми та 70 років після його смерті. Проте щодо майнових прав на комп'ютерну програму, слід визнати, що не має об'єктивної необхідності в таких тривалих строках охорони, оскільки з розвитком технічного прогресу переважна більшість комп'ютерних програм вже за декілька років стають морально застарілими.

Способи використання комп'ютерної програми є відмінними від способів використання тих же літературних творів. Зі змісту ч. 3 ст. 15 Закону «Про авторське право і суміжні права» можливо встановити різні способи використання творів як об'єктів авторського права. Але не усі з перелічених способів можливо застосувати щодо комп'ютерної програми, наприклад, публічне виконання чи публічне сповіщення, включення комп'ютерної програми до збірників, антологій, енциклопедій тощо.

Способами використання комп'ютерної програми можуть бути:

- її відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі. Відтворення комп'ютерної програми передбачає виготовлення одного і більше її примірників у будь-якій матеріальній формі, яку може зчитувати комп'ютер;
- внесення змін до коду комп'ютерної програми;
- розповсюдження комп'ютерної програми;
- передання її у користування на підставі договору майнового найму;

- імпорт примірників комп'ютерної програми;
- представлення комп'ютерної програми для широкого загалу з тим, що до неї може здійснюватися доступ з будь-якого місця і у будь-який час.

Будь-яка особа, яка бажає використовувати комп'ютерну програму, повинна отримати дозвіл на таке використання. Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на комп'ютерну програму може здійснюватися на підставі договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, що передбачені главою 75 ЦК України.

Рекомендації Державної служби інтелектуальної власності спрямовують користувачів на правомірне користування комп'ютерною програмою.

Не виключена можливість вільного користування комп'ютерною програмою. **Комп'ютерна програма вільного користування** (вільне (відкрите) програмне забезпечення з відкритим кодом) – це така комп'ютерна програма, яка розповсюджується на умовах договору приєднання (вільної публічної ліцензії), що надає особі, яка приєдналася до такого договору, безоплатний дозвіл на використання комп'ютерної програми з будь-якою метою; доступ до вихідного коду; будь-які дослідження механізмів функціонування програми; використання механізмів (принципів) функціонування будь-яких довільних частин коду програми для створення інших програм та (або) адаптації до потреб користувача; відтворення комп'ютерної програми і розповсюдження її примірників будь-яким способом та в будь-якій формі; внесення змін і вільне розповсюдження як оригінальної комп'ютерної програми, так і зміненої, на тих самих умовах, під які підпадає і оригінальна комп'ютерна програма, якщо інше не передбачено ліцензією.

Закон «Про авторське право і суміжні права» передбачає випадки вільного відтворення твору (ст.ст. 21 – 23). У ст. 24 Закону «Про авторське право і суміжні права» встановлені випадки

вільного копіювання, модифікації і декомпіляції комп'ютерних програм. Виникає питання про співвідношення норм цих статей щодо використання комп'ютерних програм.

Оскільки комп'ютерна програма охороняється як твір, то норми ст. 21 – 23 Закону поширюють свою дію і на випадки вільного використання комп'ютерної програми, але з урахуванням сутнісних характеристик цього об'єкта та законодавчо встановлених винятків.

Зокрема, умови репрографічного відтворення одного примірника твору бібліотеками та архівами не стосуються комп'ютерних програм (п. 1 ст. 22 Закону).

Видається допустимим відтворення програми у порядку та для цілей, визначених у ст. 23 Закону – вільне відтворення примірників твору для навчання, наприклад, використання фрагменту програми у навчальному підручнику з інформатики.

Вільне використання комп'ютерної програми – це використання без дозволу автора і без виплати йому винагороди. Таке використання дозволяється у законодавчо встановлених випадках.

Отже, відповідно до ст. 24 Закону особа, яка правомірно володіє правомірно виготовленим примірником комп'ютерної програми, **має право без згоди автора або іншої особи, яка має авторське право на цю програму:**

1) внести до комп'ютерної програми зміни (модифікації) з метою забезпечення її функціонування на технічних засобах особи, яка використовує ці програми, і вчинення дій, пов'язаних з функціонуванням комп'ютерної програми відповідно до її призначення, зокрема запис і збереження в пам'яті комп'ютера, а також виправлення явних помилок, якщо інше не передбачено угодою (договором) з автором чи іншою особою, яка має авторське право. Межі внесення змін до комп'ютерної програми визначаються договором між її автором та користувачем. Тому для встановлення правомірності у діях особи щодо внесення змін у

комп'ютерну програму, слід брати до уваги зміст укладеного договору;

2) виготовити одну копію комп'ютерної програми за умови, що ця копія призначена тільки для архівних цілей або для заміни правомірно придбаного примірника у випадках, якщо оригінал комп'ютерної програми буде втраченим, знищеним або стане непридатним для використання. При цьому копія комп'ютерної програми не може бути використана для інших, ніж зазначені, цілей, і має бути знищена у разі, якщо володіння примірником цієї комп'ютерної програми перестає бути правомірним;

3) декомпілювати комп'ютерну програму (перетворити її з об'єктного коду у вихідний текст) з метою одержання інформації, необхідної для досягнення її взаємодії із незалежно розробленою комп'ютерною програмою, за дотримання таких умов:

а) інформація, необхідна для досягнення здатності до взаємодії, раніше не була доступною цій особі з інших джерел;

б) зазначені дії здійснюються тільки щодо тих частин комп'ютерної програми, які необхідні для досягнення здатності до взаємодії;

в) інформація, одержана в результаті декомпіляції, може використовуватися лише для досягнення здатності до її взаємодії з іншими програмами, але не може передаватися іншим особам, крім випадків, якщо це необхідно для досягнення здатності до взаємодії з іншими програмами, а також не може використовуватися для розроблення комп'ютерної програми, схожої на декомпільовану комп'ютерну програму, або для вчинення будь-якої іншої дії, що порушує авторське право;

4) спостерігати, вивчати, досліджувати функціонування комп'ютерної програми з метою визначення ідей і принципів, що лежать в її основі, за умови, що це робиться в процесі виконання будь-якої дії із завантаження, показу, функціонування, передачі чи запису в пам'ять (збереження) комп'ютерної програми.

Відповідно до ст. 25 Закону «Про авторське право і суміжні права», нормами якої визначені умови вільного відтворення творів для особистих цілей, не допускається вільне відтворення комп'ютерної програми в особистих цілях або для кола сім'ї без дозволу автора чи іншої особи, яка має авторське право та без виплати авторської винагороди.

Вільне копіювання, модифікація і декомпіляція комп'ютерних програм, а також спостереження, вивчення та дослідження її функціонування з метою визначення ідей і принципів, що лежать в її основі, допустиме за умови, що це робиться в процесі виконання будь-якої дії із завантаження, показу, функціонування, передачі чи запису в пам'ять (збереження) комп'ютерної програми.

Так, копіювання означає право виготовити одну копію комп'ютерної програми за умови, що ця копія призначена тільки для архівних цілей або для заміни правомірно придбаного примірника у випадках, якщо оригінал комп'ютерної програми втрачений, знищений або став непридатним для використання.

При цьому копія комп'ютерної програми не може бути використана для інших цілей, ніж зазначено, та має бути знищена у разі, якщо володіння примірником цієї комп'ютерної програми перестає бути правомірним.

Під модифікацією розуміється право внести до комп'ютерної програми зміни (модифікації) з метою забезпечення її функціонування на технічних засобах особи, яка використовує ці програми, і вчинення дій, пов'язаних з функціонуванням комп'ютерної програми відповідно до її призначення, зокрема, запис і збереження в пам'яті комп'ютера, а також виправлення явних помилок, якщо інше не передбачено угодою з автором чи іншою особою, яка має авторське право.

Декомпіляція передбачає перетворення комп'ютерної програми з об'єктного коду у вихідний текст з метою одержання ін-

формації, необхідної для досягнення її взаємодії із незалежно розробленою комп'ютерною програмою, за дотримання таких умов:

а) інформація, необхідна для досягнення здатності до взаємодії, раніше не була доступною цій особі з інших джерел;

б) зазначені дії здійснюються тільки щодо тих частин комп'ютерної програми, які необхідні для досягнення здатності до взаємодії;

в) інформація, одержана в результаті декомпіляції, може використовуватися лише для досягнення здатності до взаємодії з іншими програмами, але не може передаватися іншим особам, крім випадків, якщо це необхідно для досягнення здатності до взаємодії з іншими програмами, а також не може використовуватися для розроблення комп'ютерної програми, схожої на декомпільовану комп'ютерну програму, або для вчинення будь-якої іншої дії, що порушує авторське право.

Американське законодавство, відповідно до підписаних ТРПС-договорів, передбачає право на використання об'єкта авторського права без згоди автора у разі його добросовісного використання (fair use), аналогом якого в Великобританії є поняття добросовісного ведення справ (fairdealing).

Мета добросовісного використання комп'ютерної програми, як і будь-якого іншого твору, полягає у забезпеченні прогресу в галузі.

Адже ліцензія на використання може бути доволі дорогою, що не дасть можливості молодим розробникам розвивати технологію, і лише усуне будь-яку конкуренцію на ринку таких товарів та послуг. Тому використання чужого об'єкта авторського права для створення власного оригінального об'єкта, яке матиме нове, інше значення, аніж використаний об'єкт, не вважатиметься порушенням авторських прав.

Автор комп'ютерної програми вправі самостійно надати можливість її вільного використання – комп'ютерна програма ві-

льного виростання з відкритим кодом, що розповсюджується за умовах вільної публічної ліцензії.

Правові основи розповсюдження примірників комп'ютерних програм визначені Законом «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних».

Відповідно до законодавчих вимог таке розповсюдження дозволяється лише за умови маркування комп'ютерних програм контрольними марками. Роздрібна торгівля маркованих примірників комп'ютерних програм здійснюється тільки в місцях спеціалізованої роздрібною торгівлі.

РОЗДІЛ 11. КОМПІЛЯЦІЯ ДАНИХ (БАЗИ ДАНИХ) ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

База даних – це засіб збирання і упорядкування певних даних. Бази даних можуть містити відомості про товари, різні об'єкти, людей. Бази даних – впорядкований набір логічно взаємопов'язаних даних, що використовуються спільно та призначені для задоволення інформаційних потреб користувачів.

У Бернській конвенції відсутня пряма згадка про бази даних як об'єкт правової охорони, оскільки на час її прийняття такого об'єкта не існувало, виходячи з тогочасного рівня техніки. У п. 5 ст. 2-bis конвенції йдеться про збірки літературних і художніх творів, енциклопедії та антології, що за добором та розміщенням матеріалів є результатом інтелектуальної діяльності, охороняються як такі без шкоди правам авторів кожного з творів, що становлять частину таких збірників.

В Угоді про торговельні аспекти права інтелектуальної власності (Угода ТРІПС) вживається поняття «компіляція даних» (п. 2 ст. 10 Угоди). *Компіляція даних або іншої інформації в електронній чи іншій формі, яка завдяки відбору або упорядкуванню її змісту є результатом інтелектуальної творчої діяльності, охороняється як така.* Така охорона не залежить від прав на дані або інформацію, що компілюються. Таким чином, Угодою ТРІПС встановлено положення про незалежність та самостійність прав автора компіляції від авторських прав на включені до неї дані або матеріали.

У ст. 5 Договору ВОІВ фактично відтворено положення Угоди ТРІПС щодо компіляції даних. Компіляція даних (бази даних) передбачає, що компіляція даних або іншої інформації в будь-якій формі, які за підбором або розташуванням змісту є результатом інтелектуальної творчості, охороняються як такі. Охорона не поширюється на самі дані або інформацію і не зачіпає

будь-яке авторське право, що стосується самих даних або інформації, які містяться у базі даних.

Таким чином, у зазначених міжнародних документах збірки, до яких відносять і бази даних, охороняються як складені об'єкти авторського права, за умови відповідності критерію оригінальності.

Одинадцятого березня 1996 року була прийнята Директива Європейського Парламенту та Ради «Про правовий захист баз даних»¹. У Директиві *база даних означає зібрання незалежних творів, даних чи інших матеріалів, які систематично чи методично упорядковані і доступні індивідуально за допомогою електронних та інших засобів*. Бази даних охороняються авторським правом як такі, якщо вони через підбір чи упорядкування їхнього вмісту є власним інтелектуальним творінням автора.

Автором бази даних є фізична особа чи група фізичних осіб, яка (які) створила цю базу. У разі створення бази даних групою осіб, володіння виключними правами є спільним.

Автор бази даних має виключне право на здійснення чи на надання дозволу на здійснення:

- тимчасового або постійного відтворення будь-якими засобами і в будь-якій формі, повністю або частково;
- перекладу, адаптації, переробки та будь-якої іншої зміни;
- будь-якої форми публічного розповсюдження бази даних чи її копій. Перший продаж у Співтоваристві копії бази даних власником прав чи з його згоди вичерпує право на контроль перепродажу цієї копії в межах Співтовариства;
- будь-якого повідомлення, демонстрації чи публічного виконання;

¹ Директива Європейського Парламенту та Ради «Про правовий захист баз даних» від 11.03.1996. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

– будь-якого відтворення, розповсюдження, повідомлення, демонстрації чи публічного виконання результатів дій з переробки чи будь-якої іншої зміни.

Обмеження прав автора бази даних (випадки вільного використання баз даних) відповідно до ст. 6 Директиви допускається:

– у разі відтворення неелектронної бази даних для особистих цілей;

– якщо використання відбувається виключно для цілей ілюстрування навчання чи наукового дослідження, за умови зазначення джерела і якщо це виправдано необхідністю досягнення некомерційних цілей;

– якщо використання відбувається для цілей державної безпеки чи для цілей адміністративного провадження чи судочинства.

Також Директива передбачає можливість встановлення національними законодавствами інших випадків вільного використання баз даних (винятки з авторського права, які традиційно надаються у країні-учасниці).

Директивою уперше передбачено **спеціальну охорону для баз даних**, у створення яких було вкладено суттєві фінансові чи інші інвестиції (п. 1 ст. 7 Директиви). Йдеться про **особливі права – sui generis** (з лат. – єдиний у своєму роді). Відповідно до Директиви держава передбачає право для розробника бази даних, який продемонструє, що було зроблено якісно та/чи кількісно значні інвестиції в отримання, перевірку чи представлення вмісту, запобігати витягненню та/чи повторному використанню всього вмісту бази даних чи значної її частини у якісному чи кількісному вимірі.

«Витягнення» за Директивою означає постійну чи тимчасову передачу всього вмісту бази даних чи значної її частини іншому носію інформації в будь-який спосіб та у будь-якій формі. «Повторне використання» означає будь-яку форму оприлюднен-

ня всього вмісту бази даних чи значної її частини шляхом розповсюдження копій, здачі в найм, шляхом передачі в оперативному режимі чи іншої форми передачі.

Право розробника бази даних запобігати витягненню та/чи повторному використанню всього вмісту бази даних чи значної її частини у якісному чи кількісному вимірі може передаватися, призначатися чи надаватися відповідно до договірної ліцензії. Власне, таке право застосовується незалежно від того, чи підлягає відповідна база даних захисту авторським правом. Також воно застосовується незалежно від того, чи підлягає вміст відповідної бази даних захисту авторським правом. Захист баз даних відповідно до права *sui generis* не перешкоджає правам, які існують щодо вмісту бази даних.

Право *sui generis* є строковим та починає діяти з моменту завершення створення бази даних. Відповідно до ст. 10 Директиви право закінчується через п'ятнадцять років з першого січня року, який настає після дня завершення (у Директиві йдеться саме про закінчення права, а не строків його захисту, хоч стаття 10 має назву «Строк захисту»).

Отже, Директива встановила різний правовий режим охорони баз даних:

- творчим (оригінальним) базам даних надається правова охорона авторським правом як літературним складеним творам;
- будь-які бази даних охороняються правом *sui generis* (право особливого роду).

Ці правові режими є незалежними. Відповідно, одна і та ж база даних може розглядатися як об'єкт авторського права і як об'єкт права *sui generis*.

Відповідно до п. 4 ст. 8 Закону «Про авторське право і суміжні права» *бази даних є об'єктом авторського права.*

База даних (компіляція даних) – сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі – електронній, підбір і розташування складових

частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів.

Компіляція даних (бази даних) зазначені і у п. 3 ч. 1 ст. 433 ЦК України як окремий об'єкт авторського права. У вказаній нормі йдеться про єдину умову надання таким об'єктам правової охорони авторським правом – компіляція даних (бази даних) за добором або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності, що є поняттям ширшим, ніж власне творча діяльність.

Тобто, йдеться не про результати творчої, оригінальної діяльності як критерії правової охорони об'єктів авторського права, а про результати інтелектуальної діяльності загалом. Компіляція даних (бази даних) або іншого матеріалу охороняються як такі. Така охорона є незалежною від правової охорони на дані чи інші матеріали, що компілюються, та не зачіпає встановлені авторські права на них.

Потрібно взяти до уваги, що у ст. 10 Закону «Про авторське право і суміжні права», у якій визначено об'єкти, що не охороняються, у п. е) зазначені розклади руху транспортних засобів, розклади телерадіопередач, телефонні довідники та інші аналогічні бази даних, що не відповідають критеріям оригінальності і на які поширюється право *sui generis* (своєрідне право, право особливого роду).

Тобто, йдеться про неоригінальні бази даних, якими і є перелічені у п. е) об'єкти. З огляду на редакцію зазначеної норми правовій охороні авторським правом підлягають не будь-які бази даних як результат інтелектуальної (розумової) діяльності, а ті, що є результатом саме творчої діяльності, є оригінальними.

Тому зазначення у п. 3 ч. 1 ст. 433 ЦК України про те, що бази даних охороняються як результати інтелектуальної діяльності є неточним. Авторським правом охороняються такі бази да-

них, які є оригінальними, тобто, є результатом саме творчої діяльності. Неоригінальні бази даних охороняються за правом *sui generis*.

Однією з перших судових справ щодо захисту бази даних була справа *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*¹ Рішенням по суті спору суд встановив, що алфавітне розміщення телефонних номерів в телефонному довіднику не має ознак оригінальності та творчості. Відповідно така база даних не може охоронятися авторським правом.

В іншій справі *Victor Lalli Enterprises, Inc. v. Big Red Apple, Inc.*², окружний суд також не побачив ознак творчості в компіляції, яка складалася зі «щасливих чисел», що використовуються в азартних іграх, розташованих у вигляді сітки з місяцями по вертикалі і днями місяця уздовж горизонтальної осі. Оскільки такі числа були обчислені згідно формули, що вважається стандартом в цій галузі, їх компіляція не носить творчого характеру та не охороняється як об'єкт авторського права.

Також наочним прикладом відсутності оригінальності є рішення судів США, Великобританії та Сінгапуру, що не визнали охороноздатними Інтернет-карти та навігаційні програми, оскільки компанії не в змозі довести факт копіювання, а не створення автентичної картографії конкурентами, а сама картографія лише відображає реальність, авторськими правами на яку ніхто не може володіти.

Цікавим є рішення Високого суду Швеції, що визнав винною в порушенні авторських прав *Wikipedia Sweden*, яка створила базу даних фотографій художніх робіт без згоди художників. І хоча доступ до бази був вільним для громадськості, для освітніх цілей або індустрії туризму, суд став на захист Товариства обра-

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://en.wikipedia.org/wiki/Feist_Publications,_Inc._v._Rural_Telephone_Service_Co.

² *Victor Lalli Enterprises Inc v. Big Red Apple Inc. case.* URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://openjurist.org/936/f2d/671/victor-lalli-enterprises-inc-v-big-red-apple-inc-we>

зотворчого мистецтва Швеції, що представляло інтереси відповідних художників, встановивши, що коли особа робить «селфі-фото» на фоні художніх робіт, то база даних з фото таких робіт це «зовсім інша справа»¹.

Прикладами баз даних є:

Гугл-бібліотека (Google Books Library Project) – через співпрацю з бібліотеками збирає всю можливу літературу, оцифровує її та дає користувачам основну бібліографічну інформацію про книгу. У багатьох випадках наводяться кілька фрагментів, пропозицій, відповідно до пошуку в контексті. Якщо строки чинності авторських майнових прав спливали, то відповідна книга буде доступна для повного перегляду та завантаження. Якщо ні, то за відповідним посиланням до книжкових Інтернет-магазинів чи бібліотек, книгу можна купити або взяти у користування².

MyPersonality Project database – база, створена для обміну даних між дослідниками за допомогою додатку до Facebook, що дозволяє користувачам проходити психометричні тести та записати (за їх згодою) психологічні та Facebook профілі. На сьогодні база даних містить понад 6 млн. результатів випробувань, разом з більш ніж 4 млн. окремих профілів Facebook. Респонденти належать до різних вікових груп, соціальних верств і культур. Майже 7,5 млн. осіб заповнили анкету³. За допомогою аналізу цих даних програма здатна розпізнавати людину за її «лайками». Так, програмі достатньо 68 лайків, щоб визначити колір шкіри, сексуальну орієнтацію, політичні погляди і навіть, чи перебувають у шлюбі батьки респондента. Зараз ця інформація активно викори-

¹ Wikimedia's free photo database of artworks violates copyright, court rules. TheGuardian. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/05/wikimedias-free-photo-database-of-artworks-violates-copyright-court-rules>

² Google Books Library Project. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://books.google.com/googlebooks/library/>

³ MyPersonality Project database. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://mypersonality.org/wiki/doku.php?id=download_databases

стовується для цільової реклами товарів у Facebook, проте її можливості щодо вивчення психосометрії невичерпні.

Популярні сайти та програми теж побудовані на базах даних – *YouTube, Shazam, Google, Wikipedia*. Вони, володіючи величезною кількістю інформації, будують її в базу даних за певним алгоритмом, для забезпечення найшвидшого пошуку та доступу до неї. Так, YouTube працює як відеохостинг, що надає послуги розміщення відеоматеріалів, Shazam – це сервіс, який за коротким аудіозаписом здійснює пошук інформації щодо музичних творів, Google є пошуковим сервісом, а Wikipedia являє собою гіпертекстовану збірку документів, що дозволяє користувачам змінювати самотійно вміст сторінок через браузер.

Українським прикладом використання бази даних є *ЛІГА:ЗАКОН*¹ – система нормативних і правових документів України, а також словники та юридичний практикум. Вона дозволяє своїм користувачам швидко знайти актуальну достовірну правову інформацію за зручними інструментами пошуку.

Значення баз даних в сучасному світі важко переоцінити. Наглядний приклад їх важливості та незамінності був продемонстрований цього року у Великобританії, коли на бази персональних даних пацієнтів медичних установ по всій країні було здійснено масштабну кібератаку вірусу WannaCry². Він блокував інформацію, що містилась на комп'ютерах лікарень, шифрував її та вимагав винагороду в біткоїнах за розблокування. Всі комп'ютерні системи медустанов вийшли з ладу. Персонал не мав доступу до інформації про пацієнтів. Дійшло до того, що деякі медичні установи порадили мешканцям тимчасово не звертатися за допомогою, за винятком екстрених ситуацій. Збитки оцінюють на мільйони фунтів.

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/ЛІГА:ЗАКОН>

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/WannaCry>

РОЗДІЛ 12. ВІЛЬНІ ПУБЛІЧНІ ЛІЦЕНЗІЇ ЯК ПІДСТАВА ВИКОРИСТАННЯ МАЙНОВИХ АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ

12.1. Поняття, ознаки та характеристика

вільних публічних ліцензій

Вільні публічні ліцензії, які надають право необмеженій кількості осіб на використання чужих об'єктів права інтелектуальної власності (зазвичай йдеться про авторське право та суміжні права), набувають дедалі більшого поширення у світі.

В Україні не передбачено прямого законодавчого регулювання цих відносин. Однак ЦК України містить загальні положення щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Зокрема, ліцензія та ліцензійний договір є одними з підстав передання таких прав.

З ч. 1 ст. 1108 ЦК України вбачається, що ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності – це письмове повноваження (дозвіл), яке видає правовласник (особа, яка має виключне майнове право інтелектуальної власності) іншій особі на використання об'єкта інтелектуальної власності в певній обмеженій сфері. ЦК України не вживає поняття «вільна публічна ліцензія».

Це поняття було запозичене з світової практики використання ліцензій такого виду. У науковій літературі висловлюють різні думки щодо правильності формулювань цього поняття «вільна публічна ліцензія» чи «публічна ліцензія». Зокрема, на думку окремих науковців не слід вживати у цьому словосполученні слово «вільна», оскільки ліцензія як дозвіл ґрунтується на вільному волевиявленні особи, яка її видає¹.

¹ Якубівський І.С. Юридична природа публічних ліцензій у сфері авторського права та суміжних прав. Право та інновації. 2015. № 2 (10). С. 19.

Натомість Державна служба інтелектуальної власності у своїх рекомендаціях вживає поняття «вільні публічні ліцензії»¹.

Щодо правової природи вільних публічних ліцензій в науковій літературі і в практичному застосуванні сформувалися дві позиції, відповідно до яких такі ліцензії розглядаються або як договір приєднання, або як односторонній правочин.

Державна служба інтелектуальної власності надала кілька роз'яснень з приводу правової природи та застосування вільних публічних ліцензій:

- Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав².
- Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування³.
- Рекомендації щодо онлайн-ліцензування⁴.
- Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм у діяльності суб'єктів господарювання⁵.

У вказаних рекомендаціях наводиться визначення вільної публічної ліцензії – це 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. Предметом такого договору є право на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав.

¹ Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав; Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування; Рекомендації щодо онлайн-ліцензування; Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм у діяльності суб'єктів господарювання.

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/recvilnuxpublits.html>

³ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/rozcompprogfree.html>

⁴ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/reconlinelits.html>

⁵ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://sips.gov.ua/ua/soft_recomendations.html

Водночас в цих роз'ясненнях міститься і інша позиція, яка не узгоджується з вказаним вище. Зокрема, вільні публічні ліцензії за формою та змістом можна вважати договором, вираженим як публічна заява, у якій суб'єкт авторського права та (або) суміжних прав визначає умови дозволеного використання відповідних об'єктів. Зазвичай такі договори є невиключною, безоплатною ліцензією, що має необмежені строк та територію дії¹.

Спірність вказаних тверджень полягає в тому, що не можна ототожнювати договір (як домовленість не менш як двох суб'єктів) та публічну заяву як дозвіл на використання (як односторонній правочин).

Вважаємо, що вільну публічну ліцензію слід розглядати як односторонній публічний дозвіл (односторонній правочин), який надається власником виключних майнових авторських (суміжних) прав необмеженому колу осіб, на використання належних йому об'єктів авторського/суміжного права.

Цей дозвіл може містити умови такого використання, у разі недотримання яких користувач вважатиметься порушником авторських/суміжних прав.

Вільні публічні ліцензії можуть передбачати приєднання до них шляхом вчинення певних дій, а саме відтворення, модифікації, розповсюдження комп'ютерної програми, які виражають волю особи встановити правовідносини, тобто приєднатися до умов вільної публічної ліцензії. Сторонами цих правовідносин є автор або інша особа, яка має авторське/суміжне право (оскільки лише вони мають виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору), та користувач (ліцензіат).

При цьому особа, яка видає (декларує) публічний дозвіл на використання належного їй об'єкту інтелектуальної власності, в

¹ Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав. Державна служба інтелектуальної власності. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/recvilnuxpublits.html>

подальшому практично позбавлена можливості відстежити всіх осіб, які реально використали цей об'єкт. Тому власник прав не контактує безпосередньо з користувачем (ліцензіатом). Кількість таких користувачів є необмеженою і не персоніфікованою для ліцензіара. Більше того, ліцензіар не має на меті ідентифікувати цих користувачів. Його метою є публічно представити результат своєї творчої праці і надати можливість іншим особам його використовувати, зазвичай на безоплатних засадах, на умовах, що визначені цим правовласником.

Щодо договірної природи вільної публічної ліцензії зазначаємо наступне. Підставою використання прав інтелектуальної власності на об'єкти авторських/суміжних прав є авторський договір. Це передбачено ч. 1 ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком випадків, передбачених статтями 21 – 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (випадки вільного використання твору без згоди автора).

Договори про передачу прав на використання творів укладаються в письмовій формі (ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Норма такого ж змісту міститься і у ч. 2 ст. 1107 ЦК України, відповідно до якої договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності укладається в письмовій формі.

Відповідно до ч. 1 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.

Питання, чи можна застосувати вказані положення до вільних публічних ліцензій, є досить дискусійним.

Адже, фактично немає одного чи кількох документів, якими обмінялися сторони, а телекомунікаційні засоби використовуються користувачем лише з метою отримати доступ до об'єктів авторського права (суміжних прав).

За загальним правилом, що сформульовано у цивільному законодавстві, договір про передачу прав інтелектуальної власності на використання творів вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх істотних умов (зокрема, йдеться про строк дії договору, способи використання твору, територію, на яку поширюється передане право, розмір та порядок виплати авторської винагороди та інші).

Але ці умови не можуть повною мірою застосовуватися щодо вільних публічних ліцензій, оскільки правовласник та користувач не обумовлюють між собою усі вказані в законі умови.

Користувач погоджується на ті умови, які в односторонньому порядку встановлені власником майнових прав (з урахуванням порядку та способів використання об'єкту авторського права, наприклад, умовами може передбачатися, що правомірним є лише некомерційне використання об'єкта, або не дозволяється змінювати/модифікувати цей об'єкт тощо).

Більше того, доволі часто ліцензіар не розробляє власні умови, на яких він надає дозвіл невизначеному колу осіб на використання належного йому об'єкту авторських/суміжних прав, а лише зазначає посилання на вже розроблені та застосовувані у світі умови такого використання (наприклад, ліцензії Creative Commons). У такому разі наводиться посилання на її офіційний текст, який знаходиться в загальному доступі в мережі Інтернет.

Водночас не слід категорично відкидати твердження про договірну природу публічних ліцензій, враховуючи спрощення електронного документообігу в мережі Інтернет, можливим є укладення саме договору між ліцензіаром і ліцензіатом.

Такий договір може бути викладено у формі одного електронного документу (або кількох документів) або у формі певного формуляру в цифровій формі, який ліцензіат повинен акцептувати шляхом вчинення певних дій (наприклад, погодження з умовами цього договору шляхом проставлення відповідної позначки в електронному документі).

При цьому не йдеться про використання електронного цифрового підпису ліцензіатом або іншого способу його ідентифікації з урахуванням сучасних інформаційних технологій (хоча не виключено такої можливості).

Термінологія та умови окремих вільних публічних ліцензій наводяться на веб-сайтах розробників цих ліцензій, у вікі-статтях, зокрема:

- <http://creativecommons.org>;
- http://uk.wikipedia.org/wiki/Creative_Common;
- <http://artlibre.org/licence/lal/en>;
- http://en.wikipedia.org/wiki/Free_Art_license;
- <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>;
- http://uk.wikipedia.org/wiki/GNU_General_Public_License;
- <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>;
- http://uk.wikipedia.org/wiki/GNU_Free_Documentation_License.

Наприклад, 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 (ліцензії 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 (ліцензії Creative Commons).

До *ознак вільних публічних ліцензій* можна віднести:

- надає право на використання об'єктів авторського та суміжних прав;
- не застосовується до об'єктів патентного права та засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту (торговельні марки, комерційні найменування тощо);
- адресована невизначеному колу осіб;
- містить посилання на умови та способи використання об'єктів авторського та суміжних прав;
- ліцензія є чинною за умови наявності чинного авторського (суміжного) права (в межах строків дії майнових прав інтелектуальної власності);
- залежно від способу акцептування ліцензіатом ліцензія є або одностороннім правочином (дозвіл на використання), або договором приєднання;
- невиключний характер ліцензії;
- без права видавати субліцензії;
- зазвичай має безвідплатний характер;
- відсутність у ліцензіата потреби звернення безпосередньо до правовласника;
- екстериторіальність, оскільки зважаючи на безкордонність Інтернету неможливо обмежити використання об'єкту авторського або суміжного права кордонами певної держави;
- безстроковість (з огляду на екстериторіальність цифрового середовища, практично неможливим є застосування положення ст. 1110 ЦК України, яка передбачає, що при укладенні ліцензійного договору в разі, якщо в ньому не визначено строк чинності, то вважається, що договір укладено на п'ять років, якщо за шість місяців до спливу зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить письмово другу сторону про відмову від ліцензійного договору, договір вважається продовженим на невизначений час);

– неможливість відмовитися від наданої публічної ліцензії (безвідкличність), за винятком порушення умов використання ліцензіатом.

Якщо користувач бажає отримати більше майнових прав, ніж це передбачено публічною ліцензією, необхідно індивідуально узгодити таку можливість безпосередньо з правовласником.

Використання об'єкту авторського/суміжного права на умовах публічної ліцензії може відбуватися і на оплатних засадах, зокрема, організації колективного управління можуть видавати такі оплатні публічні ліцензії з метою збору авторської винагороди.

Зі змісту Рекомендації ДСІВ щодо онлайн-ліцензування¹ вбачаються наступні пропозиції щодо вдосконалення порядку користування вільними публічними ліцензіями:

– створення загальнодоступних баз даних для користувачів, які б містили інформацію про правовласників, об'єкти авторського права і суміжних прав та умови їх легального використання онлайн (світова практика свідчить, що такі реєстри, які містять інформацію про умови онлайн-ліцензування, створюють самі правовласники або уповноважені ними організації, зокрема організації колективного управління, або реєстр існує як звичайний веб-сервіс; необхідність наявності таких реєстрів зумовлена також проблемами ідентифікації користувачами контенту як суспільного надбання або розповсюдження контенту на умовах вільних публічних ліцензій (GNU GPLFDL, Creative Commons тощо).

– створення зручних схем ліцензування для контент-провайдерів;

– встановлення оптимальних розмірів винагороди за перегляд, прослуховування та інше інтерактивне використання контенту в мережі Інтернет з урахуванням реалій не лише західного, але й національного ринку інтелектуальної власності (оскільки

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/reconlinelits.html>

існує необхідність встановлення диференційованих ставок винагороди, розмір яких залежатиме від таких факторів, як потенційна популярність контенту, комерційний чи некомерційний характер використання тощо);

– забезпечення встановленого законодавством у сфері авторського права і суміжних прав принципу правомірного використання відповідних об'єктів лише після отримання дозволу від суб'єкта майнових прав;

– Інтернет Асоціація України пропонує створити реєстр правоволодільців, об'єктів та умов онлайн-ліцензування. За наявності такої бази даних провайдери матимуть змогу стимулювати своїх абонентів використовувати Інтернет-контент легально;

– використання засобів захисту та ідентифікації контенту в цифровому середовищі (для можливості захисту авторських та суміжних прав незалежно від національних кордонів протягом усього строку дії прав). Користувачам рекомендується перевіряти файли, що містять об'єкти авторського права і суміжних прав, на наявність у них технологічних засобів захисту та інформації про управління правами. Тому дозволяється використовувати лише ті файли, що містять інформацію, яка дає можливість чітко встановити права та умови використання відповідних об'єктів. Водночас технологічні засоби захисту контенту не повинні діяти довше за строк охорони майнових прав та перешкоджати користувачам об'єктів авторського права і суміжних прав застосовувати винятки та обмеження в цифровому середовищі¹;

– необхідність посилення ролі організацій колективного управління (далі – ОКУ) у створенні ефективної системи онлайн-ліцензування, оскільки саме ОКУ мають найбільші бази правоволодільців та належних їм прав. Взаємовідносини між користувачами та авторами або іншими правоволодільцями доцільно нала-

¹ див. Рекомендації щодо застосування винятків та обмежень у сфері авторського права і суміжних прав. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.sdip.gov.ua/ua/rec333.html>

годжувати через ОКУ, членами яких є велика кількість суб'єктів авторського права і суміжних прав, що передали свої права в управління таким організаціям. Останні укладають договори з користувачами, ліцензуючи використання об'єктів авторського права і суміжних прав. Правоволоділець може передавати ОКУ в управління конкретні види прав (на певні способи використання зазначених об'єктів, зокрема відтворення, надання доступу). У такому разі ОКУ від імені правоволодільця має право укласти угоду з користувачем і надавати дозвіл на ці способи використання, у тому числі ті, які стосуються використання в мережі Інтернет.

Тобто договір з ОКУ дозволяє легально використовувати багато об'єктів авторського права і суміжних прав. Користувачам складно сконтактуватися безпосередньо з кожним правоволодільцем. Тому ОКУ можуть ефективно управляти майновими правами інтелектуальної власності у сфері публічного використання об'єктів авторського права і суміжних прав.

Окрім того, через посередництво ОКУ можливо вирішити й питання стягнення з користувачів та виплати правоволодільцям авторської винагороди. Однак слід враховувати, що лише та ОКУ, якій конкретні суб'єкти авторського права і суміжних прав передали в управління права на використання відповідних об'єктів у мережі Інтернет (право відтворення, надання доступу), можуть займатися онлайн-ліцензуванням.

Відносини між правоволодільцями та ОКУ виникають на договірній основі, при цьому:

1. правоволодільці повинні визначити права, які передаються в колективне управління;
2. правоволодільці повинні визначити територію дії ОКУ;
3. правоволодільці повинні мати право відкликати свій дозвіл на публічне використання твору (з поважних причин) та передати багатотериторіальне управління цими правами іншій ОКУ,

незалежно від країни місця проживання/місця знаходження та/або національності як ОКУ, так і володільця прав;

4. у разі передання управління правами прав іншій ОКУ усі ОКУ, які мають до цього відношення, повинні гарантувати, що такі права відкликаються з усіх існуючих взаємних угод про відтворення (подання), які були укладені між ними.

12.2. Окремі види вільних публічних ліцензій

Ліцензії ОКУ. У науковій літературі вказують, що з 2005 року були проблеми з ліцензуванням використання об'єктів авторського права та суміжних прав в ЄС через територіальні обмеження дії прав (міжнародні ОКУ – CISAC, VIEM)¹.

Тому виникла потреба в існуванні міждержавної системи ліцензування контенту, і було запроваджено багатотериторіальні ліцензії для цифрового середовища. На початках діяло таке правило: мешканець певної країни або відповідна юридична особа все одно повинна укласти договір (отримати ліцензію) тільки в тої ОКУ, яка зареєстрована і діє в межах певної країни ЄС.

У 2008 році CISAC підписав першу загальноєвропейську ліцензійну угоду з мобільним оператором OMNIFONE, який управляв сервісом MusicStation, завдяки чому музичний репертуар став доступним для цифрового використання в Європі.

На сьогодні діє кілька, близько 10 ОКУ, які мають або загальноєвропейську ліцензію або ліцензію, яка розповсюджується на кілька держав. На думку Рассомахіної О.А., перешкодами щодо впровадження міждержавних публічних ліцензій в ЄС є:

- судові спори між самими ОКУ, в тому числі щодо повноважень ОКУ на передання прав в межах ЄС;
- відсутність єдиного підходу щодо моделі ліцензування;
- система оподаткування діяльності ОКУ, яка може бути різною в різних країнах ЄС;

¹ Рассомахіна О. Ліцензування авторського права та суміжних прав в мережі Інтернет. Юридична Україна. 2014. № 6. С. 44-54.

– проблеми ідентифікації твору як об'єкта авторського права/суміжних прав¹.

Вільне використання об'єктів авторського права і суміжних прав також можливе на умовах ліцензій *Creative Commons*². Ці ліцензії масово використовуються у світі при використанні (поширенні) творів в мережі Інтернет і є запорукою дотримання авторських прав. Creative Commons є всесвітньою некомерційною організацією, що відома завдяки розробці та наданню ліцензій для розповсюдження об'єктів авторського права.

Окрім цього, організація надає можливість використовувати суб'єктам авторських прав механізми та технічні засоби передання своїх творів у суспільне надбання, до того як минуть строки охорони об'єктів авторського права та можливість помітити твір як об'єкт всесвітнього суспільного надбання.

Для пошуку об'єктів авторського права організація розробила сервіс «Пошук СС» як свого роду механізм, який дозволяє шукати у мережі Інтернет твори, які поширюються під ліцензіями Creative Commons. Окрім цього, для ідентифікації конкретної ліцензії, її умов та прав, які за нею надаються організацією розроблено позначки/кнопки Creative Commons.

Це найпростіший спосіб повідомити про основні дозволи, які стосуються творів, що розповсюджуються під ліцензіями Creative Commons. Автори та правоволодільці, які розповсюджують свої твори під Creative Commons, можуть завантажити та застосувати ці кнопки, щоб заздалегідь сповістити інших користувачів стосовно обсягу прав, що надаються стосовно цього твору.

Як слушно вказують в науковій літературі, коли потенційний користувач бачить цю позначку разом із твором, він може відразу зрозуміти, чи може він використати об'єкт, та яким саме чином він може це зробити, уникаючи при цьому вчинення пра-

¹ Рассомахіна О. Ліцензування авторського права та суміжних прав в мережі Інтернет. Юридична Україна. 2014. № 6. С. 44-54.

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://creativecommons.org/licenses/>

вопорушення. Окрім того, повністю відповідаючи вимогам законодавства з авторського права, яке передбачає можливість встановлення позначки ©, ліцензії CC пропонують більш гнучку систему відносин між праволодільцем і користувачем інтелектуального продукту¹.

Кнопки Creative Commons, назва та корпоративний логотип є торговельними марками Creative Commons.

На даний час організація пропонує набір із шести ліцензій Creative Commons. Усі ліцензії складаються із набору умов використання об'єкта авторського права та прав, які надаються за конкретною ліцензією. Кожна із ліцензій потребує аби користувачі зазначали авторство твору, коли матеріал використовується або поширюється. Раніше організація пропонувала використовувати і ліцензії без зазначення авторства, однак на даний час пропозиція до використання таких ліцензій припинена.

Зміст усіх шести ліцензій відтворюється трьома способами (має три рівні): юридичною мовою, мовою не-юристів та мовою для розпізнавання програмами. Юридичні тести призначені для вчитки ліцензії правниками. Вони є досить об'ємними, порівняно з їх коротким описом для громадян. Для зручності, короткий зміст ліцензії описано також в форматі, котрий можуть читати звичайні люди, також відомого як версія ліцензії, зрозуміла пересічній людині.

Так, першою і найбільш «вільною» є *ліцензія із зазначенням авторства Creative Commons Attribution (скорочено: CC BY)*.

¹ Жилінкова О. Реалізація прав інтелектуальної власності в Інтернеті за допомогою ліцензій Creative commons Юридичний журнал. 2011. № 2. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3634>



Ця ліцензія дозволяє іншим:

- розповсюджувати,
- редагувати,
- вносити зміни і брати за основу для своїх творів твір, навіть для використання з комерційною метою, за умови зазначення авторства.

Це ліцензія з найширшим колом дозволеного, з пропонованих ліцензій. Вона рекомендована для максимального розповсюдження і використання ліцензованих матеріалів.

За умовами цієї ліцензії автор надає право: поширювати, тобто копіювати і розповсюджувати матеріал у будь-якому вигляді чи форматі; змінювати, тобто реміксувати, трансформувати, і брати матеріал за основу для будь-яких цілей, навіть комерційних. Однак слід зберігати посилання на попередніх авторів у визначеній ними формі (Attribution). Ліцензіар (автор) не може відкликати цю ліцензію допоки користувач дотримується умов використання.

Під поширенням в контексті умов ліцензії слід розуміти подання матеріалу публіці будь-якими способами, або засобами, які вимагають дозволу відповідно до Ліцензованих Прав, таких, як відтворення, публічний показ, публічне виконання, розповсюдження, імпорт примірників матеріалу, подання матеріалу до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до матеріалу з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором (ст.1 Ліцензії Creative Commons Attribution).

Автор надає можливість повного використання твору, навіть із його переробкою та використанням в комерційній діяльності з однією лише умовою зазначення авторства у визначеній ним формі. Користувач має вказати автора, розмістити посилання на ліцензію та вказати чи було внесено зміни до твору. Він може зробити це у будь-який розумний спосіб, але так, щоб не створювати

враження стосовно того, що ліцензіар підтримує користувача або його використання твору.

В той же час, користувач не може пропонувати або накладати будь-які додаткові або інші умови чи правила, або застосовувати будь-які технічні засоби захисту стосовно ліцензованого матеріалу, якщо такі дії обмежують можливість здійснення ліцензованих прав будь-яким отримувачем ліцензованого матеріалу (п. б ч. 5 п. а ст. 2 Ліцензії Creative Commons Attribution).

Другою ліцензією є *ліцензія із зазначенням авторства та поширенням на тих самих умовах, що передбачені ліцензією Creative Commons Attribution Share-Alike (скорочено: CC BY-SA)*.



Ця ліцензія дозволяє іншим:

- редагувати,
 - вносити зміни в твір і брати за основу для своїх творів
- твір, навіть для використання з комерційною метою, за умови зазначення авторства і розповсюдження похідних творів на таких же умовах.

Згідно із цією ліцензією автор дозволяє поширювати та змінювати твір за умови, що користувач збереже посилання на попередніх авторів у визначеній ними формі (Attribution), а змінений наступним співавтором твір має поширюватися на умовах цієї ж ліцензії CC BY-SA.

Отже, користувач, використовуючи твір за ліцензією CC BY-SA, має право його змінювати, доповнювати, обов'язково зазначаючи авторство попереднього автора (автора первинного твору).

У той же час він обов'язково надає дозвіл іншим особам використовувати його перероблений (доповнений) твір за умови зазначення як первинного автора, так себе як автора на перероблений твір і так далі.

Навіть у разі переробки первинного твору двадцятьма особами, двадцять перший користувач повинен дозволити використання свого переробленого твору, при цьому зазначивши двадцять попередніх авторів у визначеній ними формі.

Третьою ліцензією є *Ліцензія із зазначенням авторства без похідних творів – Creative Commons Attribution NoDerivs (скорочено: CC BY-ND)*.



Ця ліцензія дозволяє:

- розповсюдження,
- комерційне і некомерційне використання, поки твір передається цілим і в незмінному вигляді та із зазначенням авторства.

Використовуючи таку ліцензію, автор дозволяє копіювати, передавати свій твір, навіть з комерційною метою із посиланням на автора у визначеній ним формі, однак не дозволяє змінювати – переробляти, розвивати твір.

Це означає, що первинний твір автора не може бути підданий ні переробці, ані будь-якому розвитку. Наприклад, роман із незавершеним сюжетом не може бути розвинутий (дописаний) користувачем за ліцензією. Він може поширюватись користувачем лише у тій формі, в якій він був створений і обов'язково із посиланням на автора у тій формі, в якій він це визначив сам.

Четвертим видом ліцензії є *Ліцензія із зазначенням авторства – некомерційна – розповсюдження на тих самих умовах – Creative Commons Attribution NonCommercial Share-Alike (скорочено: CC BY-NC-SA)*.



Ця ліцензія дозволяє іншим:

- редагувати,
- вносити зміни в твір, брати за основу для своїх творів авторський твір для некомерційного використання. Хоча в похідних творах автор повинен бути згаданий як автор оригінального твору, їх використання має носити некомерційний характер,

– автори похідних творів не зобов'язані ліцензувати свої твори на тих самих умовах, що й оригінальний твір.

Ця ліцензія подібна до першої ліцензії CC BY, однак йдеться лише про некомерційне використання твору. За умовами ліцензії автор дозволяє: поширювати та змінювати твір. Змінений наступним співавтором твір має поширюватися на умовах цієї ж ліцензії CC BY-NC-SA, при цьому слід зберігати посилання на попередніх авторів у визначеній ними формі. Однак, в той же час, автор не дозволяє використовувати свій чи змінений твір з комерційною метою.

Отже, за умовами ліцензії CC BY-NC-SA користувач не може використовувати ні первинний, ні похідні твори з комерційною метою. При цьому, він може змінювати та доповнювати твір, одна зберігаючи при цьому посилання на первинного автора та всіх попередніх авторів твору, які надавали право використання твору за ліцензією CC BY-NC-SA. Також, погоджуючись на умови ліцензії CC BY-NC-SA, автор, який змінив чи доповнив твір, бере на себе обов'язок поширювати свій перероблений (доповнений) твір на тих самих умовах.

П'ята ліцензія – це *ліцензія із зазначенням авторства – некомерційна – Creative Commons Attribution NonCommercial (CC BY-NC)*.



Ця ліцензія дозволяє іншим:

- редагувати,
- вносити зміни в твір і брати за основу для своїх творів авторський твір некомерційним чином. Автори похідних творів вказують автора оригінала і ліцензують свої твори на тих самих умовах.

Ця ліцензія подібна до другої ліцензії CC BY-SA, однак йдеться лише про некомерційне використання твору. Згідно із умовами цієї ліцензії автор надає право поширювати та змінювати твір, зберігаючи посилання на попередніх авторів у визначеній

ними формі. При цьому автор не дозволяє використовувати свій чи змінений твір з комерційною метою.

І останньою із видів ліцензій є «найсуворіша» *некомерційна ліцензія із зазначенням авторства без можливості створення похідних творів* – *Creative Commons Attribution NonCommercial NoDerivs (CC BY-NC-ND)*.



Ця ліцензія надає користувачам найменший обсяг прав, дозволяючи їм тільки:

- скачувати твори;
- ділитися ними з іншими лише із зазначенням авторства, але твір не дозволяється використовувати в комерційних цілях або якимось чином змінювати.

Ця ліцензія подібна до третьої ліцензії CC BY-ND, однак знову ж таки йдеться лише про некомерційне використання твору. Відповідно до її умов автор надає можливість поширювати свій твір лише із посиланням на автора у визначеній ним формі без комерційної мети. При цьому, автор не дозволяє будь-яким чином змінювати, переробляти чи розвивати твір. Це найбільш обмежувальна ліцензія, що дозволяє іншим лише завантажувати матеріали й ділитися ними з іншими за умови збереження посилань на автора. Ця ліцензія не дозволяє змінювати твір чи використовувати його з комерційною метою.

Здійснивши аналіз юридичних текстів шести Ліцензій Creative Commons слід виділити такі їх спільні ознаки:

- кожна з ліцензій має визначений «набір» можливостей для користувача та умови використання об'єкту авторського права, власне позначення (зображення);
- кожна з ліцензій безапеляційно гарантує використання твору із обов'язковим зазначенням авторства;
- кожна з ліцензій є безоплатною, за умовами кожної із ліцензій ліцензіар (автор, правоволоділець) відмовляється від будь-якого права на отримання від користувача (ліцензіата) винагоро-

ди (роялті) за здійснення ліцензованих прав, як безпосередньо, так і через ОКУ за добровільною, законодавчо встановленою, або примусовою схемою ліцензування з можливістю відмови від неї;

– публічна ліцензія видається без права видавати субліцензії, є невиключною та безвідкличною;

– кожна з ліцензій, з огляду на те, що вона обумовлюється авторським правом, є чинною по всьому світу протягом всього строку чинності майнових авторських прав на твір;

– пріоритетними питаннями при виборі виду ліцензії є: можливість змінювати (розвивати) твір та можливість використовувати твір з комерційною метою та бажання (чи небажання) автора, аби користувач поширював створений ним в результаті переробки (доповнення) твору на таких самих умовах.

Одним з видів публічних ліцензій є ліцензії відкритого програмного забезпечення. Такі ліцензії дозволяють користувачам, в тому числі програмістам, використовувати вже створене програмне забезпечення, отримувати доступ до вихідного коду, змінювати його, удосконалювати та розповсюджувати модифіковані версії комп'ютерних програм. Одна з найпопулярніших ліцензій на вільне програмне забезпечення – GNU GPL чи просто GPL («general public license»).

Ліцензія на відкрите програмне забезпечення зазвичай надає чотири повноваження (можливості, свободи) її користувачам:

1. використання комп'ютерної програми у власних цілях;
2. поширення програмного забезпечення (право на розповсюдження);
3. зміна програмного забезпечення;
4. розповсюдження модифікованого/зміненого програмного забезпечення

Метою вільного поширення програмного забезпечення є його розвиток. Водночас володілець майнових прав інтелектуальної власності на таке програмне забезпечення зазвичай переслідує і іншу мету, а саме – отримати прибуток від технічної підтримки,

від навчання щодо застосування цього програмного забезпечення, від продажу вдосконалених (комерційних) версій продукту (інколи використання модифікацій вільного програмного забезпечення можливе тільки у разі придбання платної версії).

GNU General Public License¹ (далі – GPL) – це універсальна, вільна публічна ліцензія, що, в основному, використовується для програмного забезпечення. Однак, її можна застосовувати і щодо інших видів творів. Ліцензійні умови GPL сформульовані згідно із концепцією «copyleft» (частина прав застережена) та, на відміну від ліцензій, що створені для обмеження прав користувача щодо об'єкту інтелектуальної власності (зазвичай, передаються лише прав на використання об'єкту), ця ліцензія призначена забезпечити можливість отримувати вихідний код, змінювати програмне забезпечення або використовувати його частини в нових вільних програмах. При цьому гарантується, що це програмне забезпечення залишиться вільним для всіх його наступних користувачів.

Користувач, який погоджується на умови ліцензії, повинен надати наступним одержувачам умови цієї ліцензії, передати ті ж свободи, які він отримав та переконатись у можливості отримати вихідний код. Наступні одержувачі зобов'язуються поширювати отриману або модифіковану ними версію програмного забезпечення (у разі модифікації із позначкою «змінена»). Це означає, що ці модифікації не будуть помилково присвоєні авторам попередніх версій.

Текст ліцензії складається із Преамбули та Основного змісту (Основних ліцензійних умов), що розподілені на 17 розділів.

Перед основними розділами для уніфікованого тлумачення її змісту ліцензія передбачає визначення таких понять як:

¹ GNU General Public License Version 3. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>

«авторське право», «програма», «модифікація (зміна)», «ліцензований твір», «поширення» та «передача».

Основною свободою, яка надається за цією ліцензією, є право на скачування (запуск) немодифікованої програми, право на вільне використання твору (програми) або його еквівалент відповідно до законодавства про авторське право. При цьому, лише для самого запуску та скачування програми без їх модифікації та подальшого поширення не завжди обов'язково погоджуватись на умови ліцензії. У разі ж, якщо користувач має намір вносити зміни до програми та поширювати її (або її модифіковану версію) серед інших користувачів, він обов'язково повинен прийняти та дотримуватись умов цієї ліцензії. Інші дії вважатимуться порушенням прав інтелектуальної власності.

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

При цьому, при кожному переданні ліцензованого твору, наступний одержувач автоматично отримує ліцензію від первісного власника ліцензії на запуск, модифікування і розповсюдження програми (твору), випущеної за цією ліцензією, а первісний користувач, який поширює твір, не несе відповідальності за дотримання умов цієї ліцензії третьою особою (наступним одержувачем).

Текст ліцензії містить положення, що врегульовують передавання (поширення) програм у разі вчинення так званих «юридичних трансакцій» – правочинів, що стосуються реорганізації юридичної особи (поділу, виділу, злиття, перетворення), результатом

яких є передання активів (в тому числі, і ліцензованого програмного забезпечення).

Так, якщо поширення ліцензованого твору є результатом юридичної транзакції, то кожна сторона транзакції, яка отримала копію твору, також отримує всі права на твір, які попередник мав за цією ліцензією.

Користувач також має право модифікувати програму та поширювати власні програми, створені на основі цієї програми за умови, що твір ліцензується в цілому, містить повідомлення про те, що він є результатом змін та дійсну дату цих змін, а також застереження, що модифікована програма випускається у світ за цією ліцензією.

Якщо в творі присутні інтерактивні інтерфейси, за загальним правилом, кожен повинен відображати відповідні правові повідомлення. При цьому змінена (модифікована) програма вважається не похідним (розширеним, доповненим), а новим твором.

Користувачеві заборонено поширювати або модифікувати ліцензований твір на інших умовах, які не передбачені ліцензією. Такі дії автоматично позбавляють користувача прав згідно з цією ліцензією.

Однак, якщо користувач припинить порушення умов ліцензії, тоді ліцензія від конкретного власника авторських прав відновлюється або «умовно (тимчасово)», поки (якщо) правовласник не припинить дію вашої ліцензії, або «постійно», якщо правовласник не повідомить вас про порушення належними засобами до спливу 60 днів після припинення порушення.

РОЗДІЛ 13. ОХОРОНА ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНІ ПОЗНАЧЕННЯ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

13.1. Охорона прав на комерційні найменування в мережі Інтернет

Інтернет – інформаційний простір, де щоденно вчиняються мільйони різного роду правочинів, у тому числі комерційних операцій. Кількість таких операцій та об'єм товарів, робіт та послуг, які реалізуються за ними через мережу Інтернет з кожним роком зростають.

Свою роль у цьому процесі відіграють комерційні позначення, які є особливими правовими засобами індивідуалізації суб'єктів господарювання, товарів (робіт, послуг). Їх широко використовують не лише за їх основним функціональним призначенням, але й для рекламування товарів, робіт, послуг та діяльності суб'єктів господарювання.

Учасники правовідносин представляють себе в Інтернет-середовищі шляхом створення власного веб-сайту, на якому розміщують різного роду інформацію – найменування, логотип, символіка юридичних осіб, реквізити, адресу, контактні телефони, інформацію про себе та свою діяльність, асортимент продукції, яку виробляють та реалізують тощо.

Особливої уваги заслуговують питання використання в мережі Інтернет комерційних позначень, які є об'єктами права інтелектуальної власності (комерційні найменування, торговельні марки) і мають визначений законодавством правовий режим.

Комерційне найменування – засіб, який поряд із найменуванням дозволяє вирізнити одну особу з-поміж інших та ідентифікувати суб'єкта господарської діяльності як учасника правовідносин. Поряд з цим комерційне найменування дозволяє асоціювати певні товари, роботи та послуги з виробником, який є власником певного комерційного найменування.

Як зазначає Кривошеїна І. В., комерційне найменування не вказує на конкретні товари чи послуги, однак наголошує саме на юридичній особі, яка виробляє той чи інший вид товару чи надає послуги.¹

Напрацьована позитивна репутація під комерційним найменуванням надає суб'єкту господарювання переваги на ринку. Найменування фірми з позитивною діловою репутацією дозволяє розширювати коло споживачів, активніше залучати до співпраці нових контрагентів і в кінцевому результаті розвивати бізнес та отримувати більші прибутки.

Для здійснення бажаного впливу на споживачів та контрагентів та досягнення позитивного результату комерційне найменування повинно бути оригінальним, виразно виділяється серед інших найменувань, тобто бути індивідуальним.

У переважній більшості комерційні найменування є словесними позначеннями, проте жодних вимог щодо форми та змісту комерційних найменувань законодавство не передбачає. З огляду на це багато науковців підтримують точку зору, що комерційні найменування можуть бути не лише словесними, але й містити певні символи та знаки, або бути комбінованими, тобто складатися із слів та символів.

Якщо договором про делегування доменного імені та у Правилах відповідного домену відсутні відповідні застереження, то в якості комерційного найменування особа може використати і власне доменне ім'я.

За загальним правилом для отримання правової охорони комерційне найменування повинно забезпечити можливість за його допомогою вирізняти одну особу – суб'єкта господарської діяльності з-поміж інших та не вводити в оману споживачів та інших учасників правовідносин щодо діяльності суб'єкта, якому нале-

¹ Кривошеїна І.В. Фірмове найменування: регулювання та правова охорона за законодавством України. Автореферат дис. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2007.С.4

жать права на комерційне найменування. Тому комерційне найменування не повинно збігатися із знаками для товарів і послуг та зазначеннями походження товарів, що належать іншим суб'єктам. В якості комерційного найменування не можуть бути використані і чуже доменне ім'я, ні розрізняльна частина чужого доменного імені.

В якості комерційного найменування можуть бути використані оригінальні назви або уривки творів, фантазійні слова тощо. Проте згідно чинного законодавства (ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права») комерційні найменування не підлягають судовому захисту як твір.

Відповідно до ст. 8 Паризької Конвенції комерційне (фірмове) найменування охороняється без обов'язкового подання заявки чи реєстрації і незалежно від того, чи є воно частиною товарного знака.

Аналогічне правило встановлено ст. 489 ЦК України, згідно з якою права інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинними з моменту першого використання цього найменування та охороняються без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації і незалежно від того, є чи не є комерційне (фірмове) найменування частиною торговельної марки.

Як зазначається у ч. 1 ст. 489 ЦК України ***право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту першого використання цього найменування.*** З моменту першого використання надається правова охорона і скороченому комерційному найменуванню суб'єкта господарювання.

Першим використанням комерційного найменування можливо вважати вчинення будь-яких дій, спрямованих на розкриття комерційного найменування перед третіми особами (використання в рекламі, на виставках, ярмарках, у діловій документації тощо), а також зазначення комерційного найменування на продукції (на етикетках, упаковках тощо).

Момент першого використання комерційного (фірмового) найменування може встановлюватися за даними державної реєстрації юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта господарювання, фінансової і технічної документації (рахунки, накладні, технічні умови), рекламних матеріалів, охоронних документів на об'єкти промислової власності (патенти на промислові зразки, деклараційні патенти на винаходи), реєстрації доменного імені тощо.

Цікавою у цьому контексті є судова справа за позовом компанія «Гугл Інк.» (Google Inc.), яка з 1998 року при наданні послуг використовує позначення «Google»¹. Це позначення добре відоме користувачам всесвітньої мережі Інтернет. Перше використання зазначеного позначення для ідентифікації послуг позивача серед українських споживачів було здійснено у 2001 році, коли була введена в дію україномовна версія пошукового сервісу позивача.

Компанія «Гугл Інк.» (Google Inc.) – юридична особа, основним видом діяльності якої є надання користувачам всесвітньої мережі Інтернет з багатьох країн світу, в тому числі і з України, послуг з пошуку та розміщення інформації.

З 2004 року позначення Google стало добре відомим в Україні, що підтверджується рішенням Апеляційної палати Державного департаменту інтелектуальної власності МОН України від 28 серпня 2007 року, згідно з яким словесний знак «GOOGLE», який є тотожним позначенню «Google», що також використовується позивачем, було визнано добре відомим в Україні відносно компанії «Гугл Інк.» (США) станом на 1 січня 2004 року щодо частини послуг 35 класу Міжнародної класифікації товарів і послуг, а саме: шукання інформації для інших через Інтернет, розповсюдження реклами на користь інших через Інтернет.

¹ Рішення Господарського суду м. Києва від 03.02.2009 у справі № 12/25. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3218041>

Компанія «Гугл Інк.» (Google Inc.) звернулася до суду з позовом до ТзОВ «ГОУ ОГЛЕ» та ТзОВ «Хостмайстер» про припинення порушення прав інтелектуальної власності на комерційне найменування і просила суд зобов'язати ТзОВ «ГОУ ОГЛЕ» припинити використання комерційного найменування «Google» у доменному імені `www.google.ua` та зобов'язати ТОВ «Хостмайстер» припинити (відмінити) делегування доменного імені `www.google.ua` на ім'я ТзОВ «ГОУ ОГЛЕ».

Свої вимоги позивач обґрунтовував тим, що позначення «Google», що використовується компанією Гугл Інк. (Google Inc.) в Україні для позначення власних послуг, дає можливість вирізнити її з поміж інших та не вводить споживачів в оману щодо справжньої діяльності позивача. Позначення «Google» є комерційним найменуванням позивача, права інтелектуальної власності на яке виникло у нього з моменту першого використання в Україні. Проте після виникнення у позивача прав на комерційне найменування «Google» ТзОВ «ГОУ ОГЛЕ» незаконно розпочало використовувати позначення «Google» у доменному імені «`google.ua`» реєстрантом (держателем) якого є ТзОВ «Хостмайстер».

Суду були надані матеріали про те, що позивач використовує в мережі Інтернет власне доменне ім'я «`google.com`» та 112 інших доменних імен з використанням власного комерційного найменування «Google».

Проаналізувавши наявні у справі докази, суд встановив, що доменне ім'я `google.ua` є тотожним у своїй розрізняльній частині «`google`» із комерційним найменуванням позивача (Google Inc.), яке використовується ним при наданні послуг в Україні та мережі Інтернет.

Суд прийшов до висновку, що використання відповідачем (ТзОВ «ГОУ ОГЛЕ») комерційного найменування позивача у доменному імені «`google.ua`» є неправомірним та вводить споживачів

чів в оману щодо послуг, які надаються з використанням зазначеного комерційного найменування.

Суд задовільнив позовні вимоги компанії «Гугл Інк.» (Google Inc.) та зобов'язав ТзОВ «ГОУ ОГЛЕ» припинити використання комерційного найменування «Google» у доменному імені google.ua., а ТзОВ «Хостмайстер» припинити (відмінити) делегування доменного імені google.ua на ім'я ТзОВ «ГОУ ОГЛЕ».

Законодавство передбачає можливість реєстрації комерційних найменувань за відповідним поданням суб'єкта господарювання, який володіє правами на нього. Порядок такої реєстрації та ведення реєстрів комерційних найменувань повинен бути встановлений законом, який, нажаль, ще не прийнято.

Факт реєстрації комерційного найменування чи її відсутність жодним чином не можуть впливати на виникнення та здійснення прав на нього. Проте, як слушно зауважує Іщук С.І., запровадження реєстрів комерційних найменувань є виправданим заходом з практичної точки зору. Реєстрація комерційних найменувань дозволить уникнути безпідставних повторів у їх використанні та дозволить формалізувати пріоритет прав на такий засіб індивідуалізації¹.

Згідно ст. 159 ГК України суб'єкт господарювання, комерційне найменування якого було включено до реєстру раніше, має пріоритетне право захисту перед будь-яким іншим суб'єктом, тожне комерційне найменування якого включено до реєстру пізніше.

Згідно ст. 490 ЦК України *майновими правами інтелектуальної власності на комерційне найменування є: право на використання комерційного найменування; право перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне*

¹ Іщук С.І. Право інтелектуальної власності на комерційне (фірмове) найменування. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Київ 2009. С. 7.

найменування, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Створення та перше використання комерційного найменування породжує виключне абсолютне правовідношення, зміст якого складає право суб'єкта використовувати комерційне найменування як засіб своєї індивідуалізації та індивідуалізації товарів, робіт, послуг, які він виробляє та/або надає. Усі інші учасники правовідносин не мають права використовувати це найменування та не повинні перешкоджати у його здійсненні суб'єкту, який володіє відповідними правами.

Правоволодільцю надається правова охорона як проти використання іншими особами тотожних найменувань, так і проти використання ними найменувань, які є схожими настільки, що їх можна сплутати з відповідними комерційними фірмовими найменуваннями і це вводить в оману споживачів щодо товарів, які виробляються та (або) реалізуються, та послуг, які надаються.

Забезпечують правову охорону прав на комерційне найменування і норми законодавства про захист економічної конкуренції.

Відповідно до Закону України від 7 червня 1996 року «Про захист від недобросовісної конкуренції»¹ неправомірне використання комерційного (фірмового) найменування та інших позначень без дозволу суб'єкта, який раніше почав використовувати їх, є недобросовісною конкуренцією.

Використання чужого комерційного найменування може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання, який має пріоритет на їх використання, а тому такі дії суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності і є протизаконними.

¹ Про захист від недобросовісної конкуренції: Закону України від 07.06.1996 № 236/96-ВР. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/236/96>

Неправомірним є і використання у господарській діяльності позначення, що схоже на комерційне фірмове найменування, яке раніше почав використовувати інший суб'єкт господарювання, оскільки це може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання і вводити в оману споживачів.

Норма ч. 5. ст. 159 ГК України зобов'язує особу, яка використовує чуже комерційне найменування, на вимогу його власника, припинити таке використання і відшкодувати завдані збитки.

У разі розгляду справ про використання схожих чи тотожних комерційних найменувань суд призначає судову експертизу, яка і з'ясовує питання про наявність чи відсутність схожості чи тотожності між комерційними (фірмовими).

Права на комерційне найменування має особистісний характер, проте згідно ч. 2 ст. 490 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування можуть передаватись іншій особі лише разом з цілісним майновим комплексом особи, якій ці права належать, або його відповідною частиною.

Як слушно зазначає Кодинець А. О., ця норма ЦК України не відповідає юридичній природі суб'єктивного права на комерційне найменування. Перехід права на комерційне найменування є неможливим, а тому заслуговує уваги пропозиція автора виключити п. 2 зі змісту ст. 490 ЦК України¹.

¹ Кодинець А.О. Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у цивільному праві України. Автореферат дис. на здобуття наукового ступня кандидата юридичних наук. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2006. С. 6.

13.2. Охорона прав на торговельні марки в мережі Інтернет

Інтернет істотно розширив можливості щодо використання торговельних марок та інших комерційних позначень. Розміщення учасниками Інтернет простору на своїх веб-сайтах різних знаків, позначень, символів є звичною практикою.

Юридична природа таких знаків дуже різна. У літературі та нормативних актах для їх означення використовуються різні терміни (логотип, символіка, бренд, торговельна марка, знак для товарів та послуг тощо).

Торговельна марка (знак для товарів та послуг) – будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень (знак), які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами.

Об'єктом торговельної марки може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, у тому числі власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, а також будь-яка комбінація таких позначень. Тому і торговельні марки прийнято поділяти на словесні, зображувальні, об'ємні, комбіновані та нетрадиційні (світлові, звукові, нюхові, смакові).

Словесна торговельна марка складається зі слова, словосполучення, фрази або аббревіатури («АНТОНОВ», «ЗАЗ», «КрАЗ», «Мотор Січ», «Мрія», «Руслан», «Світоч», «Таврія»). До словесних відносять торговельні марки, що складаються з однієї чи декількох літер або цифр та будь-якої їх комбінації. Перевагою словесних знаків є те, що вони простіше запам'ятовуються, легше відтворюються, їх можна рекламувати по радіо і телебаченню. Правоволодільці словесних торговельних марок можуть використати їх і у доменних іменах.

Зображувальна торговельна марка є позначенням, що містить лише малюнки будь-якого характеру, зокрема, зображення

на площині живих істот, предметів, природних та інших об'єктів, також фігури будь-яких форм, композиції ліній та фігур¹.

Об'ємна торговельна марка створюється у вигляді фігур або їх композицій у трьох вимірах (довжина, висота, ширина).

Комбінована торговельна марка створюється шляхом поєднання (комбінації) різних видів позначень, наприклад, словесних, зображувальних, об'ємних тощо, що дозволяє розширити її рекламні можливості. Торговельна марка може бути виконана у будь-якому одному кольорі або у поєднанні різних кольорів.

В якості торговельної марки можуть бути використані і нетрадиційні позначення (звук, запах). Можливість реєстрації торговельних марок, які не мають візуального позначення (звукові, нюхові, смакові), а також голографічні знаки, рухові та позиційні знаки передбачає Сінгапурський договір про право товарних знаків від 27 березня 2006 року² (ратифікований Законом України від 15 квітня 2009 року)³.

Для реєстрація звукових, нюхових та смакових товарних знаків необхідне не тільки належне правове регулювання процесу реєстрації, але й створення відповідних технічних можливостей. Правилами складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів та послуг⁴ (п. 2.1.21) передбачається можливість реєстрації нетрадиційних торговельних марок, проте такі марки реєструються за наявності технічної мож-

¹ Методичні рекомендації з окремих питань проведення експертизи заявки на знак для товарів та послуг. Державне підприємство «Український інститут промислової власності». 2014. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: [:https://www.sips.gov.ua/i_upload/file/metod-rek-znak-2014-pdf](https://www.sips.gov.ua/i_upload/file/metod-rek-znak-2014-pdf)

² Сінгапурський договір про право товарних знаків від 27.03.2006. Офіційний вісник України. 2009. № 32. Стор. 13.

³ Про ратифікацію Сінгапурського договору про право товарних знаків: Закон України від 15.04.2009. Відомості Верховної Ради України. 2009. № 39. Ст. 547.

⁴ Правила складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів та послуг, затв. наказом Держпатенту України від 28.07.1995. (в редакції Наказу від 20.08.1997). URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0276-95/conv>

ливості внесення їх до реєстру та оприлюднення інформації стосовно їх реєстрації.

Торговельна марка історично виникла як своєрідний засіб зазначення авторства виробу, а відповідно і індивідуалізації вироблених товарів. Проте наявність оригінальної торговельної марки дозволяє не тільки вирізняти товар (роботи, послуги) певних, конкретних виробників, але й рекламувати товар, у тому числі і у мережі Інтернет.

За законодавством України правова охорона та захист надається торговельним маркам, які мають міжнародну реєстрацію (згідно з Мадридською угодою про міжнародну реєстрацію знаків та/або Протоколом до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків), торговельним маркам, які у встановленому порядку визнані добре відомими та торговельним маркам, які зареєстровані згідно норм ЦК України та Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»

Для отримання правової охорони торговельна марка повинна мати розрізняльну здатність, відповідати суспільним інтересам та не порушувати прав та законні інтереси третіх осіб¹.

Згідно Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» правова охорона надається знаку, який не суперечить публічному порядку, принципам гуманності і моралі, вимогам Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» та, на який не поширюються підстави для відмови в наданні правової охорони, встановлені Законом.

Заявлений до реєстрації знак не повинен містити антидержавних, расистських лозунгів, емблем та найменувань екстремістських організацій, нецензурних слів та виразів, позначення по-

¹ Романадзе Л.Д. Захист прав на торговельні марки у міжнародному приватному праві. Автореферат дис. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Одеська національна юридична академія, Одеса, 2008. С.8.

рнографічного характеру тощо. Якщо заявлене позначення або хоча б один з його елементів відноситься до перелічених позначень, подальший розгляд заявки припиняється і заявнику надсилається рішення про її відхилення.

Не можуть одержати правову охорону позначення, які зображують або імітують державні герби, прапори та інші державні символи (емблеми), офіційні назви держав, емблеми, скорочені або повні найменування міжнародних міжурядових організацій, офіційні контрольні, гарантійні та пробірні клейма, печатки, нагороди та інші відзнаки. Зазначені позначення можуть бути включені до знака як елементи, що не охороняються, якщо на це є згода відповідного компетентного органу або їх власників.

У зв'язку з цим виникає питання щодо правомірності реєстрації в якості торговельної марки доменних імен із часткою «ua».

Домен .UA – домен верхнього рівня ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, створений на основі кодування назв країн відповідно до міжнародних стандартів, для обслуговування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет. Частина «ua» у доменному імені вказує на Україну, як на окремий сегмент адресного простору у мережі Інтернет.

Проте згідно чинного законодавства позначення, що містить офіційну назву держави «Україна» може бути включене до знака як елементи, що не охороняються, якщо на це є згода відповідного компетентного органу.

Порядок та процедура надання згоди на внесення до знака позначення, що містить офіційну назву держави «Україна», регламентуються Правилами погодження питань про внесення позначення, що містить офіційну назву держави «Україна», до знака для товарів і послуг¹.

¹ Правила погодження питань про внесення позначення, що містить офіційну назву держави «Україна», до знака для товарів і послуг: затв. наказом МОН України від 04.08.2010. Офіційний вісник України. 2010. № 82. Ст. 2993.

Згода надається Комісією щодо погодження питань про внесення позначення, що містить офіційну назву держави «Україна», до знака для товарів і послуг¹ фізичним особам-підприємцям та юридичним особам за умов, що:

- використання офіційної назви держави «Україна» як елемента знака для товарів і послуг не суперечитиме публічному порядку, принципам гуманності й моралі, сприятиме інтересам держави та не вводитиме в оману громадськість щодо особи, яка виробляє товар чи надає послуги;

- товари і послуги, щодо яких передбачається використання такого знака, мають промислову, освітню, наукову, культурну чи художню цінність;

- види товарів та/або послуг, які виробляє та/або надає заявник, є унікальними, притаманними лише Україні;

- заявник займає домінуюче положення на ринку України щодо товарів та/або послуг, для яких передбачається використання знака;

- заявник здійснює зовнішньоекономічну діяльність та в своїй групі товарів та/або послуг зовнішньоекономічної діяльності займає домінуюче положення;

- тривалість діяльності заявника на ринку України або світовому ринку щодо таких товарів та/або послуг становить не менше 5 років.

Зазначені фактори можуть ураховуватися окремо або у їх сукупності.

Клопотання та подані заявником матеріалами розглядається Комісією щодо погодження питань про внесення позначення, що містить офіційну назву держави «Україна», до знака для товарів і послуг, яка і приймає рішення про надання згоди або про відмову у її наданні.

¹ Положення про Комісію щодо погодження питань про внесення позначення, що містить офіційну назву держави «Україна», до знака для товарів і послуг: затверджено Наказом МОН України від 07.10.2003. Офіційний вісник України. 2003. № 42. Ст. 2247.

Права на торговельну марку засвідчуються свідоцтвом. Обсяг правової охорони торговельної марки визначається наведеними у свідоцтві її зображенням та переліком товарів і послуг.

Особа, яка бажає одержати свідоцтво на торговельну марку подає до Державної служби інтелектуальної власності письмову заявку у якій, зокрема, повинне бути зазначено зображення знака, що заявляється для реєстрації та перелік товарів і послуг, для яких заявник просить зареєструвати знак, згрупованих за Міжнародною класифікацією товарів і послуг¹.

За результатами експертизи заявки на реєстрацію торговельної марки приймається рішення про її реєстрацію, в офіційному бюлетені здійснюється публікація відомостей про видачу свідоцтва та здійснюється державна реєстрація торговельної марки у Реєстрі².

Згідно ст. 495 ЦК України власник свідоцтва на торговельну марку набуває право на використання торговельної марки, виключне право дозволяти використання торговельної марки, виключне право перешкоджати неправомірному використанню торговельної марки, в тому числі забороняти таке використання та інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Використанням знака визнається: нанесення його на будь-який товар, для якого знак зареєстровано, упаковку, в якій міститься такий товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару із зазначеним нанесенням знака з метою пропонування для продажу, пропонування його для продажу, продаж, імпорту (ввезення) та експорту (вивезення); застосування його під час пропонування та надання будь-якої послуги, для якої знак зареєс-

¹ З 1 січня 2017 року діє 11 редакція Міжнародної класифікації товарів і послуг для реєстрації знаків.

² Положення про Державний реєстр свідоцтв України на знаки для товарів і послуг: затверджено наказом МОН України 10.01.2002. Офіційний вісник України. 2002. № 5. Ст. 207.

тровано; застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет.

Знак визнається використаним, якщо його застосовано у формі зареєстрованого знака, а також у формі, що відрізняється від зареєстрованого знака лише окремими елементами, якщо це не змінює в цілому відмітності знака.

З метою посилення захисту прав на торговельні марки від можливих порушень в мережі Інтернет Законом України від 4 липня 2002 року¹ ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» було доповнено нормою, яка дуже чітко визначала, що «використанням знака визнається також його використання в Інтернеті, а також використання доменних імен, тотожних чи подібних до знака настільки, що їх можна сплутати».

Чинний сьогодні Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» в редакції від 21 травня 2015 року цієї норми уже не містить, а лише у ст. 20 встановлює, що порушенням прав власника свідоцтва на торговельну марку вважається також використання без його згоди в доменних іменах знаків та позначень, вказаних у пункті 5 статті 16 цього Закону.

Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» прямо передбачає можливість використання торговельної марки в доменних іменах. У зв'язку з цим цікавими є правила реєстрації доменів, які встановлюють Правила домену .UA² та Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA версія 1.0.³

¹ Про внесення змін до деяких законів України з питань інтелектуальної власності: Закон України від 04.07.2002 № 34-IV. Відомості Верховної Ради України. 2002. №35. ст.256.

² Правила домену .UA. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.a-registrator.com.ua/infocentre/Policy_of_.UA.pdf

³ Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA версія 1.0. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://hostmaster.ua/down.php?reg1.0_ua

Відповідно до п. 3.3. Регламенту приватні доменні імена другого рівня в домені .UA делегуються виключно у разі, якщо відповідне доменне ім'я повністю, або його компонент другого рівня (до знака «.»), але не включаючи цей знак), за написанням співпадає із Знаком¹, права на використання якого на території України належать відповідному реєстранту.

При реєстрації доменного імені проводиться перевірка: чи охороняються права на Знак, зазначений в заявці, на території України; чи зазначений Знак відповідає доменному імені у заявці згідно пунктів 3.6-3.8 Регламенту .UA; чи відповідає контакт, вказаний в полі registrant, особі, якій належать права на використання Знаку; чи не закінчився термін дії прав на Знак. Тому можна погодитись, що реєстрація та делегування доменних імен у доменній зоні другого рівня .UA є «привілеєм для власників відповідних торговельних марок», яким надається правова охорона на території України.

Судова практика виходить з того, що використовувати доменне ім'я другого рівня без наявності зареєстрованого знака для товарів і послуг є недопустимим і порушує відповідні правила делегування доменних імен.

Власник свідоцтва має право на укладення різних договорів чи видачу ліцензій на використання зареєстрованого знака та передання прав на нього.

Проте, передання прав на знак не допускається, якщо це може стати причиною введення в оману споживача щодо товарів і послуг або щодо особи, яка їх виробляє чи надає.

¹ Термін «Знак» відповідно до Правил домену .UA (п.1.6.) означає словесний знак для товарів та послуг, на який центральним органом виконавчої влади з питань правової охорони інтелектуальної власності видане свідоцтво України на знак для товарів та послуг, або такий, що одержав правову охорону на території України згідно з Мадридською угодою про міжнародну реєстрацію знаків, або, в разі, якщо такий зареєстрований знак для товарів та послуг складається з тексту та інших позначень, його словесну частину, яка сама є об'єктом правової охорони.

Ці законодавчі заборони у повній мірі поширюють свою дію і на випадки надання дозволу на використання торговельної марки у доменних іменах.

Питання торговельних марок детально урегульовані нормами ЦК України та Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг».

Проте особливості використання торговельних марок в мережі Інтернет та захисту прав на торговельні марки у випадку їх неправомірного використання в Інтернеті потребують більш детального регулювання.

РОЗДІЛ 14. ДОМЕННІ ІМЕНА. ДОМЕННІ СПОРИ

14.1. Доменні імена

Право на використання доменного імені, якщо воно має економічну цінність для особи, визнано правом власності в розумінні статті 1 протоколу 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. До такого висновку дійшов Європейський суд з прав людини у рішенні *Raeffgen GmbH v. Germany* від 18 вересня 2007 року¹.

Визначення доменного імені в законодавстві України наведено у ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»: *доменне ім'я – це ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті*. Таке визначення уперше з'явилося у Законі шляхом його доповнення від 4 липня 2002 року. Інша згадка у названому Законі про доменні імена (цю норму прийнято 10 квітня 2008 року) міститься в ч. 1 ст. 20, відповідно до якої порушенням прав власника свідоцтва вважається також використання без його згоди в доменних іменах знаків та позначень, вказаних у пункті 5 статті 16 Закону.

В Законі України «Про телекомунікації» наведено інше, більш повне визначення домену. Зокрема, відповідно до ст. 1 цього Закону *домен – частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється*.

У цьому ж Законі наводяться інші визначення, з яких вбачається два види доменів (домени, створені на основі кодування назв країн відповідно до міжнародних стандартів, та домени другого рівня):

¹ Захист імені на сайті: судова практика у сфері доменних спорів. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://kmp.ua/ua/analytics/exclusive/zahyst-imeni-na-sajti-sudova-praktyka/>

домен.UA – домен верхнього рівня ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, створений на основі кодування назв країн відповідно до міжнародних стандартів, для обслуговування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет;

домен другого рівня – частина адресного простору мережі Інтернет, що розташовується на другому рівні ієрархії імен у цій мережі.

Доменне ім'я має цифровий та/або символний ідентифікатор, що встановлюються відповідно до чинних в Інтернеті міжнародних стандартів, тобто має адресу в мережі Інтернет.

В статуті Об'єднання підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (UANIC) (організація з адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет) розмежовано поняття домену і доменного імені. А саме:

домен – це відокремлений ресурс у інформаційно-телекомунікаційній мережі (мережі передачі даних, мережі Інтернет), який є частиною загальної ієрархічної системи умовного розподілу мережі та визначає одну, або декілька цифрових адрес (IP (Internet Protocol)-addresses), наприклад, 192.0.34.65.

назва (ім'я) домену – це словниковий (складається з літер, знаку «-» цифр у визначеному порядку) вираз адреси (частини) загальної ієрархічної системи доменних назв у мережі Інтернет. За додатковим визначенням – інформаційний ідентифікатор, який є більш сприятливим для розуміння та запам'ятовування ніж цифрові сполуки адреси.

Тобто домен – це цифрова адреса веб-сайту, а доменне ім'я – це його словесний вираз, інформаційний ідентифікатор, оскільки слова легше запам'ятати, ніж цифри.

Крім того, допускається існування IDN (Internationalized Domain Names) – це доменні імена, що містять символи національних алфавітів, наприклад: незалежність.com.ua¹.

Словесне вираження доменних імен можуть містити в собі ідентичні або подібні на:

- знаки для товарів і послуг,
- окремі об'єкти авторського права,
- фірмові (комерційні) найменування, найменування юридичних осіб,
- географічні зазначення походження товару.

Одним із напрямів діяльності ВОІВ є проведення досліджень та розробка рекомендацій щодо адекватного та ефективного правового режиму доменних імен, вироблення спеціальних правил розгляду та вирішення спорів про доменні імена².

Доменне ім'я є частиною системи доменних імен та функціонально забезпечує адресацію в мережі Інтернет. У науковій літературі висловлюється позиція, що доменне ім'я є самостійним об'єктом права інтелектуальної власності як засобу індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у Всесвітній мережі Інтернет³. Вважаємо, що це спірна позиція, оскільки доменне ім'я може бути як складовою торговельної марки, іншого засобу індивідуалізації учасників цивільного обороту або може бути самостійним комерційним чи некомерційним позначенням.

З визначення домену, що наведене в Законі України «Про телекомунікації», вбачаються ознаки (вимоги) доменного імені:

- це частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, тобто використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті;

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://hostmaster.ua/idn/?faq>

² Бойко Д. В. Правова природа доменних імен Інтернет: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03. Національна юридична академія України імені Я. Мудрого. Харків, 2005.

³ Бонтлаб В.В. Цивільно-правове регулювання доменних імен: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03. Київський національний університет імені Т. Шевченка. Київ, 2006.

– наявність унікальної назви (або ж унікального імені, як вказано в Законі «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»), що її ідентифікує;

– відповідність технічним вимогам (позначення має відповідати наступним технічним вимогам: містити не менше 1 та не більше 63 символів; починатися та закінчуватися літерою або цифрою; не містити символів, відмінних від літер латинського алфавіту, цифр і дефіса; не містити одночасно дефіс в 3-й та 4-й позиціях імені)¹;

– не повинно порушувати законодавство про торговельні марки, інші засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту;

– обов'язкова реєстрація;

– обслуговується групою серверів доменних імен;

– централізоване адміністрування;

– не існує поза мережею Інтернет;

– екстериторіальний характер, зумовлений особливостями мережі Інтернет.

Вважаємо, що зміст права на доменне ім'я залежить від того, які об'єкти цивільних прав відображені у словесному вираженні доменних імен (торговельна марка, комерційне найменування, зазначення походження товару, об'єкт авторського права, ім'я фізичної особи тощо). Від характеристики такого об'єкту, а переважно це об'єкт інтелектуальної власності, визначається обсяг та зміст відповідних прав.

Водночас технічно не може бути два сайти під одним доменним ім'ям, але доменні імена можуть бути подібними. Це впливає на можливість передання права на використання доменного імені як складової торговельної марки.

Право на комерційне найменування за загальним правилом взагалі не можна передати, а відтак не можна передати і право на

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://hostmaster.ua/policy/?ua>

використання домену, який є тотожним до такого комерційного найменування.

Для належного функціонування доменних імен у світі діє Інтернет-корпорація з призначення доменних імен та номерів (ICANN). ICANN – це:

- приватна (недержавна) організація;
- некомерційна організація (не має на меті отримання прибутку);
- виконує та координує функції, пов'язані з технічним управлінням імен та адрес в Інтернеті.

Функції та обов'язки ICANN впливають на функціонування глобальної мережі Інтернет. ICANN діє на користь Інтернет-товариства загалом та для благодійних і громадських цілей. ICANN ставить за мету підвищення глобальної громадської заінтересованості у функціональній стабільності Інтернету.

Діяльність ICANN включає в себе:

- адміністрування системи кореневих серверів системи доменних імен;
- розробку правил реєстрації та розподілу доменних імен;
- координування протоколів Інтернету;
- делегування номерів протоколів Інтернету;
- визначає процедури і структуру звітності для делегування та адміністрування доменів верхнього рівня кодів країн.

Регламент ICANN передбачає створення Урядового консультативного комітету, який аналізує діяльність ICANN і дає рекомендації стосовно неї, якщо вона стосується інтересів урядів, особливо у випадку, коли можлива взаємодія між політикою ICANN і різними законами та міжнародними угодами.

Система найменування та адресації в Інтернеті є громадським ресурсом, що повинен управлятися в інтересах світового Інтернет-товариства.

Прийняття рішень ICANN повинно здійснюватися з урахуванням цілей державної політики, у тому числі, зокрема: безпеч-

ного, надійного та доступного функціонування Інтернету, у тому числі безперервного обслуговування та універсальної зв'язності; сталого розвитку Інтернету в інтересах громадського блага для урядових, приватних, освітніх та комерційних цілей у всьому світі; прозорості та недискримінаційної діяльності ICANN під час розподілу імен та адрес в Інтернеті; ефективної конкуренції на всіх відповідних рівнях діяльності й створення умов для чесної конкуренції, що принесе користь усім категоріям користувачів, у тому числі ширший вибір, нижчі ціни та кращі послуги; справедливої інформаційної діяльності, у тому числі поваги до недоторканості приватного життя й інтересів споживача та свободи самовираження.

Основною функцією ICANN є встановлення й поширення технічних стандартів і дій, що стосуються керування глобальною системою доменних імен, а також спостереження за їхнім виконанням. У цій якості ICANN адмініструє низку функцій технічного управління в Інтернеті, у тому числі: ведення правил розподілу блоків IP-адрес; адміністрування авторитетної системи кореневих серверів; створення правил для визначення обставин, за яких до кореневої системи додавалися б нові домени верхнього рівня; координування призначення інших технічних параметрів Інтернету, які є необхідними для підтримки універсальної зв'язності в Інтернеті, а також інші дії, необхідні для координування визначених функцій адміністрування системи доменних імен.

Управління доменами верхнього рівня кодів країн здійснюється за дорученням органом реєстрації громадських інтересів, у тому числі інтересів Інтернет-товариства, від імені відповідних органів державної влади, що мають контроль над кодами країни домену найвищого рівня, що є сумісними з універсальною зв'язністю Інтернету.

Адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет відбувається відповідно до Принципів делегу-

вання та адміністрування доменів верхнього рівня кодів країн¹. Менеджер домену верхнього рівня коду країни надає послуги громадського характеру від імені відповідного місцевого товариства та, як призначений менеджер, зобов'язаний обслуговувати це товариство. Призначений менеджер також є відповідальним перед глобальним Інтернет-товариством. «Глобальне Інтернет-товариство» – це не який-небудь юридичний або міжнародний суб'єкт. Це поняття об'єднує усіх, на кого впливає зараз чи впливатиме в майбутньому функціонування відповідного домену верхнього рівня. Таке функціонування може порушувати більше ніж одну юрисдикцію та стосуватися інтересів окремих осіб та суб'єктів як у межах відповідної країни чи території, так і за її межами.

Уповноважена адміністрація домену верхнього рівня коду країни є довіреною особою для делегованого домену, яка зобов'язана обслуговувати резидентів відповідної країни або території в контексті міжнародного стандарту ISO 3166-1 та глобальне Інтернет-товариство. Її функції слід відрізнити від управління, адміністрування та маркетингу домену верхнього рівня коду країни. Ці функції можуть виконуватися тим самим або різними суб'єктами.

Однак делегування безпосередньо не може здійснюватися за субконтрактом, субліцензією або іншим чином обмінюватися без згоди відповідного уряду або органу державної влади та ICANN. Уповноважена адміністрація повинна визнавати, що найвища влада державної політики стосовно відповідного домену верхнього рівня коду країни належить відповідному урядові або органі державної влади. Вона повинна співпрацювати з відповідним урядом або органом державної влади країни або території, для якої було встановлено домен верхнього рівня коду країни, у ме-

¹ Принципи делегування та адміністрування доменів верхнього рівня кодів країн, прийняті ICANN 23.02.2000. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_364

жах структури та цілей державної політики відповідного уряду або органу державної влади.

Уповноважена адміністрація та адміністративна контактна особа уповноваженої адміністрації повинні бути резидентами території чи бути зареєстрованими на ній та (або) перебувати під юрисдикцією відповідного уряду або органу державної влади. Якщо уповноважена адміністрація, адміністративна або технічна контактні особи не є резидентами території чи не є зареєстрованими на ній та (або) не перебувають під юрисдикцією відповідного уряду або органу державної влади, вони повинні працювати згідно із законами та державною політикою цього уряду або органу державної влади.

Відповідний уряд або орган державної влади зрештою представляють інтереси народу тієї країни або території, для якої було делеговано домен верхнього рівня коду країни. Тому їх функцією має бути гарантування, що адміністрування домену верхнього рівня коду країни здійснюється в громадських інтересах з урахуванням питань державної політики та відповідних нормативно-правових актів, міжнародного права та застосовуваних міжнародних конвенцій.

В Україні адміністрування адресного простору мережі Інтернет здійснює ТзОВ «Хостмайстер». Водночас існує певна конфліктна ситуація між ТзОВ «Хостмайстер» і об'єднанням підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (UANIC)¹. ТзОВ «Хостмайстер» було створено у 2001 році представниками Інтернет-провайдерів (фізичними особами, які були засновниками цих організацій). Тоді ж було затверджено Правила реєстрації домену .UA. Лише в липні 2003 року було прийнято розпорядження КМ України «Про адміністрування домену ".UA"». У жовтні 2003 року було створено об'єднання підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (UANIC). А у листопаді

¹ Детальніше: URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.uanic.net/press_relis_UANIC_23102003.html

2003 році було прийнято Закон України «Про телекомунікації», який врегулював адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет. Водночас і після цього UANIC не змогло отримати право на ведення реєстру домену .UA. Ці повноваження залишилися за ТзОВ «Хостмайстер».

На сьогодні адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет врегульовано Законом України «Про телекомунікації». Відповідно до ст. 56 Закону адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет включає комплекс організаційно-технічних заходів, необхідних для забезпечення функціонування технічних засобів підтримки адресування, у тому числі серверів доменних назв українського сегмента мережі Інтернет, реєстру домену.UA в координації з міжнародною системою адміністрування мережі Інтернет, спрямованих на систематизацію та оптимізацію використання, обліку та адміністрування доменів другого рівня, а також створення умов для використання простору доменних імен на принципах рівного доступу, захисту прав споживачів послуг Інтернет та вільної конкуренції.

Адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет здійснюється уповноваженою організацією. Воно передбачає:

- 1) створення реєстру доменних назв і адрес мережі українського сегмента мережі Інтернет;
- 2) створення реєстру доменних назв у домені.UA;
- 3) створення та підтримки автоматизованої системи реєстрації та обліку доменних назв і адрес українського сегмента мережі Інтернет;
- 4) забезпечення унікальності, формування та підтримки простору доменних назв другого рівня в домені.UA;
- 5) створення умов для використання адресного простору українського сегмента мережі Інтернет на принципах рівного до-

ступу, оптимального використання, захисту прав споживачів послуг Інтернет та вільної конкуренції;

б) представництва та захисту у відповідних міжнародних організаціях інтересів споживачів українського сегмента мережі Інтернет.

Адміністрування адресного простору мережі Інтернет у домені .UA здійснюється недержавною організацією, яка утворюється самоврядними організаціями операторів/провайдерів Інтернет та зареєстрована відповідно до міжнародних вимог.

Утворення адресного простору, розподіл і надання адрес, маршрутизація інформації між адресами здійснюються відповідно до міжнародних вимог.

Звертаємо увагу, що як вказано на сайті ТзОВ «Хостмайстер»¹, регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA не є (в розумінні українського законодавства) нормативно-правовим документом, що встановлює права та обов'язки будь-яких третіх осіб; документом, що унормовує правовідносини між будь-якими особами.

Регламент є частиною договорів, укладених тільки між Адміністратором домену .UA та реєстраторами доменних імен. Будь-які інші правовідносини, що виникають у зв'язку зі створенням, використанням тощо, доменних імен (в тому числі в домені .UA) регулюються відповідним українським та міжнародним законодавством.

Зокрема, положеннями законодавства, які регулюють правовідносини, пов'язані з телекомунікаціями та захистом персональних даних.

У зв'язку з наведеним вище, дуже спірною є позиція, висловлена в науковій літературі, щодо необхідності визнання доменного імені у домені «.UA» суспільним надбанням Українського народу, що має трансформуватись у право Уряду України брати

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://hostmaster.ua/policy/?ua>

участь у процесі управління доменними іменами шляхом активної співпраці з недержавними організаціями з управління адресним простором та видання нормативно-правових актів із цих питань¹.

Порядок реєстрації домену .UA врегульовано Правилами домену .UA². Також відповідні роз'яснення містяться на сайті ТзОВ «Хостмайстер»³. Домен верхнього рівня .UA є складовою частиною всесвітньої системи доменних імен, що її адмініструє «Інтернет корпорація з присвоєння імен та номерів» (ICANN).

Правила домену .UA (надалі – Правила) розроблені адміністратором домену .UA з дотриманням чинних правил ICANN (RFC#1591, ICP-1), з урахуванням рекомендацій ICANN, CENTR, US DoC, WIPO, а також міжнародного досвіду. На їх підставі адміністратором домену .UA надаються послуги третім особам з адміністрування та технічного супроводу домену .UA.

Правила визначають систему взаємовідносин і процедур стосовно делегування та адміністрування доменних імен в домені .UA та є невід'ємною частиною договорів, які укладаються адміністратором домену .UA. Такі договори є публічними та укладаються за приєднанням до пропонованих умов.

Домен за їх призначенням розподіляються на дві категорії:

1) публічні, тобто такі, що адмініструються в інтересах певної спільноти.

2) приватні, тобто такі, що адмініструються певною особою у своїх власних інтересах.

Домен .UA є публічним доменом.

¹ Бонтлаб В.В. Цивільно-правове регулювання доменних імен: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03. Київський національний університет імені Т. Шевченка. Київ, 2006.

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://hostmaster.ua/policy/Policy_of_.UA.html

³ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://hostmaster.ua/?faqreg3>

Доменні імена в публічному домені можуть бути делеговані як публічні або як приватні згідно з правилами публічного домену попереднього рівня та рішенням його адміністратора.

В домені .UA можуть бути делеговані публічні домени. Доменне ім'я публічного домену має обиратись у такий спосіб, щоб його компонент другого рівня (до знака ".", але не включаючи цей знак) мав розрізняльну здатність, та був представлений символами з числа літер латинського алфавіту, цифр та знака "-". Компонент другого рівня доменного імені публічного домену має бути:

- загальноживаним позначенням певного виду товарів, послуг чи явищ, або певного виду людської діяльності, або
- іншого роду загальноживаним терміном чи позначенням з числа таких, які не можуть одержати правову охорону як знаки для товарів і послуг (згідно зі ст. 6 п. 2 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг»), або
- латинською транслітерацією терміна або позначення, вказаного в п.п.2.6.1.1, 2.6.1.2 зазначених Правил, записаного українською або російською мовою.

В процесі делегування доменного імені в публічному домені беруть участь:

Реєстрант – особа, що бажає користуватися та розпоряджатися певним доменним іменем в публічному домені;

Реєстратор – суб'єкт господарювання, який надає реєстранту послуги, необхідні для технічного забезпечення делегування і функціонування доменного імені.

Адміністратор – адміністратор публічного домену, в якому відбувається делегування. Особа, що виконує функції адміністратора публічного домену, має бути суб'єктом господарювання.

Приватні доменні імена другого рівня в домені .UA делегуються виключно у разі, якщо відповідне доменне ім'я повністю, або його компонент другого рівня (до знака ".", але не включаючи

цей знак), за написанням співпадає із Знаком, права на використання якого на території України належать відповідному реєстранту.

Делегування приватного доменного імені другого рівня відбувається виключно за умови надання реєстрантом реєстратору, у правовідносинах між якими діє угода на реєстрацію доменного імені, таких документів:

– для доменного імені, яке повністю, або його компонент другого рівня (до знака ".", але не включаючи цей знак), за написанням співпадає із Знаком, який охороняється на території України відповідно до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків – засвідченої центральним органом виконавчої влади з питань правової охорони інтелектуальної власності виписки з Офіційного бюлетеня Міжнародного бюро ВОІВ, яка підтверджує факт міжнародної реєстрації Знака та факт його правової охорони на території України;

– для доменного імені, яке повністю, або його компонент другого рівня (до знака ".", але не включаючи цей знак), за написанням співпадає із Знаком, на який центральним органом виконавчої влади з питань правової охорони інтелектуальної власності видане свідоцтво України на знак для товарів та послуг – належним чином засвідченої копії такого свідоцтва;

– в разі, якщо безпосередньо реєстрант приватного доменного імені другого рівня не є власником прав на використання Знака на території України – належним чином засвідченої копії договору про передання власником Знака реєстранту доменного імені прав на використання цього Знака на території України, або ліцензійної угоди.

Строк перевірки заявки на делегування доменного імені другого рівня в домені .UA складає 14 (чотирнадцять) календарних днів.

14.2. Доменні спори

В умовах, коли практично кожен член суспільства має доступ до Інтернету, користуючись комп'ютером, телефоном, планшетом, іншим пристроєм, наявність веб-сайту стає необхідністю для кожної компанії, яка бажає представити себе в Інтернет-середовищі. У зв'язку з цим мають місце прояви недобросовісної конкуренції шляхом використання доменного імені (назва веб-сайту) наближеного до доменного імені конкурента (іншої юридичної особи). У такому разі виникає доменний спір між двома власниками подібних доменних імен у зв'язку зі змішуванням назв двох веб-сайтів для користувачів мережі Інтернет, які є потенційними клієнтами цих компаній.

Порядок вирішення доменних спорів в законодавстві України відсутній. Також немає уніфікованого правового регулювання вирішення таких спорів в країнах ЄС та у світі загалом. Це зумовлено безкордонністю Інтернету, а також тим, що адміністрування адресного простору мережі Інтернет здійснюється недержавними організаціями, які керуються власними правилами та принципами.

Доменний спір – це спір, який виникає щодо законності (добросовісності) реєстрації та використання доменного імені між власником цього доменного імені та іншою заінтересованою особою (наприклад, власником свідоцтва на знак для товарів і послуг).

У літературі вказують, що вирішення спорів, пов'язаних із доменними іменами, зазвичай потребує спеціальних знань у галузі інформаційних технологій, що і викликає найбільшу складність як в учасників спору, так і в посередників, які намагаються його врегулювати¹. Позиція є дискусійною, оскільки навіть суд (або інша особа, чи орган) при вирішенні такої категорії справ не ви-

¹ Захист імені на сайті: судова практика у сфері доменних спорів. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://kmp.ua/ua/analytics/exclusive/zahyst-imeni-na-sajti-sudova-praktyka/>

магає обов'язкового висновку експерта для підтвердження вимог або заперечень сторін. Вважаємо, що спеціальні знання у даному випадку слід розуміти по-іншому: йдеться про технічне розуміння функціонування веб-сайту та мережі Інтернет, про розмежування технічних функцій реєстранта, реєстратора та адміністратора адресного простору мережі Інтернет, про технічні можливості змінити власника веб-сайту тощо. Поверховими знаннями щодо вказаних обставин може володіти кожен, в тому числі і суддя, адвокат. Водночас правильно вникнути в технічну суть цих питань в окремих питаннях доволі складно.

Регулювання розгляду та вирішення доменних спорів характеризується тим, що в Україні немає спеціального законодавства, яке б визначало такі процедури. На перший погляд, це цілком виправдано, оскільки на рівні законодавства держави неможливо врегулювати відносини, які виникають, змінюються і припиняються у віртуальному цифровому середовищі, яке не має кордонів та є єдиним для всього світу.

Тому, варто погодитися з позицією Кудрицької Т., регулювання правовідносин у сфері доменних імен переважно знаходиться поза правовим полем суто державного характеру¹. Причинами цього є:

– наднаціональний і екстериторіальний характер Інтернету (у процесуальному аспекті дана обставина може впливати на визначення підсудності доменного спору, а також на вибір національного законодавства, яке підлягає застосуванню, і на особливості процесуальних норм конкретної держави;

– технічні особливості мережі Інтернет, а саме швидкість обміну даними, зміни інформаційного наповнення веб-сайтів тощо, що зазвичай створює проблеми з доказовою базою; при

¹ Кудрицька Т. Доменні спори в Україні: останні тенденції та перспективи застосування альтернативних способів вирішення / Т. Кудрицька. Журнал «Інтелектуальна власність України». 2012. № 10. Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.vkp.ua/ua/publications/articles/domain_disputes_in_ukraine_latest_trends_and_perspectives_of_alternative_dispute_resolution/

цьому така доказова база формується відповідно до законодавства країни, в якій розглядається спір, або в порядку, що визначений законодавством про міжнародне приватне право;

– особливий характер регулювання і навіть «саморегулювання». Особливий порядок полягає в тому, що процедура реєстрації домену визначна не законом, а правилами, що встановлює адміністратор домену.

В Україні закон забороняє використовувати чужий знак для товарів і послуг в назві домену. Зокрема, норми про це містяться в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (аб. 2 ч. 1 ст. 20 цього закону, відповідно до якої порушенням прав власника свідоцтва вважається також використання без його згоди в доменних іменах зареєстрованих знаків та позначень).

З аналізу змісту майнових прав на комерційне найменування, перелік яких містяться у ЦК України, також вбачається неможливість використання у назві веб-сайту чужого комерційного найменування. Зокрема у п. 2 ч. 1 ст. 490 ЦК України вказано, що володілець прав на комерційне найменування має право перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне найменування, в тому числі забороняти таке використання.

Ця норма повною мірою стосується і використання комерційного найменування у доменних іменах, хоча в законі доцільно передбачити більш детальне регулювання щодо можливих способів використання комерційного найменування, а також видів порушень прав на нього.

Однак вказані вище законодавчі положення є нормами матеріального права, які не визначають поняття, ознак та видів доменних спорів, порядку їх вирішення. Спеціальні процесуальні норми в Україні також відсутні.

У світовій практиці широко застосовуються правила Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена (англ. UDRP – Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy), яка

була схвалена Корпорацією з управління доменами і IP-адресами (англ. – ICANN) та почала діяти з 1 грудня 1999 року.

Відповідно до Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена доменний спір має місце, якщо відбулася:

- реєстрація або придбання домену для продажу, здачі в оренду чи іншого передання прав на домен власнику торговельної марки або його конкуренту з метою отримання прибутку;
- свідома поведінка щодо реєстрації домену, щоб запобігти (перешкодити) відображенню відповідної торговельної марки іншого володільця у такому ж або подібному доменному імені;
- реєстрація домену з метою порушити бізнес конкурента;
- реєстрація домену з комерційною метою, щоб привабити користувачів Інтернету до цього веб-сайту, створюючи ймовірність змішування із торговельною маркою конкурента.

З вказаного вище вбачається, що всі ці дії реєстранта домену спрямовані на порушення економічної конкуренції в певній сфері та на незаконну боротьбу з конкурентами, які володіють правами на певну торговельну марку.

В Україні адміністратори другого рівня теж нерідко вказують види доменних спорів, які можуть виникати між власниками веб-сайтів та іншими особами. Для прикладу, відповідно до Правил розв'язання доменних спорів в домені .LVIV.UA доменні спори, зокрема, можуть виникати у випадках:

- 1) якщо делеговане відповідачу приватне доменне ім'я або його частина є тотожним або схожим із торговельною маркою, права на який належать позивачу, настільки, що їх можна сплутати;
- 2) якщо позивач вважає, що відповідач не має права на використання доменного імені або використовує його у спосіб, який порушує права та законні інтереси позивача;

3) якщо написання або вимова доменного імені, делегованого відповідачу, являють собою слово або вираз, що порушує честь та гідність позивача або шкодить його діловій репутації;

4) якщо доменне ім'я або його частина за написанням або вимовою відтворює прізвища, імена або псевдоніми відомих в Україні осіб без їх згоди та інші¹.

З наведеного вище вбачається, що порушення прав заявника (позивача, у разі, якщо справа дійде до розгляду судом) можна доводити, покликаючись на різні підстави: порушення прав на знак для товарів і послуг, прав на комерційне найменування, порушення честі, гідності, ділової репутації, використання прізвищ відомих громадян без їх згоди тощо.

Також доменні спори можуть виникати у випадках, коли реєстрантом при реєстрації домену зазначено не справжнього власника сайту або коли в подальшому має місце так звана «крадіжка домену» – зміна контактних даних реєстранта домену, зокрема, домени були «вкрадені» у реєстрантів їхніми реєстраторами, недобросовісними співробітниками (звільненими директорами, технічними спеціалістами) чи іншими сторонніми особами. Незважаючи на те, що домен використовується певною особою, яка вважає себе власником веб-сайту, та яка сплачує за домен та хостинг, цей домен їй не належить, адже такий домен вже є потенційно «вкраденим», бо ним керує інший суб'єкт².

Також в полі «admin-с» часто зазначається інша особа, аніж та, що фактично одержала право використовувати доменне ім'я, наприклад, це може бути працівник компанії, який реєстрував доменне ім'я, хостинг-компанія тощо. У такому разі лише особа,

¹ Правила домену .LVIV.UA. Правила розв'язання доменних спорів в домені LVIV.UA. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://nic.lviv.ua/docs/lviv_ua_policy.htm#P8

² Проценко Д. Техніка безпеки на ринку DNS (системи доменних імен) в Україні, або практичні поради у разі виникнення нетехнічних проблем із доменом. Д. Проценко. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://hostmaster.ua/?safety>

на яку зареєстровано веб-сайт, має право розпоряджатися доменом¹.

Вказане вище висвітлює проблему необізнаності осіб, які замовляють розробку сайту для розвитку свого бізнесу (або для інших потреб) з подальшим його розміщенням в мережі Інтернет. Для належного функціонування веб-сайту останній повинен мати доменне ім'я, без якого неможливо знайти сайт в мережі Інтернет, та місце на хостингу.

Всі вказані дії зазвичай вчиняються комплексно особою (організацією), яка розробляє веб-сайт. Саме ця особа в подальшому пропонує хостинг та посередництво в реєстрації домену. Інколи трапляються випадки недобросовісної діяльності, результатом якої стає реєстрація домену не на замовника, а на будь-яку іншу особу.

При цьому замовник зазвичай не розуміє, що означає бути реєстрантом (власник веб-сайту), адже йому надають можливість наповнювати контент сайту, розроблений сайт функціонує. Водночас з часом можуть виникнути проблеми з доступом до сайту, особливо, якщо сайт стає успішним.

У такому разі особа, на яку зареєстровано веб-сайт, може відчужити (перереєструвати) веб-сайт конкуренту замовника. Тоді і виникає доменний спір.

Доменні спори зазвичай ініціюються для того, щоб припинити порушення прав інтелектуальної власності, переважно прав на знаки для товарів і послуг або комерційні найменування, які зазначені у назві Інтернет-сайту та скасувати реєстрацію домену. При вирішенні таких спорів застосовуються норми чинного законодавства, зокрема, положення ЦК України і Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (в частині регулювання торговельних марок і комерційних найменувань). Та-

¹ Захист імені на сайті: судова практика у сфері доменних спорів. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://kmp.ua/ua/analytics/exclusive/zahyst-imeni-na-sajti-sudova-praktyka/>

кож судами застосовуються локальні правила, що регулюють відносини між учасниками спору.

Зокрема, до них належать Правила домену .UA, Регламент реєстрації доменних імен в домені .COM.UA та інші правила, розроблені ТзОВ «Хостмайстер» (адміністратор адресного простору вищого рівня) або іншими адміністраторами доменних імен другого рівня. На сьогодні є дві позиції, що відображені у судовій практиці, щодо правової природи вказаних документів. Ці правила застосовуються або як умови договору приєднання (якщо на них є посилання в договорі між реєстрантом і реєстратором), або як звичай (якщо такого посилання в договорі немає).

Вважаємо, що обидві позиції заслуговують на увагу, однак питання правової природи вказаних правил є предметом окремої дискусії, відтак в межах цього дослідження увагу на цьому зосереджувати не будемо.

Окрім того, суди при вирішенні доменних спорів також нерідко керуються положеннями правил Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена. З його змісту випливає, що у доменному спорі заявник (скаржник) повинен довести три обставини в сукупності: спірне доменне ім'я є ідентичним чи дуже подібним (оманливо подібне) до торговельної марки заявника, на яку він має право; порушник не має права на таке доменне ім'я; домен було зареєстровано і використовується порушником недобросовісно.

Натомість відповідач повинен довести своє право або законний інтерес на використання доменного імені, зокрема: використання або підготовка до використання домену мало місце до виникнення спору, в поєднанні з добросовісним пропонування товарів і послуг; відповідач як фізична особа або юридична особа (суб'єкт бізнесу) був широко відомий під спірним доменним іменем; відповідач здійснив некомерційне та добросовісне (сумлінне) використання домену, без введення в оману споживачів (ко-

ристувачів Інтернету) і без заплямування (посягання) торговельної марки скаржника.

Звертаємо увагу на те, що реєстратор і адміністратор не є стороною доменного спору, однак ці організації зазвичай залучають до судових процесів, про що свідчить і вітчизняна судова практика.

Спір стосується порушення прав інтелектуальної власності та виникає між правоволодільцем (власником свідоцтва на знак для товарів і послуг, суб'єктом прав на комерційне найменування) і власником веб-сайту, у якому використовується домен. Позивач може вимагати зобов'язати адміністратора скасувати реєстрацію доменного імені або переделегувати доменне ім'я на позивача. Адміністратор на підставі рішення по суті спору повинен вчинити відповідні дії.

На підставі правил Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена спір може вирішуватися в досудовому порядку адміністративною комісією. Зокрема, Корпорацією з управління доменами і IP-адресами (ICANN) схвалено кілька центрів з вирішення доменних спорів. Серед них Центр з Арбітражу та Посередництва ВОІВ, Азійський центр з вирішення доменних спорів, Національний Арбітражний Форум, Чеський арбітражний суд, арбітражний центр з вирішення спорів, пов'язаних з Інтернетом.

Найбільше доменних спорів вирішується Центром з Арбітражу та Посередництва ВОІВ. За сімнадцять років діяльності Центром було вирішено понад 35 000 справ щодо близько 60 000 доменних імен¹.

Спір в порядку процедури правил Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена розглядається одним або трьома арбітрами. За загальним правилом спір розглядається одним арбітром, але за згодою сторін можуть бути призначені три арбітри

¹ Domain Name Dispute Resolution. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>

для розгляду спору. Кожна сторона обирає по одному арбітру і одного призначає Адміністративна комісія.

Відповідно до процедури Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена рішення по суті спору підлягає виконанню після спливу 10 робочих днів. Протягом саме такого строку сторона, яка програла спір, має право звернутися з позовом до суду. У разі представлення доказів подання позову, рішення адміністративної комісії не виконується, а очікується завершення судового процесу.

Процедура Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена не виключає і не забороняє будь-якого іншого порядку вирішення доменних спорів. Відтак сторони вільні у вирішенні доменного спору в судовому або позасудовому порядку.

Під час вирішення спору адміністративною комісією в порядку процедури Єдиної політики вирішення спорів про доменні імена і протягом 15 днів після прийняття рішення, а також під час розгляду справи судом або іншим арбітражем, власник домену не може передати права на цей домен і не може змінити реєстратора.

Якщо третя сторона (набувач прав на домен) письмово погодиться визнати рішення суду чи арбітражу про скасування чи переделегування домену іншій особі (скаржнику), то можливим є передання прав на доменне ім'я.

Можна змінити реєстратора під час судового чи позасудового провадження, але в такому разі вимога (позовна вимога) буде і надалі стосуватися відповідача із залученням первісного реєстратора.

Отже, доменний спір виникає між власником цього доменного імені та іншою заінтересованою особою (наприклад, власником свідоцтва на знак для товарів і послуг) щодо законності реєстрації та використання доменного імені.

В Україні немає спеціального законодавства, яке б визначало порядок вирішення доменних спорів. У світовій практиці широко застосовуються правила Єдиної політики вирішення спорів

про доменні імена (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy), що схвалена Корпорацією з управління доменами і IP-адресами (ICANN).

Доменні спори зазвичай ініціюються для того, щоб припинити порушення прав інтелектуальної власності, (переважно прав на знаки для товарів і послуг або комерційні найменування), які зазначені у назві Інтернет-сайту.

Також метою може бути скасування реєстрації домену, який порушує вказані вище права, або передання прав на нього (переделегування прав на домен). При вирішенні таких спорів застосовуються Правила домену .UA та інші правила, що розроблені ТзОВ «Хостмайстер» (адміністратор адресного простору вищого рівня) або іншими адміністраторами доменних імен другого рівня.

Ці правила застосовуються або як умови договору приєднання (якщо на них є посилання в договорі між реєстрантом і реєстратором) або як звичай (якщо такого посилання в договорі немає).

РОЗДІЛ 15. ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ

15.1. Загальна характеристика договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності

Правовою формою, що опосередковує використання творів науки, літератури, мистецтва, об'єктів промислової власності тощо є цивільно-правовий договір. Виходячи зі структури норм ЦК України такі *договори структуровані в окрему групу – договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.*

Відповідно до ст. 1107 ЦК України *розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів:*

- 1) ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності;*
- 2) ліцензійний договір;*
- 3) договір про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності;*
- 4) договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;*
- 5) інший договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.*

Таким чином, перелік договорів, що опосередковують використання та розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, є відкритим. Учасники цивільних відносин, опираючись на принцип свободи договору (ст. 6 ЦК України), можуть укласти і інший договір, що не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним його засадам.

Якщо систематизація усіх цивільних договорів у ЦК України проведена за спрямованістю правового результату як от: дого-

вори про передання майна у власність чи користування, виконання робіт, надання послуг, то зазначена група договорів виокремлена за їх об'єктом, яким є майнові права інтелектуальної власності. Очевидно, що у такий спосіб підкреслюється специфіка як самих об'єктів, так і договорів, що опосередковують їх цивільний обіг.

Як зазначено у постанові Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» використання творів та/або суміжних прав, якщо інше не встановлено законом, допускається лише на підставі передбаченого ст. 1107 ЦК України договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Така категоричність щодо правової підстави розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (лише договір, передбачений у ст. 1107 ЦК України) є невиправданою, оскільки принцип свободи договору дає широкі можливості у цьому плані. Але судову позицію очевидно слід сприймати у тому плані, що договори, перелічені у ст. 1107 ЦК України (а не будь-які інші, схожі за спрямованістю, змістом тощо), і є належною правовою підставою для встановлення, зміни та припинення інтелектуальних правовідносин.

У постанові сформульовані узагальнені рекомендації щодо укладення таких договорів:

- майнові права не зазначені в договорі як передані чи дозволені до використання, вважаються непереданими та недозволеними;

- предметом договору не можуть бути права на використання творів, які не були чинними;

- невиключні права, одержані за ліцензійним договором, можуть у подальшому передаватися іншим особам, якщо це прямо передбачено у первісному договорі;

– якщо в ліцензійному договорі на видання, опублікування чи інші відтворення твору або об'єкта суміжних прав винагорода визначається у вигляді фіксованої суми, то в договорі має бути зазначено як його істотну умову максимальний тираж твору або об'єкта суміжних прав. Примірники відтворені понад установлений тираж, є контрафактними. Будь-які пробні чи технологічні тиражі повинні входити до встановленого договором розміру тиражу.

Відповідно до норм ст. 31 Закону «Про авторське право і суміжні права» автор (чи інша особа, яка має авторське право) може передати свої майнові права будь-якій іншій особі повністю чи частково і таке передання оформляється **авторським договором**. У ст. 32 Закону «Про авторське право і суміжні права» зазначено, що використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком законодавчо встановлених випадків вільного використання творів. Передача прав на використання твору може здійснюватися на основі авторського договору про передання виключного права на використання твору або на основі авторського договору про передання невиключного права на використання твору.

За авторським договором про передання виключного права на використання твору автор (чи інша особа, яка має виключне авторське право) передає право використовувати твір певним способом і у встановлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, і надає цій особі право дозволяти або забороняти подібне використання твору іншим особам. При цьому за особою, яка передає виключне право на використання твору, залишається право на використання цього твору лише в частині прав, що не передаються.

Таке визначення договору частково співпадає з визначенням договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності у ст. 1113 ЦК України.

За авторським договором про передання невиключного права на використання твору автор (чи інша особа, яка має авторське право) передає іншій особі право використовувати твір певним способом і у встановлених межах. При цьому за особою, яка передає невиключне право, зберігається право на використання твору і на передачу невиключного права на використання твору іншим особам.

Серед видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, що наведені у ст. 1107 ЦК України, авторський договір не зазначено. Хоча перелік договорів за ст. 1107 ЦК України є невичерпним, тому авторський договір цілком може підпадати під п. 5 цієї статті, у якому і зазначено про можливість укладення інших, ніж ті, які безпосередньо зафіксовані у статті, договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Проте правові підходи ЦК України та спеціального законодавства мають бути узгоджені, щоб не виникало сумнівів щодо можливості використання того чи іншого договору.

У статті 1107 ЦК України визначено невичерпний перелік видів договорів щодо *розпорядження майновими правами інтелектуальної власності*.

Але як впливає, наприклад, з визначення ліцензійного договору, наведеного у ч. 1 ст. 1109 ЦК України, на його підставі надається дозвіл на використання *об'єкта права інтелектуальної власності*. За договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності правоволоділець передає іншій стороні повністю або частково *належні йому права*. А за договором про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності *такий об'єкт* буде лише створено.

Тобто на підставі зазначених договорів не тільки можуть виникати, змінюватися або припинятися договірні зобов'язання щодо майнових прав інтелектуальної власності, а й щодо самих об'єктів інтелектуального права.

Наприклад, визначаючи предмет договору купівлі-продажу у ст. 656 ЦК України, законодавець розмежовує товар як предмет договору купівлі-продажу та майнові права як окремий предмет цього ж договору. У окресленій групі договорів такого розмежування не відбулося, хоча воно має місце з огляду на наведені приклади.

Серед видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності зазначена ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Ліцензія як дозвіл на використання об'єкта не є договором. Відповідно до ч. 2 ст. 1108 ЦК України ліцензія може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору. Видача ліцензії користувачу майнових прав є одностороннім правочинном, на підставі якого у нього і виникають відповідні права.

Ліцензійний договір, як це впливає зі змісту ст. 1109 ЦК України, набуває характеру універсальної правової підстави користування об'єктами інтелектуального права. Зазвичай, про видачу ліцензії чи про укладення ліцензійного договору йшлося стосовно об'єктів права промислової власності (патентного права). У зазначеній статті не окреслена сфера застосування ліцензійного договору.

До групи договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності включений і договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. Саме укладення такого договору спрямоване на створення відповідного об'єкта, що вирізняє його за правовою спрямованістю результату від решти договорів. Хоча зазначений договір включений до переліку договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Особливості майнових прав інтелектуальної власності на різні об'єкти правової охорони позначаються і на специфіці укладення та виконання відповідних договорів. Якщо у сфері авторського права діє презумпція авторства та автору не потрібно

дотримуватися обов'язкових процедур щодо реєстрації своїх прав, то у сфері патентного права майнові права на відповідні об'єкти охороняються відповідно до закону тільки за умови дотримання режиму патентування. Відповідно, договори щодо розпорядження авторськими майновими правами укладаються автором без будь-якого підтвердження прав з його боку. Тоді як договори щодо розпорядження майновими правами на об'єкти патентного права можуть укладатися лише за наявності у сторони відповідних правоохоронних документів (патентів, свідоцтв тощо).

Майнові права інтелектуальної власності мають строки чинності. Відповідно майнові права автора, за загальним правилом, є чинними упродовж життя автора та сімдесят років після його смерті.

Майнові права, що посвідчуються деклараційним патентом на винахід (корисну модель) чинні упродовж строків чинності такого патенту – шість років, якщо патент не був перетворений і патентоволоділець підтримував його чинність у встановленому порядку. Строк чинності патенту на винахід складає двадцять років без права його поновлення та за умови підтримання чинності патенту. Права на товарний знак охороняються свідоцтвом зі строком чинності десять років та з правом його поновлення кожен раз на десять років.

Тому при укладенні відповідних договорів строки чинності майнових прав ураховуються обов'язково. А, відтак, *усі договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності так чи інакше є строковими*. Якщо сторони і не домовилися про строки чинності договору, то чинність договору не може перевищувати граничних строків чинності відповідних майнових прав.

При укладенні зазначених договорів слід ураховувати і оборотоздатність окремих об'єктів інтелектуальної власності.

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 490 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування пере-

даються іншій особі лише разом з цілісним майновим комплексом особи, якій ці права належать. Тому неможливе окреме передавання прав на комерційне найменування. Права інтелектуальної власності на географічне зазначення не включають повноваження щодо розпорядження ними (ст. 503 ЦК України). Більшість майнових прав інтелектуальної власності передаються вільно, без законодавчих обмежень.

Як окремий вид договору у глав 76 ЦК України закріплюється договір комерційної концесії, який опосередковує передавання комплексу прав, до складу якого входять: право на використання об'єкта права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації (ст. ст. 1115, 1116 ЦК України).

Правозастосовчій практиці відомий договір про передавання «ноу-хау». Такий договір безпосередньо не передбачений чинним законодавством. Ноу-хау – специфічний об'єкт інтелектуальної власності. Ураховуючи таку специфіку, договір про його передавання є не тільки правовою формою самого передавання та використання, а й єдиним регулятором відносин його сторін.

Укладення та виконання такого договору відбувається з урахуванням загальних положень та засад договірного права. Ураховуючи, що йдеться про «секрет виробництва», сторони договору самі визначають межі, способи використання, умови про конфіденційність та правові наслідки їх недотримання. Якщо щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності можливо укласти договори на підставі типових, то щодо розпорядження ноу-хау будь-які типові форми виключені.

Договір про передавання ноу-хау має певну схожість з ліцензійним договором. Але істотна відмінність полягає у тому, що на підставі ліцензійних договорів передаються права на запатентовані об'єкти, тоді як ноу-хау об'єктивно не може бути запатенто-

ване. Адже це секрет виробництва, який був би розкритий у результаті його патентування.

Договір управління майновими правами автора або інших суб'єктів авторського права безпосередньо не відноситься до групи договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Це специфічний договір, на підставі якого організації колективного управління майновими правами суб'єктів авторського та (або) суміжних прав представляють їх інтереси у судах, інших державних, муніципальних органах, укладають договори на користування такими правами з користувачами, збирають, розподіляють та виплачують суми авторських винагород. Цей договір не підпадає під ознаки договору управління майном та не співвідноситься з ним як загальне і окреме.

Договір управління майновими правами інтелектуальної власності є окремим різновидом договору з огляду на: його суб'єктний склад; специфіку об'єктів управління, якими є майнові права інтелектуальної власності; специфіку представництва інтересів суб'єктів авторського та (або) суміжних прав – тільки щодо використання творів; дії організації колективного управління від імені таких суб'єктів, а не від власного імені; відсутність в організації мети отримання прибутку (відповідно до прямої законодавчої вказівки організації колективного управління створюються як некомерційні суб'єкти).

Не варто упускати з поля зору, умовно кажучи, «внутрішні» договори, що опосередковують створення, використання та розпорядження як об'єктів інтелектуальної власності, так і прав на них та виконують допоміжні функції. Це, зокрема:

*** договір між працівником та роботодавцем про створення службового твору, розподіл майнових прав інтелектуальної власності**, умови виплати винагороди та урегулювання інших відносин у разі створенням об'єкта інтелектуальної власності у зв'язку з виконанням трудового договору. Такі відносини можуть урегулюватися і трудовим договором (конт-

рактом), а можуть бути предметом самостійного цивільно-правового договору між працівником та роботодавцем. Зазначений договір у силу специфіки суб'єктного складу, його змісту, не «вписується» у жодну групу цивільних договорів;

* *договір між співавторами творів*, умовами якого визначаються взаємовідносини між співавторами різних творів, порядок, умови, способи використання творів, створених у співавторстві. Відносини між співавторами законодавчо не урегульовані. Усі відносини між ними можуть бути урегульовані договором. Такий підхід якраз і сприяє більш повному урахуванню інтересів усіх зацікавлених сторін. Тому договір між співавторами є єдиним регулятором їх відносин. Аналогічно як і попередній договір його не можна віднести до якоїсь конкретної групи цивільних договорів;

* *договір про створення аудіовізуального твору*, який укладається між режисером-постановником, автором сценарію і (або) текстів, діалогів, автором спеціально створеного для аудіовізуального твору музичного твору з текстом або без нього, художником-постановником, оператором-постановником. Усі зазначені особи є авторами аудіовізуального твору відповідно до ст. 17 Закону «Про авторське право і суміжні права». Як і у випадку створення твору у співавторстві, у разі створення аудіовізуального твору єдиним регулятором відносин сторін є договір між ними, хоча про співавторство на аудіовізуальний твір не йдеться. На законодавчому рівні охороняються авторські права кожного на такий твір. Умовно кажучи «внутрішні» відносини між творцями аудіовізуального фільму щодо його створення визначаються лише договором;

* *договір між упорядником збірника, антології, енциклопедії та інших складених творів і авторами творів, які планується включити до таких збірників*. Можливість укладення такого договору передбачена у ст. 19 Закону «Про авторське пра-

во і суміжні права», у якій зазначено, що такий договір є авторським.

За своєю правовою природою це цивільні договори, які укладаються та виконуються з урахуванням положень договірного права України. Такі договори можливо охарактеризувати як організаційні, укладення та виконання яких спрямоване на організацію створення об'єкта інтелектуальної власності, розподілу майнових прав, визначення умов використання такого об'єкта тощо.

Майнові права інтелектуальної власності можуть бути предметом договору застави (ч. 3 ст. 424 ЦК України, Закон України «Про заставу»). У такому разі до відносин сторін, окрім законодавства у сфері інтелектуальної власності, застосовується заставне законодавство.

Майнові права можуть бути внеском до статутного капіталу юридичних осіб та передаватися у статутний капітал на підставі відповідного договору.

Таким чином, у групі договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (хоч назва звужує функціональне значення окреслених договорів), можливо виділити:

за спрямованістю правового результату:

– договори, спрямовані на створення за замовленням та використання об'єкта інтелектуального права (договір з аналогічною назвою – ст. 1112 ЦК України);

– договори щодо використання об'єкта інтелектуального права (ліцензійний договір – ст. 1109 ЦК України);

– договори щодо використання майнових прав інтелектуальної власності (ліцензійний договір на використання майнових прав інтелектуальної власності, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності – ст. 1113 ЦК України);

– договори управління майновими правами інтелектуальної власності;

– організаційні договори, спрямовані на створення об'єкта інтелектуальної власності, розподіл майнових прав інтелектуальної власності, використання створеного твору тощо (договір про створення службового твору, договір між співавторами, договір між авторами про створення аудіовізуального твору).

за функціональним призначенням договору у механізмі використання об'єктів інтелектуальної власності та прав на них:

– основні договори, на підставі яких відбувається передання у використання об'єкта інтелектуального права або відповідних майнових прав (ліцензійний договір, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності тощо);

– допоміжні, що урегульовують відносини, які передують створенню відповідного об'єкта або доповнюють основні (договори про створення службових творів, договори між співавторами творів);

за закріпленістю (визначеністю, урегульованістю) у законодавстві:

– поіменовані договори (ліцензійний договір, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності тощо)

– непоіменовані договори (договір про передання «ноу-хау», договір управління майновими правами інтелектуальної власності, договір застави майнових прав інтелектуальної власності).

До договорів, що визначені у ст. 1107 ЦК України застосовуються загальні положення договірної права з урахуванням особливостей правового регулювання, викладених у главах 75 ЦК України. Усі зазначені договори укладаються вільно. Конкурсні передумови укладення договору не передбачені, але не виключені при певних умовах.

У ст. 1111 ЦК України передбачена можливість укладення ліцензійного договору на підставі типового. Пропозиції зразків

укладення договору, що пропонуються у правозастосовній діяльності як типові, насправді не є типовими. Адже відповідно до ст. 630 ЦК України типові умови договорів певного виду оприлюднюються у встановленому порядку. Тобто, типовий договір – це такий, що затверджений відповідним рішенням компетентного органу, оприлюднений та є обов'язковим для застосування. На сьогодні типовий ліцензійний договір як такий не затверджений.

На підставі загальної вказівки норми ч. 2 ст. 1107 ЦК України договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладається у письмовій формі, недодержання якої має наслідком нікчемність договору. У випадках, установлених законом, договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності може укладатися усно. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 33 Закону «Про авторське право і суміжні права» в усній формі може укладатися договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо).

У ст. 1114 ЦК України зазначено, що ліцензія та відповідні договори не підлягають обов'язковій державній реєстрації. Державна реєстрація може здійснюватися на вимогу ліцензіара або ліцензіата. Відсутність державної реєстрації не впливає на чинність прав, переданих за ліцензією чи договором. Зокрема, порядок проведення державної реєстрації авторського права і договорів, що стосуються прав автора на твір визначений постановою КМ України від 27 грудня 2001 року¹.

Заявку про державну реєстрацію авторського права або договору, який стосується права автора на твір, подає суб'єкт авторського права або його довірена особа до Державної служби інтелектуальної власності. Така заявка обов'язково повинна містити:

¹ Порядок державної реєстрації авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір: затверджено постановою КМ України від 27.12.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 52. Ст. 2369.

власне заяву за встановленою формою, викладену українською мовою;

примірник твору у матеріальній формі;

документ, що свідчить про факт і дату оприлюднення твору;

примірник авторського договору, що засвідчує передання майнового права або передання права на використання твору;

документ про сплату відповідних зборів

та інші документи, залежно від того, хто звертається про реєстрацію (довіреність – для повірених, документи про успадкування – для спадкоємців тощо).

Розгляд поданої відповідно до встановлених вимог заявки і прийняття рішення про реєстрацію авторського права або договору здійснюється протягом місяця від дати їх надходження. На підставі рішення про реєстрацію договору, який стосується права автора на твір, відомості про його реєстрацію заносяться до Державного реєстру договорів. Після здійснення реєстрації Державна служба публікує у своєму офіційному бюлетені визначені відомості про реєстрацію договору. У місячний строк від дати реєстрації договору Державна служба видає рішення про проведену реєстрацію.

Аналогічні процедури визначені щодо договорів, за якими передаються права на винаходи та корисні моделі у Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу прав власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі)¹. Відповідно до зазначеного нормативного акта передбачено, що права на винахід можуть передаватися на підставі договору про передання права власності на винахід (корисну модель); на підставі ліцензійного договору на використання винаходу. Також на

¹ Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу прав власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі): затверджено наказом МОН 16.07.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 31. Ст. 1438.

підставі ліцензійного договору може видаватися ліцензія на використання винаходу.

Про аналогічне йдеться і у відповідних Інструкціях, що регламентують внесення до реєстрів відомостей про передання прав на промисловий зразок та на знак для товарів і послуг. Положення Інструкцій не узгоджуються з ЦК України. Адже у ЦК України не виокремлено договору про передання права власності на винахід (корисну) модель. Навряд чи такий договір може бути взагалі укладений. Адже на винахід (корисну модель), промисловий зразок, знак для товарів та послуг не виникає права власності як права речового. Це об'єкти інтелектуального права. Відповідно, якщо у суб'єкта не має права власності, то він і не може передати його за договором іншій особі. Очевидно має йтися про різні види ліцензійних договорів чи ліцензій, виданих на їх підставі, залежно від обсягу прав, що передаються.

Дії, пов'язані з поданням до Державної служби відомостей про передання прав на винахід (корисну модель), можуть здійснювати як сторона договору (сторона, що видала ліцензію), так і її представник на підставі довіреності чи патентний повірений.

Для публікації в офіційному бюлетені «Промислова власність» та внесення до реєстру відомостей про передання прав на винахід (корисну модель) подаються:

- заява про публікацію та внесення до реєстру відомостей;
- договір або його нотаріально посвідчена копія;
- документ про сплату збору за опублікування;
- інші документи (довіреність на ім'я представника, патентного повіреного).

Подані документи розглядаються протягом двох місяців від дати їх надходження та вчиняється відповідна публікація.

Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу прав власності на промисловий

зразок та видачу ліцензії на використання промислового зразка¹ передбачає як передання прав на промисловий зразок на підставі договору, так і видачу ліцензії та передання прав на підставі ліцензійного договору. Як і у попередній Інструкції усі процедури, порядок подання та перелік документів, строки розгляду аналогічні. Такий же порядок встановлений у разі передання прав на знаки для товарів та послуг².

Порядок реєстрації договорів про передання майнового права на сорт і договору про передання права на використання сорту визначені відповідною Інструкцією³. Договір про передання майнового права на сорт або договір про передання права на використання сорту приймаються до реєстрації у Державній службі з охорони прав на сорти рослин за умови державної реєстрації прав на сорт і внесення відповідних відомостей про нього до Реєстру патентів.

Для реєстрації договору подається заява, оригінал договору або його нотаріально засвідчена копія, документ про сплату відповідних зборів та інші визначені документи. Реєстрація договору здійснюється протягом одного місяця від дати надходження усіх необхідних документів. Відомості про зареєстрований договір вносяться до Реєстру патентів з публікацією відомостей про це у Бюлетені. Про проведену реєстрацію заявнику видається Рішення за встановленою формою.

Договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності мають певну схожість з договорами купівлі-продажу майнових прав. Відповідно до ст. 656 ЦК Укра-

¹ Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу прав власності на промисловий зразок та видачу ліцензії на використання промислового зразка: затверджено наказом МОН України 03.08.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 34. Ст. 1613.

² Інструкція про порядок подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг: затверджено наказом МОН України 03.08.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 34. Ст. 1615.

³ Інструкція про реєстрацію договору про передачу майнового права на сорт і договору про передачу права на використання сорту: затверджено наказом Міністерства аграрної політики України 21.07.2003. Офіційний вісник України. 2003. № 33. Ст. 1807.

їни предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права. У ст. 190 ЦК України вказано, що майнові права є неспоживною річчю. Майнові права визнаються речовими правами. Редакція цієї норми стала предметом наукової критики, але залишається і досі незмінною. Адже майнові права є самостійним правовим поняттям, окремою категорією, окремим об'єктом. Тому неправильно визначати майнові права через інше поняття – майно, яке має власні, притаманні йому характеристики. Майнові права не можуть зводитися і виключно до прав речових, як про це зазначено у ст. 190 ЦК України. Адже майнові права ще з часів римського приватного права поділялися на права речові та зобов'язальні.

До договорів купівлі-продажу майнових прав застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не випливає зі змісту або характеру цих прав. Договір купівлі-продажу передбачає передання продавцем товару у власність покупця. Майнове право не можна передати у власність. Але у разі купівлі-продажу майнового права йдеться про його припинення у сторони, що передає таке право (продавця) і набуття його іншою стороною (покупцем).

Щодо майнових прав інтелектуальної власності, то за своїм змістом вони відмінні від речових та зобов'язальних прав, що можуть передаватися на підставі договору купівлі-продажу. Тому такі права передаються на підставі окремих договорів – договорів з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Правила ст. 656 ЦК України в частині, що стосується майнових прав, не застосовуються у разі передання майнових прав інтелектуальної власності.

У разі передання прав на об'єкти інтелектуального права за ліцензійними договорами (права користування) виникає зовнішня подібність з договорами майнового найму. Відповідно до ст. 759 ЦК України за договором найму (оренди) наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користу-

вання за плату на певний строк. У ч. 2 ст. 760 ЦК України зазначено, що предметом договору найму можуть бути майнові права.

Як і за договорами майнового найму, так і за ліцензійними договорами майнові права передаються у користування. У сфері інтелектуальної власності майнові права на об'єкт інтелектуальної власності законодавчо визначені, тоді як за договорами майнового найму можуть передаватися будь-які майнові права, окрім тих, які за своєю суттю не можуть передаватися. Як було зазначено, за своїм змістом майнові права інтелектуальної власності є відмінними від майнових прав загалом. Тому користування майновими правами інтелектуальної власності є відмінним за своїм змістом від користування майновими правами за договорами майнового найму.

Договори майнового найму та ліцензійні договори є строковими. В обох випадках умова про строк є договірною, що встановлюється на розсуд сторін. За договорами майнового найму, у разі, якщо сторони не визначили строку найму, то договір вважається укладеним на невизначений строк. Тоді як строк чинності ліцензійного договору у будь-якому разі обмежується строками чинності правоохоронних документів (свідоцтв, патентів) чи строками чинності майнових авторських прав.

Обсяг користування визначається умовами договору найму та виключає, як правило, одночасне користування річчю (майновим правом), що передається за договором, наймодавця та наймача. За ліцензійними договорами обсяг користування майновими правами залежить від виду ліцензії, що видається на підставі ліцензійного договору. Причому одними і тими ж майновими правами одночасно можуть користуватися різні користувачі на підставі різних ліцензійних договорів, включаючи і самого праволодільця.

Важливою умовою ліцензійних договорів є умова про територію, у межах якої здійснюється користування майновими правами інтелектуальної власності. У разі відсутності у ліцензійному

договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України. Для договорів майнового найму умова про територію використання юридично байдужа.

Законодавчо передбачена можливість укладення договорів піднайму (суборенди) та субліцензійних договорів. В обох випадках можливість укладення субдоговорів має визначатися умовами основного договору та здійснюється виключно зі згоди наймодавця та, відповідно, ліцензіара.

Договори майнового найму поділяються на види залежно від виду майна, що передається у користування: найм будівлі, споруди; найм транспортного засобу; найм (оренда) житла. Поділ ліцензійних договорів на види, залежно від виду прав, що передаються, не здійснюється.

Отже, договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності складають самостійну групу цивільних договорів з притаманними їм особливостями. За відсутності спеціальних законодавчих застережень, до цих договорів застосовуються загальні положення договірної права у частині укладення, виконання, припинення та застосування відповідних правових наслідків.

15.2. 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 цього кодексу та іншого закону.

З огляду на правові підходи у ЦК України ліцензійний договір набув значення універсального договору, який може слугувати правовою підставою використання будь-якого об'єкта інтелек-

туального права. До прийняття ЦК України, відповідно до спеціального законодавства (яке у цій частині не змінилося у зв'язку з прийняттям кодексу) ліцензійний договір розглядався як такий, що опосередковував розпорядження майновими правами у сфері промислової власності.

У сфері ж авторського права застосовуються авторські договори: видавничий, постановочний, сценарний тощо. Ці підходи і надалі збережені у спеціальному законодавстві, що створює певні труднощі для системного розуміння сутності договірних зобов'язань у сфері інтелектуальної власності. Ідеальний варіант – узгодження правових підходів шляхом внесення відповідних уточнень до нормативних актів.

Ліцензійний договір, судячи з його визначення у ч. 1 ст. 109 ЦК України, моделюється як договір реальний – одна сторона *надає* іншій стороні дозвіл (ліцензію) на використання об'єкта інтелектуального права.

Тобто, договір мав би вважатися укладеним з моменту досягнення домовленості сторін з усіх його істотних умов та видачі дозволу (ліцензії) на використання відповідним об'єктом. Але сама ліцензія може бути оформлена як окремий документ або бути складовою ліцензійного договору. У ліцензійному договорі, відповідно до ч. 3 ст. 1109 ЦК України, визначаються усі умови, які сторони вважають доцільним включити у договір. З факту досягнення відповідних домовленостей виникають взаємні зобов'язання для сторін договору. Реальна конструкція договору не знаходить свого підкріплення в інших правових нормах. Тому немає підстав, опираючись лише на дефініцію договору, стверджувати про його реальний характер. Таким чином, *ліцензійний договір є консенсуальним*.

Укладений договір породжує взаємні права та обов'язки для його сторін, тому це договір – *взаємнозобов'язуючий*.

У ліцензіата (сторони, яка отримує ліцензію на використання певного об'єкта) виникає обов'язок використовувати цей

об'єкт відповідно до погоджених у договорі умов та виду ліцензії на користування об'єктом, якому кореспондує право ліцензіара вимагати дотримання відповідних умов користування. Ліцензіат має право вимагати забезпечення нормального використання погодженого об'єкта з кореспондуючим йому обов'язком ліцензіара тощо.

У законодавчій дефініції договору нічого не зазначено про фінансову еквівалентність надання дозволу на використання. Але презумпція відплатності договору (ч. 5 ст. 626 ЦК України) не спростована, а у ч. 3 ст. 1109 ЦК України йдеться про те, що у ліцензійному договорі визначаються розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності. Тому *ліцензійний договір є відплатним*, але така характеристика не виключає можливості його сторін домовитися про безвідплатне використання об'єкта.

Ліцензійний договір завжди *носить строковий характер*. Строк є договірною умовою (ст. 1110 ЦК України). Оскільки за ліцензійним договором передаються майнові права інтелектуальної власності, які мають часові межі чинності, встановлені законом (для майнових авторських прав чи визначені патентами, свідоцтвами), то у будь-якому разі строк договору не може перевищувати граничних строків чинності цих прав.

Сторонами ліцензійного договору, як слідує з його визначення, *є ліцензіар та ліцензіат*, хоча якісь особливі умови щодо них у ЦК України не встановлено.

Ліцензіар – це особа, яка надає дозвіл (ліцензію) на використання об'єкта інтелектуального права. Тому ліцензіар – це фізична або юридична особа, яким належать виключні права дозволяти використання відповідного об'єкта. Такою особою не завжди є творець об'єкта. Окрім автора, ліцензіарами можуть бути: правонаступники, роботодавець, якщо йому належать майнові права, інші особи, які на законних підставах набули виключних прав на розпорядження відповідним об'єктом.

Такі права можуть належати кільком особам спільно. У такому разі слід ураховувати правила ст. 428 ЦК України. Права інтелектуальної власності, які належить кільком особам спільно, можуть здійснюватися за договором між ними. У разі відсутності такого договору, такі права здійснюються спільно. Тобто, у разі укладення ліцензійного договору та видачі ліцензії на використання об'єкта, права на який належать спільно кільком особам, усі вони повинні виявити спільну волю щодо укладення договору та видачі ліцензії на його підставі. Відповідно, у такому разі сторона ліцензіара буде представлена множинністю осіб, які є однією стороною договору.

Ліцензіар може укласти декілька договорів щодо одного і того ж об'єкта інтелектуального права на різних умовах. Законом не передбачено необхідності одержання згоди ліцензіата за раніше укладеними ліцензійними договорами на передання виключних майнових прав інтелектуальної власності іншій особі. В силу ч. 2 ст. 1113 ЦК України перехід виключного майнового права інтелектуальної власності до іншої особи не є підставою для зміни або розірвання раніше укладеного ліцензійного договору.

Ліцензіар як сторона договору має відповідати загальним правовим вимогам щодо суб'єктного складу договору. Статус особи як суб'єкта підприємництва, його громадянство, інші соціальні характеристики не мають правового значення.

Ліцензіат – фізична чи юридична особа, яка на підставі договору отримує дозвіл на використання об'єкта інтелектуально права у визначених межах та на певний строк. Ця сторона договору може бути представлена як однією, так і більшою кількістю осіб. Ліцензіат має відповідати загальним правовим вимогам щодо суб'єктного складу договору. Жодних спеціальних вимог щодо нього не встановлено.

Сторони можуть діяти як особисто, так і через представника. Представником може бути особа відповідно до правил глави 17 ЦК України – *Представництво*. Представник діє на підставі

довіреності, у якій чітко визначаються обсяг його повноважень. Як ліцензіар, так і ліцензіат можуть діяти через патентного повіреного.

Представник може представляти інтереси кількох осіб (наприклад, співавторів на стороні ліцензіара). Але представник лише представляє інтереси сторін при укладенні договору, не набуваючи для себе жодних прав чи обов'язків з нього. Усі права та обов'язки з договору виникають, змінюються та припиняються для його сторін – ліцензіара та ліцензіата.

Укладення та форма ліцензійного договору. Ні у ЦК України, ні у спеціальних актах не встановлені особливі правила щодо укладення ліцензійного договору. Тому цей договір укладається відповідно до загальних правил укладення цивільних договорів – глава 53 ЦК України. Тобто, ліцензійний договір може укладатися вільно шляхом досягнення взаємних домовленостей через усні переговори, з використанням електронних засобів тощо.

Не виключено укладення ліцензійних договорів на конкурсних засадах у випадках, передбачених чинним законодавством (наприклад, у сфері державних закупівель). Якщо за договором передбачається передання секретного винаходу чи корисної моделі, то відповідно до ч. 7 ст. 28 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» слід одержати погодження із Державним експертом.

Статтею 1111 ЦК України передбачено типовий ліцензійний договір. Відповідно до ст. 630 кодексу – типові умови договору – визначено: договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. А у ст. 1111 кодексу якраз і йдеться про право уповноважених відомств та творчих спілок затверджувати типові ліцензійні договори.

Прийняті, затверджені у встановленому порядку та оприлюднені типові договори мають силу підзаконного нормативного акту. Укладення договорів на підставі типових певною мірою поле-

гшує становище його сторонам. Але сторони вільні укласти договір на власний розсуд та передбачати у ньому власні положення, що набирають обов'язкової сили саме для них.

У ч. 2 ст. 1111 ЦК України зазначено, що ліцензійний договір може містити умови, не передбачені типовим ліцензійним договором, що повністю узгоджується з принципом свободи договору. Але умови ліцензійного договору, укладеного з творцем об'єкта інтелектуальної власності, що погіршують його становище порівняно із становищем, передбаченим законом або типовим договором, є нікчемними і замінюються умовами, встановленими типовим договором або законом.

Для укладення договору сторони мають погодити його умови. Насамперед, про предмет договору. Варто зауважити, що об'єкти інтелектуально права, які передаються на підставі ліцензійного договору складають його об'єкт. Предметом же ліцензійного договору є дії сторін, спрямовані на встановлення, зміну чи припинення їх прав та обов'язків. Саме про це і досягаються домовленості сторін.

Не вдаючись до аналізу наукової дискусії щодо розуміння предмету договору, відзначимо, що у цивілістичній літературі висловлені різні точки зору щодо розуміння предмету договору, які можна звести до таких основних позицій: предметом договору є річ (права), що передаються на його підставі у власність, користування тощо; предметом договору є відповідні дії сторін, спрямовані на передання, виконання тощо; предмет договору носить складний характер, оскільки охоплює як сам матеріальний об'єкт, так і дії сторін, спрямовані на його передання. Дискусія актуальна як з теоретичної, так і з практичної точки зору. Кожна позиція має свої належні аргументи.

Практика укладення договорів засвідчує, що сторони досягають домовленості з усіх умов, що є істотними на думку хоча б однієї сторони. Якщо якась «деталь» не погоджена, а сторона наполягає на її включення до договору, то без досягнення домовле-

ності щодо неї, договір не можна вважати укладеним. Тому усі умови є істотними.

Якщо ж зводити розуміння предмета договору виключно до майна (речі), права, роботи, послуги, що передаються, виконуються тощо, то такий підхід спрощує договірну практику, залишаючи поза увагою важливі практичні питання.

Якщо сторони досягнули домовленості щодо предмета у такому розумінні, то чи можна вважати договір укладеним, якщо відсутні домовленості щодо дій сторін з його передання, виконання тощо. З огляду на зазначене та з урахуванням договірної практики доцільно ширше дивитися на предмет договору – як взаємні дії сторін, спрямовані на передання відповідного об'єкта (речі, права тощо). Саме щодо них досягаються домовленості відповідно до яких сторони і приступають до виконання договору.

У ч. 3 ст. 1109 ЦК України визначені **умови, що мають бути погоджені сторонами у ліцензійному договорі**. Отже, у ліцензійному договорі визначаються: вид ліцензії, сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права тощо), розмір, порядок та строки виплати плати за використання об'єкта. Сторони вправі включити будь-які інші умови на власний розсуд за взаємною домовленістю.

Оскільки на підставі ліцензійного договору може бути видано ліцензію, то саме у ній окреслюються сфера використання об'єкта, способи його використання, строк та інші умови. Відповідно до ст. 1110 ЦК України ліцензійний договір укладається на строк, встановлений за домовленістю сторін. Уже відзначено, що договір завжди носить строковий характер. Навіть у тому разі, якщо сторони не зазначили у договорі конкретний строк його чинності, то граничним строком буде період, не пізніше спливу чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт інтелектуальної власності.

У ч. 3 ст. 1110 ЦК України встановлено: у разі відсутності у 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. Тобто, якщо строк чинності виключного майнового права закінчується, наприклад, через десять років, а у договорі строк його чинності не встановлений, то договір буде вважатися укладеним на п'ять років.

Якщо за шість місяців до спливу зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить письмово другу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений час. У цьому випадку кожна із сторін може у будь-який час відмовитися від договору, письмово повідомивши про це другу сторону за шість місяців до розірвання договору, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін.

У п. 5.2. постанови Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» зазначено: з огляду на положення ч. 1 ст. 1110 ЦК України ліцензійний договір, що містить умову про строк його дії, який перевищує строк чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, вважається укладеним на строк, що дорівнює строковій дії відповідного майнового права.

Зі строками договору пов'язаний і ще один правовий наслідок, який встановлений нормою ч. 2 ст. 1110 ЦК України: ліцензіар може відмовитися від ліцензійного договору у разі порушення ліцензіатом встановленого договором терміну початку використання об'єкта права інтелектуальної власності. Причому причини з яких сталося таке порушення не мають правового значення.

Наприклад, якщо ліцензіат, отримавши ліцензію на винахід, мав приступити до його впровадження 15 березня 2017 року, але з певних причин (виробничі причини, невиконання контрагентами відповідних договорів на постачання обладнання, фінансова криза, інші суб'єктивні чи об'єктивні чинники) не зміг розпочати відповідних дій, ліцензіар може відмовитися від договору. Відмова від договору має наслідком скасування відповідної ліцензії та припинення використання об'єкта інтелектуальної власності.

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

Опираючись на принцип свободи договору, сторони вправі урегулювати ці питання. Наприклад, визначити, що у разі порушення ліцензіатом терміну початку використання об'єкта з незалежних від нього причин, ліцензіар не матиме права на відмову; реалізація ліцензіаром права на відмову може бути обумовлена певними строками попереднього інформування про неї з тим, щоб ліцензіат міг зреагувати на ситуацію тощо.

Відповідно до ч. 5 ст. 1109 ЦК України предметом (точніше об'єктом) ліцензійного договору не можуть бути права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, які на момент укладення договору не були чинними. Права на використання об'єкта та способи його використання, які не визначені у ліцензійному договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату.

У разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання погодженого об'єкта, дія ліцензії поширюється на територію України.

Ліцензійний договір може укладатися як на відплатних, так і безвідплатних засадах. Якщо сторони домовилися про надання ліцензії на підставі ліцензійного договору за плату, то важливо у договорі визначити порядок, форми та строки виплати ліцензійних платежів. Сторони абсолютно вільні у формулюванні таких умов.

Відповідно до ч. 8 ст. 1109 ЦК України, якщо у ліцензійному договорі про видання або інше відтворення твору винагорода визначається у вигляді фіксованої грошової суми, то в договорі має бути встановлений максимальний тираж твору. У постанові Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» зазначено (п. 5.3.): якщо ліцензійним договором передбачено оплатне використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензіарові не може бути відмовлено у вимозі про стягнення плати з мотивів невикористання ліцензіатом відповідного об'єкта (якщо договір є чинним).

У разі коли сторони ліцензійного договору погодили розмір зазначеної плати у формі відрахувань від доходу, сума плати може визначатися, виходячи з ціни, яка за порівнювальних обставин звичайно стягується за правомірне використання об'єкта інтелектуальної власності.

У визначенні ціни ліцензії може застосовуватися дохідний підхід до оцінки майнових прав інтелектуальної власності, який відповідно до п. 9 Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»¹, ґрунтується на застосуванні оціночних процедур переведення очікуваних доходів у вартість об'єкта оцінки.

Окремі ліцензійні договори залежно від виду об'єкта інтелектуального права щодо якого вони укладаються, можуть мати пе-

¹ Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»: затверджено постановою КМ України від 03.10.2007. Офіційний вісник України. 2007. № 75. Ст. 2792.

вні особливості. Зокрема, як зазначено у постанові Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» ліцензійний договір про надання дозволу на використання твору та/або об'єктів суміжних прав вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов (строку дії договору, способу використання твору, території, на яку поширюється право, що надається, інших умов, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинно бути досягнуто згоди).

Умову договору щодо зобов'язання фактично використовувати твір може бути включено до договору в разі, якщо сторони визнають її істотною. Тільки у цьому випадку колишній *правовласник* (термінологія Постанови не точна, оскільки не може бути права власності на право) може вимагати від користувача фактичного використання твору. Відсутність у договорі вказівки на конкретний твір, право на який передається за цим договором, означає, що сторонами в такому разі не визначено предмет договору, і, отже, він є неукладеним (п. п. 30.1, 30.2).

Наприклад, відповідно до ч. 8 ст. 16 Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» ліцензійний договір повинен містити умову про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва і що останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови.

На перший погляд такий правовий підхід має на меті захист інтересів споживачів. Але практична реалізація такої норми видається неможливою. У який спосіб власник свідоцтва (ліцензіар) може контролювати якість товарів і послуг, що виробляються, надаються ліцензіатом. Навіть, якщо він в змозі здійснювати такий контроль, то які засоби впливу може застосувати, якщо ліцензіат порушує вимогу щодо якості. Застосування будь-яких санкцій за такі порушення можливе лише зі сторони компетентних державних органів, а не сторони договору. Самі підстави та санк-

ції за порушення не ґрунтуються на ліцензійному договорі. Тому зазначена норма не «працює».

У ліцензійному договорі, за яким передаються права на знак для товарів і послуг, обов'язково зазначаються перелік товарів і послуг із зазначенням класів МКТП (Міжнародна класифікація товарів і послуг для реєстрації знаків), для яких передається право на використання знака (міжнародного знака) (п. 2.3.2. Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг¹.

Інструкцією про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі)² передбачено, що у ліцензійному договорі повинні бути вказані: сторони ліцензійного договору; предмет ліцензійного договору; номер патенту; назва винаходу (корисної моделі); обсяг прав, що передаються; вид ліцензії; строк дії ліцензійного договору; територія його дії; місце знаходження (місце проживання) сторін.

Договір або витяг з нього подаються до Державної служби українською мовою. Якщо ж він викладений іншою мовою, то до нього додається переклад на українську мову, засвідчений нотаріально або уповноваженою особою компетентного органу. Договір підписується сторонами, що його укладають. Від імені юридичної особи договір підписується особою, яка має на це повно-

¹ У цьому та інших документах, що наводяться у тексті, вживається застосовувана у них термінологія, що суперечить як нормам ЦК України, так і концептуальним засадам інтелектуального права. Адже на згадувані у цих підзаконних актах об'єкти не виникає речового права власності. Відповідно не може йтися про передання права власності на них. Йдеться про об'єкти інтелектуального права з виникненням та переданням відповідних прав на них.

² Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі): затверджено наказом МОН України від 16.07.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 31. Ст. 1438.

важення. Підпис має складатися з повного найменування посади особи, особистого підпису, ініціалів, прізвища, дати і скріплюється печаткою.

Аналогічні підходи закріплені Інструкцією про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на промисловий зразок та видачу ліцензії на використання промислового зразка¹, Інструкцією про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг² Інструкція про реєстрацію договору про передачу майнового права на сорт і договору про передачу права на про використання сорту³.

Питання про форму укладення ліцензійного договору вирішується відповідно до загального правила ч. 2 ст. 1107 ЦК України – усі договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладаються у письмовій формі під страхом їх нікчемності. У спеціальному законодавстві є окремі норми щодо форми ліцензійних договорів.

Зокрема, відповідно до ч. 8 ст. 28 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» договір про передачу права на винахід (корисну модель) і ліцензійний договір вважаються дійсними, якщо вони укладені у письмовій формі і підписані сторонами.

¹ Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на промисловий зразок та видачу ліцензії на використання промислового зразка: затверджено наказом МОН України від 17.08.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 31. Ст. 1613.

² Інструкцією про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг: затверджено наказом МОН України від 17.08.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 34. Ст. 1615.

³ Інструкція про реєстрацію договору про передачу майнового права на сорт і договору про передачу права на використання сорту: затверджено наказом МОН України від 08.08.2003. Офіційний вісник України. 2003. № 33. Ст. 1807.

Аналогічна норма міститься у ч. 6 ст. 20 Закону «Про охорону прав на промислові зразки» і у ч. 9 ст. 16 Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг».

Права та обов'язки сторін ліцензійного договору. З факту укладення у письмовій формі ліцензійного договору у його сторін виникають взаємні права та обов'язки.

Основними обов'язками ліцензіара є:

1) передати ліцензіату об'єкт інтелектуального права, включаючи передання всієї необхідної інформації та технічної документації, що забезпечує його використання відповідно до погоджених умов;

2) забезпечити ліцензіату безперешкодне використання цього об'єкта в обумовлених межах;

3) не розголошувати змісту предмета ліцензії;

4) не передавати об'єкт інтелектуального права третім особам, якщо інше не передбачено договором тощо.

Цим обов'язкам кореспондують відповідні права ліцензіата.

Ліцензіат має право:

1) вимагати передання об'єкта інтелектуального права разом з усією документацією, що забезпечує його використання на погоджених умовах;

2) на використання об'єкта інтелектуального права в межах, обумовлених ліцензійним договором;

3) вимагати від ліцензіара забезпечення належних умов використання об'єкта інтелектуального права;

4) на негайне та безоплатне передання ліцензіаром усіх подальших удосконалень предмета ліцензії, якщо це передбачено договором тощо.

Основними обов'язками ліцензіата є:

1) сплачувати винагороду за використання об'єкта інтелектуального права, якщо така встановлена умовами договору;

2) використовувати об'єкт інтелектуального права у межах наданої ліцензії;

3) надавати інформацію про межі використання об'єкта інтелектуального права, отримані прибутки, а також зроблені удосконалення тощо.

Цим обов'язкам кореспондують права ліцензіара.

Ліцензіар має право:

1) на отримання винагороди за ліцензійним договором, якщо така встановлена умовами договору;

2) вимагати від ліцензіата використовувати об'єкт інтелектуального права відповідно до умов договору;

3) на інформацію про межі і обсяг використання об'єкта інтелектуального права ліцензіатом, про одержані у результаті такого використання прибутки, про подальше удосконалення ліцензіатом предмета договору та їх безоплатне використання тощо.

У ЦК України безпосередньо не передбачена можливість укладення субліцензійного договору. У ч. 4 ст. 1108 ЦК України йдеться про можливість видачі субліцензії. Принцип договірної свободи надає сторонам можливість передбачити укладення субліцензійних договорів. Таке право належить ліцензіату лише зі згоди ліцензіара. За відсутності будь-яких спеціальних правил, опираючись на загальні норми договірної свободи, допускаємо, що умова щодо можливості укладення субліцензійного договору може бути зафіксована у самому ліцензійному договорі або ж може бути погоджена згодом у разі виникнення такої потреби.

Якщо ж така умова відсутня, а ліцензіат виявляє бажання з будь-яких мотивів укласти субліцензійний договір, то згода ліцензіара має бути надана у письмовій формі. Прямого зазначення у законодавстві про таке немає. Але, оскільки субліцензійний договір є похідним від основного, основний (ліцензійний договір) укладається у письмовій формі, то й умова про субліцензійний договір теж має мати письмову форму. Зрештою наявність письмової форми спрощує процедуру доказування у разі виникнення спору.

Відповідно до п. 5.6. постанови Пленуму ВГС України від 17 жовтня 2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» у випадку укладення субліцензійного договору ліцензіар вправі обмежити свою згоду на використання об'єкта інтелектуальної власності вказівкою про конкретних субліцензіатів або про укладення конкретного субліцензійного договору, а також про можливість укладення субліцензійних договорів на використання об'єкта інтелектуальної власності лише у певний спосіб.

Ні у ЦК України, ні у спеціальних нормативних актах не встановлені особливі правила щодо правових підстав та наслідків зміни та припинення ліцензійного договору. Тому такі питання, як і питання відповідальності у разі невиконання чи неналежного виконання ліцензійного договору, слід вирішувати, виходячи із загальних положень договірного права.

15.3. Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності

На підставі ліцензійного договору видається ліцензія, а його умовами визначається її вид. У ч. 4 ст. 426 ЦК України теж зазначено, що умови надання дозволу (видачі ліцензії) на використання об'єкта інтелектуальної власності можуть бути визначені ліцензійним договором. Тому важливо встановити співвідношення ліцензії та ліцензійного договору.

Відповідно до ст. 1107 ЦК України ліцензія закріплена як самостійна правова підстава розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Про ліцензію, порядок її видачі, види ліцензії йдеться у ст. 1108 ЦК України. У ч. 2 ст. 1108 кодексу зазначено, що ліцензія може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору. Тобто, ліцензійний договір є одним із способів оформлення видачі ліцензії.

Видача ліцензії як односторонній правочин як і видача ліцензії на підставі ліцензійного договору породжують у ліцензіата відповідні права та обов'язки щодо використання погодженого об'єкта. Тобто, йдеться про два самостійні способи розпорядження майновими правами інтелектуальної власності: ліцензію та ліцензійний договір. Сутнісна помилка полягає у тому, що відповідно до ст. 1107 кодексу ліцензія віднесена до договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Ліцензія (від лат. *licitus* – дозволений) власне як дозвіл має широке нормативне застосування: як дозвіл на зайняття певними видами господарської діяльності, на експортно-імпортні операції тощо. Відповідні правовідносини виникають з факту її видачі, який набуває характеру одностороннього правочину. У ч. 3 ст. 426 ЦК України закріплене загальне правило, відповідно до якого використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою здійснюється з дозволу особи, яка має виключне право дозволяти таке використання, крім випадків правомірного використання без дозволу, встановлених ЦК України та актами спеціального законодавства.

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 у певній обмеженій сфері (ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності). У цій нормі сторони відносин з видачі ліцензії позначені тими ж термінами, що і сторони ліцензійного договору у ст. 1109 ЦК України.

Тому видати ліцензію може як первинний суб'єкт інтелектуального права – автор, так і його спадкоємці, яким належать у межах строків їх чинності майнові права інтелектуальної власності, інші правонаступники, до яких майнові права перейшли на законних підставах, роботодавці щодо службових творів, за умови, що майнові права на об'єкт належать їм. На стороні ліцензіара

може бути і множинність осіб, які спільно здійснюють належні їм права, якщо інше не встановлено договором між ними. У разі видачі ліцензії на використання об'єкта, права на який належать спільно кільком особам, усі вони повинні виявити спільну волю щодо видачі ліцензії. Звичайно, що ліцензіар (-и) мають відповідати загальним вимогам щодо суб'єктного складу правочину.

Для сторони, яка отримує ліцензію, не встановлено спеціальних правових вимог (бути суб'єктом підприємництва, комерційною юридичною особою тощо). Аналогічно як і ліцензіар, така особа має відповідати загальним вимогам щодо суб'єктного складу правочину.

У ЦК України не окреслено сфери застосування ліцензії. Тобто, ліцензія як дозвіл на використання, може видаватися щодо будь-якого об'єкта інтелектуального права. Деякий інший підхід збережено у спеціальних нормативних актах. Зокрема, у Законі «Про авторське право і суміжні права» не міститься положень про таку правову форму використання об'єктів авторського права як ліцензію. Фактично до введення у дію ЦК України ліцензія слугувала правовою формою використання об'єктів права промислової власності. Саме про таку форму йдеться у Законі «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі».

Відповідно до ст. 1 цього Закону ліцензія визначена як дозвіл власника патенту (ліцензіара), що видається іншій особі (ліцензіату), на використання винаходу (корисної моделі) на певних умовах. У ст. 28 Закону зазначено, що власник патенту має право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) на підставі ліцензійного договору, а щодо секретного винаходу (корисної моделі) такий дозвіл надається тільки за погодженням із Державним експертом.

Відповідно до ч. 8 ст. 16 Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» власник свідоцтва має право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання знака на підставі ліцензійного договору.

Відповідно до ч. 3 ст. 40 Закону «Про охорону прав на сорти рослин» володілець патенту може видати будь-якій особі дозвіл (ліцензію) на використання сорту на підставі ліцензійного договору. За ліцензійним договором володілець патенту (ліцензіар) передає право на використання сорту іншій особі (ліцензіату), яка бере на себе зобов'язання вносити ліцензіару обумовлені договором платежі і здійснювати інші дії, передбачені ліцензійним договором.

Варто звернути увагу, що у цих законах йдеться про можливість видати ліцензію виключно на підставі ліцензійного договору, тоді як відповідно до правових підходів у ЦК України ліцензійний договір – лише одна з правових форм видачі ліцензії. Сама ж ліцензія теж є самостійною формою використання прав інтелектуальної власності. На перший погляд, відмінності у правових підходах не істотні. Проте таких неузгодженостей не повинно бути. Вони утруднюють розуміння логіки нормативного регулювання у навчальному плані, утруднюють правозастосовну діяльність. Натомість не тільки зазначені суперечності, а й інші мають місце на сьогодні. Норми спеціальних законів не приведені у відповідність до положень ЦК України як це повинно було би статися паралельно з його прийняттям та введенням у дію.

Отже, ліцензія – це дозвіл на використання будь-якого об'єкта права інтелектуальної власності;

– ліцензія оформлюється як письмовий документ або як складова ліцензійного договору, у якому зазначаються умови, порядок, способи використання та інші умови;

– ліцензію видає сторона, якій належать виключні права щодо використання об'єкта;

– видача ліцензії є одностороннім правочином, також ліцензія може бути видана на підставі ліцензійного договору;

– ліцензія є самостійною правовою формою використання об'єкта інтелектуального права.

Частиною третьою ст. 1108 ЦК України визначені *види ліцензії*.

Виключна ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість використання ліцензіаром об'єкта інтелектуального права у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері. Використання об'єкта інтелектуального права на умовах виключної ліцензії є сприятливим для ліцензіата, оскільки виключно він має право використання зазначеним у ліцензії об'єктом. Навіть сам ліцензіар позбавлений такого права. Таке використання надає переваги ліцензіату на ринку.

Одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта інтелектуального права у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливості використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері. Як і виключна ліцензія, одинична ліцензія виключає можливість використання об'єкта іншими особами. Але на відміну від виключної ліцензії за одиничної ліцензії право використання зберігається за ліцензіаром.

Невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта інтелектуального права у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері. Видача таких ліцензій дозволяє залучати до використання об'єкта якнайширше коло осіб. Відповідно до ч. 4 ст. 1109 ЦК України вважається, що за ліцензійним договором надається невиключна ліцензія, якщо інше не встановлено договором.

Законодавчий перелік видів ліцензій, що наведений у ст. 1108 ЦК України, не є вичерпним. Ліцензіар може видати будь-яку іншу ліцензію, що не суперечить закону. На практиці використовуються повні, перехресні, зворотні, відкриті ліцензії, субліцензії.

Повна ліцензія надає ліцензіату усі права на використання об'єкта у повному обсязі протягом всього строку її дії. Така ліцензія видається ліцензіату без будь-яких обмежень на використання об'єкта як щодо способів, строків, території тощо.

Перехресна ліцензія («крос-ліцензія») – видаються такі ліцензії для взаємного обміну правами на використання об'єктів інтелектуального права.

Зворотна ліцензія надає ліцензіару право на використання об'єкта інтелектуального права, створеного ліцензіатом на основі отриманих від ліцензіара знань у результаті поліпшення чи удосконалення об'єкта основної ліцензії.

Відкрита ліцензія надається будь-якій особі за умови виплати винагороди.

Субліцензія (залежна ліцензія) – це письмове повноваження на використання об'єкта інтелектуального права надане ліцензіатом за згодою ліцензіара іншій особі. Відповідно до ч. 4 ст. 1108 ЦК України ліцензіат може видати субліцензію на використання об'єкта інтелектуального права іншій особі за згодою ліцензіара. Така згода має бути виражена у письмовій формі. Оскільки відсутні будь-які застереження щодо моменту надання такої згоди (при видачі основної ліцензії чи згодом, коли ліцензіат уже користується об'єктом на підставі отриманої ліцензії), ліцензіар може надати дозвіл на видачу субліцензії у будь-який час, коли виникає така потреба. У кодексі не зазначені особливі правила видачі та змісту субліцензії. Потрібно виходити з того факту, що субліцензія є похідною від основної ліцензії. Тому права, що надаються за субліцензією (їх обсяг, територія, способи використання, строк тощо) обмежуються умовами основної ліцензії.

Наведені види ліцензій на практиці можуть доповнюватися будь-якими іншими. Сам поділ ліцензій на види є доволі умовним, оскільки сторони вправі погодити будь-які умови використання об'єкта, поєднавши їх в одній ліцензії. У ліцензії можуть встановлюватися різні умови використання об'єкта, що можуть

стосуватися території, строку, обсягу, способів використання, сфери застосування тощо. Зокрема, можна надати дозвіл на використання об'єкта на усій території чинності майнових прав інтелектуальної власності або обмежити її. Ліцензія може стосуватися не усіх, а лише окремих чи деяких способів використання об'єкта. Можливо видати декілька виключних ліцензій на один і той же об'єкт, але у різних галузях (сферах) його застосування та встановити заборону на використання об'єкта поза ними.

15.4. Примусові ліцензії

У спеціальному законодавстві передбачені особливі умови видачі ліцензії на використання об'єкта інтелектуального права. Йдеться про обов'язок власника патенту видати ліцензію. У ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» назва якої – Примусове відчуження прав на винахід (корисну модель) встановлені такі випадки:

І. Видача примусової ліцензії у разі невикористання або недостатнього використання в Україні винаходу (корисної моделі). Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»: якщо винахід (корисна модель), крім секретного винаходу (корисної моделі), не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років, починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання винаходу (корисної моделі) було припинено, то будь-яка особа, яка має бажання і виявляє готовність використовувати винахід (корисну модель), у разі відмови власника прав від укладання ліцензійного договору може звернутися до суду із заявою про надання їй дозволу на використання винаходу (корисної моделі).

Якщо власник патенту не доведе, що факт невикористання винаходу (корисної моделі) зумовлений поважними причинами, суд виносить рішення про надання дозволу заінтересованій особі

на використання винаходу (корисної моделі) з визначенням обсягу його використання, строку дії дозволу, розміру та порядку виплати винагороди власнику патенту. При цьому право власника патенту надавати дозволи на використання винаходу (корисної моделі) не обмежується.

Така ліцензія отримала назву – *примусова ліцензія*. Насамперед варто відзначити такі правила її видачі:

1) ліцензія видається за рішенням суду. Зацікавлена у використанні об'єкта (винаходу, корисної моделі) особа звертається до суду про спонукання патентовласника до видачі ліцензії;

2) звертаючись із такою позовною заявою, зацікавлена особа повинна довести свою готовність використовувати винахід, корисну модель. Видається, що зазначена обставина має бути юридично байдужою. З правових позицій що означає – готовність до використання (повна, часткова; технічна, фінансова чи організаційна)? Відповідь на таке запитання насамперед має економічний, фінансовий, але не правовий характер. Адже зацікавлена особа, виявивши намір отримати ліцензію у судовому порядку усвідомлює, що матиме обов'язок сплачувати на користь ліцензіара ліцензійні платежі. Готовність до використання не є гарантією здійснення таких платежів. Тому готовність до використання винаходу (корисної моделі) – це приватна справа зацікавленої особи. З іншого боку як суд, вирішуючи питання про видачу ліцензії, може перевірити готовність ліцензіата до використання винаходу. Доведення такої обставини у суді є зайвим, ускладнює процес вирішення справи та набуває формального характеру;

3) патентовласник відмовляється від видачі ліцензії чи укладення ліцензійного договору. Причини відмови не мають правового значення. Варто зауважити, що хоч зазначена обставина і передбачена як одна з умов видачі примусової ліцензії, проте вона не зовсім коректна. Адже патентовласник вільний у виборі ліцензіата та може видавати ліцензію будь-кому чи не видавати її

взагалі, аналогічно – укласти ліцензійний договір чи не укласти;

4) винахід (корисна модель) не використовуються або недостатньо використовуються в Україні протягом трьох років, починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання винаходу (корисної моделі) було припинено. При чому таке невикористання зумовлене поважними причинами. Ці обставини доводить патентовласник. Саме для нього ці причини є поважними, хоч можуть бути малозначимими для інших осіб. Факт невикористання або недостатнього використання має доводити зацікавлена сторона. Розпливчатість законодавчого підходу може створювати труднощі практичного характеру, насамперед, через оціночне поняття – «недостатньо використовується». Які критерії недостатності використання і як визначити такий факт за відсутності відповідних критеріїв.

Використання винаходу (корисної моделі) – право патентовласника. Якщо він не використовує зазначені об'єкти та не бажає надавати ліцензії на використання, то це його право. Бажання отримати економічний зиск і є тим потужним стимулом, який спонукає патентовласника до найактивнішого використання запатентованих об'єктів. Будь-які інші чинники спрацьовують не настільки переконливо. Але, якщо патентовласник не бажає надавати комусь ліцензію на використання, то це теж його право. Інша справа, що бажання отримати той же економічний зиск спонукає потенційних ліцензіатів добиватися видачі ліцензії у судовому порядку усупереч бажанню патентовласника. За таких обставин умови видачі примусових ліцензій мали би бути простими і зрозумілими, мати економічне підґрунтя.

Неодмінною має бути лише одна умова – виплата справедливої винагороди патентовласнику. «Справедлива винагорода» теж оціночне поняття. Для її визначення суд і має оцінювати конкретні обставини справи. Варто надати такому патентовласнику можливість у майбутньому вимагати перегляду визначеної вина-

городи, якщо економічний зиск від впровадження його винаходу істотно зростає. Адаже на момент розгляду справи неможливо точно визначити справедливий розмір винагороди, оскільки використання як таке ще не розпочалося. Можливо лише спрогнозувати очікувані прибутки від впровадження винаходу (корисної моделі) і відповідно від цих показників визначити розмір винагороди.

Отже, у разі видачі ліцензії на підставі судового рішення її зміст цим рішенням і визначається. Саме у судовому рішенні визначаються обсяги використання винаходу (корисної моделі), строк дії дозволу, розмір та порядок виплати винагороди власнику патенту. За своїм характером така ліцензія є невиключною. Власник патенту вправі надавати дозволи на використання винаходу (корисної моделі) іншим особам. Відповідно до прямої законодавчої вказівки у ч. 1 ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» таке право патентовласника не обмежується.

Випадки видачі примусової ліцензії передбачені і у Законі «Про охорону прав на промислові зразки». У ст. 23 цього Закону зазначено, що власник патенту повинен добросовісно користуватися виключним правом, що випливає з патенту. Якщо промисловий зразок не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання промислового зразка було припинено, то будь-яка особа, яка має бажання і виявляє готовність використовувати промисловий зразок, у разі відмови власника патенту від укладання ліцензійного договору може звернутися до суду із заявою про надання їй дозволу на використання промислового зразка.

Якщо власник патенту не доведе, що факт невикористання чи недостатнього використання промислового зразка зумовлений поважними причинами, суд виносить рішення про надання дозволу заінтересованій особі на використання промислового зразка

з визначенням обсягу його використання, строку дії дозволу, розміру та порядку виплати винагороди власнику патенту. Редакційно норми цього Закону та норми ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» є однаковими.

Аналогічні підходи викладені і у Законі «Про охорону прав на сорти рослин». Відповідно до ч. 4 ст. 43 цього Закону: якщо після трьох років від дати державної реєстрації чи від дати, коли використання сорту було припинено, сорт в Україні не використовується або використовується у незначних обсягах і будь-яка особа звертається до володільця патенту з пропозицією укладення ліцензійного договору, а володільць патенту без поважних причин відмовляє, ця особа може звернутися до суду з позовною заявою про видачу їй примусової ліцензії на використання сорту.

Якщо володільць патенту не доведе, що факт невикористання сорту чи відмова у видачі ним ліцензії зумовлені поважними причинами, а особа-позивач доведе, що вона у фінансовому і в усіх інших відношеннях у змозі компетентно та ефективно здійснювати права, надані ліцензією, примусову ліцензію може бути надано за рішенням суду на строк до чотирьох років.

Примусова ліцензія може бути тільки невиключною, з визначенням обсягу використання сорту, строку дії дозволу, розміру та порядку виплати винагороди володільцю патенту.

Ліцензіат сплачує за видачу йому примусової ліцензії державне мито.

П. У ч. 2 ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» закріплено обов'язок власника патенту дати дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) власнику пізніше виданого патенту, якщо винахід (корисна модель) останнього призначений для досягнення іншої мети або має значні техніко-економічні переваги і не може використовуватися без порушення прав власника раніше виданого патенту. Дозвіл дається в обсязі, необхідному для використання винаходу (корисної моделі) власником пізніше виданого

патенту. При цьому власник раніше виданого патенту має право отримати ліцензію на прийнятних умовах для використання винаходу (корисної моделі), що охороняється пізніше виданим патентом.

Якщо у ч.1 цієї ж статті йдеться про рішення суду на підставі якого видається ліцензія, то у ч. 2 встановлено обов'язок власника патенту видати ліцензію. Які гарантії виконання такого обов'язку? Очевидно, хоч у статті про це прямо не передбачено, що у разі відмови власника патенту від обов'язку видати ліцензію за умов, визначених ч. 2 ст. 30 Закону, власник пізніше виданого патенту має право вимагати її видачі у судовому порядку. Для уникнення непорозумінь щодо підстав та порядку видачі ліцензії власнику пізніше виданого патенту за встановлених у ч. 2 ст. 30 умов у Законі варто прямо передбачити можливість судового вирішення спору, якщо власник раніше виданого патенту відмовляється надати ліцензію власнику пізніше виданого патенту.

Аналогічно вирішується питання з видачею ліцензії власнику пізніше виданого патенту на промисловий зразок. Відповідно до ч. 2 ст. 23 Закону «Про охорону прав на промислові зразки» власник патенту зобов'язаний дати дозвіл (видати ліцензію) на використання промислового зразка власнику пізніше виданого патенту, якщо промисловий зразок останнього призначений для досягнення іншої мети або має значні техніко-економічні переваги і не може використовуватись без порушення прав першого власника.

При цьому надання такого дозволу може бути обумовлено відповідним дозволом власника пізніше виданого патенту, який зобов'язаний дати дозвіл, якщо його промисловий зразок удосконалює промисловий зразок власника раніше виданого патенту або призначений для досягнення тієї ж мети. Дозвіл надається в обов'язку, необхідному для використання промислового зразка власником патенту, який такий дозвіл затребував.

Такі підходи у національному законодавстві відповідають нормам міжнародного законодавства. Зокрема, ст. 31 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності передбачено примусове надання патенту іншій особі у разі, якщо таке використання (так званий «другий патент») не може відбуватися без порушення іншого патенту (так званий «перший патент») за таких умов:

- винахід, що заявляється у другому патенті, повинен включати важливі технічні переваги великого економічного значення у порівнянні з винаходом, що заявляється у першому патенті;
- власник першого патенту повинен мати право на перехресну ліцензію за прийнятними умовами на використання винаходу, що заявляється у другому патенті;
- використання, дозволене щодо першого патенту, не повинно передаватися, за винятком, коли також передаються права за другим патентом.

Усі зазначені умови знайшли відображення в чинному законодавстві України. Як зазначено у п. 83-1 Постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», підхід до видачі примусових ліцензій передбачає видачу примусових ліцензій в будь-який час, коли виникає ситуація залежності, або існує необхідність, щоб залежний патент був призначений для досягнення іншої мети, ніж домінуючий патент, або становив собою істотне технічне поліпшення в порівнянні з винаходом, заявленим у домінуючому патенті.

Ця остання умова сприяє недопущенню зловживань заявників, які подають заявки на незначні винаходи з єдиною метою – завдяки примусовій ліцензії мати право використовувати важливий винахід.

III. Відповідно до ч. 3 ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» з метою забезпечення здоров'я населення, оборони держави, екологічної безпеки та інших інтересів суспільства КМ України може дозволити використання запатентованого винаходу (корисної моделі) визначеній ним особі без згоди власника патенту (деклараційного патенту) у разі його безпідставної відмови у видачі ліцензії на використання винаходу (корисної моделі).

Норми ч. 3 ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» зазнавали неодноразових змін. Відповідно до початкової редакції цієї частини йшлося про право КМ України дозволяти використання винаходу (корисної моделі) визначеній ним особі без згоди власника патенту на умовах невиключної ліцензії з виплатою йому відповідної компенсації, виходячи з інтересів суспільства та за умови воєнного та надзвичайного стану. Сьогоднішня редакція ч. 3 ст. 30 Закону істотно відрізняється за змістом у бік розширення повноважень КМ України, хоча із встановленням низки умов, покликаних гарантувати інтереси власника патенту, якого зобов'язують (у позасудовому порядку!) видати ліцензію.

Відповідно до ст. 43 Закону «Про охорону прав на сорти рослин» примусові ліцензії на використання сортів, окрім суду, може видавати і КМ України. Законом встановлено, що право КМ України видавати примусові ліцензії діє лише у разі надзвичайної суспільної необхідності та за умови воєнного чи надзвичайного стану аналогічно як це передбачалося у початковій редакції ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі».

Такі ліцензії видаються на строк до чотирьох років визначеній особі з виплатою відповідної компенсації володільцю патенту. При цьому КМ України може вимагати від володільця патенту надати на прийнятних фінансових умовах у розпорядження ліцензіата матеріал для розмноження сорту в обсягах, достатніх для належного здійснення прав, наданих примусовою ліцензією.

Примусова ліцензія може бути тільки невиключною, з визначенням обсягу використання сорту, строку дії дозволу, розміру та порядку виплати винагороди володільцю патенту.

Видача КМ України примусової ліцензії може бути оскаржена до суду.

Отже, КМ України може дозволити використання запатентованого винаходу (корисної моделі) визначеній ним особі без згоди власника патенту у разі його безпідставної відмови у видачі ліцензії на використання винаходу (корисної моделі) за таких умов:

1) дозвіл на таке використання надається виходячи з конкретних обставин (відсутні будь-які критерії, опис, характер таких обставин);

2) обсяг і тривалість такого використання визначаються метою наданого дозволу, і у випадку напівпровідникової технології воно має бути лише некомерційним використанням органами державної влади чи виправленням антиконкурентної практики за рішенням відповідного органу державної влади;

3) дозвіл на таке використання не позбавляє власника патенту права надавати дозволи на використання винаходу (корисної моделі). Тобто, йдеться про видачу невиключної ліцензії. Одночасно власник патенту має право надавати іншим особам ліцензії на такий винахід (корисну модель);

4) право на таке використання не передається, крім випадку, коли воно передається разом з тією частиною підприємства чи ділової практики, в якій здійснюється це використання;

5) використання дозволяється переважно для забезпечення потреб внутрішнього ринку. Поняття «переважно» позбавлене будь-якого конкретного змісту, а, отже, може тлумачитися як загодно. Оскільки йдеться про адміністративний порядок надання ліцензії, то таке формулювання може шкодити інтересам власника патенту;

б) про надання дозволу на використання винаходу (корисної моделі) власнику патенту надсилається повідомлення одразу, як це стане практично можливим. Такий спосіб визначення строку повідомлення «одразу, як це стане практично можливим» бажано визначити більш точно. Встановлення строків використання, початкової дати є особливо важливим для власника патенту, адже з такими строками пов'язуються обчислення та виплата ліцензійних платежів;

7) дозвіл на використання відміняється, якщо перестають існувати обставини, через які його видано;

8) власнику патенту сплачується адекватна компенсація відповідно до економічної цінності винаходу (корисної моделі). Але ця «адекватна компенсація» визначається в односторонньому порядку КМ України.

Потребує уточнення поняття «безпідставної відмови». Оскільки така примусова ліцензія видається у позасудовому порядку, то є ризик відомчого тлумачення підставності чи безпідставності відмови власника. Оскільки таке тлумачення здійснюватиме державний орган, власнику патенту доведеться його сприйняти, оскільки він не має можливості на цій стадії звернутися до суду про захист своїх прав. У судовому порядку можуть бути оскаржені рішення КМ України про надання дозволу на використання винаходу (корисної моделі), строк і умови його надання, відміну дозволу на використання, розмір та порядок виплати винагороди власнику патенту. Без можливості оскарження власником патенту такого рішення до суду практика прийняття КМ України рішень про видачу ліцензій усупереч волі власника патенту мала неправовий характер.

Зазначені правові підходи імплементовані з міжнародного законодавства. Зокрема, Угодою ТРІПС передбачено випадки використання винаходу (корисної моделі) без згоди патентовласника, але з дозволу Уряду. Відповідно до ст. 31 Угоди ТРІПС, законодавство країни – члена Угоди може дозволяти використання

об'єкта патенту без дозволу власника прав, включаючи використання урядом або третіми сторонами з дозволу уряду. Однак в такому разі слід враховувати, що таке використання може бути дозволене лише у тому разі, якщо потенційний користувач зробив зусилля з метою отримати дозвіл від власника прав на прийнятних комерційних умовах і що такі зусилля не мали успіху у розумний період часу. В Угоді ТРІПС зазначено, що держава може тимчасово відмовитися від цієї вимоги у таких випадках: надзвичайна ситуація в країні; інші обставини крайньої необхідності; некомерційне використання в інтересах суспільства.

Сфера та тривалість використання винаходу (корисної моделі) з дозволу уряду повинні обмежуватися цілями, для яких воно було дозволене, а у випадках використання напівпровідникових технологій це має бути лише громадське некомерційне використання або для виправлення практики, яку після судового чи адміністративного розгляду визнано антиконкурентною.

Уряд не повинен надавати виключне право на таке використання певній особі, оскільки це надає перевагу лише одному користувачеві. Більше того, будь-яке таке використання повинно дозволятися переважно для забезпечення внутрішнього ринку країни. Патентовласник повинен отримувати адекватну компенсацію, виходячи з обставин кожного випадку, та з урахуванням економічної вартості дозволу. Якщо власник патенту не погоджується з підставами надання дозволу на використання винаходу (корисної моделі) за рішенням уряду або з розміром компенсації, що йому сплачується, спір повинен вирішуватися в судовому порядку.

Для прикладу постановою КМ України від 4 грудня 2013 року затверджено Порядок надання Кабінетом Міністрів України

дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу¹.

Відповідно до цього Порядку, якщо власник патенту не може задовольнити потребу у відповідному лікарському засобі силами та потужностями, що звичайно використовуються для виробництва такого лікарського засобу, а власник більш раннього патенту безпідставно відмовив заявникові у видачі ліцензії на використання винаходу (корисної моделі), то з метою забезпечення охорони здоров'я населення, у тому числі протидії ВІЛ-інфекції/СНІДу та іншим соціально небезпечним хворобам, КМ України може надати такому заявнику (власнику патенту, виданого пізніше) дозвіл на використання чужого винаходу.

Слід зважати на те, що надання такого дозволу державою в особі КМ України здійснюється не масово, а лише в індивідуальному порядку конкретному заявнику, виходячи з потреб держави та суспільства.

При цьому обсяг і тривалість такого використання визначаються метою наданого дозволу, право на таке використання не може бути передане (лише у випадку, коли воно передається разом з тією частиною підприємства чи ділової практики, в якій здійснюється це використання).

Натомість власник патенту може і надалі видавати дозволи на використання винаходу (корисної моделі) іншим особам.

Спори щодо примусових ліцензій розв'язуються у судовому порядку.

¹ Порядок надання Кабінетом Міністрів України дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу: затверджено постановою КМ України від 04.12.2013. Офіційний вісник України. 2013. № 97. Ст. 3577.

15.5. Договори про створення за замовленням

і використання об'єкта права інтелектуальної власності

Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності (інтелектуального права) відповідно до ст. 1107 ЦК України закріплено як правову форму розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Проте укладення і виконання цього договору спрямоване на створення самого об'єкта інтелектуального права з наступним його використанням. Тому розглядати вказаний договір як правову форму розпорядження майновими правами інтелектуальної власності не зовсім вірно.

Відповідно до ст. 1112 ЦК України *за договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності одна сторона (творець – письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установленій строк.*

Аналіз законодавчої дефініції договору дозволяє зробити висновок про його *консенсуальну* природу. У цивільному законодавстві не наводиться визначення консенсуального договору. На таку його характеристику вказує застосування словесної формули «зобов'язується вчинити ...», що має місце і у визначенні досліджуваного договору.

Договір є *взаємним*, оскільки з факту його укладення кожна зі сторін набуває взаємних прав та обов'язків. Основним обов'язком творця є створити відповідно до вимог замовника об'єкт інтелектуального права. Цьому обов'язку кореспондує право замовника вимагати створення об'єкта відповідно до його вимог. Оскільки йдеться не тільки про створення за замовленням, а й використання об'єкта інтелектуального права, то творець повинен передати замовникові створений ним об'єкт, а замовник зобов'язаний прийняти його. Основним обов'язком замовника є

використання створеного об'єкта відповідними способами та на умовах, що погоджені сторонами. Цьому обов'язку кореспондує право творця вимагати дотримання такого порядку та способів використання. Якщо договір носить відплатний характер, то творець має право на оплату своєї праці, а відповідно замовник зобов'язаний оплатити згідно умов договору.

У дефініції договору нічого не зазначено про оплату праці творця. Варто взяти до уваги презумпцію відплатності договору (ч. 4 ст. 626 ЦК України) – договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору. Ст. 445 ЦК України передбачено право автора на плату за використання його твору, якщо інше не встановлено законом.

А відповідно до ст. 33 Закону «Про авторське право і суміжні права» авторський договір замовлення може передбачати виплату замовником авансу як частини авторської винагороди. Тому залежно від домовленості сторін договір може носити **як відплатний, так і безвідплатний характер**. Сама умова про оплату є договірною. Розмір та порядок оплати має визначатися сторонами. Автор може безвідплатно зробити декорації на замовлення школи, у якій навчався чи розмалювати стіни дитячого будинку.

Сторонами договору є творець та замовник. Творцем може бути будь-яка фізична особа, незалежно від обсягу її дієздатності. У разі, якщо фізична особа не має належного обсягу дієздатності, то укладення та виконання нею договорів здійснюється відповідно до норм глав четвертої та шостої ЦК України. Юридична особа об'єктивно не може бути творцем, оскільки саме фізична особа і є первинним суб'єктом авторського права. Замовниками можуть бути будь-які фізичні та юридичні особи.

Для укладення договору його сторони повинні погодити відповідні умови. Із законодавчої дефініції впливає, що істотною умовою аналізованого договору є умова про його предмет (об'єкт). Відповідно **предметом (об'єктом) договору** є власне об'єкт інтелектуального права, що має бути створеним.

Загальні правила щодо прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, викладені у ст. 430 ЦК України. **Особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта.** У випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати замовникові. Наразі ні ЦК України, ні акти спеціального законодавства таких випадків не встановлюють.

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

Відповідно до ч. 2 ст. 1112 ЦК України договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності (інтелектуального права) повинен визначати способи та умови використання цього об'єкта замовником. Тому спосіб та умови використання об'єкта, ураховуючи імперативний припис норми ч. 2 ст. 1112 ЦК України, є істотними умовами договору, без досягнення домовленості щодо яких, договір вважатиметься неукладеним.

Із законодавчої дефініції договору впливає, що для його укладення необхідно узгодити строк, протягом якого має бути створеним відповідний об'єкт та переданий замовникові.

Отже, строк теж є істотною умовою договору, без досягнення домовленості щодо якої, договір вважатиметься неукладеним.

Таким чином, аналіз норм ст. 1112 ЦК України дозволяє виокремити такі **істотні умови договору про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуального права: предмет (погоджений об'єкт інтелектуального права); строк виконання; умови та спосіб використання об'єкта замовником.**

Усі інші умови договору визначаються на розсуд сторін. Таким умовами можуть бути: умова про оплату праці творця; умова про сприяння замовника у виконанні робіт (надання приміщення, матеріалів тощо), доступ замовника у процесі виконан-

ня робіт; порядок прийняття об'єкта замовником; про розподіл майнових прав на створений об'єкт тощо.

Відповідно до ч. 4 ст. 1112 ЦК України умови договору про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуального права, що обмежують право творця цього об'єкта на створення інших об'єктів, є нікчемними. Такий правовий підхід узгоджується з положеннями ст. 54 Конституції України, у якій проголошується свобода літературної, художньої, наукової та технічної творчості.

Проте видається, що зазначене законодавче положення потребує чіткішої редакції. Адже за взаємною домовленістю між творцем та замовником може бути створений ексклюзивний твір. Відповідно творець не може створити такий же твір уже для іншого замовника. Така ситуація є цілком правомірною, адже у ч. 4 ст. 1112 ЦК України йдеться про неможливість обмежень прав творця на створення інших об'єктів.

У науковій літературі висловлюється думка, що аналізований договір може укладатися тільки щодо об'єктів авторського права та суміжних прав. Варто зауважити, що із змісту ст. 1112 ЦК України не випливає жодних обмежень щодо об'єкта інтелектуального права, який може бути створений за замовленням. Опираючись на принцип свободи договору, сторони вправі визначитися з видом договору, який вони бажають укласти, з огляду на той факт, наскільки повно і ефективно та чи інша договірна конструкція відповідає їхнім конкретним потребам.

Відповідно до загального правила ч. 2 ст. 1107 ЦК України договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладається у письмовій формі. У разі недодержання сторонами письмової форми такий договір є нікчемним. Зазначені правила справедливі і щодо договору про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуального права. Відповідно до ст. 1114 ЦК України договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності не підлягають

обов'язковій державній реєстрації. Відсутність державної реєстрації не впливає на чинність прав, що надаються на підставі договору.

Оскільки ЦК України не містить спеціальних правил щодо виконання, прийняття виконання та правових наслідків порушення умов договору, то підлягають застосуванню загальні положення договірної права – Розділ 1 Книги п'ятої ЦК України.

15.6. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності

Відповідно до ч. 1 ст. 1113 ЦК України за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, яка має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному обсязі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах.

У аналізованому договорі не вбачається потреби застосовувати реальну конструкцію договору. Сторони досягають домовленості з істотних умов договору у письмовій формі відповідно до імперативного припису норми ч. 2 ст. 1107 ЦК України. А уже саме передання виключних майнових прав інтелектуальної власності здійснюється на стадії виконання договору. Хоча, опираючись на принцип свободи договору, сторони можуть обрати і реальну його конструкцію. Тому *договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності слід розглядати як консенсуальний договір*, оскільки, окрім словесного формулювання у його дефініції, реальний характер договору не підкріплений жодним законодавчим положенням.

З факту укладення договору для його сторін виникають взаємні (кореспондуючі) права та обов'язки. Основний обов'язок особи, якій належать виключні майнові права інтелектуальної власності, передати ці права іншій особі на визначених умовах та

кореспондуюче йому право вимагати їх передання. Тому договір є *взаємним*.

Зі змісту правової норми неможливо визначити відплатним чи безвідплатним є такий договір, оскільки про еквівалентність передання нічого не зазначено. Відтак сторони вправі на власний розсуд визначити характер договору. Малоімовірно, що сторони не зазначать у договорі про умови передання виключних майнових прав інтелектуальної власності.

За своєю суттю договір спрямований на передання усіх або частини виключних майнових прав інтелектуальної власності. Тому є потреба встановити його співвідношення з ліцензійним чи авторським договорами, на підставі яких теж здійснюється передання у користування виключних майнових прав інтелектуальної власності.

У літературі наголошують на тій обставині, що даний договір спрямований на передання усіх або частини виключних майнових прав інтелектуальної власності і саме за цією ознакою можливо відмежувати його від ліцензійного договору. У визначенні ліцензійного договору у ст. 1109 ЦК України наголошується на тій обставині, що ліцензіар надає ліцензіату дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Але фактично, надаючи такий дозвіл на умовах ліцензії (повної, неповної, виключної, невиключної) ліцензіар передає певні майнові права на погоджених умовах, без яких користування об'єктом немислиме.

Інколи наголошують і на тій обставині, що за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності такі права відчужуються з відповідним їх припиненням у особи, що їх передає та набуттям особою, якій ці права передані. Але такий висновок прямо не випливає із дефініції договору. Адже у ній йдеться саме про передання виключних майнових прав, яке може охоплювати як передання у користування, так і у власність (допускаємо умовність поняття – передання майнового права у власність). Тому сутнісне розмежування ліцензійного договору та до-

говору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності є утрудненим. У обох випадках передаються майнові права на об'єкти інтелектуальної власності.

Відмінності є лише у «деталях» (умови передання, строк користування тощо). Ліцензійний договір може бути ускладнений видачею ліцензії, у якій і визначаються конкретні умови використання об'єкта інтелектуального права. Умови передання виключних майнових прав інтелектуальної власності визначаються у самому договорі про їх передання.

Відповідно до ст. 31 Закону «Про авторське право і суміжні права» автор чи інша особа, яка має авторське право, може передати свої майнові права будь-якій іншій особі повністю або частково. Фактично, визначення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та авторського договору є ідентичними. Їх розмежування можливо провести за сферою застосування. За авторським договором передаються майнові права, що виникають щодо об'єктів правової охорони авторським правом, тоді як за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності можуть передаватися майнові права на різні об'єкти (промислової власності, засоби індивідуалізації суб'єктів господарювання тощо).

Не дивлячись на подібність договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності з ліцензійним договором та з авторським договором його законодавче закріплення як самостійного виду договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності є виправданим з огляду на принцип свободи договору.

У ст. 1113 ЦК України не зазначені ані назви сторін, ані конкретні правові вимоги, яким вони повинні відповідати. *Сторонами договору є: особа, що має виключні майнові права інтелектуальної власності та особа, якій такі права передаються.*

Особою, що має виключні майнові права інтелектуальної власності, може бути як сам автор – первинний суб'єкт, так і його правонаступники, роботодавці щодо службових творів тощо. Якщо особа, яка передає права, представлена співавторами чи іншими особами, яким майнові права належать спільно (спадкоємці, наприклад), то слід урахувати відповідні законодавчі положення про статус співавторів, співвласників. Ними можуть бути як фізичні особи, так і юридичні особи з урахуванням загальних вимог, що ставляться до суб'єктів договору.

Приналежність виключних майнових прав може підтверджуватися певними документами: патентами (на винахід, корисну модель), свідоцтвами (на товарний знак тощо). Якщо йдеться про майнові права автора твору, що є об'єктом правової охорони авторським правом, то автор може мати свідоцтво про державну реєстрацію його авторства. Проте така реєстрація є правом, а не обов'язком автора. Тому приналежність йому авторських майнових прав встановлюється на підставі презумпції авторства без будь-якої формалізації.

Особою, якій передаються права, теж може бути як фізична, так і юридична. Її статус як суб'єкта підприємництва, її вид залежно від мети діяльності тощо правового значення не мають. Ураховуються загальні вимоги щодо суб'єктного складу договору.

Також варто урахувати, що майнові права інтелектуальної власності мають строковий характер. Відповідно строки, на які укладаються договори щодо їх передання не можуть перевищувати строків чинності майнових прав інтелектуальної власності.

Ураховуючи, що у ст. 1113 ЦК України не містяться жодні законодавчі вимоги щодо умов та змісту договору загалом, сторони вільні у своєму виборі. Єдиною законодавчою межею свободи договору є вимога, зазначена у ч. 3 ст. 1113 ЦК України – умови договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, що погіршують становище творця відповідного об'єкта або його спадкоємців порівняно із становищем, пе-

редбаченим Кодексом та іншим законом, а також обмежують право творця на створення інших об'єктів, є нікчемними. Видається, що має йтися не тільки про неможливість погіршення становища творця чи його спадкоємців, а й інших суб'єктів, яким належать виключні права та які передають їх на підставі договору.

Отже, при укладенні договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, сторони мають узгодити усі умови, які на їхній розсуд мають для них істотне значення та урахувати особливості (специфіку) прав, що передаються.

У ч. 2 ст. 1113 ЦК України встановлено, що укладення такого договору не впливає на ліцензійні договори, які були укладені раніше. Видається, що при укладенні конкретного договору, особа, що передає права, має поінформувати свого контрагента про уже укладені ліцензійні договори, хоча такий обов'язок законодавчо не закріплений.

Відповідно до загальної вимоги ч. 3 ст. 1107 ЦК України зазначений договір укладається у письмовій формі, недодержання якої тягне нікчемність договору.

15.7. Договірна практика у цифровому середовищі

Сфера надання послуг в Україні широко представлена компаніями, що надають професійні послуги з розробки та локалізації програмного забезпечення, обробки даних комп'ютеризованої системи, комп'ютерного дизайну, створення сайтів та порталів, обслуговування вже створених комп'ютерних програм та їх модулів чи компонентів (далі – професійні послуги).

У діяльності таких суб'єктів господарювання використовуються різні договірні конструкції. Вибір договірної конструкції залежить від особливостей технічного завдання, способу формування ціни на послуги та інших факторів.

Результатом виконання таких договорів є, як правило, об'єкти права інтелектуальної власності.

Правильність вибору договірної конструкції є запорукою належного закріплення домовленості сторін та успішної реалізації проектів.

Для практичного застосування варто проаналізувати характерні ознаки договорів у сфері надання професійних послуг, а саме:

– надання професійних послуг здійснюється за допомогою мережі Інтернет, технічних засобів зберігання та передачі даних. Тому існування географічних меж місця надання послуг має значення лише в частині оподаткування діяльності сторін за договором;

– результатом професійних послуг часто є нематеріальні активи (налагодження системи, тестування, програмні рішення, модулі), передання прав на які, повинно фіксуватись також з розумінням особливостей різних правових систем;

– всесвітнє поширення обумовлює необхідність дотримуватись вимог національного законодавства тої чи іншої держави в частині обробки персональних даних, конфіденційної інформації, конкурентних умов тощо;

– конфіденційність співпраці носить для сторін визначальний характер, тому положення про нерозголошення інформації є обов'язковим компонентом договору;

– сторони договору зазвичай є резидентами різних юрисдикцій, тому питання вибору права та/чи юрисдикції розгляду спорів вирішується за принципом свободи договору. Свобода вибору умов договору часто полягає у використанні договірних положень як англо-американської (прецедентної), так і романо-германської правових систем;

– щодо документального оформлення, сторони практикують укладати рамкові договори (Professional services agreement, service level agreement), якими встановлюють загальні умови, що врегу-

льовують спільні питання для різних видів надання професійних послуг, та додатки до них (statement of work, work order, purchase order, etc., далі – технічне завдання), в яких конкретизуються особливості виконання проекту, способи формування ціни та інші специфічні умови.

Використовуючи конструкцію рамкових угод, спробуємо розглянути «деталі» договору за змістом його положень.

Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікованою Законом № 1678-VII від 16 вересня 2014 року, визначено **поняття «базової комп'ютерної послуги»**, що охоплює:

а) консультації, стратегічне планування, аналіз, планування, розробку технічних специфікацій, дизайн, розробку, установку, впровадження, інтеграцію, тестування, налагодження, оновлення, підтримку, надання технічної допомоги, управління або використання комп'ютерних програм для них або комп'ютерних систем; або

б) комп'ютерні програми, що визначаються як набір інструкцій, необхідних для роботи комп'ютерів та передачі інформації до них та між ними, а також консультаційні послуги, послуги зі стратегічного планування, аналізу, планування, розробки технічних специфікацій, дизайну, розробки, установки, впровадження, інтеграції, тестування, налагодження, оновлення, підтримки, надання технічної допомоги, управління або використання комп'ютерних програм або для них; або

с) обробку даних, зберігання даних, хостингу даних або послуги з ведення баз даних; або

д) технічне обслуговування та послуги з ремонту офісного обладнання та устаткування, зокрема комп'ютери, або,

е) послуги з навчання персоналу клієнтів, пов'язані з комп'ютерними програмами, комп'ютерами або комп'ютерними системами, що не входять до інших категорій.

Саме на підставі наведеного переліку може формуватися конкретний предмет договору для розробників. У формуванні предмета договору ключовими є дві позиції: організаційна і технічна. Перша складова повинна бути забезпечена положенням про правильність управління проектом та досягнення поставлених цілей. Технічна складова, своєю чергою, зазвичай відсилає до технічних завдань, які містять детальний опис вимог до проекту, у тому числі мови програмування, технологій, складових елементів.

Фактично, умова про предмет договору конкретизується у додатках до нього.

Результати професійних послуг, права на об'єкти інтелектуальної власності.

Формування результатів послуг (Deliverables) передбачає імплементацію кількох компонентів – об'єктів права інтелектуальної власності: попередніх матеріалів, матеріалів, права на які, належать третім особам і власне нових розробок.

Якщо сторона договору – замовник, володіє попередніми матеріалами, то виконавцеві на час виконання проекту можуть бути передані, залежно від виду та вимог проекту, виключні або невиключні права на попередні матеріали в обсязі, визначеному замовником.

Якщо попередні матеріали є власністю виконавця, то зазвичай їх передання здійснюється сукупно з результатом послуги, що буде ним надана на підставі договору. Попередні матеріали, що належать виконавцю і будуть використовуватися на виконання замовлення, можуть передаватися окремо на підставі ліцензії.

Матеріали на виконання замовлення можуть належати третім особам – це різного роду платформи, бібліотеки, готові програмні рішення чи інше програмне забезпечення, яке може бути використане для реалізації проекту. Матеріали, права на які належать третім особам, можуть бути призначені як для комерційного так і некомерційного (зазвичай навчального чи демонстра-

ційного) характеру, а також використовуватись розробниками для цілей проекту на оплатній чи безоплатній основі.

Використання матеріалів, права на які належать третім особам, замовником чи виконавцем проекту здійснюється, як правило, на підставі договорів приєднання, у яких треті особи виключають будь яку відповідальність та гарантійні зобов'язання щодо їх якості. Тому таке використання може мати як позитивні, так і негативні наслідки для виконання проекту. Використання бібліотек чи платформ третіх осіб в більшості випадків спрощує та пришвидшує виконання технічних завдань, проте може завдати непередбачуваних наслідків в роботі над проектом у разі прояву будь-яких недоліків у них.

Використання вільного програмного коду (open source) може також містити ліцензійну умову щодо використання-розповсюдження похідних розробок. Відповідно, використання-розповсюдження похідних розробок має здійснюватися на тих же засадах, на яких імплементовано вільний програмний код, тобто без комерційних цілей (отримання прибутку).

У формуванні договірних положень, важливо чітко визначити підхід, хто приймає рішення про включення матеріалів третіх осіб і на яких засадах.

Приклад договірної умови:

Виконавець не має права застосовувати у будь-якій інтелектуальній власності або іншому результаті наданих послуг, розробленому за Договором, будь-які матеріали, що належать третім особам, без отримання достовірного дозволу Замовника, в тому числі будь-яке безкоштовне програмне забезпечення або програмне забезпечення, що знаходиться у відкритому доступі. Виконавець відшикодує та не допускає завдання збитків Замовнику щодо всіх затрат, витрат та заборгованості, що виникають з/або у зв'язку з порушенням Виконавцем цього зобов'язання.

Наведене положення договору повністю покладає відповідальність за імплементацию матеріалів третіх осіб на виконавця.

Проте сторони вправі встановити, що і замовник бере на себе пов'язані з цим ризики.

Результати наданих професійних послуг є окремим компонентом щодо якого сторони договору мають досягнути згоди, а саме визначитися, що саме (лише програмний код, чи програмний код а також документація, аудіо-, відео- матеріали, креслення, схеми, дані тощо) є результатом професійних послуг. Важливо також конкретизувати момент та спосіб передання замовнику прав на них.

Приклад договірної умови:

Програмне забезпечення або інший результат послуг (“Результат послуг”) вважається і вважатиметься оригінальною роботою Виконавця, за винятком будь-яких матеріалів третіх осіб та попередніх матеріалів.

Або розширена конструкція:

Deliverables means any report, code, scripts or software (whether in object or source code form), audio or visual material (including but not limited to, any content, print, images, photos, or digital media), documentation or other material or deliverables of any type provided by Contractor to Customer in connection with the professional services as well as any related know-how, techniques, inventions, discoveries, improvements, specifications, designs, methods, devices, systems, flow charts, diagrams or other materials or innovations of any kind developed or first reduced to practice by Contractor.

Використання хмарних технологій дає можливість мати доступ до результатів ще в процесі надання професійних послуг (виконання проекту). Проте хмарний ресурс сторонами використовується не завжди, тому зберігання будь яких напрацювань має місце на власних драйверах виконавця (або і замовника з можливістю доступу виконавця через VPN чи подібні канали). Наявність доступу додатково створює можливість замовнику здійснювати контроль над ходом виконання.

Питання моменту набуття прав на результати послуг вирішуються, виходячи з визначення об'єкта права інтелектуальної власності та традиційних підходів переходу прав. Момент переходу прав на створений результат пов'язується або з моментом його створення, або з моментом здійснення розрахунків. Звичайно, перший підхід є вигідний для замовника, другий – для виконавця.

Приклад договірної умови:

Право власності на об'єкти авторського права, комп'ютерні програми (в початковому або об'єктному коді), алгоритми, нотатки, записи, креслення, проекти, винаходи, корисні моделі, поліпшення, розробки, відкриття та комерційні таємниці, що були створені, винайдені, розроблені або реалізовані на практиці Виконавцем самостійно або у співпраці з іншими у зв'язку з наданням професійних послуг (спільно іменовані "Інтелектуальна власність") відчужуються на користь замовника, а замовник набуває право власності, всі права, інтерес щодо них. Відповідно, виконавець дає згоду передати (вчинити дії для передавання) та цим безвідклично відчужує замовнику всі свої права, право власності та інтерес щодо всіх об'єктів права інтелектуальної власності виконавця, які втілені у такій Інтелектуальній власності (незалежно від патентоздатності) або інших технологіях, розроблених виконавцем під час надання професійних послуг за (цим) договором.

Варто зауважити, що договірна практика нехтує розмежуванням між речовим правом власності і правом інтелектуальної власності. У наведених договірних умовах, що зустрічаються в договірній практиці, вживається поняття «набути у власність», «передати у власність». Хоча йдеться саме про передання/набуття прав інтелектуальної власності.

У питаннях обсягів передання прав інтелектуальної власності важливо розуміти, що передається не лише авторське право, а весь обсяг прав на об'єкти права інтелектуальної власності,

пов'язаних з введенням проекту в комерційних обіг. Якщо замовник вирішить в майбутньому подати патентну заявку на програму, що була розроблена за договором про надання професійних послуг, він зацікавлений мінімізувати ризики того, що таке ж право матиме і автор, співавтори (виконавець(ці)). Також це стосується і подальших модифікацій чи удосконалень як похідних твору, чинності прав чи їх географічного поширення.

Закріплюючи у договорі відповідні положення, замовник має виключне право на власний розсуд контролювати подання заявок, підтримання чинності всіх патентів, розпоряджатися усіма майновими правами на створений об'єкт інтелектуальної власності.

Права на інтелектуальну власність, відповідно до умов договору, передаються замовнику на усі строки їх чинності (чинності майнових прав автора, чинності відповідних патентів, свідоцтв тощо), включаючи будь-які їх оновлення, розширення, відновлення і в усьому світі.

В розумінні ЦК України і Бернської конвенції відчуження авторських прав можливе лише в частині майнових прав.

Приклад договірної умови:

Без обмеження вищезазначеного, виключні майнові права, які передаються (відчужуються) відповідно до цього Договору, включають право використання Інтелектуальної власності будь-яким способом, не забороненим чинним законодавством, у тому числі: відтворювати Інтелектуальну власність цілком або частково будь-яким способом і у будь-якій формі; розповсюджувати примірники Інтелектуальної власності у будь-який спосіб, у тому числі продавати, передавати для первинного продажу і відчужувати іншим способом, здавати в прокат, найм (оренду), розповсюджувати з використанням мереж, у формі, придатній для зчитування комп'ютером, або у формі вихідного коду чи в інший спосіб; (імпортувати/експортувати примірники Інтелектуальної власності; публічно показувати Інтелектуальну власність, вклю-

чаючи повну або часткову демонстрацію текстів Інтелектуальної власності; публічно сповіщати Інтелектуальну власність цілком або частково шляхом передачі в ефір, і (або) наступної передачі в ефір, кабельними мережами або в інший спосіб; публікувати Інтелектуальну власність; переробляти, адаптувати, змінювати або в інший спосіб переробляти чи створювати похідні об'єкти на основі Інтелектуальної власності, у тому числі перекладати Інтелектуальну власність з однієї мови на іншу та/або з однієї мови програмування на іншу, а також включати Інтелектуальну власність до складу збірок, баз даних, будь-яких інших творів; надавати ліцензії на використання Інтелектуальної власності; надавати права на Інтелектуальну власність у заставу; реєструвати права на Інтелектуальну власність у всіх і будь-яких юрисдикціях, існуючих на даний момент чи у майбутньому; використовувати Інтелектуальну власність будь-яким іншим чином (у тому числі у змінній формі) без обмежень будь-якого типу.

Попри те, що в системі континентального права немайнові права автора є невідчужуваними, загальна система права або юрисдикції окремих країн таке відчуження не заперечують. Зокрема, Акт про авторські права США (Copyright Act, title 17 of the U.S. Code) встановлює поняття роботи виконаної за замовленням (works made for hire), яке поширює свою дію на такі два види об'єктів:

1) роботи, виконані працівником в межах службових завдань;

2) роботи, що спеціально замовлені або упорядковані для використання як (вибірково): вклад в спільну роботу, компіляції за умови, що сторони чітко і в письмовій формі узгодили вважати результати творчої діяльності як роботи, виконані за замовленням.

Самого визначення робіт, виконаних за замовленням Акт про авторські права не прописує, тому в цьому питанні практика

керується рішенням Верховного Суду у справі *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 1989¹, де визначено правові підстави застосування роботи, виконаної за замовленням (трудові відносини або залучення незалежного виконавця) та критерії, за якими класифікують, в яких випадках відносини мають характер трудових.

Правовим наслідком факту виконання робіт, щодо яких сторони домовилися вважати їх виконаними за замовленням, є визнання замовника (роботодавця) первинним (initial) автором результатів таких робіт та власником авторських прав (без розщеплення їх на майнові та немайнові), якщо протилежне не встановлене сторонами в письмовій угоді. Тобто, утверджена цілком протилежна позиція до правил ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Так, відповідно до ст. 16 Закону «Авторське право на службові твори» авторське особисте немайнове право на службовий твір належить його автору. Виключне майнове право на службовий твір належить роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем.

А відповідно до ст. 429 ЦК України особисті немайнові права на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт. Майнові ж права інтелектуальної власності на такий об'єкт належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. На цю суперечність правового регулювання вказано у різних джерелах неодноразово.

Але у будь-кому разі національне законодавство розмежовує особисті немайнові та майнові авторські права, тоді як за правом США такого розмежування не проводиться.

¹ *Community for Creative Non-Violence v. Reid*. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://en.wikipedia.org/wiki/Community_for_Creative_Non-Violence_v._Reid

Тому, традиційно, в договірних положеннях ця концепція висвітлюється в такому формулюванні.

Приклад договірної умови:

У тій мірі, у якій немайнові права не можуть бути передані згідно чинного законодавства, виконавець цим погоджується відмовитись від права на них і погоджується не реалізувати будь-які та всі немайнові права, включаючи, без обмежень, будь-які права на визнання авторства або обмеження подальшої модифікації/зміни, якими виконавець може володіти відносно переданої Інтелектуальної власності, у найповнішому обсязі, дозволеному законодавством, що застосовується. Цим виконавець вимагає від замовника не зазначати (згадувати) виконавця в якості автора або співавтора Інтелектуальної власності та дає, в межах дозволених законодавством, що застосовується, свою згоду замовнику використовувати Інтелектуальну власність та дозволити іншим особам використовувати Інтелектуальну власність в будь-якій формі та в будь-який спосіб без зазначення (згадування) виконавця в якості автора або співавтора Інтелектуальної власності. Виконавець не може вдаватись до розголошення чи видавати будь-які прес-релізи, робити публічні заяви або публікувати будь-які рекламні матеріали, які містять посилання на договір та професійні послуги, що надаються, а також будь-які матеріали, рекомендації, документацію, підготовлені в ході надання Професійних послуг за (цим) договором без попередньої письмової згоди замовника.

Гарантії та заяви.

Історичне підґрунтя гарантій і заяв (warranties and representations), як договірних положень, виходить, мабуть, з джентльменських угод. Їх зміст – це радше запевнення, ніж гарантія в розумінні ЦК України.

Можливо виділити три види гарантій та заяв:

- загальні (комерційні), тобто ті, що запевняють дійсність волі сторін на укладення договору щодо надання професійних послуг;
- ті, що стосуються дійсності повноважень особи, якщо підписантом є представник або уповноважений від імені юридичної особи;
- ті, що стосуються наявності ліцензій та дозволів, у випадку, якщо локальне законодавство сторін договору вимагає таких від замовника чи виконавця.

Інша група гарантій стосується безпосередньо якості послуг, та встановлює, що надані послуги повинні демонструвати професійний рівень виконання з врахуванням потреб та особливостей замовлення та надаватись з належним рівнем навиків та досвіду виконавців. Якість програмного продукту має відповідати рівневі кращих напрацювань галузі.

Окремо виділяють гарантії щодо результатів послуг. Розуміючи організаційну систему роботи аутсорсингового бізнесу, замовник зацікавлений мати впевненість, що передані йому результати послуг (створене програмне забезпечення, його частини, модулі, модифікації) однаково відповідають гарантійним застереженням.

В частині правового регулювання гарантій та заяв єдиного джерела немає. Можна в цьому контексті провести аналогію зі стандартами та технічними умовами, які можуть бути встановлені як самостійно виконавцем, так і за галузями виробництва. Наприклад, для знищення даних, що становлять конфіденційну інформацію, застосовують стандарт DoD 5220.22-M, поширеними є стандарти Національного інституту стандартів та технології в США (National Institute of Standards and Technology)¹.

¹ National Institute of Standards and Technology. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.nist.gov/>

The quality and content of the Services shall be equal to the level of quality and content of other services, deliverables, designs, products or software development work similar in nature to the Services which other respected consulting organizations would produce and equal to the highest level of quality called for by the best practices of the consulting industry.

Заяви та гарантії можуть носити як двосторонній характер, так і надаватися окремо кожною стороною.

Приклад договірної умови:

Виконавець гарантує, що: всі Професійні послуги будуть надаватися ним особисто, професійно, і з належним ступенем якості, не вміщуватимуть вірусів або інших інструкцій комп'ютера або технологічних засобів, призначених для руйнування, пошкодження або створення перешкод в роботі комп'ютерів або пов'язаних систем; а також: результати послуг будуть відповідати їх специфікації, наведеній у відповідному технічному завданні; права інтелектуальної власності не були і не будуть скопійовані повністю або частково з будь-якої іншої роботи або матеріалу; він або вона не буде порушувати прав третіх осіб, що становлять спільну сумісну власність; Виконавець не надав або не відчужив жодного з прав будь-якого характеру третім особам.

Ні професійні послуги, ні результати послуг, ні будь-який їх елемент не порушуватимуть права інтелектуальної власності будь-якої третьої особи або не становитимуть предметів будь-яких обмежень чи будь-якого забезпечення іпотечних зобов'язань, застави, закладу, предмету забезпечення зобов'язань, обтяжень, предмету порушення прав третіх осіб. Виконавець має і буде мати всі необхідні права для надання ліцензій і передавання прав інтелектуальної власності, передбачених договором (в тому числі маючи всі необхідні угоди про передання прав інтелектуальної власності або інших майнових прав або інших угод з іншими субпідрядниками.

Consultant has title to and proprietary interest in the Deliverables resulting from the performance of the Services and the right and power to transfer such title and proprietary interest in the Deliverables to Customer, in accordance with the terms of this Agreement, free and clear of any liens, claims, or encumbrances, except any claim for payment of the Services.

Виконавець гарантує, що ним буде дотримано встановленого захисту інформації при наданні професійних послуг та в їх результатах, як визначено у технічному завданні, і у відповідності з інформаційною безпекою, політиками замовника, специфікаціями та іншими відповідними документами.

Замовник зобов'язується супроводжувати виконавця всім необхідним сприянням, матеріалами і точною інформацією щодо результатів професійних послуг протягом строку дії договору.

Гарантії та заяви не несли б ніякого змістовного навантаження без інших положень, зокрема, щодо відповідальності за їх порушення. Прийнятним вважається встановлювати в положеннях про відповідальність види шкоди, яка буде відшкодована однією зі сторін іншій (пряма шкода чи упущена вигода) та обмеження в частині суми, яка буде відшкодовуватись. Традиційно встановлюються обмеження в розмірі вартості замовлення або в сумі, кратній платі за послуги протягом певного періоду. Встановлення цих лімітів або винятків з них є виключною прерогативою сторін.

Проте законодавством окремих країн передбачаються випадки, за яких відповідальність сторін не може бути обмеженою в договірному порядку. Це зокрема, відповідальність за ненавмисне спричинення смерті чи ушкодження здоров'я особи, шахрайство чи обман при представництві або будь якої іншої відповідальності, що прямо встановлена законом. Останнім часом типовим прикладом є відповідальність за порушення прав обробки персональних даних особи, передбачених Директивою ЄС (General Data Protection Regulation (GDPR) (Regulation (EU) 2016/679).

Положенням про відповідальність також кореспондують умови про засоби та способи відшкодування у разі порушення права (indemnification). У встановленні зобов'язань щодо відшкодування важливо розділити наступні складові, зокрема дії, які будуть вживатись у випадку позову (defend, indemnify and hold harmless), осіб, щодо яких позов може виникнути (officers, agents, employees, directors) та власне позовні вимоги (from losses, third-party claims, IP rights infringement, confidentiality disclosure, etc., against the company).

Викладені вище договірні положення відображають зміст прав та обов'язків сторін щодо послуг, які надаються. Проте є інша група положень, притаманних договорам про надання професійних послуг, які до предмета не дотичні, проте побудова бізнес моделі вимагає їх наявності. Це положення про конфіденційність інформації та добросовісність конкуренції.

Зрозумілим є те, що для замовника інформація про технологію, програмний код, підхід до прийняття рішень, методи розробки, дані про кінцевих користувачів (або і клієнтів у випадку субконтрактингу) або інша комерційна інформація є чутливою, і однозначно, її розголошення може привести до значних збитків чи втрат прибутку. Тому така інформація підлягає захисту не лише в силу законодавчих визначень, а і за допомогою конкретизації в договірних положеннях. Часто, конфіденційна інформація (включаючи комерційну таємницю) є предметом окремої угоди (non-disclosure agreement or confidentiality disclosure agreement), яка укладається ще до початку переговорів з приводу майбутнього надання професійних послуг.

Зазвичай, зобов'язання конфіденційності діють строково: протягом періоду, визначеного сторонами (3-5 років) або із зазначенням події (доки інформація, що є конфіденційною зберігатиме комерційну цінність).

З боку виконавця характер конфіденційності мають його зв'язки з персоналом чи контрагентами, які безпосередньо здійс-

нюють виконання. Тому договорами зазвичай встановлюється обмеження для замовників використовувати знання про безпосередньо розробників (авторів) та їх кваліфікаційний рівень та використовувати їх для власної користі (наприклад прямого працевлаштування або передання проектів на безпосереднє виконання).

Приклад договірної умови:

Одержувач не повинен використовувати конфіденційну інформацію для будь-яких інших цілей, крім призначених для надання Професійних послуг («Призначення»). Одержувач: (а) не повинен розголошувати конфіденційну інформацію будь-якому співробітнику або контрагенту Одержувача, якщо така особа не має потреби в доступі з метою сприяти Призначенню і між ними не укладено угоди про нерозголошення; і (б) не розголошувати Конфіденційну інформацію іншим третім особам без попередньої письмової згоди Розкривача; і (в) не буде використовувати Конфіденційну інформацію для своєї власної вигоди або цілей, окрім як за Призначенням відповідно до цього Договору.

Невиконання вимог щодо дотримання конфіденційності зазвичай супроводжується договірними положеннями про відшкодування збитків. Прийнятним є наперед оцінити збитки в твердій сумі, що згодом дає право стороні, чиї права порушено звернутись до контрагента (або і до суду) з вимогою негайного відновлення порушеного права або покриття збитків в установленому розмірі.

Припинення договорів про надання професійних послуг відбувається в традиційному ключі:

- зі спливом строку на який його було укладено;
- за згодою сторін;

шляхом попереднього повідомлення про дострокове розірвання з ініціативи однієї зі сторін або зацікавленою стороною, у випадку порушення умов договору – без попереднього повідомлення, проте згідно виключного переліку підстав, вказаних у договорі. Такими, наприклад, можуть бути: випадки неналежного

надання послуг (неможливість виправити недоліки протягом кількох спроб); порушення зобов'язань конфіденційності чи недотримання добросовісної конкуренції; порушення прав інтелектуальної власності третіх осіб; порушення положень про розрахунки.

Використання договорів про надання професійних послуг на сьогодні не лише представляє імплементацію інститутів загального права в практичну юриспруденцію, а й супроводжується розвитком інновацій. Як от смарт-контракти, які по суті є програмами з конструювання договорів за запитом користувача.

Таким чином, розвиток інформаційних технологій активно впливає на юридичну практику. Сучасні інноваційні продукти стають інструментами в юриспруденції. Ідуть процеси світової універсалізації, наслідки яких маємо можливість спостерігати.

РОЗДІЛ 16. ІНТЕРНЕТ-РЕКЛАМА

16.1. Правове регулювання реклами

Сучасний світ часто порівнюють із супермаркетом, де все можна продати і все можна купити. Вагому роль у продажах відіграє реклама як спосіб доведення до потенційних покупців інформації про товари, послуги, роботи. З кожним днем реклама стає все більш агресивною, адже продавці не шкодують на неї ресурсів аби збільшити свої продажі і, відповідно, прибутки. Саме тому правове регулювання реклами має бути ефективним та гнучким, таким, що збалансовує інтереси як продавців, так і споживачів.

Україна врегулювала питання реклами ще в 1996 році, прийнявши Закон «Про рекламу». Відповідно до ст. 1 цього Закону *реклама – це інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару*¹. Під товаром розуміють будь-який предмет господарського обігу, в тому числі продукція, роботи, послуги, цінні папери, об'єкти права інтелектуальної власності.

У Законі закріплені такі *принципи реклами: законність, точність, достовірність, використання форм та засобів, які не завдають споживачеві реклами шкоди*. Реклама не повинна містити інформації або зображень, які порушують етичні, гуманістичні, моральні норми, нехтують правилами пристойності, та враховувати особливу чутливість дітей, не завдавати їм шкоди. Важливо, що реклама не повинна підривати довіру суспільства до реклами, а також відповідати принципам добросовісної конкуренції.

¹ Про рекламу: Закон України від 03.07.1996. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 39. Ст. 181.

Закон встановлює низку вимог до реклами. Зокрема, мова реклами повинна відповідати Закону України «Про засади державної мовної політики»¹, бути чітко відокремленою від іншої інформації, незалежно від форм чи способів розповсюдження, таким чином, щоб її можна було ідентифікувати як рекламу.

У рекламі заборонено:

* поширювати інформацію щодо товарів, виробництво, обіг чи ввезення на митну територію України яких заборонено законом;

* вміщувати твердження, які є дискримінаційними за ознаками походження людини, її соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, освіти, політичних поглядів, ставлення до релігії, за мовними ознаками, родом і характером занять, місцем проживання, а також такі, що дискредитують товари інших осіб;

* подавати відомості або закликати до дій, які можуть спричинити порушення законодавства, завдають чи можуть завдати шкоди здоров'ю або життю людей та/чи довкіллю, а також спонукають до нехтування засобами безпеки;

* використовувати засоби і технології, які діють на підсвідомість споживачів реклами;

* наводити твердження, дискримінаційні щодо осіб, які не користуються рекламованим товаром;

* використовувати або імітувати зображення Державного Герба України, Державного Прапора України, звучання Державного Гімну України, зображення державних символів інших держав та міжнародних організацій, а також офіційні назви державних органів, органів місцевого самоврядування, крім випадків, передбачених законами України у сфері інтелектуальної власності;

¹ Про засади державної мовної політики: Закон України від 03.07.1996. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 23. Ст. 218.

* рекламувати товари, які підлягають обов'язковій сертифікації або виробництво чи реалізація яких вимагає наявності спеціального дозволу, ліцензії, у разі відсутності відповідного сертифіката, дозволу, ліцензії;

* вміщувати зображення фізичної особи або використовувати її ім'я без письмової згоди цієї особи;

* імітувати або копіювати текст, зображення, музичні чи звукові ефекти, що застосовуються в рекламі інших товарів, якщо інше не передбачено законами України у сфері інтелектуальної власності;

* рекламувати послуги, пов'язані з концертною, гастрольною, гастрольно-концертною, конкурсною, фестивальною діяльністю, без інформації про використання чи невикористання фонограм виконавцями музичних творів;

* розповсюджувати рекламу (включаючи анонси кіно- і телефільмів), яка містить елементи жорстокості, насильства, порнографії, цинізму, приниження людської честі та гідності;

* розповсюджувати рекламу про спорудження житлового будинку з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управління, без набуття/отримання суб'єктами господарської діяльності, що здійснюють його будівництво чи інвестування та/або фінансування, відповідно права власності або користування земельною ділянкою, ліцензії на здійснення будівельної діяльності, дозволу на виконання будівельних робіт чи дозволу/ліцензії на здійснення діяльності з надання фінансових послуг або свідоцтва про реєстрацію випуску цільових облігацій, виконання зобов'язань за якими забезпечується одиницею нерухомості, що споруджується.

Також заборонено розповсюджувати рекламу послуг з ворожіння та гадання чи використовувати приховану рекламу.

На сьогоднішній день рекламна індустрія дуже розвинута. Вона забезпечує життєдіяльність величезної кількості суб'єктів, зокрема це: *рекламодавець – особа, яка є замовником реклами*

для її виробництва та/або розповсюдження (мається на увазі будь-який суб'єкт підприємницької діяльності); *виробник реклами – особа, яка повністю або частково здійснює виробництво реклами* (для прикладу, рекламні агенції); *розповсюджувач реклами – особа, яка здійснює розповсюдження реклами* (зокрема, засоби масової інформації); *споживачі реклами – невизначене коло осіб, на яких спрямовується реклама* (це потенційні покупці).

Контроль за їх діяльністю здійснюють: центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів – щодо захисту прав споживачів реклами (на сьогодні це Державна служба України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів); Антимонопольний комітет України – щодо дотримання законодавства про захист економічної конкуренції; Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення – щодо телерадіоорганізацій усіх форм власності; та інші органи, уповноважені на контроль у сфері, з якою пов'язана реклама.

Ці органи мають право:

- * вимагати від рекламодавців, виробників та розповсюджувачів реклами усунення виявлених порушень вимог законодавства;

- * вимагати припинення дій, що перешкоджають здійсненню державного контролю;

- * надавати (надсилати) рекламодавцям, виробникам та розповсюджувачам реклами обов'язкові для виконання приписи про усунення порушень;

- * приймати рішення про визнання реклами недобросовісною, прихованою, про визнання порівняння в рекламі неправомірним з одночасним зупиненням її розповсюдження;

- * приймати рішення про зупинення розповсюдження відповідної реклами;

* звертатися до суду з позовами про заборону відповідної реклами та її публічне спростування.

Так, особи, винні у порушенні законодавства про рекламу, несуть дисциплінарну, цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність. Зокрема це стосується рекламодавців, винних:

- у замовленні реклами продукції, виробництво та/або обіг якої заборонено законом;
- у наданні недостовірної інформації виробнику реклами, необхідної для виробництва реклами;
- у замовленні розповсюдження реклами, забороненої законом;
- у недотриманні встановлених законом вимог щодо змісту реклами;
- у порушенні порядку розповсюдження реклами, якщо реклама розповсюджується ними самостійно.

Щодо виробників реклами, то вони несуть відповідальність за порушення прав третіх осіб при виготовленні реклами. А розповсюджувачі реклами несуть відповідальність за порушення встановленого законодавством порядку розповсюдження та розміщення реклами.

Реклама розповсюджується з метою привернути увагу споживача до певних товарів, робіт, послуг. Відповідно до ст. 699 ЦК України пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, звернена до невизначеного кола осіб, є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору. Це правило діє у сфері роздрібної купівлі-продажу.

У разі виявлення інтересу споживача до товару – рекламу можна вважати успішною. Бутенко Н. В. виділяє основні цілі, які переслідує реклама: формування у споживача визначеного рівня знань про даний товар/послугу; формування у споживача визначеного образу фірми; формування у споживача доброзичливого

ставлення до фірми; спонукання споживача знову звернутися до даної фірми; спонукання споживача до придбання даного товару/послуги у даної фірми; стимулювання збуту товару/послуги; прискорення товарообігу фірми; прагнення зробити даного споживача постійним покупцем даного товару/послуги ¹.

Традиційно, відповідно до завдань, *рекламу можна поділити на: комерційну, соціальну та політичну; добросовісну та недобросовісну; явну та приховану; внутрішню, зовнішню, таку, що здійснюється через засоби масової інформації, а також Інтернет-рекламу*. Більшість видів не потребує окремого тлумачення, Закон України «Про рекламу» пояснює лише окремі поняття. Так, прихована реклама – інформація про особу чи товар у програмі, передачі, публікації, якщо така інформація слугує рекламним цілям і може вводити в оману осіб щодо дійсної мети таких програм, передач, публікацій. Саме тому така реклама і заборонена.

А під недобросовісною рекламою розуміється реклама, яка вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам, державі чи суспільству внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, замовчування, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження. Саме поняття недобросовісної реклами є оціночним. Тому оцінка реклами як недобросовісної потребує урахування усіх конкретних обставин справи. До речі, варто зазначити, що така норма національного законодавства відповідає нормі *Директиви Європейського Економічного Співтовариства «Щодо наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів стосовно реклами, яка вводить в оману»² від 10 вересня 1984 року*. У Директиві визначено, що *реклама, яка вводить в оману, означає будь-яку рекламу, котра в будь-який спосіб,*

¹ Бутенко, Н. В. Маркетинг [Текст] : Підручник / Н.В. Бутенко. К. : Атіка, 2006. С. 300.

² Директива Ради 84/450/ЄЕС «Щодо наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів стосовно реклами, яка вводить в оману». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_347

включаючи метод її подання, вводить в оману або здатна ввести в оману осіб, яким вона адресована або увагу яких вона привертає, і котра через свій обманливий характер здатна впливати на їхню економічну поведінку або з цих причин завдає шкоди або здатна завдати шкоди конкуренту.

Щодо зовнішньої реклами, то Закон визначає її як рекламу, що розміщується на спеціальних тимчасових і стаціонарних конструкціях – рекламоносіях, розташованих на відкритій місцевості, а також на зовнішніх поверхнях будинків, споруд, на елементах вуличного обладнання, над проїжджою частиною вулиць і доріг.

Внутрішня реклама розміщується всередині будинків, споруд, у тому числі в кінотеатрах і театрах під час, до і після демонстрації кінофільмів та вистав, концертів, а також під час спортивних змагань, що проходять у закритих приміщеннях, крім місць торгівлі (у тому числі буфетів, кіосків, яток), де може розміщуватись інформація про товари, що безпосередньо в цих місцях продаються.

16.2. Особливості та види реклами в Інтернеті

Щодо Інтернет-реклами, то ні окремого визначення, ні особливого правового регулювання законодавець не передбачив, вважаючи, що звичного підходу до регулювання реклами є достатньо.

Для справедливості, необхідно зазначити, що в 2008 році у Верховні Раді України розглядався законопроект «Про Інтернет-рекламу»¹, проте він так і не був прийнятим.

У чинному ж Законі України «Про рекламу» міститься лише одна норма, що згадує про Інтернет. А саме, ст. 20 Закону передбачає, що реклама тютюнових виробів, реклама знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF2EU00A.html

якими випускаються тютюнові вироби, забороняється: у мережі Інтернет, крім веб-сайтів, призначених для повнолітніх осіб, обов'язковою умовою доступу до яких є попередня ідентифікація віку користувачів. Більше згадки про рекламу у мережі Інтернет в Законі немає.

Хоча заперечувати, що Інтернет-ринок має свою особливість та велику кількість неврегульованих питань, ніхто не зможе. Необхідно вказати, що сьогодні електронна комерція активно витісняє традиційну.

За підрахунками аналітиків в Україні через мережу Інтернет лише у 2016 році було придбано на 73% товарів більше, ніж торік – на суму 8,5 млрд. гривень¹. І хоча онлайн-реклама вважається порівняно новим явищем та щодня маркетологи вигадують нові способи доступу до користувачів «всесвітньої павутини».

Відповідно до Закону України «Про телекомунікації»² від 18 листопада 2003 року Інтернет – це всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами.

Інтернет створювався як інформаційна база даних, як швидкий спосіб спілкування, позаяк винахідливі підприємці зрозуміли, що це і зручний майданчик для реклами. Правдивою є фраза найбагатшої людини в світі Білла Гейтса, що «якщо тебе немає в Інтернеті, значить тебе немає ніде»³, що для підприємців означає – якщо Вашого бізнесу нема в Інтернеті, то у Вас нема бізнесу.

Інтернет є глобальною мережею, що не має кордонів. Перше питання, що виникає – законодавство якої держави врегульовує рекламну діяльність на певному сайті. Для цього необхідно звер-

¹ E-COMMERCE в Україні: Підсумки 2016. Топові тренди 2017. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://logist.fm/publications/e-commerce-v-ukrayini-pidsumki-2016-topovi-trendi-2017>

² Про телекомунікації: Закон України від 18.11.2003. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 12. Ст. 155.

³ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Білл_Гейтс#cite_note-12

нути увагу на домен, на якому зареєстрований сайт. Так, домен .UA є доменом верхнього рівня ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, створений на основі кодування назв країн відповідно до міжнародних стандартів, для обслуговування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет¹. Тому сайти, зареєстровані на національному домені .UA вважатимуться українськими і на них повністю поширюється вітчизняне законодавство, в тому числі і щодо реклами.

Необхідно вказати, що *сучасна Інтернет-реклама також поділяється на окремі види. Так, дослідники розділяють: медійну рекламу, банерну рекламу, контекстну рекламу, просування в соціальних мережах, геоконтекстну рекламу, вірусну рекламу, продакт-плейсмент в онлайн-іграх, електронну пошту як рекламу, спливні (pop-up) вікна та sruware, електронні дошки оголошень, а також участь у рейтингах*² та інші. На характеристиці кожного з цих видів варто зупинитися детальніше.

Перш за все, до вибору Інтернет-реклами, підприємець повинен створити власний веб-сайт, який також можна вважати проявом реклами. Це сторінка-візитка, що містить інформацію про особу та його товар (роботи, послуги), а також контактні дані для зв'язку.

Медійна реклама, своєю чергою, це реклама, в якій використовуються текстово-графічні рекламні матеріали. Вона розміщується на відповідних веб-сайтах (реklamних майданчиках), що мають, як правило, цільову аудиторію.

Перед укладенням договору на розповсюдження такої реклами проводиться дослідження аудиторії сайту (за географічними, віковими, соціальними та іншими критеріями), час, витрачений ними на сайті та інші дані, щоб визначити, наскільки ефективною буде реклама на даному сайті.

¹ Демченко К. Медійна реклама в Інтернеті: закон один для всіх. Юридична газета від 04.09.2012. № 36.

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Інтернет-реклама>

Дослідження здійснюється за допомогою аналізу куків (Cookies) – файлів, які зберігаються браузером на комп'ютері і містять в собі різні дані про сайти, які відвідувались останнім часом¹, а також за допомогою лічильників відвідування сайту.

Вибірка потенційних клієнтів називається *таргетингом* (від англійського target – мета). В результаті обирається той сайт, де кількість потенційних клієнтів буде найбільшою. Існує поняття *ретаргетинг* – це спосіб повторювати рекламне повідомлення особам, що вже досліджувались та вчинили певні дії, що свідчать про зацікавленість товаром.

Оплата за таку рекламу визначається переважно за 1 тис. її показів або ж за кожен клік окремо.

Банерна реклама – це Інтернет-реклама, яка розміщується у вигляді статичних або динамічних картинок (банерів) на сайтах². Банер – це графічне зображення у форматі jpg, png, gif або flash, що містить гіперпосилання на рекламовану компанію або товар³.

Для розміщення такої реклами існують різні види договорів, зокрема, договір про розміщення реклами на сайті чи банерній мережі (рекламна мережа сайтів, що використовується для показу банерної реклами одразу великій кількості сайтів-учасників⁴). Договір може укладатись на тимчасове розміщення реклами (Flat fee – фіксоване розміщення реклами на заданий проміжок часу) або ж на абонентське обслуговування.

Для такого виду договорів найбільше значення має ефективність банеру, що визначається через співвідношення числа клі-

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: badcomp.net/internet/168-scho-take-cookies-kuki.html

² Проект Закону України «Про Інтернет рекламу». URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/JF2EU00A.html

³ Банерна реклама. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://webstudio2u.net/ua/internet-ad/99-banners.html>

⁴ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: [https://uk.wikipedia.org/wiki/ Банерна_мережа](https://uk.wikipedia.org/wiki/Банерна_мережа)

ків на рекламу і числа її показів (CTR – click through rate¹). Отже, чим більше кліків, тим ефективніший банер.

За показником CTR договори можна поділити на певні підвиди. Зокрема, популярним є умова CPM (cost per mille²), що визначає ціну за тисячу переглядів. Вона гарантує рекламодавцю оплачену кількість переглядів його реклами.

Умова CPV (cost per visitor³) передбачає оплату за кожного відвідувача окремо, залученого на сайт рекламодавця.

Умова CPA (cost per action⁴) визначає ціну за певну визначену дію користувача. Це може бути і реєстрація користувача, і перехід всередині сайту, заповнення форми, оплата замовлення, підписка на e-mail розсилку, завантаження файлу чи будь-яка інша дія, яка буде погоджена сторонами і може математично відслідковуватись програмою сайту.

А умова CPS (cost per sale⁵) передбачає оплату за продаж рекламованого товару. Переважно, оплата визначається відсотком від суми продажу.

За іншим договором можна врегулювати взаємний показ реклами один одного на сайтах-партнерах. Умови договору можуть визначати кому і наскільки часто показувати таку рекламу. Саме розміщення реклами буде безкоштовним. Велика мережа банерних сайтів-партнерів можуть визначити накопичені покази як своєрідну валюту, відповідно до якої можна передавати і реалізувати певні рекламні послуги. У разі виявлення зловживань (накручування кліків і показів за допомогою спеціальних програм-ботів), ці покази згорають або ж навіть договір про співпрацю розривається.

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Рейтинг_кліків

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://ru.wikipedia.org/wiki/CPT>

³ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.knowonlineadvertising.com/facts-about-online-advertising/basic-formulas-in-internet-advertising/>

⁴ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Cost_Per_Action

⁵ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://ru.wikipedia.org/wiki/CPS>

Контекстна реклама – це реклама, в якій рекламна інформація відповідає змісту (контексту) веб-сайту. Тобто, це реклама товарів на відповідних тематичних сайтах або ж реклама за пошуком ключового слова, яке запитує сам користувач. Такий вид реклами вважається найефективнішим, адже потенційний споживач сам її шукає.

Для реалізації такої реклами пошукові системи створюють свої власні системи контекстної реклами, через які вони і отримують прибутки. Для прикладу, це Google – Google AdWords¹. Такі системи контекстної реклами розміщують рекламу як і окремий результат пошуку, так і на сторінках-результатах пошуку, що вибирає користувач.

Така реклама переважно оплачується за договором CPC (Cost Per Click²), тобто за перехід користувача за рекламним посиланням. Можливим є продаж рекламного місця за ключовим словом на аукціоні, який виграє той, хто запропонує найвищу ціну за перехід за посиланням. Для прикладу, при пошуку за ключовим словом «автомобіль» перше місце в пошуку отримує та марка автомобілів, яка готова заплатити за це найвищу ціну.

Геоконтекстна реклама це та ж контекстна реклама, що додатково враховує місцезнаходження користувача. Як правило, вона використовується на мобільних телефонах, планшетах та дозволяє за допомогою карти швидко знайти найближчі за розташуванням запитувані товари та сервіси, наприклад, ресторан чи заправку.

Просування в соціальних мережах теж є видом реклами. Кожен підприємець може створити безкоштовно свою власну сторінку або групу в популярній соціальній мережі і використовувати її для реклами свого товару за аналогією з сайтом-візиткою. А у разі використання методу таргетингу та

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.google.com.ua/intl/uk/adwords/start/?channel=gdn>

² URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://elama.ru/faq/new_part_1.php?verify_authentication=false

нав'язування реклами своєї сторінки для невідомих користувачів, така реклама стане платною. Так, для прикладу, соціальна мережа Facebook дозволяє розміщувати рекламу для вибраної групи користувачів, називаючи її «Suggested Post» та позначаючи її як платну (sponsored).

Вірусну рекламу порівнюють з грипом, що передається від однієї людини до інших через сприятливе середовище. На відміну від вищеописаних видів, вірусна реклама передається користувачами самостійно, а не нав'язується їм розповсюджувачами реклами, а отже таке розповсюдження є безкоштовним. Найтипівшим прикладом вірусної реклами є смішні відеоролики.

Під продакт-плейсментом в онлайн-іграх мається на увазі рекламування товару в ігрових операціях. Така реклама є ефективною, адже гравці, захоплені грою, втрачають свідоме розуміння, що це реклама, в них з'являється відчуття, що вони вже цим товаром володіють. Для прикладу, марка автомобіля певного героя гри. До речі, така реклама має ознаки прихованої, тому її використання повинно бути правильно ідентифіковане для споживача.

Електронна пошта також може використовуватись в якості реклами. Цікаво, що першою вважається Інтернет-реклама, що була проведена ще у 1978 році за допомогою попередника Інтернету – ARPANETу (англ. Advanced Research Projects Agency Network – Мережа Агентства передових досліджень¹) саме через електронну пошту. Так, маркетолог Гарі Туерк відправив рекламу нової моделі комп'ютера користувачам західного узбережжя США².

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/ARPANET>

² Шишка Ю. М. Правова природа виникнення та розвитку регламентації рекламної діяльності в мережі Інтернет. Адміністративне право і процес. Науково-практичний журнал, заснований Київським національним університетом імені Тараса Шевченка. 2016. № 1(15).

Така розсилка називається *Delect mail*¹ (пряма або точна пошта) і її суть полягає в цілеспрямованому скеруванні електронних листів певному колу осіб. Вона буде ефективною лише у випадку, якщо перед розсилкою буде зібрана відповідна база даних зацікавлених в товарі (потенційних споживачів).

Така реклама є безкоштовною, хоча створення та опрацювання бази даних користувачів може обійтися досить дорого, адже для такої розсилки потрібна їх згода (переважно у формі заповнення заявки на реєстрацію, де передбачено пункт про бажання отримувати такі розсилки). Для прикладу, це повідомлення постійним клієнтам компанії про акції та сезонні знижки.

Розсилка таких повідомлень невизначеному колу осіб без їх відповідної згоди є спамом. Така назва походить від назви фірми консервованої шинки *Spiced hAM*, що постачалась солдатам армій-союзників США після Другої світової війни, та вважалась продуктом не найвищої якості, термін придатності якої закінчувався.

Реклама цього товару здійснювалась через усі можливі засоби та траплялась споживачам у кожному магазині². З того часу слово *SPAM* асоціюється з нав'язливою рекламою. Більшість систем, що обслуговують електронні поштові сервіси блокують таку рекламу як незаконну, оскільки вона порушує правила користування комп'ютерними мережами. Спам заборонений законодавством багатьох країн.

Поняття «спам» визначене у Правилах надання та отримання телекомунікаційних послуг³. Відповідно до п. 3 Правил *спам*

¹ URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://rektime.info/uk/reklama-v-%D1%96nternet%D1%96>

² Шишка Ю. М. Правова природа виникнення та розвитку регламентації рекламної діяльності в мережі Інтернет. Адміністративне право і процес. Науково-практичний журнал, заснований Київським національним університетом імені Тараса Шевченка. 2016. № 1(15).

³ Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 11.04.2012. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-п>

це – електронні, текстові та/або мультимедійні повідомлення, які без попередньої згоди (замовлення) споживача умисно масово надсилаються на його адресу електронної пошти або кінцеве обладнання абонента, крім повідомлень оператора, провайдера щодо надання послуг.

Відповідно до пп. 23 п. 35 Правил споживачі під час замовлення та/або отримання послуг мають право на припинення оператором, провайдером надання послуг, які вони не замовляли, у тому числі розсилання електронних текстових, мультимедійних та голосових повідомлень, спаму.

А відповідно до пп. 14 п. 36 Правил споживачі зобов'язані не здійснювати зловмисні виклики, не замовляти, не пропонувати розсилання та не розповсюджувати спам. Оператори та провайдери зобов'язані не розповсюджувати спам (пп. 23 п. 39 Правил). Оператор, провайдер може тимчасово припиняти надання послуг з власної ініціативи в разі встановлення факту розсилання споживачем спаму (на строк, визначений договором) – пп. 6 п. 54 Правил.

Згідно Закону України «Про електронну комерцію»¹ комерційне електронне повідомлення може надсилатися особі без її згоди лише за умови, що вона може відмовитися від подальшого отримання таких повідомлень.

Спливні (pop-up) вікна та spyware досить схожі до спаму, проте вважаються шкідливими, адже для їх розповсюдження створюються дорогі програми, що проникають в комп'ютер користувача та прирівнюються до вірусів.

Окремо виділяють *Rich-Media (ролики і графіка поверх сторінки), Pop-Under (реклама в новому вікні браузера), Top-Line (розтяжки над вмістом сторінки)*. Система OPERA створила програму, що їх блокує.

¹ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 45. Ст.410

Електронні дошки оголошень це – сайти, які працюють за принципом звичайної дошки оголошень, тобто містять відповідну рекламну інформацію.

Участь у рейтингах не вважається популярним методом реклами, адже авторитетність більшості рейтингів викликають сумніви в користувачів.

Незалежно від виду Інтернет-реклама повинна відповідати тим же нормам, що регулюють традиційну рекламу держави, в якій зареєстрований сайт. Проте варто звернути увагу, що через технічні особливості Інтернету, контроль за дотриманням цього законодавства є досить обмеженим.

Так, в Україні основним органом, що уповноважений контролювати законність Інтернет-реклами є вищезгадана Державна служба України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів, а боротись з шахрайством користувачів (частинною якого може бути і Інтернет-реклама) повинен Департамент Кіберполіції Національної поліції України.

РОЗДІЛ 17. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ІТ-ТЕХНОЛОГІЙ У БУДІВНИЦТВІ

Інформаційні технології (далі – ІТ) в процесі сучасного будівництва займають далеко не останнє місце за своєю значимістю. На сьогодні, від самого початку проектних робіт до втілення в життя конкретних розробок широко використовуються системи автоматизованого проектування, які забезпечують багатоваріантність проектів та можливу перевірку їх стану в подальшому, будівельна та комп'ютерна техніка вимагає відповідного інформаційно-технічного забезпечення, зведення будівель у концепції «смарт хауз» також потребують програмного керування.

Працівники ІТ-індустрії України створили масштабний ринок ІТ послуг в Україні, яких потребує не лише національний бізнес, але й іноземні інвестори та контрагенти. Відтак, вагоме місце серед усіх договорів займають зовнішньоекономічні договори, особливості яких потребують дослідження. Беззаперечно, одну із ключових ролей в такому попиті на ІТ-послуги власне українського виробництва відіграє їх відносно низька ціна та висока якість. Програмне забезпечення будівельної галузі України оцінюють у близько 1 млрд. доларів США¹.

Тим не менш, попри те, що суспільні відносини в ІТ сфері на теренах України зробили значний ривок вперед, законодавство та юридична практика лише намагаються належним чином реагувати на такі стрімкі зміни. Багато питань залишаються невирішеними, що, беззаперечно, вказує на вагомість дослідження такої «забезпечувальної сфери» як ІТ, правових підстав їх створення та використання, особливостей залучення та співпраці із працівниками ІТ-індустрії, зокрема і у сфері будівництва.

Основний сектор ІТ-технологій у сфері будівництва займає програмне забезпечення процесу проектування та зведення

¹ ІТ у сфері будівництва. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://yurholding.com/news/117-t-u-sfer-budvnictva.html>

будівлі, а відтак – і відстеження стану будівництва на конкретних етапах, так звані системи конструкторського проектування, які спрямовані на те, аби забезпечити багатоваріантність проектів завдяки зміні та варіації вихідних даних, збільшити якість проектування, зменшити кількість необхідних витратних матеріалів, інженерно-технічних працівників, зайнятих проектуванням і конструюванням, та коштів, скоротити строки проектування. Перманентний та неосяжний прогрес проєктованих об'єктів, сучасних технологій і техніки вимагає появи нових, удосконалених програм, які повинні замінити старі, менш вдалі аналоги.

Для архітектурного проектування, інженерних і будівельних розрахунків застосовується програмне забезпечення, яке умовно можна розділити на:

1) програмне забезпечення для архітектурно-будівельного проектування та підготовки будівельної документації (Autodesk Building Design Suite; Autodesk Revit Architecture; Autodesk Factory Design Suite; Autodesk Factory Design Suite; AutoCAD Architecture);

2) системи для моніторингу архітектурно-будівельних проєктів та планування будівельних робіт (Autodesk Navisworks);

3) проектування будівельних конструкцій (Autodesk Revit Structure; Tekla Structures);

4) проектування інженерних систем будівель (AutoCAD MEP, Revit MEP);

5) системи автоматизованого проектування загального призначення (AutoCAD; AutoCAD LT, Autodesk 3ds MaxDesign; Std Manager CS);

6) архітектурно-будівельні додатки для AutoCAD (ПАРКС, СПДС Graphi CS);

7) програми для розрахунку будівельних конструкцій (SCAD Office, SCAD (StructureCAD), Комета, Кристалл, Арбат, Камин, Монолит, Конструктор сечений, КоКон);

8) додатки для проектування і розрахунків сантехнічних систем (АРС-ПС, ВЕНТСИС);

9) програми для проектування і розрахунків трубопроводів, теплообмінників тощо. (AutoCAD Plant 3D, Autodesk Plant Design Suite, Plant 4D, СТАРТ, ГІДРОСИСТЕМА, РЕСУРС, Еколог-ШУМ тощо);

10) програми для геотехнічних розрахунків (Plaxis, Plaxis Dynamics Module, Plax Flow, Plaxis 3D Tunnel, Plaxis 3D Foundation);

11) проектування об'єктів інфраструктури (Autodesk Civil 3D, Geoni CS)¹.

Використовуючи наведені комп'ютерні програми, можна забезпечити комплекс наскрізного автоматизованого проектування практично всіх частин і розділів робочої документації².

Усі програми можуть використовуватись проектними організаціями за умови отримання ліцензії (письмового повноваження, яке надає їм право на використання об'єкта права інтелектуальної власності – програми), укладення із правоволодільцем ліцензійного договору або купівлі ліцензійного програмного забезпечення (диску з програмою, до прикладу).

Програмне забезпечення для сучасної будівельної техніки, що управляється за допомогою комп'ютерів, також вимагає відповідного програмного забезпечення. Наприклад, моделі для 3D-друку, в тому числі і в галузі будівництва, зазвичай поширюються в файлах формату STL. Щоб перетворити STL-файл в G-код (мова, яку розуміє 3D-принтер), потрібною є «програма-слайсер» (назва зумовлена тим, що програма нарізає («to slice» – з англ.

¹ Сучасні комп'ютерні системи та технології в будівництві та архітектурі. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://ekit.org.ua/uk/content/suchasni-kompyuterni-systemy-ta-tehnologiyi-v-budivnyctvi-ta-arhitekturi>

² Досвід автоматизації проектних робіт у будівельній галузі. В. Й. Хазін, С. В. Хазін./ Збірник наукових праць [Полтавського національного технічного університету ім. Ю. Кондратюка]. Сер. : Галузеве машинобудування, будівництво. 2010. Вип. 2. С. 152-155. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Znpgmb_2010_2_28

«різати») 3D-модель на безліч плоских двовимірних шарів, з яких 3D-принтер буде складати фізичний об'єкт. Серед відомих «програма-слайсерів» слід згадати такі: TinkerCAD, 3DTin, Sculptris, ViewSTL, Netfabb Basic, Repetier, FreeCAD, SketchUp, Simplify3D, Blender, OctoPrint та інші.

Як правило, необхідне програмне забезпечення йде в комплекті з 3D-принтером. Так, наприклад, принтери Ultimaker і RepRap комплектуються програмним забезпеченням Cura, а MakerBot – MakerWare і ReplicatorG. Фактично, придбаваючи 3D-принтер ви «в пакеті» отримуєте і ліцензійне програмне забезпечення. В такому випадку за використання відповідних програм, які є об'єктами права інтелектуальної власності конкретних осіб (компаній), тобто за отримання ліцензії, ви платите в комплексі із самим устаткуванням.

Однак, може йтися і про законне скачування програмного забезпечення, яке поширюється на умовах публічних безоплатних ліцензій, що надають особі, яка приєдналася, безоплатний дозвіл на: використання комп'ютерної програми з будь-якою метою; доступ до вихідного коду; будь-які дослідження механізмів функціонування програми; використання механізмів (принципів) функціонування будь-яких довільних частин коду програми для створення інших програм та (або) адаптації до потреб користувача; відтворення комп'ютерної програми і розповсюдження її примірників будь-яким способом та в будь-якій формі; внесення змін і вільне розповсюдження як оригінальної комп'ютерної програми, так і зміненої, на тих самих умовах, під які підпадає і оригінальна комп'ютерної програма, якщо інше не передбачено ліцензією.

Наприклад, «Cura» – це програмне забезпечення, яке розповсюджується безкоштовно з можливістю обрання широкого кола налаштувань і плагінів. За її допомогою можна динамічно змінювати температуру під час друку, або скажімо надрукувати деревні кільця при друку пластиком Laywoo-D3, а також багато іншого.

Прорахунок моделі відбувається вкрай швидко – «на льоту». Це пов'язано з тим, що в цьому програмному забезпеченні застосований власний високошвидкісний слайсер.

У світлі сучасних тенденцій дедалі більшої популярності набирає ще одна технологія – облаштування будівель системою «розумний будинок» – високотехнологічним комплексом, який допомагає здійснювати швидке та якісне управління системами освітлення, кондиціонування, генерації, подачі та використання електроенергії (в тому числі аварійної подачі електроенергії), опалення, охоронної та пожежної сигналізації.

Наприклад, усім відома із сучасної кінематографії можливість вмикати та вимикати світло в кімнаті залежно від кількості оплесків руками: один – вимкнути, два – ввімкнути.

Така опція стає можливою завдяки програмування датчика звуку, який реагуватиме власне на оплески долонь і при цьому запускатиме механізм освітлення (або вимкнення світла).

Спеціальні електронні датчики можуть запобігати перевитраті електроенергії, а також зберегти від пожежі або протікання в трубопроводі. Відтак, така система допомагає полегшено управляти абсолютно всім домашнім господарством, отримати максимально швидко інформацію про стан вашого будинку, при цьому знаходячись від нього на значній відстані.

Слід зазначити, що технологію «розумний будинок» не слід плутати із концепцією внутрішнього планування та використання корисних площ – «смарт житла», яка передбачає, що в невеликій квартирі, площею від 18 до 55 кв.м (а найчастіше 22-26 кв.м), скорочуються неефективні зони, такі як коридори, а також прибираються глухі кути, які не використовуються, для економії електроенергії розміщення всіх робочих зон продумується вздовж «світлової лінії», застосовуються раціональні меблевi рішення.

Отже, «смарт житло» передбачає радше розумне планування з ергономічним використанням площ і ресурсів, в той час як технологія «розумного будинку» передбачає керування функціями

будинку за допомогою комп'ютерних технологій із відповідним програмним забезпеченням.

Відтак, як вбачається із вищенаведеного, як в проектуванні, так і для функціонування будівельної техніки і здійснення керівництва системою «розумний будинок» використовується відповідне програмне забезпечення – комп'ютерні програми і дані, призначені для розв'язку певного кола завдань, що зберігаються в цифровому вигляді.

Функціонування мережі Інтернет зумовило появу електронного бізнесу, від успішності ведення якого залежить ефективність функціонування компанії як такої.

Сфера будівництва не є виключенням: сьогодні замовити проект будівництва будинку, обговорювати внесення до нього змін та доповнень, обрати дизайн екстер'єру та інтер'єру, оформити замовлення і доставку будівельних матеріалів, обрати меблі та облаштувати ландшафтний дизайн можна лише за допомогою комп'ютера, не виходячи з дому.

У мережі Інтернет будівельні компанії, окремі дизайнери та проектувальники можуть здійснювати рекламу своїх послуг та робіт, пропонувати до огляду товари, приймати замовлення і оплату та організовувати доставку. Відтак, питання електронної комерції в будівництві є досить актуальним та потребує дослідження.

Основними ознаками електронної комерції в сфері будівництва є:

- 1) це суспільні відносини, щодо набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків майнового характеру у сфері будівництва;
- 2) метою таких відносин є одержання прибутку;
- 3) такі відносини здійснюються дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.

Важливим є також розмежовувати поняття «електронної комерції в будівництві» та «електронного бізнесу в будівництві».

Вважаємо, що під «електронним бізнесом в будівництві» слід розуміти будь-яку підприємницьку ділову активність (діяльність) суб'єктів будівельної галузі з використанням глобальних інформаційних мереж для модифікації внутрішніх та зовнішніх зв'язків з метою одержання прибутку (це і використання електронних платіжних систем, проведення фінансового аналізу, пошук співробітників та фахівців, маркетингові послуги тощо).

Своєю чергою, «електронна комерція в будівництві» є складовою електронного бізнесу та охоплює вужчу сферу діяльності, а саме – комерційну (з метою отримання прибутку) взаємодію суб'єктів будівельної галузі щодо вчинення правочинів з метою набуття, зміни чи припинення прав та обов'язків майнового характеру, наприклад, купівлі-продажу товарів (робіт, послуг), їх оплати з використанням інформаційних мереж (Internet, мережа стільникового зв'язку, внутрішні локальні мережі фірм).

Ця взаємодія включає в себе налагодження контактів між потенційними контрагентами, обмін інформацією, власне саме укладення правочинів, здійснення електронних платежів, управління системою доставки, інформаційну та гарантійну підтримку (надання інформації про товар або послугу, рекомендації щодо використання товару, консультації замовників).

На нашу думку, усіх учасників відносин електронної комерції у сфері будівництва слід розподілити на три категорії (групи):

1) суб'єкти електронної комерції (суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми, що реалізують товари, виконують роботи чи надають послуги у сфері будівництва з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем та особи, які набувають, замовляють, використовують зазначені товари, роботи, послуги шляхом вчинення електронних правочинів);

2) постачальники послуг проміжного характеру (оператори (провайдери) телекомунікацій, оператори послуг платіжної ін-

фраструктури, інші суб'єкти, що забезпечують передання та зберігання інформації з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем);

3) органи державної влади та органи місцевого самоврядування в частині виконання ними функцій держави або місцевого самоврядування.

Суб'єкт електронної комерції у сфері будівництва (будівельна компанія, компанія з проектування, фізична особа-підприємець, яка виготовляє на замовлення проекти ландшафтного дизайну), який діятиме як продавець (виконавець, постачальник) товарів, робіт, послуг в електронній комерції (далі суб'єкт-продавець) під час своєї діяльності зобов'язаний забезпечити прямий, простий, стабільний доступ інших учасників до необхідної інформації (наприклад, щодо його повного найменування, місцезнаходження (місця реєстрації чи фактичного проживання), адреси електронної пошти та/або адреса Інтернет-магазину; ідентифікаційного коду для юридичної особи або реєстраційний номер облікової картки платника податків для фізичної особи-підприємця, відомостей про ліцензію (серія, номер, строк дії та дата видачі), якщо господарська діяльність підлягає ліцензуванню тощо).

Суб'єкт-продавець також зобов'язаний забезпечити повну відповідність предмета електронного договору, погодженого сторонами, кількісним та якісним характеристикам.

У контексті правового регулювання здійснення діяльності суб'єктами у сфері будівництва в рамках електронної системи прийнято Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 24 листопада 2014 року № 325 «Про затвердження Порядку функціонування електронної системи здійснення декларативних процедур у будівництві».

Так, на сьогодні повідомлення та декларацію про початок виконання підготовчих або про початок виконання будівельних робіт забудовник (фізична або юридична особа) може зареєструвати через мережу Інтернет за допомогою офіційного сайту Державної архітектурно-будівельної інспекції України e-dabi.gov.ua у розділі «Електронні адміністративні послуги».

Для внесення даних на заявку на отримання адміністративної послуги необхідним елементом є отримання електронного підпису, який використовується для ідентифікації автора та/або підписувача електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу. Електронний цифровий підпис може застосовуватись лише за умови використання надійних засобів та наявності посиленних сертифікатів відкритих ключів.

На кожне електронне повідомлення або електронну декларацію створюється реєстраційна картка, яка містить: електронне повідомлення або електронну декларацію, яка підписана електронним цифровим підписом суб'єкта звернення; інформацію про документ (дата надходження, унікальний порядковий номер документа, статус документа, вхідний номер); інформацію про суб'єкта звернення (прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи, найменування юридичної особи, адреса електронної пошти, номер телефону); інформацію про електронний цифровий підпис суб'єкта звернення; назву адміністративної послуги; спосіб отримання результату надання адміністративної послуги; термін надання адміністративної послуги.

Отже, інформаційні технології, які застосовуються у будівництві, є різноманітними. Вони стосуються як порядку і способів розробки проектної документації (з використанням спеціального програмного забезпечення), так і способів будівництва (наприклад, 3D-принтер), «вбудованих» характеристик збудованого об'єкту (так званий «розумний будинок») тощо.

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ:

Яворська Александра Степанівна – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедру інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (*керівник авторського колективу*).

Джочка Ольга Петрівна – адвокат, керуючий партнер адвокатського об'єднання «КД партнерс».

Мартин Володимир Михайлович – кандидат юридичних наук, доцент кафедри інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, адвокат.

Самагальська Юстина Яромирівна – кандидат юридичних наук, асистент кафедри інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, адвокат.

Тарасенко Леонід Леонідович – кандидат юридичних наук, доцент кафедри інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, адвокат.

Тарасенко Христина Юрївна – магістр права, виконавчий директор Центру дослідження інтелектуального права.

**КАФЕДРА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ,
ІНФОРМАЦІЙНОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА
ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ
ЛЬВІВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА**

Право інтелектуальної власності та корпоративне право – це нові напрямки дослідження, необхідність вивчення яких зумовлено зростанням ролі інтелектуальної власності в Україні, а також розвитком корпоративних відносин.

Кафедра інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права була створено у 2015р. згідно наказу Ректора Львівського національного університету імені Франка від 08.05.2015р. № 0-68 на підставі ухвали Вченої Ради Львівського національного університету імені Франка від 29.04.2015р. (протокол № 40/4). Завідувачем кафедри було призначено професора, доктора юридичних наук Яворську Олександру Степанівну.

Кафедра здійснює викладання наступних навчальних дисциплін: Інтелектуальна власність, Корпоративне право, ІТ право, Інформаційне право, а також викладання спецкурсів: Авторське право і суміжні права; Договірні зобов'язання у сфері інтелектуального права; Правова охорона інтелектуальної власності у мережі Інтернет; Патентне право; Право інтелектуальної власності на комерційні позначення /торгові марки, комерційні найменування тощо/; Оподаткування, митне оформлення об'єктів інтелектуальної власності та інші публічні процедури; Правова охорона прав інтелектуальної власності у сфері будівництва; Особливості судового розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності; Медіа-право; Право інтелектуальної власності на результати селекційних досягнень; Рекламне право; Правове регулювання інноваційної діяльності; Правове регулювання інтелектуальної власності в ЄС; Захист права промислової власності; Право інтелектуальної власності на комп'ютерні програми і бази даних; Припинення господарських товариств; Правовий режим майна господарських товариств; Кооперативне право; Правове регулювання

спільного інвестування; Акціонерне право, Право власності; Правове регулювання обігу цінних паперів; Здійснення та захист корпоративних прав держави; Правові аспекти злиття та поглинання; Договори у сфері корпоративного управління та ін.

На кафедрі інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права працюють два доктори юридичних наук, а саме – професор Яворська Олександра Степанівна, професор Ромовська Зорислава Василівна. Науково-педагогічне забезпечення навчального процесу здійснюється також доцентами Довгань Г.В., Мартин В.М., Тарасенко Л.Л. та кандидатами юридичних наук – Полянська І.Я., Самагальська Ю.Я., іншими науково-педагогічними працівниками.

Кафедра інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права співпрацює з органами державної влади, підприємствами, установами та організаціями, що здійснюють діяльність у сфері інтелектуальної власності та корпоративного права. Науковцями кафедри підготовлено підручник «Право інтелектуальної власності» (2016), а також кілька монографій з цивільного та сімейного права (проф. Ромовська З.В. – «Українське цивільне право: загальна частина», 2009, «Українське сімейне право», 2009, «Українське цивільне право: право власності», 2010, «Українське цивільне право: спадкове право», 2011, проф. Яворська О.С. – «Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти», 2009, «Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України», 2008).

Кафедра забезпечує підготовку магістрів за такими напрямками: Інтелектуальна власність та Корпоративне право.

Детальніше про кафедру: <http://law.lnu.edu.ua/department/intelektualnoji-vlasnosti-ta-korporatyvnoho-prava>

ЦЕНТР ДОСЛІДЖЕННЯ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОГО ПРАВА

Центр дослідження інтелектуального права /ЦДП/ – це громадська організація, створена науковцями (представники кафедри інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка) та практиками, які досліджують актуальні питання у сфері інтелектуального права (права інтелектуальної власності).

У рамках своєї діяльності Центр організовує проведення наукових та науково-практичних досліджень у сфері інтелектуальної власності, тренінгів, семінарів, конференцій, симпозіумів, доповідей, лекцій та інших заходів дослідницького та навчально-прикладного характеру.

Центр забезпечує надання кваліфікованої правової оцінки конкретних справ, допомагає у проведенні судових експертиз.

Одним із напрямків діяльності Центру є різностороннє наукове та практичне дослідження сфери авторського права, суміжних прав, патентного права, прав щодо засобів індивідуалізації учасників цивільних відносин, товарів, послуг, сфери договірної права, дослідження сфери ІТ-права, правовий захист в досудовому та судовому порядку прав на програмне забезпечення, доменні імена тощо.

Центр долучається до обговорень, круглих столів тощо з проблематики інтелектуальної власності.

Детальніше про Центр дослідження інтелектуального права: <http://ipcenter.lviv.ua/>