ДОГОВІРНІ ФОРМИ РОЗПОРЯДЖАННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ НА ОБ'ЄКТИ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Національна академія правових наук України

**Науково-дослідний інститут
інтелектуальної власності**

ДОГОВІРНІ ФОРМИ РОЗПОРЯДЖАННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ НА ОБ'ЄКТИ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Монографія

Київ 2014

УДК 347. (77+78)
Д59

Рекомендовано до друку вченою радою Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України (протокол № 8 від 29 жовтня 2013 р.)

Колектив авторів:
Борко Ю. Л. (розділ 9), Горська К. О. (розділ 5), Канзафарова І. С. (розділ 8), Кашинцева О. Ю. (розділ 3), Крижна В. М. (розділ 1), Мацкевич О. О. (розділ 7), Мироненко Н. М. (вступ), Падучак Б. М. (розділ 2), Петренко І. І. (розділ 4), Работягова Л. І (розділ 6).

Рецензенти:
Стефанчук Руслан Олексійович — *доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри представництва інтересів громадян і держави у суді Національної академії прокуратури України*
Кулініч Ольга Олексіївна — *кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доцент*

Науковий редактор:
Мироненко Наталія Михайлівна — *доктор юридичних наук, доцент, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України*

Договірні форми розпоряджання майновими правами
Д59 **на об'єкти авторського права** : монографія / кол. авторів; за наук. ред. Мироненко Н. М.; НДІ ІВ НАПрН України. — К. : Інтерсервіс, 2014. — 248 с.
ISBN

Монографія присвячена дослідженню теоретико-прикладних проблем правового регулювання відносин, пов'язаних з розпоряджанням майновими права на об'єкти авторського права. Проаналізовано особливості застосування договорів при створенні та використані об'єктів авторського права, зокрема літературно-художніх і наукових творів, творів архітектури, особливості використання договорів щодо розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права в Інтернеті, особливості порядку укладення та змісту договорів залежно від сфери застосування, досліджуються проблеми юридичної відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зазначених договорів.

Розрахована на юристів-науковців і практиків, студентів, аспірантів, викладачів вишів, патентних повірених, працівників судових і правоохоронних органів, органів влади та ін.

Відтворення всієї книги чи якої-небудь її частини будь-якими засобами чи в якій-небудь формі, зокрема і в Інтернеті, забороняється без письмового дозволу Інституту.

ISBN

© Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності НАПрН України, 2014

До 20-річчя
Національної академії
правових наук України

ЗМІСТ

Вступ 5

РОЗДІЛ 1
Загальна характеристика договорів з розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права 9

РОЗДІЛ 2
Особливості застосування договірних форм щодо розпоряджання майновими права на наукові твори..... 42

РОЗДІЛ 3
Договори на створення та використання наукового твору в сфері охорони здоров'я..... 60

РОЗДІЛ 4
Договори на створення та використання літературно-художніх творів 93

РОЗДІЛ 5
Особливості охорони та розпоряджання об'єктами авторського права у видавничій діяльності..... 116

РОЗДІЛ 6
Договори щодо розпоряджання майновими правами на архітектурні твори. Твір архітектури як об'єкт договірних відносин 169

РОЗДІЛ 7
Договірні форми реалізації майнових прав на об'єкти авторського права в мережі Інтернет 181

РОЗДІЛ 8
Цивільно-правова відповідальність за порушення авторських договорів 208

РОЗДІЛ 9
Оподаткування авторської винагороди..... 232

ВСТУП

Сучасний етап розвитку людства характеризується бурхливим зростанням інтелектуальної діяльності, результати якої стали безпосередньою складовою матеріального виробництва, об'єктами економічного обігу, товаром.

Охорона прав на результати творчої, інтелектуальної праці була запроваджена порівняно недавно — якихось 300 років тому — та надавалася спочатку тільки певним видам інтелектуальних продуктів, які стали результатами творчої праці та вийшли на ринок — творам літератури і мистецтва, а також винаходам. За період, що пройшов від часу прийняття у світі першого спеціального законодавчого акта в сфері авторського права — Статуту королеви Анни 1709 р. — дотепер відбулися суттєві зміни в підходах до охорони авторського права як на рівні національного законодавства держав світу, так і на міжнародному рівні.

Сьогодні створення ефективного механізму правової охорони та захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, зокрема й авторського права, є запорукою сталого економічного та соціального розвитку держави та громадянського суспільства. Рівень захищеності прав творця й інших суб'єктів права інтелектуальної власності є одним з показників розвитку держави, а інтелектуальний потенціал, створений творчою, інтелектуальною працею людини, визначає її місце у світовому співтоваристві.

Вступ України до СОТ, підготовка до підписання Угоди про співробітництво з країнами ЄС актуалізували проблеми подальшої гармонізації внутрішнього законодавства України з нормами міжнародних договорів у сфері авторського права та суміжних прав. Не зважаючи на оновлення цивільного законодавства, значну частину якого становить зобов'язальне право, зокрема й договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, не всі проблеми вирішені як на законодавчому, так і на доктринальному рівнях. Про необхідність удосконалення договірних форм, які широко використовуються при створенні об'єктів авторського права, перерозподілі майнових прав на них, свідчить судова практика, діяльність організацій колективного управління майновими правами інтелектуальної власності.

Місце та роль цивільного договору в регулюванні авторсько-правових відносин зумовлена його правовою природою та функціями, котрі він покликаний виконувати. Будучи, насам-

перед юридичним фактом, договір породжує зобов'язальні правовідносини, основна мета яких — задоволення, зокрема й економічних, інтересів контрагентів завдяки добросовісному виконанню сторонами покладених на них договором обов'язків і реалізації належних їм прав.

Водночас договір є елементом механізму правового регулювання, поряд з нормами цивільного права. Як форма автономного регулювання суспільних відносин, здійснюваних сторонами договору, як прояв їхньої взаємної волі, останній має відповідну правову конструкцію, що набуває закріплення та визначення в нормативно-правових актах, передусім цивільного та господарського законодавства.

Сьогодні регулятивна функція договору значно зросла завдяки розширенню змісту принципу диспозитивності в регулюванні цивільних правовідносин. Натомість, ст. 6 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) надає сторонам можливість укласти договір, якій не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Розширення розуміння принципу диспозитивності стосовно зобов'язань проявляється й у тому, що сторони при укладенні договору можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, зокрема, визначити права й обов'язки сторін у договорі, які не передбачені актами цивільного законодавства. Проте принцип диспозитивності не поширюється на імперативні приписи, що містяться в актах цивільного законодавства. Не зважаючи на розширення дії принципу диспозитивності в зобов'язальному праві, для цивільного законодавства України характерними залишаються саме поіменовані договори, правові конструкції яких містяться у відповідних нормах цивільного законодавства. Отже, як основні недоліки, так і переваги, а також подальші шляхи вдосконалення використання договорів, перебувають в межах відносно й абсолютно визначених юридичних конструкцій зобов'язань, які опосередковують процес створення та використання об'єктів авторського права. Втім, оцінюючи якість і ефективність відповідних договірних форм розпоряджання майновими авторськими правами та визначаючи шляхи їх подальшого розвитку, необхідно виходити із системного комплексного підходу та діалектичного взаємозв'язку всіх правових явищ, умов і факторів упливу на їх розвиток та гарантій реалізації.

У запропонованій монографії висвітлено низку теоретичних і практичних питань застосування договірної форми розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права.

Зокрема, доведено, що і вибір певної договірної конструкції, і наповнення її відповідним змістом залежать від особливостей об'єкта авторського права, право на котрі розподіляються між контрагентами шляхом укладення та виконання договору.

Вибір об'єктів авторського права, розпоряджання правами на які досліджувались авторським колективом, був зумовлений, насамперед тим, що найчастіше договори укладаються саме щодо розпоряджання майновими правами на літературно-художні та наукові твори, твори архітектури. Водночас, не можна було оминути увагою проблеми застосування договорів щодо розпоряджання майновими правами на об'єкти автор-ського права в мережі Інтернет, яким у монографії присвячений окремий розділ.

Попри те, що відповідно до законодавства України авторські права на твір виникають з факту їх створення, а набуття правової охорони на них не вимагає жодних формальностей, досліджуючи особливості деяких об'єктів авторського права, автори обґрунтовано доводять, що реалізація майнових прав на них особисто творцем подекуди вимагає обов'язкової наявності певних умов, наприклад щодо реалізації майнових прав на твори медицини. Не завжди діє і принцип наявності спільної творчої праці при визнанні співавторства, наприклад, при створенні творів архітектури.

Окрему увагу авторський колектив приділив питанню розподілу майнових прав на об'єкти авторського права, створені під час виконання службового завдання чи функцій. Хоча цьому питанню і не присвячений окремий розділ, авторський колектив дослідив проблеми правового регулювання службових творів у контексті деяких об'єктів авторського права.

Об'єктом наукового пошуку стало дослідження правової природи договору про депонування рукопису наукового твору. В роботі досліджені правові джерела регулювання такого договору, проаналізовані умови його чинності, особливості складу сторін і процедура укладення. Оскільки більшість наукових творів створюється за рахунок державного чи місцевого бюджетів, в монографії дістали подальше обґрунтування положення щодо розподілу майнових прав на такі твори й особливості їх правового оформлення.

Предметом окремого дослідження стали питання, пов'язані з аналізом правових наслідків невиконання чи неналежного виконання договорів щодо розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права, визначені основні види правопорушень і запропоновані шляхи боротьби з ними.

Оскільки монографія за своїми змістом і спрямованістю становить теоретико-прикладне дослідження, авторський колектив разом з висновками теоретичного характеру пропонує читачеві ознайомитися і з пропозиціями щодо вдосконалення договірних конструкцій, що використовуються в сфері авторського права.

Висновки, пропозиції та рекомендації, сформульовані в монографії, ґрунтуються на ретельному аналізі положень доктрини авторського та зобов'язального права, правозастосовної практики. У роботі широко використані приклади конфліктів інтересів між сторонами різних договорів, проаналізовані найбільш характерні помилки, що призводять до таких конфліктів, порядок і наслідки їх вирішення, сформульовані рекомендації, як уникнути негативних ситуацій як при укладенні відповідних договорів, так і, в разі необхідності, захисту порушеного права.

Монографія розрахована на широке коло читачів, сподіваємося, що кожний знайде в ній відповідь з питань щодо використання договірної форми розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права, що визначили структуру пропонованої роботи.

Розділ І

Загальна характеристика договорів з розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права

Особливості об'єктів авторського права

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р., який набрав чинності з 1 січня 2004 р. (далі — ЦК України), закріпив права на об'єкти права інтелектуальної власності в книзі четвертій «Право інтелектуальної власності», а договірні конструкції щодо майнових прав інтелектуальної власності — у главах 75, 76 книги п'ятої «Зобов'язальне право».

Так, відповідно до ст. 420 ЦК України, до об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, належать: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці.

Ці об'єкти залежно від особливостей набуття та змісту прав можна поділити на чотири групи:

1) об'єкти авторського права (твори науки, літератури та мистецтва) й суміжних прав (виконання, фонограми, відеограми, програми (передачі) організацій мовлення);
2) об'єкти патентного права — винахід, корисна модель і промисловий зразок;
3) правові засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг — комерційні найменування, торговельні марки, географічні зазначення;
4) інші (нетрадиційні) об'єкти інтелектуальної власності — наукове відкриття, компонування інтегральної мікросхеми, раціоналізаторська пропозиція, селекційні досягнення (сорт рослин, порода тварин), комерційна таємниця.

Відповідно до ст. 433 ЦК України, об'єктами авторського права є твори, а саме:

1) літературні та художні твори, зокрема: романи, поеми, статті й інші письмові твори; лекції, промови, проповіді та інші усні твори; драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні, інші сценічні твори; музичні твори (з текстом або без тексту); аудіовізуальні твори; твори живопису, архітектури, скульптури та графіки; фотографічні твори; твори ужиткового мистецтва; ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються географії, топографії, архітектури чи науки; переклади, адаптації, аранжування й інші переробки літературних або художніх творів; збірники творів, якщо вони за добором або впорядкуванням їхніх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності;
2) комп'ютерні програми (вони охороняються як літературні твори);
3) компіляції даних (бази даних), якщо вони за добором або впорядкуванням їхніх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності;
4) інші твори.

Однією з особливостей об'єктів авторського права є те, що права на них виникають з моменту створення твору без вчинення будь-яких формальностей, виконання яких є обов'язковим, наприклад для набуття прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин або породу тварин. Отож твори є об'єктами авторського права без виконання будь-яких формальностей щодо них і незалежно від їхньої завершеності, призначення, цінності тощо, а також способу чи форми їх вираження.

Саме з моменту створення твору виникають майнові права інтелектуальної власності на твір, зокрема:

1) право на використання твору;
2) виключне право дозволяти використання твору;
3) право перешкоджати неправомірному використанню твору, зокрема й забороняти таке використання;
4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом (ст. 440 ЦК України).

Легкість набуття прав на об'єкти авторського права зумовлена тим, що кожен автор при створенні твору проявляє свою індивідуальність і здібності, а тому видається неможливим

створення тотожних творів різними особами. На відміну від об'єктів авторського права, наприклад, у патентному праві можливе паралельне винахідництво, тобто створення різними особами незалежно один від одного однакових творчих досягнень, а тому для набуття прав інтелектуальної власності існує нагальна потреба зафіксувати факт створення творчого досягнення шляхом подачі заявки до уповноваженого органу та кваліфікації останнім його як об'єкта інтелектуальної власності.

На особливості набуття прав на об'єкти авторського права необхідно зважати при укладенні договорів щодо них.

Види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності

На сьогодні договірні конструкції стосовно всіх об'єктів права інтелектуальної власності поєднані в главі 75 ЦК України, що називається «Розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності». Незалежно від того, чи укладається договір стосовно літературного твору, бази даних, комп'ютерної програми, винаходу чи торговельної марки, необхідно керуватися насамперед положеннями глави 75 ЦК України, а потім вже спеціальними законами й лише в тій частині, в якій вони не суперечать нормам прийнятого пізніше ЦК України.

Договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності — це група договорів у сфері інтелектуальної власності, спрямованих на набуття, зміну чи припинення майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності. Відповідно до ст. 1107 ЦК України існують такі види договорів:

1) ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
2) ліцензійний договір;
3) договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;
4) договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
5) інший договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Приведений перелік договорів не є вичерпним, оскільки законодавчо не можна передбачити всю різноманітність договірних відносин у сфері інтелектуальної власності. Це означає, що на практиці учасники цивільних відносин можуть укладати й інші договори. Зокрема, до них можна віднести договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуаль-

ної власності, договір щодо управління майновими правами автора чи інших суб'єктів авторського права та суміжних прав, договір між співавторами твору тощо.

Коли мова йде про речі, то їх власник має повноваження з володіння, користування та розпоряджання. У відносних правовідносинах реалізація цих прав може відбуватися шляхом укладення договорів на передачу майна у власність, коли змінюється власник майна (зокрема договорів купівлі-продажу, дарування тощо) та договорів на передачу майна в користування, коли власник майна залишається той же (договорів найму (оренди) та позички). Якщо провести аналогію стосовно об'єктів авторського права, то в першому випадку, коли відбувається зміна правовласника, мова йде про укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, а у другому, коли надається право використання, — ліцензійного договору.

Однак розширення предмета традиційних цивільно-правових договорів майновими правами породило неоднозначне трактування та призвело до розмивання меж з договорами у сфері інтелектуальної власності. Зокрема, в літературі висловлюється думка, що майнові права на твір можуть бути предметом договору купівлі-продажу (ч. 2 ст. 656 ЦК України), договору міни (ст. 716 ЦК України), договору дарування (ч. 2 ст. 718 ЦК України)[1]. Аналогічну позицію можна простежити і щодо застосування положень Цивільного кодексу Російської Федерації (далі — ЦК РФ). Оскільки в ньому закріплено, що предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права, то деякі науковці доходять висновку, що мова йде передусім про купівлю-продаж майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності (прав на використання творів літератури, науки, мистецтва, винаходів, промислових зразків та ін.)»[2].

Такий підхід є помилковим. Той факт, що ЦК України розширив предмет договорів купівлі-продажу, дарування та найму (оренди) майновими правами, зовсім не свідчить про віднесення до предмета цих договорів, зокрема, майнових прав на об'єкти авторського права. При проведенні розмежування між зазначеними договорами, з одного боку, та договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійним договором, з другого, необхідно звертати увагу на

[1] Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданника. — 3-тє вид., перероблене і доповнене. — К., 2010. — С. 902.

[2] Гражданское право. Часть вторая : учебник / под общей ред. А. Г. Калпина. — М. : Юристъ, 2002. — С. 15.

сферу застосування цих договорів. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійний договір є спеціальною правовою формою реалізації прав на об'єкти інтелектуальної власності, зокрема й на об'єкти авторського права. У зв'язку з цим предметом договорів купівлі-продажу, дарування та найму (оренди) можуть бути майнові права, крім майнових прав інтелектуальної власності.

Доречно звернути увагу, що на відміну від традиційних цивільно-правових договорів, у сфері інтелектуальної власності не проводиться розмежування договорів на самостійні види залежно від наявності чи відсутності зустрічного задоволення. Так, якщо, наприклад, договори купівлі-продажу та найму (оренди) є відплатними, а дарування й позички — безвідплатними, то договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійний договір можуть бути як відплатними, так і безвідплатними.

Якщо звернутися до назви, котру обрано для цієї групи договорів у ЦК України, то мова йде про розпоряджання, тобто визначення юридичної долі майнових прав інтелектуальної власності. При цьому зазначений термін у цьому контексті використовується як щодо передачі майнових прав, так і щодо видачі дозволу на використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Крім вище проаналізованих, до цієї групи віднесено також договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. За своєю суттю ці відносини близькі до договорів на виконання робіт. Оскільки в цьому випадку мова йде перш за все про створення результату творчої діяльності, то цей договір не зовсім охоплюється поняттям розпоряджання. Хоч якось обґрунтувати зазначену назву групи договорів можна хіба що тим, що за цим договором все ж таки може бути встановлено механізм розподілу прав на створений у майбутньому об'єкт інтелектуальної власності. Ймовірно, що саме на цю обставину було зроблено акцент.

Інколи висловлюються пропозиції розширити перелік договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, зазначений у главі 75 ЦК України, додавши до нього авторські договори.

З цим навряд чи можна погодитись, оскільки насправді мова йде про різнопланові класифікації договорів на види.

Так, за сферою використання можна виділити:

1) авторські договори,

2) договори в патентному праві,
3) договори щодо правових засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг.

Відрізняються вони тим, що авторські договори використовуються винятково у сфері авторського права і укладається стосовно майнових прав на об'єкти авторського права, у той час як договори в патентному праві — щодо майнових прав на винаходи, корисні моделі чи промислові зразки, а договори щодо засобів індивідуалізації стосуються майнових прав на торговельні марки та комерційні найменування. Тож у кожній із зазначених сфер можуть використовуватись усі договірні конструкції, віднесені ЦК України до договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. З огляду на це авторський договір може бути договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, ліцензійним договором або договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності тощо.

Ще В. Дозорцев зазначав, що за авторським договором одна сторона (автор) дозволяє другій стороні (користувачеві) використовувати твір або надає їй право розпорядитися твором у тому чи тому обсязі, а користувач зобов'язується заплатити авторові винагороду за використання чи надані права[3]. Тож термін «авторський договір» є узагальненим щодо договірних конструкцій у сфері авторського права.

На думку О. В. Жилінкової, договори щодо розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права становлять окремий тип цивільно-правових договорів поряд з іншими видами договірних зобов'язань. Виділення цих договорів в окремий тип зумовлене специфічним предметом, який має нематеріальний характер[4].

Видається більш доцільним говорити про існування таких типів договорів, як договори про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, ліцензійні договори та договори замовлення, а вже всередині цих типів договорів проводити розмежування на види, зокрема й стосовно об'єктів авторського права. Так, ліцензійний договір як тип договору охоплює, наприклад, видавничий договір, за яким надається право на тиражування твору.

---

[3] Дозорцев В. Авторский договор и его типы / В. Дозорцев // Социалистическая законность. — 1984. — № 5. — С. 23.
[4] Жилінкова О. В. Договори в сфері реалізації авторських прав на музичний твір / О. В. Жилінкова. — Х. : Ксилон, 2008. — С. 104.

Класифікаційною ознакою, що її використано в ЦК України, є очікуваний від укладення договору правовий результат. Так, у результаті укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності відбувається зміна правоволодільця, за ліцензійним договором надається право на використання об'єкта інтелектуальної власності, а основна мета договору про створення за замовленням та використання об'єкта права інтелектуальної власності — вчинення дій зі створення результату творчої діяльності.

Оскільки особливість авторського договору полягає в тому, що він використовується винятково у сфері авторського права й укладається стосовно об'єктів авторського права, то недоцільно в одному переліку видів договорів використовувати різні класифікаційні критерії. На наш погляд, більш доцільним є закріплення в нормах щодо чинних договірних конструкцій з розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності певних умов, які відображають специфіку договорів у випадку укладення договорів щодо об'єктів авторського права. Цей підхід частково реалізований у ЦК України. Так, відповідно до п. 8 ст. 1109 ЦК України, якщо в ліцензійному договорі про видання чи інше відтворення твору винагорода визначається як фіксована грошова сума, то в договорі має бути встановлений максимальний тираж твору.

Доречно звернути увагу, що деякі науковці взагалі не проводять розмежування між авторськими договорами та договорами щодо майнових прав інтелектуальної власності. Тож, говорячи про авторські договори мають на увазі будь-які договірні конструкції у сфері інтелектуальної власності.

Так, на їхню думку, систему авторських договорів створюють:

1) договори про відчуження виключних прав, ліцензійні договори (договори про розпоряджання виключними правами);
2) інші договори, предметом яких також є виключні права, але не спрямовані на пряме розпоряджання ними правоволодільцем за договором (наприклад застава патентних прав)[5].

Зрозуміло, що патентні права не можуть бути предметом авторського договору. Звідси можна дійти логічного висновку, що мова йшла взагалі про систему договірних конструкцій у сфері інтелектуальної власності.

---

[5] Коршунов Н. М. Патентное право : учебное пособие для студентов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / Н. М. Коршунов, Н. Д. Эриашвили, Ю. С. Харитонова; под ред. Н. М. Коршунова. — М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. — С. 61.

Також хотілося б звернути увагу, що на практиці інколи помилково називають договірні конструкції у сфері інтелектуальної власності або взагалі не конкретизують назву договору чи використовують назву, не передбачену законодавством. У такому разі для правильної кваліфікації правовідносин потрібно виходити із суті та змісту договору, що дасть можливість правильно визначити вид договору та, відповідно, правильно застосувати норми законодавства.

До того ж необхідно пам'ятати, що, керуючись принципом свободи договору, сторони можуть укладати змішані договори, тобто договори, які містять елементи різних договорів. Відповідно до ч. 2 ст. 628 ЦК України, до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті змішаного договору.

Наприклад, ТОВ «Телепроект» (продюсер) уклав договір з Д. А. Онищенко (режисером), відповідно до якого останній взяв на себе зобов'язання надавати за винагороду послуги режисера-постановника однієї серії (8-ої) 16-серійного телевізійного художнього фільму під робочою назвою «Цепь». Пункт 1.2 цього договору передбачав відчуження режисером на користь продюсера належних йому виключних авторських прав відповідно до ст. 1270 ГК РФ, зокрема й права на відтворення, поширення, первісний показ.

Судова колегія Дев'ятого арбітражного апеляційного суду, аналізуючи умови цього договору дійшла висновку, що цей договір є змішаним, оскільки містить як елементи договору відплатного надання послуг (режисерська робота — ст. 779 ГК РФ), так і договору про відчуження виключних прав (ст. 1234 ГК РФ), зокрема права на відтворення, поширення, первісний показ[6].

Однак Вищий арбітражний суд Російської Федерації по іншій справі між цими сторонами, розтлумачивши відповідно до ст. 431 ЦК РФ умови договору, установив, що в ньому містяться як елементи договору відплатного надання послуг (режисерська робота — ст. 779 ГК РФ), так і договору авторського замовлення, за яким передбачено відчуження за-

[6] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 июля 2010 г. № 09АП-5193/2010-ГК по делу № А40-83388/09-110-482 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc; base=MARB;n=171983;fld=134;dst=4294967295;rnd=0.4420660161807234.

мовникові виключного права на твір, який повинен бути створений режисером (ст. 1234 ГК РФ), зокрема права на відтворення, поширення, первісний показ[7].

Сторони договорів

Суб'єктами правовідносин, які виникають щодо творів науки, літератури та мистецтва, можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Однією зі сторін договору має бути автор або його правонаступник, тобто особа, що має майнові права інтелектуальної власності на результат творчої діяльності або своєю творчою працею за замовленням створить об'єкт авторського права.

Якщо здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом, особи можуть незалежно від віку (п. 2 ч. 1 ст. 31 ЦК України), то для реалізації майнових прав інтелектуальної власності необхідно мати відповідну дієздатність, тобто здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання (ч. 1 ст. 30 ЦК України).

Так, малолітні особи до 14 років мають право самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини, тобто правочини, що задовольняють побутові потреби особи, відповідають її фізичному, духовному чи соціальному розвитку та стосуються предмета, який має невисоку вартість (ст. 31 ЦК України). Тож, хоча талановита малолітня проте може написати картини зі значною вартістю, однак вона не може розпорядитися ними. Через відсутність у таких авторів достатнього життєвого досвіду законодавство надає можливість у їхніх інтересах укладати договори щодо картин батькам або опікунам.

Неповнолітні особи у віці від 14 до 18 років також мають право:

1) самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами;
2) самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом;

[7] Определение Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 18 апреля 2011 г. № ВАС-16839/10 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=194028;div=ARB;mb=ARB;rnd=0.12548657382880923.

3) бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи;
4) самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку).

Решту правочинів такі особи вчиняють за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників (ст. 32 ЦК України).

Отже, хоча за загальним правилом повної цивільної дієздатності особи набувають з моменту досягнення 18 років (ч. 1 ст. 34 ЦК України), законодавство України надає можливість неповнолітнім особам з 14 років без згоди батьків або піклувальників розпоряджатися своїми майновими авторськими правами. З огляду на це, такі особи можуть самостійно укладати договори у сфері інтелектуальної власності.

Однак варто зважати й на можливість обмеження цивільної дієздатності фізичної особи. Так, суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій і (чи) керувати ними. Також суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо й таким чином ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище (ст. 36 ЦК України).

З моменту набрання законної сили рішенням суду про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи така особа може вчиняти правочини щодо розпоряджання майном та інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, лише за згодою піклувальника. Тож ці особи не мають можливості самостійно розпоряджатися майновими правами інтелектуальної власності. Тобто, якщо особа, якій належать авторські майнові права, визнана обмежено дієздатною, вона може бути стороною договору щодо розпоряджання цими правами лише за наявності згоди піклувальника. Така процедура встановлена з метою захисту інтересів особи, котра не завжди здатна усвідомлювати значення своїх дій і (чи) керувати ними чи зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо. Однак, якщо піклувальник безпідставно відмовляє дати згоду на вчинення таких правочинів, особа з обмеженою дієздатністю

може оскаржити цю відмову до органу опіки та піклування чи до суду (ч. 3 ст. 37 ЦК України).

Оскільки дієздатність охоплює не лише здатність укладати правочини, а й нести відповідальність у разі їх невиконання, то доречно звернути увагу, що особа, цивільна дієздатність якої обмежена, самостійно несе відповідальність за порушення нею договору, укладеного за згодою піклувальника, та за шкоду, що завдана нею іншій особі (ч. 5 ст. 37 ЦК України). Отже, незважаючи на те, що договір щодо розпоряджання майновими авторськими правами був укладений зі згоди піклувальника, у випадку його неналежного виконання всі негативні наслідки будуть покладені на сторону договору, тобто на особу з обмеженою дієздатністю.

У разі ж визнання судом фізичної особи недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій і (чи) керувати ними (ч. 1 ст. 39 ЦК України), така особа не має права вчиняти будь-які правочини. Правочини від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах вчиняє її опікун (ч. 3 ст. 41 ЦК України).

Отже, розпорядитися майновими авторськими правами малолітніх осіб до 14 років або недієздатних осіб можуть опікуни. У такому разі саме вони будуть стороною договору, а тому при його невиконанні чи неналежному виконанні опіки чи піклування будуть нести відповідальність.

Однак слід мати на увазі, що опікуни повинні укладати договори виключно в інтересах підопічних. А тому опікун, його дружина, чоловік і близькі родичі (батьки, діти, брати, сестри) не можуть укладати з підопічним договорів, окрім передання майна підопічному у власність за договором дарування чи у безоплатне користування за договором позички. Опікун не може здійснювати дарування від імені підопічного, а також зобов'язуватися від його імені порукою (ст. 68 ЦК України).

Видається, що аналогічні обмеження необхідно поширювати й на сферу права інтелектуальної власності, тобто опікун не повинен мати можливість безоплатно розпоряджатися майновими правами інтелектуальної власності, зокрема через укладення безоплатних договорів про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності чи ліцензійних договорів. Внесення змін до ЦК України з цього приводу усунуло б можливі зловживання в цій сфері.

Стороною авторського договору може бути роботодавець. У такому разі необхідно розмежовувати правовідносини, між

роботодавцем і контрагентом авторського договору та між роботодавцем і працівником. За загальним правилом, закріпленим у ч. 2 ст. 429 ЦК України, майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, і юридичній або фізичній особі, де або в якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Це означає, що якщо роботодавець не врегулював відносини щодо такого об'єкта з працівником, то він не може самостійно розпорядитися правами на зазначений об'єкт. Наприклад, одна юридична особа звернулася до іншої із замовленням розробити ілюстрації за певним сюжетом. Оскільки автором буде працівник, який фактично виконає це замовлення, то за відсутності домовленостей про інше, розпорядитися правами на ілюстрації можуть роботодавець і працівник лише спільно. Якщо ж це замовлення виконував не один працівник, а кілька, то проблема ускладнюється. Одним з можливих варіантів урегулювання цього питання є укладення договору про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності, що буде проаналізований нижче. Тож замовник може набути виключні майнові авторські права лише за умови, що його контрагент, як роботодавець, отримав ці права від працівників.

Форма договорів

Форма правочину — це форма, в яку втілюється волевиявлення, тобто вже об'єктивно виражена зовні воля на вчинення правочину[8].

Правочин може вчинятися усно чи в письмовій формі, а сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом (ч. 1 ст. 205 ЦК України).

Однак за загальним правилом договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності повинні бути укладені у письмовій формі. На відміну від загального правила стосовно недотримання письмової форми, для розглядуваних договорів встановлені спеціальні правові наслідки: у разі недодержання письмової форми договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності такий договір є нікчемним (ч. 2 ст. 1107 ЦК України). Тож за відсутності письмового договору в сфері інтелектуальної власно-

[8] Советское гражданское право : учебник в 2-х частях / под ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. — 2-е изд., перераб. и доп. — К. : Вища школа, 1983. — Ч. 1. — С. 210.

сті між суб'єктами не виникають правовідносини, а тому відсутня можливість доказувати існування договору іншими способами.

Як виняток, законом можуть бути встановлені випадки, в яких зазначений договір може укладатись усно. Зокрема, відповідно до п. 1 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», в усній формі може укладатися договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо).

Законодавство не передбачає обов'язкової державної реєстрації договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Однак на вимогу будь-якої сторони ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензійний договір, договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності та договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності можуть бути зареєстровані в порядку, встановленому законом. Іншими словами, сторони договору мають право на офіційне загальнодоступне інформування інших осіб про укладення зазначених договорів. Оскільки державна реєстрація зазначених договорів є необов'язковою, то її відсутність не впливає на чинність прав, наданих за ліцензією чи іншим договором, та інших прав на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності, зокрема на право ліцензіата звернутися до суду за захистом свого права (ч. 1 ст. 1114 ЦК України).

Оскільки авторське право на твір виникає з факту його створення без вчинення формальних дій, а відповідно, відсутній єдиний реєстр об'єктів авторського права, то не існує необхідності реєстрації договорів стосовно цих об'єктів з метою внесення до реєстру інформації про зміну правоволодільця. Однак, відповідно до п. 5 ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права», суб'єкт авторського права для засвідчення авторства чи авторського права на оприлюднений або неоприлюднений твір, факту та дати опублікування твору чи договорів, які стосуються права автора на твір, у будь-який час протягом строку охорони авторського права може зареєструвати своє авторське право у відповідних державних реєстрах.

Ліцензія та ліцензійні договори

Насамперед до групи договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності віднесено ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

У перекладі з латини слово «ліцензія» *(licence)* означає «свобода, право, дозвіл». Це поняття відоме не лише цивільному, але й іншим галузям права. Наприклад, в адміністративному праві під ним розуміють спеціальний дозвіл, який видається уповноваженими державними органами. Що стосується сфери авторського права, то ліцензію може видавати автор чи інша особа, котрій належать авторські майнові права інтелектуальної власності.

Видача ліцензії може бути оформлена як самостійний документ або шляхом укладення ліцензійного договору. Однак власне ліцензія є одностороннім правочином і не може розглядатись як вид договору. Аналогічне розмежування можна провести на прикладі довіреності як одностороннього правочину, та договору доручення.

Оскільки ліцензія є односторонній правочин, то не доречно ставити її поряд з ліцензійним договором як різновид договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Доцільніше було б ліцензії та ліцензійний договір регулювати спільно. Тож положення ЦК України стосовно ліцензії та ліцензійного договору будемо розглядати спільно.

Одним з повноважень особи, що має майнові права інтелектуальної власності, є виключне право дозволяти використання результату творчої діяльності іншими особами. Це право може бути реалізовано через видачу ліцензії чи укладення ліцензійного договору.

Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності — це письмове повноваження, видане особою, що має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіара), іншій особі (ліцензіату), яке надає останній право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері.

Така ліцензія може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору. Як у першому, так і в другому випадках мета правовідносин зводиться до отримання зацікавленою особою дозволу, який є гарантією того, що правоволоділець не буде забороняти використання об'єкта інтелектуальної власності в певних межах. Різниця між ліцензією та ліцензійним договором полягає в кількості осіб, волевиявлення яких необхідне для чинності дозволу: при видачі ліцензії достатньо волевиявлення однієї особи (правоволодільця), а при укладенні договору обов'язкове вираження та погодження волі двох сторін (правоволодільця та користувача).

Так, покупку диска з комп'ютерною програмою досить часто супроводжує ліцензія на паперовому носії чи в електронному вигляді, що містить лише волевиявлення правоволодільця.

Залежно від різноманітних підстав (предмет, обсяг прав, умови надання тощо) можна класифікувати ліцензії на види.

За предметом розрізняють ліцензії на: винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин або об'єкт авторського права.

За обсягом прав, які надаються, розрізняють обмежені та повні ліцензії.

Цивільний кодекс України закріплює три види обмежених ліцензій: виключна, одинична, невиключна (ч. 3 ст. 1108 ЦК України). Відмінність між ними полягає в тому, наскільки виключена конкуренція ліцензіара та інших осіб зі сфери діяльності ліцензіата. Вибір типу ліцензії залежить передусім від обсягу ринку та характеру об'єкта.

Невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта в зазначеній сфері. Отже, повноваження особи, котрій належать майнові права на об'єкт авторського права, ні за змістом, ні за обсягом не зменшуються. У спеціальній літературі невиключну ліцензію ще називають простою.

На практиці невиключні ліцензії поширені, зазвичай, у тих галузях, де творчі досягнення належні до сфери масового виробництва й широкого споживання. Пояснюється це тим, що тут існує постійна потреба у створюваній продукції, тому наявність декількох ліцензіатів не буде перешкоджати її нормальній реалізації. Крім цього, декілька ліцензіатів швидше освоять ринок. Наприклад, певний твір користується широким попитом, а тому кілька видавців можуть одночасно друкувати книги з його використанням.

Одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату та виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливості використання цього об'єкта ліцензіаром. Можливо саме тому, що поряд із суб'єктом авторського права в обумовлених межах може застосовувати об'єкт інтелектуальної власності лише один ліцензіат, у літературі такий вид ліцензії інколи

називають одноособовою. При цьому, крім точки зору, що ця ліцензія є самостійним видом ліцензії[9], поширена й думка, що така ліцензія є лише різновидом виключної ліцензії[10]. ЦК України дотримується першої позиції.

Виключна ліцензія видається лише одному ліцензіату та виключає можливість використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта в зазначеній сфері. Такий варіант найбільш привабливий для видавця, тому що лише він протягом обумовленого строку може використовувати твір науки, літератури чи мистецтва.

У такому разі ліцензіар надає ліцензіатові право виняткового використання об'єкта ліцензії в обумовлених межах, відмовляючись одночасно від використання й надання іншим особам ліцензій на аналогічних умовах. Однак за цими межами ліцензіар може як самостійно використовувати цей результат, так і видавати іншим особам ліцензії, що не суперечать умовам уже виданої ліцензії.

Специфіка об'єктів інтелектуальної власності дає можливість ліцензіару вводити різноманітні обмеження при видачі ліцензії. Вони можуть стосуватися території, кількості, способів використання, сфери та терміну застосування предмета ліцензії тощо. Так, територія дії наданого дозволу може збігатися з територіальною сферою чинності охоронного документа чи бути більш обмеженою. Ліцензія може бути надана не на всі можливі способи використання об'єкта авторського права, а лише на деякі (тиражування, продаж, переклад тощо). Обсяг надаваних прав, можна обмежити певною сферою чи окреслити за допомогою кількісних показників, наприклад річного випуску продукції тощо. Тож можливо водночас надати декілька виключних ліцензій на один і той же результат творчої діяльності в різних межах, встановивши різний режим його використання.

Ліцензія може бути видана в межах строку чинності виключного майнового права на твір науки, літератури чи мистецтва. Строк ліцензії залежить від багатьох чинників і, зо-

---

[9] Справочное пособие по правовым аспектам передачи по лицензиям программного обеспечения ЭВМ в США // Изобретательство. Пат. дело. Пат. информ. — 1989. — № 11. — С. 35.

[10] Штумпф Г. Лицензионный договор : перевод с нем. / под ред. М. М. Богуславского. — М. : Прогресс, 1988. — С. 49.

крема, мети. Так, ліцензії будуть більш тривалими у випадку високої складності та трудомісткості налагодження випуску в обіг екземплярів об'єкта авторського права чи коли розповсюдження переданих по ліцензії об'єктів вимагає значних капіталовкладень тощо. Виключна ліцензія, зазвичай, видається з метою усунення небажаної конкуренції.

На практиці трапляються випадки, коли ліцензіат одержує на одній території виключну ліцензію, а на інший — невиключну. Також ліцензіар може надати виключну ліцензію на тиражування та невиключну на продаж тощо.

Зміст повної ліцензії полягає в тому, що ліцензіар надає ліцензіатові повністю всі права на використання твору науки, літератури чи мистецтва протягом усього терміну її дії. У такому разі ліцензія видається без будь-яких обмежень, тобто ліцензіат фактично діє як ліцензіар протягом строку дії ліцензії.

Видача повної ліцензії доцільна за відсутності в ліцензіара достатніх умов для використання об'єкта інтелектуальної власності в той час, як коло потенційних ліцензіатів вкрай обмежене. На практиці такий вид дозволу використовується рідко.

Однак не всі науковці[11] визнають можливість видачі повної ліцензії. Зокрема, в ситуації, коли ліцензіар надавав ліцензіатові виключне право використовувати телевізійні фільми на території всіх країн світу протягом усього строку дії виключних авторських прав і усіма можливими законними способами (способи використання були детально перераховані), при цьому ліцензіар позбавлявся будь-яких прав на використання цих об'єктів авторського права, а ліцензіат також мав право видавати субліцензії та передавати третім особам усі свої права, отримані за договором, на питання, до якого виду належні ці договори, була дана відповідь, що це договори про відчуження виключних прав[12].

Видається помилковим таке вільне тлумачення суті вказаних договорів. Сторони в силу свободи договору вибрали договірну конструкцію, що за правовою природою є ліцензійним договором. Тож, незважаючи на певні елементи подібності, не можна трактувати ліцензійний договір по суті як договір про

---

[11] Гаврилов Э.П. Предмет договоров о распоряжении исключительными правами / Э. П. Гаврилов // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. — 2012. — № 8. — С. 29–34.
[12] Там само.

передання виключних майнових прав. Немає жодних правових підстав обмежувати права сторін на видачу повної ліцензії.

До речі, проект 2001 р. четвертої частини ЦК РФ передбачав можливість видачі повної ліцензії, тобто ліцензії без збереження за ліцензіаром права використання охоронюваного об'єкта та права видачі ліцензій іншим особам (ст. 1235 проекту).

Отож при укладенні договорів у сфері інтелектуальної власності необхідно звертати увагу на всі умови договору. Так, на практиці поодинокі випадки укладення авторами з видавництвами договорів, у яких передбачається видача виключних ліцензій чи взагалі передача майнових прав, на що правоволодільці свого часу не звернули належної уваги та що стало підставою подальших судових спорів або позбавлення прав.

Залежно від умов надання розрізняють субліцензії та зворотні ліцензії.

Субліцензія (залежна ліцензія) — це письмове повноваження на використання об'єкта авторського права, надане іншій особі ліцензіатом за письмовою згодою ліцензіара.

Межі прав, які надаються за субліцензією, обмежуються умовами основної ліцензії. Ліцензіат повинен покласти на субліцензіата такі ж обов'язки, котрі взяв на себе. Оскільки субліцензія може бути надана в межах основної ліцензії, то вона повністю залежить від неї та припиняється в разі припинення дії основної ліцензії.

Зворотною називається ліцензія, котра надає ліцензіарові право на використання результату творчої діяльності, розробленого ліцензіатом, на підставі отриманих від ліцензіара знань у результаті поліпшення й удосконалення предмета основної ліцензії. Прикладом може бути ліцензія на комп'ютерну програму.

Потрібно мати на увазі, що наведені класифікації мають умовний характер і їхній перелік не є вичерпним. З одного боку, це пояснюється тим, що на практиці ці види ліцензій можуть бути як у «чистому вигляді», так і в поєднанні. З другого боку, аналіз ліцензій за кожною з підстав, покладених в основу їхньої класифікації, хоча й виявить їхні особливі риси, проте дасть односторонню, неповну характеристику. Тож для цілісної картини доцільно кожну конкретну ліцензію розглядати водночас з погляду різних класифікацій. Наприклад, ліцензія на твір може бути за однією класифікацією невиключною, а за іншою — субліцензією.

Ліцензія у сфері авторського права може бути втілена в ліцензійному договорі.

Ліцензійний договір — це договір, за яким 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 законодавства (ч. 1 ст. 1109 ЦК України). У разі укладення ліцензійного договору відбувається добровільне звуження прав володільця виключних майнових прав інтелектуальної власності, позаяк розширюється коло осіб, які можуть використовувати належний йому результат творчої діяльності.

Предметом ліцензійного договору є ліцензія (дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності), а об'єктом — майнові права (всі або частково) на об'єкт інтелектуальної власності, зокрема на твір науки, літератури чи мистецтва.

Отже, договір на використання об'єктів авторського права за своєю природою є ліцензійним договором, незалежно від того, яку назву дадуть йому сторони. Наприклад, як у літературі, так і на практиці досить значного поширення набула класифікація авторських договорів залежно від способу використання твору на видавничий, постановочний, сценарний тощо[13]. При такому розмежуванні договорів у сфері інтелектуальної власності особлива увага звертається на сферу застосування творів науки, літератури чи мистецтва. Однак у будь-якому випадку кожен з наведених варіантів охоплюється поняттям ліцензійного договору, тому що надається право на використання об'єкта авторського права. Про це свідчать, зокрема, положення ч. 8 ст. 1109 ЦК України, відповідно до яких, якщо в ліцензійному договорі про видання чи інше відтворення твору винагорода визначається як фіксована грошова сума, то в договорі має бути встановлений максимальний тираж твору. З позиції наведеної класифікації ця умова характерна для видавничого договору та спрямована вона на захист прав особи, котра має майнові авторські права.

При укладенні договорів у сфері інтелектуальної власності необхідно мати на увазі, що предметом ліцензійного договору на використання твору не можуть бути права, яких не було на момент укладання договору (п. 3 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

---

[13] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А. П. Сергеев. — М. : Теис, 1996. — С. 265.

Сторонами ліцензійного договору є ліцензіар і ліцензіат. Ліцензіар — це особа, котрій належать виключні майнові права інтелектуальної власності (особа, що має майнові авторські права, чи власник охоронного документа на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин). Ліцензіат — це особа, якій надано дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію).

При визначенні змісту ліцензійного договору сторони керуються принципом свободи договору. Однак умови ліцензійного договору, що суперечать положенням чинного законодавства України, є нікчемними (ч. 9 ст. 1109, ч. 2 ст. 1111 ЦК України). Аналогічне правило міститься й у п. 3 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», відповідно до якого умови договору, що погіршують становище автора (його правонаступника) порівняно зі становищем, встановленим чинним законодавством, є недійсними.

З урахуванням природи ліцензійного договору, законодавство передбачає, що в ліцензійному договорі визначаються:

1) вид ліцензії;
2) 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);
3) розмір, порядок і строки виплати винагороди за використання об'єкта права інтелектуальної власності;
4) визначений максимальний тираж твору, якщо в ліцензійному договорі про видання чи інше відтворення твору винагорода визначається як фіксована грошова сума (чч. 3 та 8 ст. 1109 ЦК України).

Однак навіть за відсутності певних із зазначених у ч. 3 ст. 1109 ЦК України умов договір вважається укладеним, оскільки законодавством передбачено загальне правило, що буде застосовуватись у цьому разі.

Так, якщо в договорі не зазначено вид ліцензії, то вважається, що за ліцензійним договором надається невиключна ліцензія (ч. 4 ст. 1109 ЦК України). До того ж права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, не визначені в договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату. Про це свідчить і п. 8 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», відповідно до якого всі майнові права на використання твору, що передають-

ся за авторським договором, мають бути в ньому визначені. Майнові права, не зазначені в авторському договорі як передані суб'єктом авторського права, вважаються такими, що не передані, та зберігаються за суб'єктом авторського права.

Що стосується сфери використання об'єкта права інтелектуальної власності, то за відсутності в договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України (ч. 7 ст. 1109 ЦК України).

Законодавець зазначає, що ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен спливати не пізніше спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності. У разі відсутності в договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, який залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на 5 років. Якщо за 6 місяців до спливу зазначеного 5-річного строку жодна зі сторін не повідомить письмово іншу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений строк. У цьому випадку кожна зі сторін може в будь-який час відмовитися від договору, письмово повідомивши про це другу сторону за 6 місяців до розірвання договору, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін (чч. 1 та 3 ст. 1110 ЦК України).

Положення ч. 2 ст. 1110 ЦК України закріплюють, що ліцензіар може відмовитися від ліцензійного договору в разі порушення ліцензіатом встановленого договором терміну початку використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Умовами ліцензійного договору може бути надано право ліцензіатові укладати субліцензійний договір. За цим договором ліцензіат надає іншій особі (субліцензіату) субліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності. У цьому разі відповідальність перед ліцензіаром за дії субліцензіата несе ліцензіат, якщо інше не встановлено ліцензійним договором (ч. 2 ст. 1109 ЦК України).

Винагорода за наданий дозвіл може бути встановлена як фіксована грошова сума (паушальний платіж), періодичні платежі (роялті) чи їх поєднання (комбіновані платежі). Так, п. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачено, що авторська винагорода визначається у договорі

як відсоток від доходу, отриманого від використання твору, або у вигляді фіксованої суми чи іншим чином.

За загальним правилом плата за використання об'єктів інтелектуальної власності визначається на розсуд сторін, виходячи з принципу свободи договору. Однак стосовно творів науки, літератури та мистецтва законодавством встановлені певні гарантії захисту прав осіб, які мають авторські права. Виражається це в тому, що ставки авторської винагороди не можуть бути нижчими за мінімальні ставки, встановлені Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» від 18 січня 2003 р. № 72.

Для полегшення узгодження умов договору законодавством України передбачається можливість розроблення примірних договорів і затвердження типових ліцензійних договорів уповноваженими відомствами чи творчими спілками (ст. 1111 ЦК України, п. 4 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Сьогодні наявна певна невідповідність норм спеціальних законів і ЦК України, зокрема й стосовно договірних конструкцій у сфері інтелектуальної власності. Безумовно, з часом ці суперечності будуть усунуті, а сьогодні слід керуватися загальним правилом: у разі наявності двох законів, які по-різному вирішують певне питання, застосовується більш пізній нормативний акт, тобто в нашому випадку — ЦК України.

Зазначену невідповідність видно на прикладі назв авторських договорів. Відповідно до ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права», передача права на використання твору іншим особам може здійснюватися на основі авторського договору про передачу виключного права на використання твору чи на основі авторського договору про передачу невиключного права на використання твору.

За авторським договором про передачу виключного права на використання твору автор (чи інша особа, що має виключне авторське право) передає право використовувати твір певним способом і в установлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, та надає цій особі право дозволяти чи забороняти подібне використання твору іншим особам. При цьому за особою, котра передає виключне право на використання твору, залишається право на використання цього твору лише щодо прав, які не передаються.

За авторським договором про передачу невиключного права на використання твору автор (чи інша особа, що має авторське право) передає іншій особі право використовувати твір певним способом і в установлених межах. При цьому за особою, котра передає невиключне право, зберігається право на використання твору та на передачу невиключного права на використання твору іншим особам.

У літературі висловлена позиція, що було б слушно в ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права», — визначати такий договір не просто авторським, а авторським ліцензійним договором[14].

Однак, якщо розглянути зазначені визначення по суті з позиції класифікації договорів у сфері інтелектуальної власності, наведеної в ЦК України, то фактично авторський договір про передачу виключного права на використання твору — це і є власне ліцензійний договір, який опосередковує видачу виключної ліцензії, а авторський договір про передачу невиключного права на використання твору — це ліцензійний договір, що опосередковує видачу виключної ліцензії. Тож мова йде про ліцензійний договір, який використовується у сфері авторського права.

За часів Радянського Союзу Цивільний кодекс УРСР 1963 р. в ст. 501 закріплював такі види авторських договорів про передачу твору для використання:

1) договір про видання чи перевидання твору в оригіналі (видавничий договір);
2) договір про депонування рукопису;
3) договір про публічне виконання неопублікованого твору (постановочний договір); при цьому постановочний договір, який передбачає виплату одноразової винагороди, може бути укладений автором на один і той же твір лише з однією організацією;
4) договір про використання неопублікованого твору в кінофільмі чи телевізійному фільмі (сценарний договір), у радіо- чи телевізійній передачі;
5) договір про створення твору образотворчого мистецтва з метою публічного виставлення (договір художнього замовлення);
6) договір про використання у промисловості неопублікованого твору декоративно-прикладного мистецтва;

[14] Степанов И. С. Лицензионный договор и ответственность за его нарушение / И. С. Степанов // Вісник Одеського національного університету. — 2008. — Том 13. — Випуск 9 : правознавство. — С. 78–86. — С. 80

7) інші договори про передачу творів літератури, науки чи мистецтва для використання будь-яким іншим способом.

З позиції ЦК України 2003 р. ці види належать до такого типу договору, як ліцензійний договір.

Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності

Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності — це договір, за яким одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні виключні майнові права (частково чи в повному обсязі) відповідно до закону та на визначених договором умовах (ч. 1 ст. 1113 ЦК України).

При укладенні договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності права відчужуються, тобто передаються безповоротно. Тож особа, котрій передані виключні майнові права, стає правонаступником. До неї переходять усі права й обов'язки стосовно об'єкта інтелектуальної власності. Зокрема, укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності не впливає на ліцензійні договори, що були укладені раніше.

Якщо проводити розмежування між укладенням ліцензійного договору (видачею ліцензії) та укладенням договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, то, як уже зазначалось, у першому випадку надається право використання, а у другому відбувається заміна володільця виключних майнових прав.

Хоча надання повної ліцензії на весь строк дії майнових прав на об'єкт авторського права за своїм економічним значенням рівноцінне передачі права на об'єкт, однак з юридичного погляду між відчуженням виключних майнових прав інтелектуальної власності та повною ліцензією є суттєві відмінності. Так, договір повної ліцензії може бути укладений на певний термін, по закінченні котрого всі повноваження знову переходять до володільця авторського права. Варто також пам'ятати, що дозвіл може бути достроково припинений. Крім цього, у разі передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності на умовах, наприклад виплати періодичних відрахувань від суми реалізації екземплярів об'єкта авторського права, несплата кількох чергових внесків не тягне за собою поновлення прав на об'єкт інтелектуальної власності в попереднього правовласника. Що ж стосується повної ліцензії, виданої на аналогічних

умовах, то така бездіяльність ліцензіата може слугувати підставою припинення її дії, якщо це обумовлено при її видачі.

Незважаючи на те, що в результаті видачі повної ліцензії можливість використання об'єкта авторського права ліцензіаром вичерпана, він лишається його формальним правовласником, якому не байдужа подальша доля цього результату творчої діяльності. А при відчуженні прав усі зазначені майнові права на об'єкт інтелектуальної власності переходять до правонаступника.

Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності може бути укладений як стосовно об'єктів авторського права, так і об'єктів інтелектуальної власності, що підлягають обов'язковій реєстрації (винахід, корисна модель, промисловий зразок, торговельна марка, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин, порода тварин).

Законодавчо передбачені певні умови, дотримання яких є обов'язковим при укладенні договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Ці обмеження принципу свободи договору спрямовані на захист прав та інтересів правоволоділців і споживачів.

Зокрема, умови договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, що погіршують становище творця відповідного об'єкта чи його спадкоємців порівняно зі становищем, передбаченим ЦК України й іншим законом, а також обмежують право творця на створення інших об'єктів, є нікчемними (ч. 3 ст. 1113 ЦК України).

Майнові права, що передаються за авторським договором, мають бути в ньому визначені. У такому разі застосовується загальне правило: майнові права, не зазначені в авторському договорі як відчужувані, вважаються такими, що не передані (п. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Інколи на практиці виникають питання стосовно використання терміна «виключні майнові права» в назві договору «Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності». Така законодавча назва пояснюється існуванням кількох теорій трактування поняття права інтелектуальної власності — теорії виключних прав і теорії права власності[15]. Тож включення терміна «виключні майнові права»

[15] Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права) : учебник для вузов / В. О. Калятин. — М. : Издательство НОРМА, 2000. — С. 3–7; Цивільне право України : підручник. У двох книгах. Книга 2 / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — Київ: Юрінком Інтер, 2002. — С. 233.

в назву договірної конструкції, за допомогою якої відбувається зміна правовласника, не повинен вводити в оману. Зазначений договір немає жодного стосунку до виключної ліцензії, видача якої опосередковується зокрема й укладенням ліцензійного договору.

Як уже зазначалося, там, де стосовно речей укладається договір купівлі-продажу та дарування, для досягнення аналогічного правового результату стосовно об'єктів права інтелектуальної власності укладається договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Саме ця договірна конструкція опосередковує повну передачу авторських майнових прав зацікавленій особі.

Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності

Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності — це договір, за яким одна сторона (творець — письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт авторського права відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установлений строк (ч. 1 ст. 1112 ЦК України).

Так, відповідно до п. 6 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», за авторським договором замовлення автор зобов'язується створити в майбутньому твір відповідно до умов цього договору та передати його замовникові. Договором може передбачатися виплата замовником авторові авансу як частини авторської винагороди.

Оскільки мова йде про створення об'єкта інтелектуальної власності, то творець за загальним правилом зобов'язаний виконати замовлення особисто.

Як уже зазначалося, цей договір не зовсім вписується в систему розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, позаяк спочатку необхідно створити результат творчої діяльності. Тож інколи виникає питання, чи не буде таке розпоряджанням майновими правами на ще не створений об'єкт інтелектуальної власності.

Важливо проводити розмежування між розпоряджанням уже наявними суб'єктивними правами і встановленням механізму розподілу прав на створені в майбутньому об'єкти. У договорі про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності мова не йде про відчудження майнових прав. Власне факт укладення такого договору зовсім

не свідчить про виникнення майнових прав у замовника чи творця в момент укладення договору. Сторони лише узгоджують механізм розподілу прав на об'єкти, що будуть створені при виконанні договору. Наприклад, видавництво може набути права на вже готовий твір, уклавши з автором договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності чи ліцензійний договір, а може замовити його створення за договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Аналогічний приклад можна навести з галузі сімейного права. Так, за загальним правилом майно, нажите подружжям під час шлюбу, є спільною сумісною власністю. Однак особи, що вступають у шлюб, можуть укласти шлюбний договір, у якому передбачити інший механізм розподілу прав на нажите в майбутньому майно. У такому разі при розділі майна буде застосовуватися не норма Сімейного кодексу України[16], а погоджений подружжям у шлюбному договорі порядок розподілу прав. І таких аналогів можна навести багато.

Отож положення актів цивільного законодавства в силу їх диспозитивності надають право сторонам самостійно встановлювати правила, за якими надалі будуть розподілені майнові права на новостворені результати творчої діяльності. Однак, коли сторони договору не скористалися цим правом, то застосовується загальне правило: майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 430 ЦК України). Винятком з цього положення є розподіл прав на твір образотворчого мистецтва. Оригінал твору, створеного за замовленням, переходить у власність замовника, а майнові права інтелектуальної власності на цей твір залишаються за його автором, якщо інше не встановлено договором (ч. 3 ст. 1112 ЦК України). Такий підхід зумовлений тим, що стосовно твору образотворчого мистецтва нематеріальний об'єкт інтелектуальної власності нерозривно пов'язаний з матеріальним носієм.

Проаналізувавши загальне правило, можна дійти однозначного висновку: сторонам доцільно в договорі обумовлювати механізм розподілу прав на створений за замовленням об'єкт інтелектуальної власності. Адже більш доречним є чітке розмежування прав кількох осіб на один об'єкт.

[16] Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947–III, зі змінами і доповненнями.

До того ж законодавчо передбачено, що договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності повинен визначати способи й умови використання цього об'єкта замовником (ч. 2 ст. 1112 ЦК України).

Умови договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, що обмежують право творця цього об'єкта на створення інших об'єктів, наприклад майбутніх творів на зазначену в договорі тему чи в зазначеній галузі, є нікчемними, тобто не породжують жодних правових наслідків (ч. 4 ст. 1112 ЦК України, п. 7 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності

Договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності — це цивільно-правовий договір, який укладається між роботодавцем і працівником стосовно узгодження прав на створені у зв'язку з виконанням трудового договору результати творчої діяльності.

Зазначений договір може бути укладено як при прийомі на роботу разом із трудовим договором, так і в подальшому у процесі роботи.

До того ж хотілося б звернути увагу, що з цією метою може бути укладено як цивільно-правовий договір, так й аналогічні положення можуть бути включені до трудового договору. Результат таких дій один і той же — буде застосовуватися передбачений сторонами порядок розподілу прав на створені в подальшому службові об'єкти інтелектуальної власності.

У разі відсутності документально оформлених відносин стосовно службових результатів творчої діяльності застосовується загальне правило, передбачене ч. 2 ст. 429 ЦК України: «майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно». Аналогічне правило застосовується і при розподілі права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням. Як уже зазначалося, сторонам доцільно в договорі більш детально врегулювати свої права на такі об'єкти.

Водночас на практиці інколи уникають укладення зазначеного договору, аргументуючи тим, що потім при виникненні потреби в разі створення об'єкта авторського права роботода-

вець з працівником буде укладати договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності стосовно конкретного результату творчої діяльності. Однак такий підхід з юридичного погляду є досить легковажним, оскільки в подальшому може слугувати підґрунтям для досить серйозних суперечок. Пояснюється це тим, що в разі створення твору працівником за відсутності укладеного договору про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності застосовується загальне правило: майнові права згідно з приписами законодавства автоматично виникають у працівника та роботодавця спільно. А оскільки права на об'єкти авторського права виникають з факту створення без виконання яких-небудь формальних дій, то відповідно цілком правомірно працівник після створення об'єкта інтелектуальної власності може відмовитися від передачі вже належних йому майнових прав і змусити його це зробити неможливо. Він як співвласник разом з роботодавцем буде вирішувати долю майнових прав на результат творчої діяльності.

До того ж наведена ситуація може бути ускладнена ще й тим, що зазвичай, об'єкт інтелектуальної власності створюють кілька осіб, а відповідно, з кожним з них необхідно буде узгоджувати питання передачі прав. Наприклад, над розробкою комп'ютерної програми досить часто працює колектив авторів. Якщо роботодавець хоче мати можливість самостійно розпоряджатися створеним об'єктом інтелектуальної власності, то для цього необхідно буде отримати майнові права від кожного з програмістів.

Уникнути зазначених недоречностей можна шляхом укладення договору про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності. До того ж як перевагу зазначеної договірної конструкції доречно зауважити той факт, що цей договір буде діяти щодо всіх об'єктів авторського права, які будуть створені працівником у майбутньому при виконанні службових обов'язків. А це позбавляє необхідності укладати договори з кожним працівником стосовно кожного створеного результату творчої діяльності.

Однак хотілося б зробити певне застереження: потреба укладати договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності в роботодавця виникла лише з 1 січня 2004 р., тобто після набрання чинності ЦК України. Пояснюється це тим, що до зазначеної дати відповідно до норм спеціальних законів у сфері інтелектуальної влас-

ності інакше вирішувалося це питання: за загальним правилом майнові права на службові об'єкти інтелектуальної власності належали роботодавцю, а працівнику виплачувалася винагорода за створене творче досягнення (ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Зважаючи на викладене, важливим є вирішення питання визначення критеріїв віднесення об'єкта інтелектуальної власності до службового. За загальним правилом службовим визнається твір, створений працівником у зв'язку з виконанням службових обов'язків чи за дорученням роботодавця за умови, що трудовим договором (контрактом) не передбачене інше. У кожному конкретному випадку встановлюється, чи підпадає твір під перераховані критерії. При цьому варто брати до уваги, що коло службових обов'язків (трудова функція) визначається посадою, спеціальністю та кваліфікацією працівника й окреслене трудовим і колективним договорами, правилами внутрішнього трудового розпорядку, тарифно-кваліфікаційними характеристиками посад, інструкціями, а доручення роботодавця має безпосередньо стосуватися специфіки діяльності підприємства. Тож за загальним правилом про службовий об'єкт авторського права можна вести мову, коли творче досягнення створене у зв'язку з виконанням трудової функції працівника, для реалізації якої він і був прийнятий на роботу.

Оскільки обов'язковою ознакою службового твору є наявність трудового зв'язку між наймачем і автором творчого результату, то вищенаведені правила розподілу майнових прав на результати творчої діяльності не поширюються на об'єкти інтелектуальної власності, створені за цивільно-правовим договором (наприклад замовлення) чи особами, що проходять навчання, практику на підприємстві. Отже, в тій чи тій мірі майнові права в роботодавця виникають не з приводу будь-якого творчого досягнення, створеного на підприємстві (в установі, організації), а тільки щодо такого, котре створено працівником у межах кола службових обов'язків.

Незважаючи на те, що в ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» не були внесені зміни стосовно розподілу прав роботодавця та працівника на службові об'єкти інтелектуальної власності, у зв'язку з набранням чинності ЦК України, який інакше вирішує зазначене питання, застосовуються його положення як більш пізнього нормативного акта.

Отож за загальним правилом на службові об'єкти авторського права, створені до 1 січня 2004 р. майнові права виникли

в роботодавця у повному обсязі, а створені після 1 січня 2004 р. — у роботодавця та працівника спільно.

Однак хотілося б ще раз звернути увагу на диспозитивний характер наведених норм законодавства. Як Закон України «Про авторське право і суміжні права», так і ЦК України надають право працівникові та роботодавцю в укладеному між ними договорі змінити законодавчо передбачений порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності. Це може бути зроблене як у трудовому договорі (контракті), так і в цивільно-правовому договорі між автором та роботодавцем.

На практиці інколи побоюються укладати договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності, мотивуючи тим, що зазначений договір працівник і роботодавець укладають стосовно ще не створених об'єктів, а тому його в подальшому можна визнати недійсним. Аргументується такий підхід тим, що оскільки авторське право виникає з моменту створення твору (ч. 1 ст. 437 ЦК України, п. 2 ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), то не можна передати майнові права інтелектуальної власності, котрі ще не виникли. Однак зазначена позиція не відповідає чинному законодавству України. Як уже зазначалося, необхідно проводити розмежування між розпоряджанням уже наявними суб'єктивними правами та встановленням механізму розподілу прав на створені в майбутньому об'єкти. При укладенні договору про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності мова не йде про передачу майнових прав, а тому в момент укладення договору в роботодавця вони не виникають. Сторони таким чином на основі своїх інтересів лише змінюють передбачене законодавством загальне правило правового режиму службових об'єктів інтелектуальної власності. Про це свідчить, зокрема й назва договору — «Договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності». Якщо працівника приймають на роботу для створення аудіовізуальних творів чи комп'ютерних програм, то в назві доцільно уточнити, що мова йде саме про об'єкти авторського права, назвавши його «Договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти авторського права». Якщо розглядати його з позицій видів договорів, закріплених у ст. 1107 ЦК України, то він належить до інших договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Аналогічний приклад розподілу прав можна навести і стосовно речей. Так, якщо дві особи вирішили побудувати буди-

нок, то ще до будівництва вони можуть між собою вирішити питання про частки в праві власності на створений у майбутньому об'єкт.

Варто підкреслити, що в зв'язку з уведенням у дію ЦК України укладення договорів про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності є дуже доцільним. Пояснюється це тим, що передбачене ч. 2 ст. 429 ЦК України правило про спільні права на службовий об'єкт у майбутньому, як було показано вище, може ускладнити взаємини з приводу цього об'єкта, коли в якийсь момент працівник і роботодавець не зможуть досягти загальної згоди. З погляду права, ідеальною є ситуація, коли на об'єкт має права тільки один суб'єкт. Це спрощує процес реалізації прав.

Договір щодо управління майновими правами автора чи інших суб'єктів авторського права та суміжних прав

Договір щодо управління майновими правами автора чи інших суб'єктів авторського права та суміжних прав укладається між володільцем майнових авторських або суміжних прав і організацією колективного управління.

Організації колективного управління створюються та функціонують відповідно до Порядку визначення уповноважених організацій колективного управління, які здійснюватимуть збирання і розподіл винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм і відеограм, затвердженого Наказом Міністерства освіти і науки України від 21 травня 2003 р. № 309, та порядку обліку організацій колективного управління та здійснення нагляду за їхньою діяльністю, затвердженого Наказом Міністерства освіти і науки України від 21 травня 2003 р. № 311.

Найбільш повно на сьогодні функцію останнього виконує Державне підприємство «Українське агентство з авторських та суміжних прав» Міністерства освіти і науки України.

Організації колективного управління повинні виконувати від імені суб'єктів авторського права чи суміжних прав і на основі одержаних від них повноважень такі функції (ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права»):

1) погоджувати з особами, що використовують об'єкти авторського права чи суміжних прав, розмір винагороди під час укладання договору;
2) укладати договори із зацікавленими особами про використання прав, переданих в управління;

3) збирати, розподіляти та виплачувати зібрану винагороду за використання об'єктів авторського права чи суміжних прав суб'єктам авторського права і суміжних прав, правами яких вони управляють;
4) вчиняти інші дії, передбачені чинним законодавством, необхідні для захисту прав, управління якими здійснює організація, зокрема й звертатися до суду за захистом прав суб'єктів авторського права чи суміжних прав відповідно до статутних повноважень і доручення цих суб'єктів.

Доречно звернути увагу, що організації колективного управління укладають договори з авторами й іншими суб'єктами авторського права і (чи) суміжних прав, на підставі яких набувають повноважень на колективне управління майновими правами, а також на основі одержаних повноважень вони укладають договори з будь-якими зацікавленими особами, надаючи їм невиключні права на використання об'єктів авторського права й (або) суміжних прав. Потреба в укладенні останніх із зазначених договорів особливо актуальна для телерадіокомпаній, кафе, барів, ресторанів та інших суб'єктів, які використовують, наприклад, аудіовізуальні твори, фонограми та відеограми.

Оскільки цивільне законодавство України не містить вичерпного переліку договорів, особи керуючись принципом свободи договору, можуть укладати й інші договори стосовно об'єктів авторського права, зокрема договори між співавторами. Головне, щоб їхні умови не суперечили нормативним приписам актів цивільного законодавства України.

Розділ 2

Особливості застосування договірних форм щодо розпоряджання майновими правами на наукові твори

Наукові твори як об'єкти авторського права

В Україні на законодавчому рівні відсутнє визначення поняття авторського права. Проте, якщо звернутися до міжнародно-правових актів, то в роз'ясненнях Міжнародного бюро Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) можна знайти таке його визначення: авторське право — це надане законом виключне право автора твору оголосити себе творцем цього твору, відтворювати його, розповсюджувати чи доводити його до відома публіки будь-якими способами та засобами, а також дозволяти іншим особам використовувати твір визначеним способом. На підставі наведеного визначення авторського права можна дати йому визначення у двох значеннях — в об'єктивному та суб'єктивному. В об'єктивному значенні авторське право є сукупність правових норм, які регулюють відносини, що виникають у зв'язку зі створенням і використанням творів науки, літератури та мистецтва. У суб'єктивному значенні авторське право — це особисті немайнові та майнові права, що належать особам, які створили твори науки, літератури й мистецтва[1].

Відповідно до положень Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, яка є частиною національного законодавства України, термін «літературні і художні твори» охоплює всі *твори в галузі літератури*, *науки і мистецтва*, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені (ч. 1 ст. 2). ЦК України (статті 420, 433) визначає, що об'єктами права інтелектуальної власності (об'єктами авторського права) є, зокрема, *літературні та художні* твори. Водночас Законом України «Про авторське право і суміжні права»

[1] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 115.

(ст. 8) визначено, що об'єктами авторського права є ***твори у галузі науки***, літератури та мистецтва.

Отже, об'єктам авторського права є, насамперед, твори. Твором визначається результат творчої діяльності автора, виражений в об'єктивній формі. Таким результатом можуть бути поєднання ідей, думок, образів, наукових положень, висновків та ін.

Характерною особливістю авторського права є те, що ним охороняється лише форма вираження творів, але не охороняються будь-які ідеї, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі. Тож вони можуть розглядатись як наукові твори, незалежно від змісту інформації, що в них міститься та яка може містити охороноздатні рішення у сфері промислової власності.

Загалом під творами науки (науковими творами) розуміють будь-які твори, основний зміст яких полягає у створенні та систематизації об'єктивних знань про дійсність.

Під науковими творами розуміють будь-які оригінальні письмові твори наукового, науково-технічного, науково-популярного та прикладного характеру. З огляду на те, що правова охорона твору не залежить від його змісту, наукові твори набувають правової охорони в силу факту створення та вираження в об'єктивній формі. Науковий твір набуває правової охорони не тому, що його зміст має науковий характер, а тому, що він має творчий характер і відображений на матеріальному носії — у книзі, брошурі, статті, дисертації, звіті тощо.

Важливим є співвідношення правової охорони наукових творів, передбаченої нормами авторського права, та вимог, які висувають до таких творів наукові співтовариства, а також відповідні державні експертні установи щодо їхнього наукового рівня. Головна вимога до наукових творів з боку останніх — це високий рівень змісту, послідовність, творчий розвиток поглядів і уявлень. Науковий твір не створюється на порожньому місці, а ґрунтується на попередньому науковому знанні — відкритих, встановлених або доведених законах, теоріях, методах. Він може уточнювати, розширювати, змінювати закони, теорії, зробити переворот у науковому знанні, довести математичними та логічними методами, експериментальними даними зовсім новий і незвичайний результат, навіть змінити картину світу. Науковим творам завжди передували твори, що не створювали нічого нового, а іноді просто вводили суспільство в

оману. У деяких випадках на визнання науковими тих чи тих законів, теорій, думок, відображених у творах, значною мірою впливали погляди й уявлення, що панували в суспільстві[2].

Оскільки наукові твори є результатами досліджень у сфері науки й техніки, тому важливе значення для всебічного висвітлення всіх аспектів досліджуваної проблеми матиме виявлення сутності наукового дослідження та пов'язаних з ним понять.

Вважають, що наукова діяльність — це інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання та використання нових знань (абз. 2 ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»). Наукова діяльність існує в різних видах:

- науково-дослідницька діяльність;
- науково-організаційна діяльність;
- науково-інформаційна діяльність;
- науково-педагогічна діяльність;
- науково-допоміжна діяльність та ін.

Кожен із зазначених видів наукової діяльності має свої специфічні функції, завдання, результати роботи.

У межах науково-дослідницької діяльності здійснюються наукові дослідження. Наукове дослідження — це цілеспрямоване пізнання, що має відповідну природу, структуру й особливості. Наукове дослідження дає можливість людині отримати істинні знання про найбільш важливі аспекти об'єктів, явищ або процесів, які досліджуються, а також про істотні ознаки, властивості, зв'язки та відносини предметів і явищ об'єктивної дійсності. Результатами наукового дослідження є, зазвичай, системи понять, категорій, законів або теорій[3].

Наукове дослідження має об'єкт і предмет, на пізнання яких воно спрямоване. Об'єктом дослідження є процес або явище, що породжує проблемну ситуацію, та обране для вивчення. Предмет перебуває в межах об'єкта, що вивчається.

Мета наукового дослідження передбачає визначення об'єкта, достовірність вивчення його структури, характеристик, зв'язків на основі розроблення в науці принципів і методів пізнання для отримання корисних для діяльності людини результатів, упровадження в практику, отримання певного ефекту.

Завдання — це певні напрями дослідження, що дають змогу реалізувати поставлену мету.

---

[2] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 127.

[3] Баскаков А. Я. Методология научного исследования : учеб. пособие / А. Я. Баскаков, Н. В. Туленков. — [2-е издание, испр.]. — К. : МАУП, 2004. — С. 6.

Розрізняють дві основні форми наукових досліджень: фундаментальні та прикладні. Фундаментальні наукові дослідження — наукова теоретична та (чи) експериментальна діяльність, спрямована на здобуття нових знань про закономірності розвитку та взаємозв'язку природи, суспільства, людини (абз. 6 ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»). Прикладні наукові дослідження — наукова діяльність, спрямована на одержання нових знань, що можуть бути використані для практичних цілей (абз. 7 ст. 1 цього ж Закону).

Наукові дослідження здійснюються з метою одержання наукового результату. Науковий результат — нове знання, здобуте в процесі фундаментальних або прикладних наукових досліджень і зафіксоване на носіях наукової інформації у формі наукового звіту, наукової праці, наукової доповіді, наукового повідомлення про науково-дослідну роботу, монографічного дослідження, наукового відкриття тощо (абз. 14 ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»).

Наукові твори як об'єкти авторського права, в яких відображаються результати наукових досліджень, різняться за різними критеріями: за об'єктивною формою, способами відображення, ступенем самостійності, видами використання та ін.

Результати наукових досліджень оприлюднюються у різних видах публікацій. Це сприяє встановленню пріоритету автора (дата підписання публікації до друку — це дата пріоритету науковця), а також свідчить про особистий внесок дослідника в розробку наукової проблеми (особливе значення мають індивідуальні публікації, роботи у співавторстві потребують додаткових роз'яснень). Публікації відображають основний зміст, новизну наукового дослідження та фіксують завершення певного етапу дослідження чи роботи загалом. Крім цього, публікації забезпечують первинною науковою інформацією суспільство, сповіщають наукове співтовариство про появу нового наукового знання та передають індивідуальний результат у загальне надбання. Існують такі види наукових публікацій: монографія, стаття, автореферат, препринт, тези доповідей, наукова доповідь, збірник наукових праць тощо. Наукові публікації виходять друком у формі друкованих або електронних видань.

З метою визначення основних термінів, які стосуються наукових творів, та їх класифікації доцільно звернути увагу на вимоги Держаного стандарту України (ДСТУ) 3017-95: «Видання. Основні види. Терміни та визначення», затверджено Наказом Держстандарту України № 58 від 23 лютого 1995 р.

(надалі — ДСТУ 3017-95). Зокрема, в цьому документі зазначено, що «видання — це документ, який пройшов редакційно-видавниче опрацювання, виготовлений друкуванням, тисненням або іншим способом, містить інформацію, призначену для поширення, і відповідає вимогам державних стандартів, інших нормативних документів щодо їхнього видавничого оформлення і поліграфічного виконання». При цьому, під документом потрібно розуміти матеріальний об'єкт, який містить інформацію, закріплену створеним людиною способом для її передавання в часі та просторі

За цільовим призначенням видання поділяють на такі види: офіційне видання, *наукове видання*, науково-популярне, науково-виробниче та виробничо-практичне видання, навчальне, довідкове, рекламне, літературно-художнє видання, виробничо-практичне видання для аматорів, видання для організації дозвілля, громадсько-політичне видання. При цьому видання, зокрема й наукові, за періодичністю можна поділити на дві основні групи: періодичні (продовжувані) та неперіодичні.

За інформаційними ознаками *наукові неперіодичні видання* можна поділити на такі види:

- *монографія* — один з найбільш авторитетних жанрів наукових творів. Це науковий твір, який повно й усебічно досліджує та відображає наукову проблему, завдання, питання, предмет як цілісне, системне утворення. У монографії фіксуються науково-інформаційні передумови наукового дослідження, його хід і результати. Її жанр дає змогу реалізувати та систематизовано подати всі відомі сучасній науці форми наукового знання;
- *автореферат дисертації* — наукове видання у формі брошури авторського реферату проведеного дослідження, що подається на здобуття наукового ступеня;
- *препринт* — наукове видання з матеріалами попереднього характеру, що публікуються до виходу в світ видання, в якому вони мають бути вміщені;
- *тези доповідей (повідомлень) наукової конференції (з'їзду, симпозіуму)* — науковий неперіодичний збірник матеріалів попереднього характеру, таких як анотації, реферати доповідей або повідомлень, опублікованих до початку конференції;
- *матеріали конференції (з'їзду, симпозіуму)* — неперіодичний збірник підсумків конференції, доповідей, рекомендацій і рішень;

- *збірник наукових праць* — збірник матеріалів досліджень, виконаних у наукових установах, навчальних закладах і наукових товариствах.

За складом основного тексту, викладеного у збірнику наукових праць (тобто за кількістю творів, які охоплюються певною формою, в якій вони вміщені), вирізняють:

- моновидання (в основі — один твір, скажімо, монографія чи автореферат дисертації);
- тези доповідей або повідомлень (наукової конференції, симпозіуму, з'їзду);
- матеріали конференції (симпозіуму, з'їзду);
- збірник наукових праць.

До періодичних і продовжуваних наукових видань належать, зокрема, такі:

- спеціалізована газета — газета, що систематично висвітлює певні проблеми науки, техніки, культури й інших галузей діяльності та призначена певним категоріям читачів;
- журнал (часопис) — періодичне журнальне видання, що виходить під постійною назвою, має постійні рубрики, містить статті, реферати, інші матеріали з різних громадсько-політичних, наукових, виробничих та інших питань, літературно-художні твори, ілюстрації, фотографії;
- науковий журнал — періодичне журнальне видання статей і матеріалів теоретичних досліджень, а також статей та матеріалів прикладного характеру, призначене переважно фахівцям певної галузі науки (залежно від цільового призначення наукові журнали поділяють на науково-теоретичні, науково-практичні та науково-методичні).

Крім цього, одним з найбільш поширених способів публікації наукових результатів є наукова стаття. Наукова стаття — вид наукової публікації, що описує дослідження чи групу досліджень, пов'язаних однією темою, та виконана її науковими авторами. Наукові статті публікуються в періодичних наукових журналах або в неперіодичних збірниках наукових робіт.

Отож, можна дійти висновку, що до основних об'єктивних форм вираження результатів наукових досліджень належать: наукові реферати; наукові доповіді (повідомлення) на конференціях, нарадах, семінарах, симпозіумах; дипломні, магістерські роботи; звіти про науково-дослідну (дослідно-конструкторську; дослідно-технологічну) роботу; наукові переклади; дисертації (кандидатські чи докторські); автореферати дисертацій; депоновані рукописи; монографії; наукові статті;

аналітичні огляди; алгоритми та програми; звіти про наукові конференції; бібліографічні покажчики та ін.

У будь-якому разі результатом виконаних досліджень є певна інформація, закріплена на матеріальному носієві. Водночас положення щодо використання результатів досліджень безпосередньо стосується майнових прав інтелектуальної власності на об'єкти, що можуть містити такі результати. Іноді результати досліджень і об'єкти інтелектуальної власності не можна відокремити одне від одного. Наприклад, це стосується наукових звітів, монографій, брошур, проектів нормативно-правових актів тощо, котрі до офіційного затвердження є об'єктами авторського права.

Суб'єкти наукової діяльності як суб'єкти авторського права

Згідно зі ст. 421 ЦК України, суб'єктами права інтелектуальної власності є: творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) й інші особи, яким належать особисті немайнові та (чи) майнові права інтелектуальної власності відповідно до ЦК України, іншого закону чи договору. Зазначене визначення не є дефінітивною нормою, а формулюється через зазначення певних груп осіб (творців, авторів, виконавців, винахідників та ін.) і характеристику тих прав інтелектуальної власності, котрі за ними закріплюються (особистих немайнових і майнових)[4].

Суб'єктом авторського права, згідно зі ст. 435 ЦК України, є автор твору. За відсутності доказів іншого автором твору вважається фізична особа, зазначена звичайним способом як автор на оригіналі чи примірнику твору (презумпція авторства). Автор твору належить до первинного суб'єкта права інтелектуальної власності. Суб'єктами авторського права є також інші фізичні та юридичні особи, що набули прав на об'єкти авторського права відповідно до договору чи закону (вторинні суб'єкти). Ці суб'єкти є правонаступниками первинного суб'єкта права інтелектуальної власності (ст. 435 ЦК України).

За загальним правилом суб'єктами, тобто сторонами договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності на наукові твори, можуть бути фізичні (незалежно від громадянства) та юридичні (незалежно від форм власно-

[4] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 72.

сті) особи. Згідно зі ст. 32 ЦК України, фізична особа у віці від 14 до 18 років має право самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом. Мотивовано це тим, що авторами об'єктів інтелектуальної власності (зокрема й творів науки) можуть бути неповнолітні особи віком від 14 до 18 років. Такі особи можуть самостійно реалізувати весь комплекс авторських прав, зокрема й право на авторську винагороду, укладення авторських договорів тощо[5].

Водночас, відповідно до Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», суб'єктами наукової діяльності є: вчені, наукові працівники, науково-педагогічні працівники, а також наукові установи, наукові організації, вищі навчальні заклади III–IV рівнів акредитації, громадські організації у сфері наукової та науково-технічної діяльності.

Науково-дослідницькою діяльністю займається значне коло людей. Тих, хто робить це постійно, називають дослідниками, вченими, науковцями (науковими працівниками).

Дослідником називають людину, що здійснює наукові дослідження.

Вчений — це фізична особа (громадянин України, іноземець або особа без громадянства), що має повну вищу освіту та проводить фундаментальні та (чи) прикладні наукові дослідження й отримує наукові й (або) науково-технічні результати (абз. 8 ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»). При цьому молодим ученим визнається вчений віком до 35 років.

Науковець — це той, хто має стосунок до науки, виробляє нові знання, є спеціалістом у певній галузі науки. Науковим працівником за Законом України «Про наукову і науково-технічну діяльність» є вчений, який за основним місцем роботи та відповідно до трудового договору (контракту) професійно займається науковою, науково-технічною, науково-організаційною чи науково-педагогічною діяльністю та має відповідну кваліфікацію незалежно від наявності наукового ступеня або вченого звання, підтверджену результатами атестації (абз. 10 ст. 1 цього ж Закону).

Науково-педагогічним працівником потрібно вважати вченого, який за основним місцем роботи займається професійно

[5] Цивільне право України : академічний курс : у 2 т. / [Бабаскін А. Ю., Бошицький Ю. Л., Венецька М. В. та ін.] ; за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003. — Т. 2 : Особлива частина. — 2003. — С. 271–272.

педагогічною та науковою чи науково-технічною діяльністю у вищих навчальних закладах і закладах післядипломної освіти III–IV рівнів акредитації.

Тож до первинних суб'єктів права інтелектуальної власності на наукові твори належать дослідники, вчені, науковці (наукові працівники), науково-педагогічні працівники, творчою працею яких створено такі твори й котрим належать особисті немайнові та (чи) майнові права інтелектуальної власності.

Питання ж вторинних суб'єктів права інтелектуальної власності на наукові твори доцільно, на нашу думку, розглянути в розрізі службових наукових творів.

Так, переважна більшість наукових творів, які є результатами наукових досліджень, створюються колективами авторів, які працюють у відповідній науковій установі, організації чи на підприємстві. Такі об'єкти можна віднести до службових об'єктів інтелектуальної власності.

Віднесення об'єктів інтелектуальної власності до службових має вирішальне значення для визнання кола осіб, яким належать майнові права інтелектуальної власності на такі об'єкти.

У Законі України «Про авторське право і суміжні права» (ст. 1) надано визначення службового твору — це твір, створений автором у порядку виконання службових обов'язків відповідно до службового завдання чи трудового договору (контракту) між ним і роботодавцем. Хоч названий Закон не містить визначення поняття «роботодавець», утім, застосувавши аналогію закону (Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (ст. 1)), зазначимо, що роботодавцем є «особа, яка найняла працівника за трудовим договором (контрактом)».

За загальним правилом, майнові права на об'єкти інтелектуальної власності належать авторові (авторам) такого об'єкта як первинному суб'єкту права інтелектуальної власності (автор — це фізична особа, що своєю творчою працею створила твір).

Згідно із Законом України «Про авторське право і суміжні права» (ч. 2 ст. 16), майнові права на службові об'єкти інтелектуальної власності належать роботодавцю, якщо інше не встановлено трудовим договором (контрактом) та (чи) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем.

Водночас необхідно пам'ятати, що чинним ЦК України зазначений принцип змінений на користь автора. Так, відповідно до ч. 2 ст. 429 ЦК України, *майнові права інтелектуальної власності* на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать *працівникові*, який створив цей

об'єкт, *і юридичній або фізичній особі*, де або в якої він працює, *спільно*, якщо інше не встановлено договором.

Отже, можна дійти висновку, що наведене положення Закону України «Про авторське право і суміжні права» (ч. 2 ст. 16) не узгоджується з положеннями ч. 2 ст. 429 ЦК України. Ґрунтуючись на темпоральному способі вирішення колізії норм права (у разі існування неузгодженості між нормами, виданими одним і тим самим нормотворчим органом, застосовується акт, виданий пізніше, навіть якщо прийнятий раніше акт не втратив своєї чинності)[6], вважаємо, що в цьому разі повинні застосовуватися положення ЦК України. Варто зауважити, що мова йде не про весь закон, а про конкретні правові норми (ч. 2 ст. 16 згаданого Закону та ч. 2 ст. 429 ЦК України), щодо яких вирішується правова колізія.

На нашу думку, для запобігання конфліктним ситуаціям доречно реалізовувати передбачену ЦК України можливість врегулювати ці питання на основі договору про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності. Така можливість випливає зі змісту ч. 2 ст. 429 ЦК України, згідно з якою «майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, *якщо інше не встановлено договором»*.

Договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності може бути укладено:

- під час прийняття на роботу: як цивільно-правовий договір при прийомі на роботу разом із трудовим договором або відповідні положення можуть бути включені до трудового договору;
- у подальшому у процесі роботи: як цивільно-правовий договір.

Результат таких дій один і той самий — буде застосовуватися передбачений сторонами порядок розподілу прав на створені в подальшому службові об'єкти інтелектуальної власності.

Необхідно пам'ятати, що на практиці письмовий трудовий договір (контракт) укладається не з усіма працівниками наукових установ, наукових організацій, вищих навчальних закладів III–IV рівнів акредитації, громадських організацій.

[6] Лист Міністерства юстиції України «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії» від 26 грудня 2008 р. № 758-0-2-08-19. [Електронний ресурс]— Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08. — Назва з екрану.

У переважній більшості випадків працівники таких юридичних осіб приймаються на роботу на підставі відповідного наказу (ст. 24 Кодекс законів про працю України), у тексті якого не врегульовуються питання розподілу майнових прав інтелектуальної власності на службові наукові твори.

Отже, вважаємо, у разі відсутності відповідного письмово трудового договору (контракту), врегулювати правовідносини щодо розподілу майнових прав інтелектуальної власності на службові наукові твори між роботодавцем і автором доцільно в цивільно-правовому договорі.

У разі відсутності такого договірного порядку визначення правового режиму службових наукових творів застосовується загальне правило, передбачене ч. 2 ст. 429 ЦК України (майнові права інтелектуальної власності належать працівникові та роботодавцю спільно). Аналогічне правило застосовується і при розподілі права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням. Отож сторонам доцільно в договорі більш детально врегулювати свої права на такі об'єкти[7].

Види договорів щодо розпоряджання майновими права інтелектуальної власності на наукові твори

Як зазначалось у попередньому розділі, ЦК України (ст. 1107) містить невичерпний перелік видів договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності: ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійний договір; договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; *інший договір* щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

У Законі України «Про авторське право і суміжні права» для регулювання відносин щодо розпоряджання майновими правами у сфері авторських прав застосовуються договори, що називаються авторськими, які за своєю юридичною природою є цивільно-правовими.

Авторські договори можна цілком віднести до групи *«інший договір»* у значенні ст. 1107 ЦК України. Водночас, авторські договори об'єднують у собі інші види договорів — ліцензійний разом з ліцензіями, договори про створення за замовленням і

[7] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 603.

використання об'єктів авторського права, договори про передання (відчуження) виключних майнових прав[8].

Відповідно до ЦК України, використання об'єкта інтелектуальної власності здійснюється іншою особою тільки з дозволу особи, що має виключне право дозволяти використання об'єкта інтелектуальної власності (крім випадків, встановлених законом). Умови передання майнових прав інтелектуальної власності визначаються договором.

Насамперед авторські договори поділяються на групи залежно від різновиду творів, щодо яких вони укладаються. Зокрема, виділяють *авторські договори на створення та використання* літературних, *наукових*, музичних, архітектурних та інших *творів*. Навіть якщо зазначені договори передбачають один і той самий спосіб використання твору, різновид останніх чинить певний уплив на зміст такого договору[9].

Залежно від обсягу переданих прав можна виділити такі види авторських договорів щодо наукових творів:

1) авторський договір про передачу (відчуження) майнових прав (ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);
2) авторський договір про передачу майнового права на використання наукового твору, який, своєю чергою, поділяється на:
   - авторський договір про передачу виключного права на використання наукового твору (ч. 3 ст. 32 цього ж Закону);
   - авторський договір про передачу невиключного права на використання наукового твору (ч. 4 ст. 32 названого Закону).

Відповідно до умов *авторського договору про передачу (відчуження) майнових прав автор* (чи інша особа, що має авторське право) передає свої майнові права інтелектуальної власності на наукові твори будь-якій іншій особі повністю або частково.

При цьому майнові права, що передаються за авторським договором (предмет договору), мають бути в ньому визначені. Ті майнові права, котрі не зазначені в авторському договорі як відчужувані, вважаються такими, що не передані.

Об'єктом авторського договору є власне науковий твір, який передається користувачеві, тому що авторські права безпосередньо пов'язані з твором науки. Тож авторський договір

[8] Цивільне право України : акад. курс : у 2 т. / [Бабаскін А. Ю., Бошицький Ю. Л., Венецька М. В. та ін.] ; за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003. — Т. 2: Особлива частина. — С. 278.

[9] Гражданское право : учебник : в 3 т. / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — [4-е изд., перераб. и доп.]. — М. : Велби, Проспект, 2002–2007. — Т. 3. — 2007. — С. 190.

має містити як перелік видів прав, які передаються за договором, так і безпосередньо зміст наукового твору, щодо якого вони передаються.

Невичерпний перелік майнових прав інтелектуальної власності на твори наведено в статтях 424, 440 ЦК України, ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Передача права на використання наукового твору здійснюється шляхом укладення двох видів договорів. По-перше, це *авторський договір про передачу виключного права на використання наукового твору*, згідно з яким автор (чи інша особа, що має виключне авторське право) передає право використовувати науковий твір певним способом і у встановлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, та надає цій особі право дозволяти чи забороняти подібне використання наукового твору іншим особам. При цьому за особою, котра передає виключне право на використання твору, залишається право на використання цього твору лише в частині прав, які не передаються. По-друге, це *авторський договорів про передачу невиключного права на використання наукового твору*, за яким автор (чи інша особа, що має авторське право) передає іншій особі право використовувати науковий твір певним способом і в установлених межах. При цьому за особою, що передає невиключне право, зберігається право на використання твору та на передачу невиключного права на використання наукового твору іншим особам.

Варто додатково наголосити, що використання наукового твору будь-якою особою допускається **виключно на основі авторського договору**. Винятком з цього правила є випадки, що чітко визначені статтями 21–25 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Авторські договори про передачу прав на використання наукових творів укладаються, зазвичай, у письмовій формі. В усній формі може укладатися договір про використання (опублікування) наукового твору в періодичних наукових виданнях (газетах, журналах тощо).

Залежно від того, чи є предметом авторського договору вже готовий науковий твір або науковий твір, який ще потрібно створити, розрізняють *авторський договір замовлення й авторський договір на готовий науковий твір*[10]. В авторському договорі замовлення детально прописуються вимоги, що ставлять-

[10] Гражданское право : учебник : в 3 т. / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — [4-е изд., перераб. и доп.]. — М. : ТК Велби, изд-во Проспект, 2002–2007. — Т. 3. — 2007. — С. 190.

ся до майбутнього твору, зокрема, галузь науки, основні питання, що повинні бути досліджені, рекомендації, що мають бути сформульовані, обсяг та інші параметри, строки і форму передання результатів наукової роботи, порядок усунення зауважень. У цьому договорі може бути передбачено обов'язок замовника виплатити авторові (авторам) авансу як частини авторської винагороди й інші умови. Якщо ж предметом авторського договору є майнові права на готовий науковий твір, то зазвичай його зміст вивчається та схвалюється замовником (користувачем) до підписання договору. При цьому в такому договорі головну увагу приділяється умовам щодо способів використання такого твору[11].

Авторські договори поділяються на види також залежно від способу використання творів науки, літератури та мистецтва. Так, до найпоширеніших належать: видавничий договір; постановочний договір; сценарний договір; договір художнього замовлення; договір про депонування рукопису твору; договір про використання у промисловості неопублікованого твору декоративно-прикладного мистецтва та ін. Щодо наукових творів, переважно використовують такі договірні конструкції: видавничий договір і договір про депонування рукопису твору.

Особливості видавничого договору буде розглянуто в одному з наступних розділів. Тож ми зупинимося на дослідженні особливостей договору про депонування рукопису твору.

Договір про депонування рукописів творів

Цей авторський договір регулює умови оприлюднення та наступного використання наукового твору, переданого на зберігання в спеціальний інформаційний орган.

Варто зазначити, що *оприлюднення (розкриття публіці) наукового твору* — це здійснена за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права дія, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом, зокрема опублікування (абз. 17 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). *Опублікуванням* наукового твору слід вважати випуск в обіг за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права виготовлених поліграфічними, електронними чи іншими способами примірників твору в кількості, здатній задовольнити, з урахуванням характеру твору, розумні потреби публіки. При цьому закон зазначає, *що опублікуванням наукового твору вважається також депонування рукопису твору у сховищі (депозитарії) з*

[11] Там само.

відкритим доступом та можливістю одержання в ньому примірника (копії) твору (абз. 18 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Зазначений договір має ту ж ***мету***, що й видавничий договір — довести до відому громадськості про те чи те досягнення в сфері інтелектуальної діяльності. Його виникнення було зумовлено двома основними факторами. Перший полягає в тому, що бурхливих розвиток науки, техніки й культури вимагає якнайшвидше інформувати громадськість про новини в цій сфері. Другий фактор — видання твору процес досить тривалий, який обмежує можливості оперативного ознайомлення з твором. Цим передумовам відповідає депонування рукопису. Кожний, кого цікавить певна проблема дістає можливість в оперативному порядку ознайомитися з найостаннішою новинкою в тій або тій галузі[12].

Термін «депонування» означає передачу для зберігання документа чи множини документів до бібліотеки чи інформаційного центру зі збереженням права власності[13].

Депонування є методом публікації завершених наукових робіт за вузькоспеціальною тематикою, що забезпечує оперативне інформування про наукові досягнення вчених і фахівців, а також для забезпечення пріоритету української науки.

Договір про депонування рукописів почав складатися давно. Проте належного правового регламентування він поки що не дістав. На сьогодні існує лише Інструкція про порядок депонування наукових робіт в Державній науково-технічній бібліотеці України[14], яка встановлює порядок і вимоги до організації та проведення робіт з реєстрації, обліку й використання в науково-інформаційній діяльності депонованих наукових робіт.

Водночас зазначений договір не втрачає своєї значущості, в деяких випадків він просто незамінний. Якщо науковий твір має вузькоспеціалізований характер і виникає необхідність якнайшвидше ознайомити громадськість з тим або тим досяг-

[12] Мельник О. М. Проблеми охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності в Україні / О. М. Мельник. — Х. : Вид-во Національного університету внутрішніх справ, 2002. — С. 184.
[13] ДСТУ 2394-94. Інформація та документація. Комплектування фонду. бібліографічний опис. Аналіз документів. Терміни та визначення, затверджений Наказом Держстандарту України № 68 від 29 березня 1994 р.
[14] Інструкція про порядок депонування наукових робіт в Державній науково-технічній бібліотеці України [Електронний ресурс].— Режим доступу : http://gntb.gov.ua/files/instr_dnr.pdf. — Назва з екрану.

ненням науки, вдаються до депонування рукопису наукового твору. Депонування може бути зумовлено також відсутністю економічної можливості видати твір друком.

Зазвичай шляхом депонування використовуються наукові твори, що становлять інтерес для обмеженого кола спеціалістів, за запитами яких їм надаються копії депонованих творів або їхніх частин[15].

Як було зазначено вище, депонування означає передачу на зберігання. Договір про депонування рукописів справді дуже близький до договору схову, але має істотні відмінності від нього. Тож договір про депонування рукопису не потрібно змішувати з договором схову. Останній характеризується безоплатністю, строковістю, взаємними правами й обов'язками. Договір про депонування рукописів не обмежений певним строком, розподіл прав і обов'язків між сторонами дещо інший, є й інші істотні відмінності.

Як уже зазначалося, договір про депонування регламентується на рівні відомчої інструкції. Тож характеристика цього договору можлива лише на підставі тих правил, які устали-лись на практиці.

Специфічною особливістю зазначеного договору є те, що сторонами в ньому є поки що лише юридичні особи. З одного боку, стороною договору є науково-дослідні, проектно-конструкторські установи й організації, організації, що входять до складу науково-виробничих чи інших наукових об'єднань, вищі навчальні заклади, видавництва, редколегії чи редради наукових, науково-технічних журналів. З другого боку, суб'єктами договору можуть бути установи науково-технічної інформації, що здійснюють депонування рукописів.

Об'єктом договору про депонування рукописів можуть бути результати наукової діяльності, що знайшли своє об'єктивне вираження у статтях, монографіях, оглядах, збірниках наукових робіт, матеріалах і тезах доповідей наукових конференцій, з'їздів, семінарів міжнародного та всеукраїнського значення, а також в алгоритмах та комп'ютерних програмах. При цьому на депонування приймаються наукові рукописні роботи, що дозволені до відкритого опублікування (розмноження). Дозвіл підтверджується актом експертизи, оформленому у встановленому порядку.

---

[15] Гражданское право : учебник : в 3 т. / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — [4-е изд., перераб. и доп.]. — М. : Велби, Проспект, 2002–2007. — Т. 3. — 2007. — С. 192.

Права й обов'язки сторін за договором про депонування рукописів. Підготовка відповідно до встановлених вимог рукопису до депонування виконується автором (авторами) й організацією, що представляє рукопис. Рішення про депонування рукопису приймається вченими, науково-технічними (технічними), редакційно-видавничими радами наукових, науково-дослідних, проектно-конструкторських установ і організацій, що мають юридичний статус, а також організацій, належних до науково-виробничих чи інших наукових об'єднань, радами вищих навчальних закладів, редакційно-видавничими радами видавництв, редколегіями чи редрадами наукових, науково-технічних журналів. При цьому рішення відповідної ради підлягає затвердженню керівником організації.

Варто зазначити, що відповідальність за зміст і науковий рівень наукової роботи несе організація (установа), що направляє наукову роботу на депонування, та автор(и) цієї роботи.

Договір про депонування рукописів є *одностороннім*: організація, що прийняла рішення про депонування рукопису, має лише право на її передачу. Орган інформації несе тільки обов'язок прийняти рукопис. Відмовити в прийнятті рукопису на депонування можна тільки у випадку оформлення рукопису без дотримання встановлених вимог. Орган інформації, що прийняв рукопис на депонування, зобов'язаний на прохання будь-якої особи видати копію рукопису або її частини. Копії видаються за плату[16].

За прийом рукопису на депонування плата не стягується (тобто цей договір є *безоплатним*). Організації, що передала рукопис на депонування, чи авторові (авторам) рукопису один раз копія видається безплатно. Автор зберігає право авторства на рукопис, але не має права на винагороду. Автор рукопису має право опублікувати іншим способом свій рукопис, який він передав на депонування. Та при цьому він зобов'язаний сповістити видавця про те, що рукопис депоновано.

Депоновані наукові роботи входять до складу довідково-інформаційного фонду Державної науково-технічної бібліотеки України (далі — ДНТБ України), яка виготовляє платні копії з них на замовлення юридичних і фізичних осіб. ДНТБ України з 1972 р. є головним центром-депозитарієм країни з реєстрації рукописних наукових робіт з усіх галузей знань.

[16] Мельник О. М. Проблеми охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності в Україні / О. М. Мельник. — Х. : Вид-во Національного університету внутрішніх справ, 2002. — С. 186.

ДНТБ України видає реферативний журнал «Депоновані наукові роботи» (далі — РЖ «ДНР»), який містить реферати на наукові статті, монографії, огляди, збірники наукових робіт, матеріали конференцій, з'їздів, нарад і симпозіумів, що депоновані в ДНТБ України. РЖ «ДНР» видається в Україні як періодичне видання двічі на рік.

Метою видання РЖ «ДНР» є інформування вчених, науковців, спеціалістів, аспірантів, бібліотечних та інформаційних працівників про наукові дослідження та досягнуті результати в галузі науки, техніки, культури, літератури тощо за вузькоспеціальними науковими напрямами.

Крім цього, реферати наукових робіт депонованих в ДНТБ України включаються до бази даних «ДНР», доступ до якої здійснюється через web-сайт бібліотеки http://gntb.gov.ua. За згодою автора можлива публікація повних текстів наукових робіт.

Отже договір про депонування рукопису наукового твору потрібно вважати одностороннім безоплатним договором про передачу належно оформленого рукопису до органу інформації (установи науково-технічної інформації, що здійснює депонування рукописів) на зберігання з метою ознайомити усіх охочих зі змістом рукопису наукового твору.

У доктрині цивільного права вже досить давно вивчається сучасна правова регламентація виключного авторського повноваження на депонування твору та надані відповідні пропозиції щодо її вдосконалення. Вказується, зокрема, що пропоновані зміни повинні поширюватися на всі елементи правовідносин по депонуванню творів:

1) пропонується розширити коло об'єктів, які депонуються, додавши до нього не тільки матеріали вузькоспеціального змісту;
2) зміни у суб'єктному складі засновані на сприйнятті концепції закріплення за автором усього комплексу повноважень на створений ним службовий твір. Отож, до складу суб'єктів депонування включається й автор;
3) доречним видається вирішувати питання про платний (з зауваженням про розмір винагороди в ціні кожної копії роботи) та безоплатний характер депонування в договорі про депонування твору[17].

[17] Денисова Р. О. Право інтелектуальної власності на твір науки (авторсько-правовий аспект) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Р. О. Денисова. — Х., 1999. — С. 18.

Розділ 3

Договори на створення та використання наукового твору в сфері охорони здоров'я

Правове регулювання відносин щодо створення та реалізації прав на об'єкти інтелектуальної власності у сфері охорони здоров'я переважно належать до сфери дії патентного права, щодо механізмів охорони нормами авторського законодавства, то найчастіше вони посідають другорядне місце та лишаються поза увагою науковців-дослідників. Натомість ученим-медикам інструмент авторського права є доволі зручним як для захисту своїх майнових та немайнових прав інтелектуальної власності, так і для договірної форми їх реалізації. Цінність авторського доробку таких українських учених, як М. М. Амосова, О. Р. Довженка, Д. К. Заболотного, А. М. Касьяна, В. П. Філатова, М. Д. Стражеска та ін., важко переоцінити, саме авторське законодавство дає можливість належним чином його охороняти.

У цій монографії маємо на меті розкрити теоретичні засади та дати практичні рекомендації щодо правого регулювання відносин інтелектуальної власності в сфері охорони здоров'я нормами договірного права, зокрема авторськими договорами на створення та використання наукового твору в сфері охорони здоров'я.

Таке завдання може бути розв'язано лише шляхом розкриття особливостей предмета таких договірних відносин (правової природи наукового твору в сфері охорони здоров'я), особливостей суб'єктного складу договорів (спеціальний статус суб'єктів інтелектуальної власності в сфері медицини) й особливостей їхнього змісту (особливості реалізації виключних прав у медичній практиці).

Зазначимо, що стратегія розв'язання поставленого наукового завдання ґрунтується на попередньому аналізі норм цивільного законодавства в сфері договірних відносин, спеціального

законодавства в сфері авторських і суміжних прав та медичного законодавства, що в підсумку стає визначальним для особливості реалізації прав інтелектуальної власності в сфері охорони здоров'я. Пропоноване дослідження має міждисциплінарний характер, оскільки, розкриваючи зміст зазначених відносин, ми не можемо залишатися лише в межах їхнього законодавчого регулювання. Принцип свободи договірних відносин виводить нас за межі нормативіського підходу, позаяк свобода договорів у сфері охорони здоров'я опосередковується нормами професійної деонтології. Як зазначав М. Амосов: «Не може людина утримуватися на вершині Духу, залишаючись на самоті без нагляду з боку Вищої Ідеї»[1].

Джерелами норм професійної етики, що справляють безпосередній уплив на процес створення наукового результату в сфері охорони здоров'я та на процес подальшої реалізації прав на нього через договірну форму є Конвенція про захист прав і гідності людини в сфері біології та медицини 1997 р. (далі — Конвенція про біомедицину), Гельсінська декларація Рекомендації для лікарів, що проводять біомедичні дослідження (далі — Гельсінська декларація), Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (далі — Основи про охорону здоров'я), Закон України «Про лікарські засоби», Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань і Типового положення про комісію з питань етики» від 13 лютого 2006 р. № 66, Наказ Міністерства охорони здоров'я України № 798,75 від 19 лютого 2009 р. (частина перша) 3 листопада 2009 р. (частина друга) «Про затвердження Уніфікованої методики з розробки клінічних настанов, медичних стандартів, уніфікованих клінічних протоколів медичної допомоги, локальних протоколів медичної допомоги (клінічних маршрутів пацієнтів) на засадах доказової медицини», Етичний кодекс лікаря України (далі — Етичний кодекс лікаря), прийнятий на Всеукраїнському з'їзді лікарських організацій та X з'їзді Всеукраїнського лікарського товариства 27 вересня 2009 р.

Оскільки договірні відносини, що аналізуються в цьому розділі, виникають при замовленні, створенні та використанні наукового результату в сфері охорони здоров'я, а остання в міжнародній правовій доктрині часто термінологічно познача-

[1] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.ukurier.gov.ua.

ється поняттям «медицина», вважаємо за необхідне дати деякі пояснення щодо зазначеного категорійного апарату.

При детальному аналізі вітчизняного законодавства в сфері охорони здоров'я стикаємося з проблемою відсутності легального визначення поняття «медицина». У законодавстві містяться лише такі етимологічно спільні поняття, як «медична освіта», «медична практика», «медична діяльність», «медична допомога», «медична інформація», «медичний експеримент» тощо. Наведені й інші поняття, що містяться в законодавстві та є дотичними до сфери медицини, охоплюються правовою категорією «охорони здоров'я». Оскільки пріоритетною метою дослідження є вироблення теоретичних узагальнень і практичних рекомендацій щодо регулювання договірних відносин у зазначеній сфері, проблеми аналізу та визначення співвідношення таких понять, як «охорона здоров'я» та «медицина» у вітчизняній правовій доктрині лишаються за межами цієї роботи, ми перебуватимемо в полі усталеного на сьогодні правового категорійного апарату.

Відповідно до Основ законодавства про охорону здоров'я під охороною здоров'я розуміють систему заходів, які здійснюються органами державної влади й органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами, закладами охорони здоров'я, медичними та фармацевтичними працівниками і громадянами з метою збереження та відновлення фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності й соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості її життя.

Щодо наукового визначення медицини, то це галузь наукової та практичної діяльності, що вивчає нормальні та патологічні процеси в організмі людини, різноманітні захворювання, патологічні стани, методи запобігання їм та зміцнення здоров'я людини. Сьогодні розрізняють, зокрема, такі галузі медицини: клінічна медицина, суспільна медицина, судова медицина, медична психологія, військова медицина, медична географія, авіаційна медицина, спортивна медицина, медицина катастроф тощо.

Відповідно до Наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження переліку спеціальностей та строки навчання в інтернатурі випускників медичних і фармацевтичних вищих навчальних закладів, медичних факультетів університетів» від 23 лютого 2005 р. № 81 існують такі медичні спеціальності: акушерство та гінекологія, анестезіологія та ін-

тенсивна терапія, внутрішні хвороби, дитяча хірургія, загальна гігієна, загальна практика — сімейна медицина, епідеміологія, інфекційні хвороби, медицина невідкладних станів, лабораторна діагностика, клінічна онкологія, медична психологія, мікробіологія та вірусологія, неврологія, нейрохірургія, ортопедія і травматологія, отоларингологія, офтальмологія, патологічна анатомія, психіатрія, педіатрія, пульмонологія та фтизіатрія, радіологія, стоматологія, судово-медична експертиза, урологія, хірургія, неонатологія, дитяча анестезіологія, спортивна медицина, дерматовенерологія, дитяча отоларингологія.

Отже, аналізуючи специфіку авторських договірних відносин, предметом яких є науковий твір у сфері охорони здоров'я, нами враховуватимуться особливості наведених вище галузей. Особливості правової природи наукового твору в сфері охорони здоров'я визначають особливості змісту авторського договору в зазначеній сфері.

Звернімося до загального поняття твору в авторському праві крізь призму особливостей його природи в сфері медицини. Відповідно до ст. 420 ЦК України та ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» об'єктом авторського права, а отже, і предметом авторського договору замовлення та розпоряджання в сфері охорони здоров'я є:

1) літературний письмовий твір наукового спрямування (методи лікування, профілактики, діагностики, дисертаційні дослідження, експериментальні розробки, курси лекцій, монографії, довідники, адаптовані переклади, наприклад: Критерії діагностики і психотерапії розладів психіки та поведінки[2], Авторські прописи. Фармацевтичний довідник[3], підручник «Медична ембріологія за Лангманом»[4]);
2) аудіовізуальний твір (психотерапевтичні гіпнотичні методики, приміром: «Аудіовізуальні засоби психічного розвантаження авіаційних диспетчерів»[5]);

---

[2] Критерії діагностики і психотерапії розладів психіки та поведінки [Електронний ресурс] / під ред. Б. В. Михайлова, С. І. Табачнікова, О. К. Напреєнка, В. В. Домбровської // Новости харьковской психиатрии. — Х., 2003. — Режим доступу : http://www.psychiat-ry.org.ua/books/criteria.

[3] Авторські прописи. Фармацевтичний довідник / П. В. Олійник, Р. Д. Говзан, Є. В. Бокшан Р. І. Дячишин. — Львів : Медицина світу, 2002. — 204 с.

[4] Садлер Д. Медична ембріологія за Лангманом : підручник / Т. Садлер; пер. з англійської. — Львів, Наутілус, 2001.

[5] Наказ Державної авіаційної служби «Правила медичного забезпечення і контролю польотів цивільної авіації України» від 5 грудня 2005 р. № 920 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.

3) ілюстрації, карти (анатомічні атласи, карти, медичні географічні карти, наприклад: «Атлас хирургических стоматологических заболеваний челюстно-лицевой области у детей»[6]).

Українське законодавство не містить поняття твору та наукового твору, котре є суттєвою прогалиною, яка ускладнює розуміння правозастосування безпосередньо суб'єктами авторського права й ускладнює його визначення як предмета договірних відносин.

Стосовно правової природи твору у юридичній літературі тривають давні дискусії, починаючи від робіт Г. Ф. Шершеневича, на думку якого твір є продукт духовної творчості, об'єктивований у письмову чи словесну форму та призначений до обігу в суспільстві[7] (зауважимо, що вчений писав про літературні твори, не даючи загального поняття для інших об'єктів авторського права), до сучасних науковців, які опікуються проблемами необхідності легальної дефініції твору, наприклад, числені праці О. О. Штефан[8].

Найпоширенішим у правовій літературі є визначення об'єкта авторського права як результату духовної творчості. До прикладу, А. Я. Канторович під духовною творчістю розуміє «не діяльність духу, а продукт цієї діяльності, який зі свого боку призначено до впливу на людський дух»[9]. Твір є результат творчої діяльності автора, його творчого мислення, продукт людського мозку, що продукує нематеріальні об'єкти[10], котрі об'єктивізуються у відповідному матеріальному носієві. Зазначимо, що доктрина авторського права просякнута аспектом духовності: такі категорії, як «результат духовної творчості», «духовне благо», вирізняють авторське право з-поміж інших інститутів права інтелектуальної власності. Погодьмося, що це зумовлено тим трактуванням правовою спільнотою в цілому (а широким загалом і поготів) авторського права як інструменту захисту мистецького доробку в різних його про-

[6] Харьков Л. В. Атлас хирургических стоматологических заболеваний челюстно-лицевой области у детей / Л. В. Харьков, Л. М. Яковенко, І. Л. Чехова. — К. : Книга-плюс, 2012. — 504 с.
[7] Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения / Г. Ф. Шершеневич. — Казань, 1891.
[8] Штефан О. Дещо до питання про порушення у сфері авторського права / О. Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2009. — № 6.
[9] Канторович А. Я. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения / А. Я. Канторович. — Петроград, 1916.
[10] Гаврилов Э. П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар / Э. П. Гаврилов. — М. : Юрид. лит., 1988. — С. 10.

явах. Науковий доробок лишається на задвірках теорії авторського права.

Таке вторинне ставлення до наукових творів у ідеологічній ієрархії авторського права спробував виправити В. І. Серебровський, за що був несправедливо розкритикований колегами, котрі перебувають у лещатах усталених парадигм авторського права. Даючи визначення поняття твору як об'єкта авторського права, В. І. Серебровський прийшов до визначення ширшого поняття «творчого доробку» *(«произведения творчества» — цит. О. К.)*. Твір, на думку вченого, можна було б визначити як сукупність ідей, думок і образів, які отримали в результаті творчої діяльності автора своє вираження в доступній для сприйняття людськими відчуттями конкретній формі, що допускає можливість відтворення[11].У відповідь — нищівна критика В. Я. Іонаса: «Винаходи та раціоналізаторські пропозиції можуть бути підведені під визначення, дане В. І. Серебровським, з таким же правом, як і роман або портрет»[12].

Думаємо, що відхід від прагматично-інтелектуального концепту природи об'єкта авторського права в бік «одуховлення» надає в очах дослідників йому певної ефемерності. Це призвело, з одного боку, до хибного упередженого ставлення щодо «незручності» та «неповноцінності» правової охорони наукових творів у режимі авторського права порівняно з правом промислової власності, з другого, — до легкості та відчуття безкарності його порушення.

Найяскравішими прикладами є психіатрія та психологія, в яких, через особливості правової природу об'єкта, авторський договір посідає чільне місце. Частково проблеми ефективності механізмів авторського права щодо охорони результатів інтелектуальної діяльності в сфері психології та психіатрії аналізуються в роботі Н. А. Батуриної, А. В. Минбалєєва «Проблеми охорони авторських прав на психологічні продукти»[13]. У юриспруденції наведена робота є чи не єдиною у зазначеній сфері на пострадянському просторі. Вченими слушно розставлені основні проблемні акценти, проте ними розглядаються

---

[11] Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М. : Изд-во Академии наук СССР, 1956. — С. 32.
[12] Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судейской практике / В. Я. Ионас. — М. : Юридическая литература, 1963.
[13] Батурин Н. А. Проблемы охраны авторских прав на психологические продукты / Н. А. Батурин, А. В. Минбалеев// Вестник Южно-Уральского ГУ. Серия Психология. — 2010. — № 4. — Выпуск 8.

лише діагностичні психологічні методики, що не мають інвазійного характеру щодо людської психіки.

Так, у роботі зазначається, що наразі особливо актуальною є проблема захисту авторських прав у сфері психодіагностики, тому що майже в усіх галузях психологічної практики, які використовують психодіагностичні методики, відбувається масове порушення прав інтелектуальної власності. Найпоширенішим у зазначених галузях видом авторського договору є авторський договір замовлення на розробку й отримання відповідного наукового результату. Режим подальшого використання такого об'єкта перебуває переважно поза полем відповідного договірного регулювання.

Отже, повертаючись до природи наукового твору в сфері медицини, зазначимо, що за загальною логікою теорії інтелектуальної власності твір науки як вид літературного твору (іншого законодавець нам не залишає) є результатом творчої діяльності автора. Проте не в усіх випадках творча діяльність має свій результат, адже, як слушно зазначив В. Я. Іонас, творчість не завжди завершується створенням твору[14]. Робота А. Ейнштейна над теорією єдиного поля тривала не одне десятиліття. Понад 30 років наполегливої, титанічної творчої праці так і не викристалізувались у завершену наукову теорію[15]. Незавершеними лишилися наукові праці останніх років життя відомого нейрофізіолога Н. П. Бехтєрєвої, проте ідеї, напрями наукових досліджень, постановки наукових задач мають найвищу наукову цінність і авторство відомої лікарки щодо методів розв'язання «лабіринтів мозку» є беззаперечним[16].

Очевидно, творчість і твір є взаємопов'язаними явищами, проте перша може існувати без другого. Натомість об'єктом авторського права, а отже авторського договору, за логікою законодавця, є лише твір як результат творчої діяльності. Для залучення результату інтелектуальної діяльності до лона авторського права, він має бути результатом творчого процесу. Традиційно в авторському праві твір розглядають як об'єкт правовідносин, а творча діяльність відіграє роль юридичного

---

[14] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве / В. Я. Ионас — М. : Юридическая литература, 1972.

[15] Кузнецов Б. Г. Эйнштейн / Б. Г. Кузнецов. — М. : Изд-во АН СССР, 1963. С. 319; Кузнецов Б. Г. Этюды об Эйнштейне/ Б. Г. Кузнецов. — М. : Наука, 1965. — С. 281, 282.

[16] Бехтерева Н. П. О мозге человека / Н. П. Бехтерева. — СПб. : НотаБене, 1994. — 248 с.; Бехтерева Н. П Магия Творчества и психофизиология (Факты, соображения, гипотезы); Бехтерева Н. П. Живой мозг человека и как его исследуют (лекция) / Н. П. Бехтерева. — М., 2007.

факту, що породжує відносини в сфері інтелектуальної власності. Відсутність твору як результату такого процесу, дає юридичні підстави до висновку про невиконання авторського договору замовлення виконавцем.

Проте чи завжди науковий твір у сфері охорони здоров'я є результатом творчої діяльності, чи відсутність такого результату робить слушним попередній висновок, а отже творчість істотною умовою авторського договору?

Необхідно сформулювати поняття творчої діяльності. Як правовому явищу спроби дати визначення творчій діяльності робилися такими вченими, як Б. С. Антимонов, М. А. Гордон, І. А. Грингольц, А. П. Сергєєв, Е. А. Флейшиц[17]. В. Я. Іонас розглядав творчість як «продуктивне мислення», Р. Дж. Дауд (R. J. Dowd)[18] і К. Марсело (K. Marcello)[19] — творче мислення як *creative thinking*. Вченими розрізняються два види творів — творчі твори та нетворчі. Саме перші, на думку багатьох авторів, становлять об'єкт охорони авторського права. Тож під творчістю фізичних осіб розуміють діяльність, результат якої заздалегідь не відомий не тільки авторові, а й третім особам.

Отже, можна дійти висновку, що існує відмінність продуктивного (або творчого) мислення від репродуктивного мислення, тобто відтворення готових, раніше висловлених ідей. До другого типу мислення належать випадки, коли людина виробляє за правилами формальної логіки в рефлексивному порядку розумові акти й отримує при цьому заздалегідь детермінований (зумовлений) результат. Проте у сфері медицини та при продуктивному, і при репродуктивному мисленні розумовий процес може завершуватися певним результатом або не мати останнього. Вчений-медик може алгоритмічно відтворювати певну процедуру (наприклад, прописану у відповідному клінічному протоколі за наявності певної нозології) та отримати результат, не зумовлений попереднім досвідом доказової медицини, на підставі якого власне й формувалися загальновідомі клінічні протоколи, а абсолютно новий і неочікуваний. Більше того, такий результат може мати одиничне емпіричне підтвердження, зумовлене фізіологічними, генетичними, фе-

[17] См., напр.: Гордон М. В. Советское авторское право. М. : Госюриздат, 1955; Антимонов Б. С., Флеишиц Е. А. Авторское право. М. : Госюриздат, 1967.
[18] Dowd, Raymond J. Copyright Litigation Handbook. — (1st ed.). — Thomson West, 2006.
[19] Sorce Keller, Marcello. Originality, Authenticity and Copyright / Marcello Sorce Keller // Sonus — 2007. — № 2. — P. 77–85.

нотипічними особливостями конкретного пацієнта. Проте така вибірковість результату не позбавляє його наукової цінності для медичної науки та правової охорони механізмами авторського права. Так, у наведеному прикладі об'єкт авторського права став результатом інтелектуальної діяльності, але чи мала ця діяльність ознаки творчості?

Спробуємо співвіднести поняття творчої та інтелектуальної діяльності. Одразу зазначимо, що юриспруденція часто ототожнює ці поняття, опосередковуючи визначення одного через інше. До прикладу положення ст. 54 Конституції України: «Кожен громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності...». Судова практика також не дає однозначної відповіді на запитання про те, що потрібно розуміти під творчістю та творчою діяльністю. Судові органи розглянули питання про наявність у діяльності авторів ознак творчості лише стосовно деяких видів творів (частин твору), таких як програма телепередач, дизайн-макет художнього оформлення упаковки, назва літературного твору. При цьому не розкривається зміст поняття творчості, не формулюються її ознаки, на підставі яких можна було б цю творчість визначити.

Натомість феномен творчості та творчої діяльності є предметом наукового інтересу психології. Класичним науковим твором є праця Я. О. Понамарьова «Психологія творчості»[20]. За Я. О. Понамарьовим, головна характеристика творчості — створення нового. Серед сучасних позицій науковців стосовно природи творчості виділяють два підходи. У межах першого творчість розглядають як діяльність, спрямовану на створення нових суспільно значущих цінностей, основну увагу приділяючи критеріям об'єктивної новизни й оригінальності продуктів творчої діяльності. Другий підхід пов'язує творчість із самореалізацією людини, з розвитком мотивації її творчої діяльності. Критерій творчості в такому сенсі, її цінність — особистість людини, а не тільки продукти творчої діяльності[21].

Думаємо, що юриспруденція повинна послуговуватися антропософським визначенням понять інтелектуальної та творчої діяльності, керуючись загально-філософськими принципами «необхідності» й «достатності» при визначенні характерних ознак цих понять. Інтелектуальна діяльність — це продуктивна діяльність людини, зміст якої підпорядкований логіці отри-

[20] Понамарьов Я. О. Психологія творчого мислення / Я. О. Понамарьов. — М., 1960.
[21] Туриніна О. Л. Психологія творчості : навч. посібн. / О. Л. Туриніна. — К. : МАУП. — 2007. — 159 с.

мання результату, що може містити як ідеальну, так і матеріальну складову. Інтелектуальна діяльність є складовою творчої діяльності, що поділяється у психології на: художню, музичну, образотворчу, технічну, наукову, ігрову, навчальну, побутову, комунікативну, управлінську, ситуаційну, військову.

У психології дотримуються позиції, що специфіка наукової творчості полягає в домінуванні теоретичного мислення, хоча останнім часом, коли виникло безліч нових наукових напрямів, найчастіше переважає комбіноване мислення — теоретико-практичне. Психологи виділяють типове мислення фізика, хіміка, біолога, медика тощо. Художню творчість розглядають насамперед не в аспекті створення чогось нового в певній галузі культури, а щодо самореалізації людини-творця. Здатність до творчості пов'язана з якимось видом діяльності чи навіть з культурою загалом. Без цього вона не може актуалізуватися, реалізуватися на практиці. Наприклад, здібність людини до музичної (математичної) творчості зумовлює постійне оновлення музичних форм (математичних теорій), що перебувають у полі діяльності такої людини. На що ж насамперед спрямовано цей творчий дар? На думку психологів, процес розвитку людини в певному сенсі можна назвати «створенням себе» — більш-менш повною реалізацією вищого *Я* в її самосвідомості та діяльності.

Як бачимо, психологія творчості підводить нас до розуміння відмінності природи літературного художнього твору (мистецького твору) та твору науки. Незважаючи на те, що Бернська конвенція з охорони літературних і художніх творів від 9 вересня 1886 р. в редакції 1971 р. відносить твори науки до категорії «літературні і художні твори», твори науки за природою свого створення суттєво відрізняються від інших творів, належних до цієї групи. Твір науки — сукупність вироблених і теоретично систематизованих об'єктивних знань про дійсність, він може виникнути в результаті як наукової творчої діяльності, так і в результаті інтелектуальної діяльності, що відтворює усталений алгоритм дій для отримання прогнозованого результату, наприклад певного терапевтичного ефекту.

Твір науки створюється в результаті проведення наукових досліджень (Лектинова гістохімія нирки щура в динаміці постнатального онтогенезу та при експериментальному цукровому діабеті[22]) чи теоретичних узагальнень (Використання

[22] Амбарова Н. О. Лектинова гістохімія нирки щура в динаміці постнатального онтогенезу та при експериментальному цукровому діабеті : дис… на здобуття наукового ступеня канд. мед. наук / Н. О. Амбарова. — Львів, 2010.

оновленого списку гістологічної термінології в морфології та кардіології[23]). Він адресований певному колу фахівців відповідної наукової сфери. Твір науки покликаний задовольнити не естетичні почуття, а потребу людства в пізнанні нового (задовольнити інтелектуальні емоції)[24].

Звертаючись до вітчизняного законодавства за легальним поняттям наукового твору, ми не знаходимо його ні в системі норм законодавства в сфері авторських правовідносин, ні в законодавстві, що регулює відносини в сфері наукової діяльності. Опосередковано можемо визначити синтетичне поняття наукового твору через такі проміжні юридичні категорії, як «наукова робота», «науковий результат», «науково-прикладний результат» та «науково-технічний результат», закріплені в Законі України «Про наукову і науково-технічну діяльність».

Так, під науковою роботою розуміють дослідження з метою одержання наукового результату, що є новим знанням, одержаним в процесі фундаментальних або прикладних наукових досліджень, і зафіксоване на носіях наукової інформації у формі звіту, наукової праці, наукової доповіді, наукового повідомлення про науково-дослідну роботу, монографічного дослідження, наукового відкриття тощо. Під науково-прикладним результатом законодавець розуміє нове конструктивне чи технологічне рішення, експериментальний зразок, закінчене випробування, розробку, що впроваджена чи може бути впроваджена в суспільну практику. Науково-прикладний результат може бути у формі звіту, ескізного проекту, конструкторської або технологічної документації на науково-технічну продукцію, натурного зразка тощо. Науково-технічні (експериментальні) розробки — науково-технічна діяльність, спрямована на створення нових матеріалів, продуктів, процесів, пристроїв, технологій, систем і надання нових послуг або на істотне вдосконалення тих, що вже виробляються (надаються) чи введені в дію.

Отже, узагальнюючи законодавство в сфері авторського права та законодавство в сфері наукової діяльності, можемо дійти проміжного висновку, що загалом під науковим твором як предметом авторських правовідносин потрібно розуміти результат наукової діяльності, об'єктивований у носіях наукової

---

[23] Використання оновленого списку гістологічної термінології в морфології та кардіології / Ю. Б. Чайковський, О. Д. Луцик, С. Б. Геращенко, О. І. Дєльцова // Ліки України. — 2012. — № 1(157). — С. 13–14.
[24] Психологічний словник / за ред. В. І. Войтка. — К. : Вища школа., 1982. — 214 с.

інформації. Зважаючи на мету дослідження, така дефініція наукового твору є проміжною на етапі певних узагальнень і не враховує особливостей сфери охорони здоров'я.

Розглянемо ознаки наукового твору в сфері медицини.

Американський учений Дж. С. Кауфман (J. C. Kaufman) вирізняє чотири основні детермінанти на шляху до творчої діяльності людини:

1) її особисті ресурси, тобто розум, темперамент, сила тощо;
2) джерела підтримки та керівництва (різні норми, інструкції, рекомендації), що надають їй можливості орієнтуватись у світі;
3) можливості (чи перешкоди) для виконання особистих цілей залежно від соціальної приналежності, раси, віку, статі, а також ситуації у світі (війни, депресії, значні соціальні зміни та ін.);
4) власні зусилля особистості, її діяльність. Природна творча активність людини проявляється в діяльності, зовнішня соціальна форма якої — праця, що охоплює і психічну, і фізіологічну сфери життя. Людям, які займаються творчістю, доводиться переборювати багато труднощів. Це різні бар'єри, антистимулятори, що більшою чи меншою мірою негативно впливають на творчий процес[25].

Детермінанти творчості наведені в авторській послідовності, ймовірно за ступенем значення у психології, щодо юриспруденції, для нас важливою є друга детермінанта, котре обмежує наукову творчість у сфері наукового пізнання, предметом якого є людина, з позиції етичності відповідно до наведених вище норм міжнародного права.

Вимоги етичності висуваються не лише до змісту твору в сфері біомедицини, але й до способу досягнення відповідного наукового результату. Отже, визначаючи зміст авторського договору замовлення в сфері охорони здоров'я, необхідно передбачити положення щодо необхідності дотримання стандартів GCP (належної клінічної практики)[26]. Недотримання таких стандартів може призвести до неможливості подальшої комерціалізації предмета договору, тому що неетичність змісту та

---

[25] Kaufman James C. Beyond Big and Little: The Four C Model of Creativity / James C. Kaufman // Review of General Psychology. — 2009. — Vol. 13. — № 1. — P. 1–12

[26] Наказ Міністерства здоров'я України «Про затвердження Уніфікованої методики з розробки клінічних настанов, медичних стандартів, уніфікованих клінічних протоколів медичної допомоги, локальних протоколів медичної допомоги (клінічних маршрутів пацієнтів) на засадах доказової медицини» № 798 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www. moz.gov.ua.

способу досягнення відповідного наукового результату виключає останній з поля офіційної науки.

Рішення щодо відповідності наукової діяльності принципам медичної деонтології вирішується Комітетом з біоетики НАН України[27], Центральною комісією з питань етики Міністерства здоров'я України України та локальними етичними комітетами, що функціонують відповідно до Наказу Міністерства здоров'я України України «Типове положення комісії з питань етики при лікувально-профілактичних закладах, у яких проводяться клінічні випробування» від 23 вересня 2009 р. № 790, в усіх навчальних та науково-дослідних інституціях, предметом дослідження яких є людина.

Проте на практиці відомі випадки, коли неетичність відповідного наукового результату з'ясовується лише *post factum*. Класичним прикладом є справа «Дисциплінованість за Мільграмом». Пацієнти були поінформовані, що під час експерименту буде досліджуватись особливість мозкової діяльності в процесі опанування певного навчального матеріалу й у разі допущення помилок піддослідні будуть уражатися безпечним для життя, проте болісним ударом електричного струму. У реальності жодних електричних ударів не планувалося, справжньою метою експерименту було виявлення особливостей прояву певних неврологічних захворювань у стані стресу. Незважаючи на те, що участь в експерименті брали люди, які надали свою інформовану згоду[28], цей експеримент розглядається в юридичній та медичній науковій літературі як неетичний, адже принижує гідність особи. Річ у тім, що, як було виявлено після завершення експерименту, частина учасників погодилася брати в ньому участь через певні особистісні деформації у формі садо-мазохістських відхилень[29].

Отже, при укладенні авторського договору замовлення етичність очікуваного наукового результату варто попередньо узгоджувати з відповідним локальним етичним комітетом.

Відповідно до положень Гельсинської декларації, наукові дослідження у галузі біології та медицини здійснюються безперешкодно за умови дотримання положень цієї Декларації та інших правових положень, які гарантують захист людини.

---

[27] Постанова Президії НАН України від 13 липня 998 р. № 278.
[28] В українському законодавстві обов'язковість такої згоди визначається Законом України «Основи законодавства України про охорону здоров'я».
[29] Планирование и проведение клинических исследований / под ред. Ю. Б. Белоусова. — М. : Из-во Общества клинических исследований, 2000.

Наукове дослідження на людині може проводитися тільки за умови відсутності альтернативи, ефективність якої була б аналогічною ефективності досліджень на людях. Ризики, на які може наражатися така особа, мають бути співмірні потенційній користі від дослідження. Проект такого дослідження має бути затверджений компетентним органом після проведення незалежної експертизи його наукової цінності, зокрема й оцінку важливості мети дослідження, та міждисциплінарного розгляду його прийнятності з етичного погляду. Особи, на яких проводяться дослідження, мають бути поінформовані про їхні права та гарантії, встановлені законодавством для їхнього захисту. Будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи. Такій особі заздалегідь надається відповідна інформація про мету та характер втручання, а також про його наслідки й ризики. Відповідна особа в будь-який час може безперешкодно відкликати свою згоду (ст. 45 Основ законодавства про охорону здоров'я).

Теорія медичного експерименту передбачає, що його результат щодо стану здоров'я пацієнта може бути як позитивний, так і негативний, або може бути взагалі відсутніми[30].

У медичній практиці за критерієм мети медичні експерименти поділяють на два види: медичний терапевтичний експеримент і медичний науковий експеримент[31]. Під медичним терапевтичним експериментом розуміють дії лікаря, спрямовані на покращення стану здоров'я пацієнта, в основу яких покладені нові невипробувані методики. Безперечно, спроба лікувати новими невипробуваними методами має спиратися на науково виважену теоретичну основу. Медичний терапевтичний експеримент не виключає випробування медичних гіпотез, які можуть збагатити знання у відповідній галузі медицини, але основна його мета — це полегшення, покращення стану хворого. Іншими словами, зусилля вчених при проведенні медичного терапевтичного експерименту націлені, передусім, на допомогу пацієнту й лише опосередковано його метою є підтвердження чи спростування медичних гіпотез.

Інша мета в медичного наукового експерименту. Покращення стану хворого є завдання похідне. Медичний науковий екс-

[30] Sterkowicz S. Eksperymenty medyczny na ludziach / S. Sterkowicz// PIZ. — 1984. — № 13.
[31] Kornas S. Wspyłczesne eksperymenty medyczny w ocenie katolickiej / S. Kornas. — Czestohowa, 1986.

перимент може ставитись як на хворих, так і на цілком здорових людях. Насамперед медичний науковий експеримент спрямований на підтвердження чи спростування наукових гіпотез емпіричним шляхом, його метою є поступ в медицині та суміжних науках[32]. Медичний науковий експеримент може мати характер неінвазійний і жодним чином об'єктивно не впливати на фізичний стан людини (наприклад, проведення кардіологічних вимірювань у різні добові відрізки часу, встановлення залежності між кольором роговиці ока та ризиком захворювання на катаракту, встановлення залежності між групою крові і ступенем опірності імунної системи вірусам)[33]. Отже, теорія поділу медичного експерименту на медичний терапевтичний експеримент і медичний науковий експеримент ґрунтується на меті, що її ставлять при проведенні експерименту, та первинності чи вторинності досягнення певного терапевтичного ефекту в пацієнта. Проте провести межу між медичним терапевтичним експериментом і медичним науковим експериментом є доволі складно як у клінічній практиці, так і на законодавчому рівні.

Повернімося до наведених вище особливостей творчої діяльності та виду інтелектуальної діяльності, результатом якої має стати науковий твір у сфері охорони здоров'я. Очевидним, на нашу думку, є те, що науковий твір, отриманий у результаті наукового терапевтичного експерименту та в результаті медичного наукового експерименту в своїй основі містить новизну як у змісті, так і у процесі отримання такого результату. Натомість новий науковий результат, отриманий у результаті усталеної клінічної практики на основі затверджених клінічних протоколів, новизни у процесі отримання не містить, проте вона може бути наявною у його змісті.

Чи авторський договір замовлення повинен враховувати такі особливості отримання наукового результату у сфері охорони здоров'я? На нашу думку, безперечно так, адже як науковий твір, що відображає відповідний науковий результат, так і процес його досягнення можуть становити два різні предмети договірного регулювання. Кому належатиме новий науковий результат, отриманий на основі зареєстрованого клінічного протоколу? Звісно, що клінічний протокол як норматив-

[32] Kornas S. Wspyłczesne eksperymenty medyczny w ocenie katolickiej / S. Kornas. — Czestohowa, 1986.
[33] Sterkowicz S. Eksperymenty medyczny na ludziach / S. Sterkowicz // PIZ. — 1984. — № 13.

ний акт, затверджений Міністерством охорони здоров'я України, не підпадає під охорону авторського права, проте корективи до протоколу, зміни, що дозволяють досягнути швидшого одужання, виразнішого терапевтичного ефекту, об'єктивовані у відповідних наукових творах (статтях, монографіях тощо) безперечно є об'єктами авторського права. Одним із прикладів може слугувати коментар С. А. Малярова до «Практичного керівництва ведення пацієнтів з біполярним розладом», викладений у формі наукової статті[34].

Зазначене вище дає підстави визначити поняття неможливості виконання авторського договору в сфері охорони здоров'я:

1) неможливість отримання результату у зв'язку з об'єктивними обставинами, зумовленими відповідними законами фізіології людини;
2) неможливість отримання результату у зв'язку з неетичністю відповідного медичного експерименту, наявність якої проявляється (констатується) лише в процесі його проведення.

Наприклад, наукові дослідження стовбурових клітин ембріона людини дозволені законодавством Європейського Союзу (ЄС), за результатами висновку Warnok Committee[35], лише до 14-дня від моменту запліднення. Якщо науковий результат не отримано до зазначеного строку чи наукове завдання вимагає подовження його строку й експеримент проводитиметься після формування первинної смужки ембріона, формування якої починається на 14-й день і є свідченням початку формування центральної нервової системи й ідентифікує його з людиною[36], науковий результат, отриманий таким шляхом, вважатиметься неетичним і такі дослідження заборонені законодавством. Науковий інтерес спонукає вчених шукати шляхи обходу такої заборони. Створюючи гібридні ембріони людини та тварини вчені формально легалізують свій науковий результат[37], адже заборона стосується лише людського ембріону. Так, у Великій Британії було прийнято закон, який дозволяє

[34] Маляров С. А. Комментарий к «Практическое руководство по ведению пациентов с биполярным расстройством» // Нейро News: Психоневрология и нейропсихиатрия / С. А. Маляров. — № 4 (31). — С. 45–47.
[35] Warnock Committee: Report of inquiry into human fertilization and embryology / Her Majesty's Stationery Office. — London, 1984.
[36] Бойко І. Ідентичність і статус людського ембріона у сучасних біотичних дискусіях / І. Бойко // Філософія. Наукові записки. — 2011. — Вип. 8.
[37] Warnock Committee: Report of inquiry into human fertilization and embryology / Her Majesty's Stationery Office. — London, 1984.

схрещування людей і тварин *in vitro*. Для створення гібридних ембріонів з яйцеклітини ссавця видаляють ядро й на його місце поміщають ядро людини. Ядро — це клітинна органела, що містить генетичний матеріал (ДНК) організму. Процес ділення створеної клітки запускають дією ззовні. Отриманий ембріон буде не зовсім людським: у його клітинах міститиметься частина від тваринного «батька»[38].

Звернімо увагу також на проблеми визначення обсягу правової охорони наукового твору в сфері охорони здоров'я, тому що лише в межах наявного обсягу прав може відбуватися передача їхньої частини. Останнє ставить перед правниками чимало нерозв'язаних питань і роблять невизначеним обсяг правомочностей, який може передаватися за авторським договором. Якщо вдатися до аналогії з правом промислової власності, то нам слід звернутися до поняття змісту твору. Без останнього ми не зможемо визначитися також і з обсягом прав, які належать творцеві.

Проте традиційно в авторському праві змісту твору відводиться другорядна роль і перевага надається формі. Такої позиції дотримується Е. П. Гаврилов у своїх численнних працях, зокрема, «Авторское право и содержание произведения»[39].

Твори, як і будь-який інший об'єкт, складаються з форми та змісту. Сучасне українське авторське право не охороняє зміст твору. Це положення прямо зафіксоване в п. 3 ст. 8 Закону україни «Про авторське право і суміжні права». Передбачена цим Законом правова охорона поширюється тільки на форму вираження твору та не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть, якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі.

Чинна норма визначає елементи твору, на які авторські права не поширюються. Цей перелік є доволі показовим. Більшість дослідників погоджуються, що в цьому переліку наведено різні елементи саме змісту твору, на які авторські права не поширюються, зокрема, це ідеї, зокрема й, додамо ми від себе, — наукові.

У будь-якому творі є структурні елементи. Одні з них стосуються форми твору, інші — його змісту. Так, у творі ху-

[38] [Electronic resourse]. — Access mode : http://www.guardian.co.uk/search?q=embryon&section.

[39] Гаврилов Э. П. Авторское право и содержание произведения / Э. П. Гаврилов // Патенты и лицензии. — 2009. — № 1.

дожньої літератури до елементів форми належать: мова (вона може бути художньо-виразною чи, навпаки, збідненою), художні образи, послідовність розвитку подій, характерні риси героїв і т.п., а до елементів змісту — тема, ідея, сюжет, мораль тощо. При цьому зміст твору завжди об'єктивований у певну форму вираження. У творі наукової літератури елементами форми є мова, послідовність викладу, логічні ланцюжки тощо, а елементами змісту — наукові ідеї, здобутки, пропозиції, факти.

Як зазначає Е. П. Гаврилов, та обставина, що будь-який твір науки, літератури й мистецтва складається з структурних елементів, одні з яких стосуються і форми твору, а інші — його змісту, не є специфічною рисою творів у сфері авторських правовідносин. Це загальна філософська закономірність: будь-який об'єкт (предмет, явище в природі та суспільстві) складається з форми і змісту. При цьому, з погляду філософії, зміст — це визначальний аспект цілого, сукупність його частин, а форма — спосіб існування та вираження змісту[40].

У підсумку наукова позиція Е. П. Гаврилова зводиться до того, що творчість є пізнання нового, а отже, приводить до нового результату. Відповідно до концепції Е. П. Гаврилова, авторське право охороняє лише ті творчі результати, що є новими не тільки для автора, але й для інших осіб (об'єктивно нові), охороняються не просто об'єктивно нові результати, але й ті, які не можуть бути отримані при паралельній творчості (цит. за — Е. П. Гавриловим), які є унікальні та неповторні. Останній ключовий висновок випливає з того, що інше вимагало б визнання всіх паралельних творців співавторами чи фіксації пріоритету, щоби надавати права лише першому, а таких механізмів закон не містить.

Очевидним є те, що концепція Е. П. Гаврилова не відповідає викладеній у першій частині представленої роботи науковій позиції щодо особливої природи наукового твору загалом, а в сфері охорони здоров'я зокрема. Концепція Е. П. Гаврилова не має на меті виявити, визначити особливі ознаки процесу досягнення наукового результату, об'єктивованого в науковому творі (у змісті твору безпосередньо). Видається, що метою Е. П. Гаврилова є введення концепта абсолютної неповторності об'єкта авторського права для всіх випадків при паралельній творчій діяльності.

---

[40] Гаврилов Э. П. Авторское право и содержание произведения / Э. П. Гаврилов // Патенты и лицензии. — 2009.

Якщо погодитися з підходом професора Е. П. Гаврилова, то постає запитання: механізмами якого права повинні охоронятися наукові твори видатних лікарів, які спостерігали очевидні і для своїх колег процеси, проте лише деякі з них виявилися здатними описати їх так, що зміст опису не втрачає актуальності для сучасної медичної науки? Наведемо приклади. Офтольмолог Г. Шегрен описав Сухий синдром кератокон'юнктивіта (синдром Шегрена), який, безперечно, спостерігався паралельно і його колегами, що робили спроби описати його до Г. Шегрена, проте лише опис останнього увійшов у медичну наукову літературу та дав авторську назву захворюванню. Наукові роботи Г. Квінка, котрий описав такий паталогічний стан, як набряк Квінке і дав назву цьому небезпечному захворюванню, твори Дж. Паркінсона «Ессе про тремтячий параліч», А. Альцгеймера, Ж. Шарко та ін. У наведених прикладах форма є вторинною щодо змісту. Показовим є історичний факт: у медичну науку поняття «хвороба Паркінсона» було введено французьким неврологом Ж. Шарко вже після смерті Дж. Паркінсона. У своїй роботі Ж. Шарко зазначає, що за життя науковий доробок його колеги не був належно оцінений, загальновідомі симптоми, що спостерігалися й описувалися лікарями не одне століття, саме Дж. Паркінсоном було науково обґрунтовані та систематизовані[41]. Така повага до авторського права та пріоритету колеги є непоодиноким випадком дотримання професійної етики у сфері медицини. Із сучасних прикладів є показовими праця А. П. Чуприкова, Р. М. Гнатюка та М. А. Куприкова «Асиметрія мозку і ліворукість» 2011 р., чи довідник «Медичні інструменти. Класифікація і призначення»[42].

Концепція Е. П. Гаврилова не зазнала до останнього часу серйозної критики. Наприклад, якщо звернутися до фундаментальної праці професора О. П. Сергєєва «Право інтелектуальної власності в Російській Федерації»[43], то в ній, на жаль, виявляється вельми невизначений погляд на обговорювану проблему: «У літературі справедливо зазначається, що для ав-

[41] Lees A. J. Unresolved issues relating to the shaking palsy on the celebration of James Parkinson's 250th birthday / A. J. Lees // Mov Disord, 2007. — T. 22. — № Suppl 17. — P. 327–334.

[42] Медичні інструменти. Класифікація і призначення : рос.-укр. словник-довідник / П. В. Олійник, Г. Д. Гасюк, О. Л. Гром, І. М. Федин та ін. — Львів : СВІТ, 1996. — 150 с.

[43] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник / А. П. Сергеев. — М. : ПБОЮЛ Гриженко, 2001.

торського права важливий не стільки творчий характер діяльності, скільки аналогічна ознака результату, хоча, мабуть, слід виходити з того, що тільки творча діяльність може привести до творчого результату. Показником творчого характеру твору, на думку більшості російських учених, є його новизна. Новизна в цьому контексті розглядається як синонім оригінальності».

Який рівень новизни мається на увазі — для автора чи для всього суспільства? Чи були оригінальними з позиції концепції Е. П. Гаврилова наведені вище наукові твори в сфері медицини? Як вимога новизни наукового твору в сфері охорони здоров'я може бути виписана у авторському договорі замовлення? Новизна на поточний момент чи абсолютна унікальність, неповторність? Чи можливий об'єкт авторського права, який не показує, що робота з його створення була саме творчою? Усі ці питання О. П. Сергєєв лишає без подальших роз'яснень.

Загалом, як нам здається, було б справедливим дорікнути правовій науці останніх років у неуважності до вимог, які висувають до авторського права сучасні фундаментальні та прикладні наукові розробки. Можливо, варто активніше вести дискусію щодо розробки теоретичного підґрунтя концепції авторського права, котре базувалося б на протилежних до концепції Е. П. Гаврилова вихідних положеннях, визнаючи наукову цінність і роль останньої в авторському праві другої половини XX століття.

Власні наукові переконання авторки цієї роботи спонукають приєднатися до позиції М. В. Лабзіна, який знаходить у порядку роздумів Е. П. Гаврилова методологічну помилку, котра полягає в тому, що висновок про ознаки охоронюваного об'єкта виводяться з прийомів і принципів його охорони. Проте, зазначає М. В. Лабзін, не юридичні прийоми визначають, який об'єкт повинен охоронятися, а, навпаки, — об'єкт та інтерес, про охорону якого подбав законодавець, зумовлюють юридичні прийоми та механізми його охорони. У цьому сенсі, як нам здається, в міркуваннях Е. П. Гаврилова переставлені причина та наслідок[44].

Справді, в більшості об'єктів авторського права особистість творця проявляється в усій її унікальності, в результаті чого

[44] Лабзин М. В. Оригинальность объекта авторского права / Максим Валерьевич Лабзин // Патенты и лицензии. — 2007.

його твори набувають неповторності. Це зробило непотрібним дотримання будь-яких формальностей для виникнення авторського права (фіксацію пріоритету, реєстрацію тощо). Проте чи можна стверджувати, що рішення про відмову від формальностей виключає з-поміж правої охорони авторським правом об'єкти, що є очевидними, повторюваними, проте є результатом інтелектуальної діяльності їхнього автора, особливо це стосується наукових творів у сфері клінічної медицини?

Важливим є питання, чи подальша об'єктивізація результатів наукової діяльності не лише у формі наукових творів (монографій, статей тощо), але й у відповідних нормативних актах (протоколах лікування відповідних нозологій) позбавляє їх правової охорони в режимі авторського права, а отже, й можливості бути предметом авторського договору? Зрештою, чи власне вже відображення наукових результатів у клінічних протоколах не безпосередньо автором вважатиметься порушенням його майнових прав або прав особи, котрій за авторським договором такі права було передано?

Звернімося за прикладами до творів заслуженого лікаря України, академіка М. А. Касьяна: «Мануальна терапія при остеохондрозі хребта», яка знайшла своє відображення у перших «Методичних рекомендаціях з мануальної терапії», затверджених Міністерством охорони здоров'я СРСР, чи до робіт Л. О. Булахової щодо нових підходів діагностування спадкових психіатричних захворювань «Клінічна генетика в психіатрії» та розроблених нею «Методів лікування фенілкетонурії», які знайшли своє відображення в Наказі Міністерства охорони здоров'я СРСР «Про масовий скринінг та безкоштовне лікування фенілкетонурії».

Ми поділяємо позицію науковців, які вважають за доцільне звернути увагу на «сусідній» інститут інтелектуальної власності при аналізі іншого[45]. На жаль, сьогодні ми недооцінюємо схожість і переоцінюємо відмінності авторського та патентного права.

Значний науковий резонанс отримала позиція М. В. Чіженка, який виходить з того, що існує ймовірність повторення результатів творчості, при цьому теоретично навіть досить великих і об'ємних[46]. Однак Закон України «Про авторське

[45] Лабзин М. В. Оригинальность объекта авторского права / М. В. Лабзин // Патенты и лицензии. — 2007. — № 7–8.
[46] Чиженок М. В. Критика объективной новизны / М. В. Чиженок // Патенты и лицензии. — 2004. — № 6. — С. 41.

право і суміжні права» покликаний охороняти кожен творчий доробок, а виключення з охорони такого твору з причини того, що він випадково повторив інший, означає заперечення авторського права загалом. Тим паче, що принцип об'єктивної новизни передбачає «знання про всі твори за весь історичний період часу і на всьому історичному просторі, а таким знанням не володіє ніхто». М. В. Чіженок пропонує виходити з новизни суб'єктивної — створений твір має бути невідомим для автора й бути результатом його індивідуальної творчості. Щодо авторського договору замовлення, то очікуваний науковий результат у формі наукового твору є невідомим на момент укладання й замовникові, й автору.

Отже, підсумовуючи вище наведене зазначимо, що особливості правової природи предмета авторського договору в сфері охорони здоров'я полягає в первинності змісту наукового твору над його формою. Зазначимо також, що усталений правовий концепт охорони авторським правом форми, а не змісту твору, має бути переосмислений з позиції рівноцінності цих характеристик для права в контексті охорони творів науки в цілому, а в медичній науці зокрема. Відсутність такого правового урівноваження робить авторське право недостатньо ефективним інструментом охорони наукових творів, які віднесені до кола його об'єктів чинним міжнародним і національним законодавством.

Сфера охорони здоров'я зумовлює специфіку правового статусу також суб'єктів договірних відносин у сфері інтелектуальної власності загалом, й у авторському праві зокрема.

Відповідно до ст. 421 ЦК України, суб'єктами права інтелектуальної власності є: творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) й інші особи, яким належать особисті немайнові та (чи) майнові права інтелектуальної власності.

Як зазначає Н. М. Мироненко, це визначення не є дефінітивною нормою, а формулюється через вказівку на певні групи суб'єктів права інтелектуальної власності та у зв'язку із закріпленими за ними правами інтелектуальної власності. Законодавець узагальнив і визначив дві групи суб'єктів права інтелектуальної власності: «творець та інші особи, яким належать особисті немайнові та майнові права інтелектуальної власності»[47].

[47] Мироненко Н. М. Поняття суб'єктів права інтелектуальної власності та критерії їх класифікації / Н. М. Мироненко // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2009. — № 1.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про авторське право і суміжні права», суб'єктами авторського права є автори об'єктів інтелектуальної власності, віднесені до інституту авторського права. Первинним суб'єктом авторського права є фізична особа, творчою (інтелектуальною) працею якої створено об'єкт.

Оскільки Конституцією України встановлюється свобода інтелектуальної та творчої діяльності й передбачене право кожного громадянина на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 54), суб'єктом авторського права на науковий твір у сфері охорони здоров'я може бути будь-яка фізична особа, творчою (інтелектуальною) працею якої створено відповідний об'єкт.

Згадана ст. 421 ЦК України передбачає два види суб'єктів інтелектуальної власності: автора-творця й інших суб'єктів інтелектуальної власності, яким належать майнові та немайнові права інтелектуальної власності. В основу такого поділу законодавець поклав критерій підстави виникнення права інтелектуальної власності, за яким коло суб'єктів поділяється на первинних і вторинних суб'єктів інтелектуальної власності.

Особливості набуття права інтелектуальної власності, тобто визначення моменту (юридичного факту), з якого особа набуває статусу суб'єкта права інтелектуальної власності, залежить від особливостей об'єкта. Набуття статусу суб'єкта авторського права не вимагає вчинення формальних дій щодо реєстрації відповідних прав у державних органах[48].

Проте постає запитання, чи у сфері охорони здоров'я будь-який первинний або вторинний суб'єкт інтелектуальної власності зможе реалізувати право, закріплене в ст. 41 Конституції України, — право володіти, використовувати та розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної та творчої діяльності — у повному обсязі? Проаналізувавши законодавство у сфері охорони здоров'я, ми дійшли висновку, що без набуття спеціального статусу суб'єкта медичної діяльності (медичної практики) реалізувати права інтелектуальної власності в повному обсязі у зазначеній сфері є неможливим.

Аргументацію цього положення почнімо з наведення загальновідомого змісту прав інтелектуальної власності, проте з особливостями їх прочитання у сфері охорони здоров'я. Особистими немайновими правами інтелектуальної власності є:

[48] Мироненко Н. М. Поняття суб'єктів права інтелектуальної власності та критерії їх класифікації / Н. М. Мироненко // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2009. — № 1.

1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності;
2) право перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності.

Майновими правами інтелектуальної власності є:

1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності;
3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, зокрема й забороняти таке використання.

Очевидним є те, що немайнові права інтелектуальної власності набувають специфіки у сфері охорони здоров'я. Зокрема, це особливості щодо юридичного змісту права перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця — медичного працівника, це й особливості характерних ознак честі й гідності медичного працівника відповідно до норм медичної деонтології та ін. Проте зазначене коло проблем лежить поза предметом цього дослідження, ми викладемо їх аналіз у відповідних наукових публікаціях. Наразі зосередимося на майнових правах інтелектуальної власності, що визначають зміст відповідного авторського договору. Серед майнових прав інтелектуальної власності положення щодо використання відповідного об'єкта у сфері охорони здоров'я є предметом нашого особливого наукового інтересу.

Підтримуючи позицію В. А. Дозорцева, зазначимо, що виключні права на результат творчої (інтелектуальної) діяльності виникають лише на підставі прямої вказівки закону. Як специфічну властивість виключних прав В. А. Дозорцев зауважує нівеляцію їхньої абсолютизації через необхідність збалансування інтересів авторів, правоволоділців і суспільства загалом[49]. Необхідність дотримання такого балансу суттєво впливатиме на переосмислення поняття недобросовісного використання цих прав у сфері охорони здоров'я. Спираючись на концепцію виключних прав В. А. Дозорцева, ми розглянемо зміст виключного права крізь призму двох його правомоч-

[49] Интеллектуальные права : Понятие; Система; Задачи кодификации : сб. статей / В. А. Дозорцев / Исследовательский центр частного права. — М. : Статут, 2003. — С. 5–6.

ностей: права використання та права розпоряджання з розумінням квазі-абсолютності цих прав.

Доктрина права інтелектуальної власності під використанням визнає дії з практичного застосування продукту інтелектуальної діяльності та інформації, котру несе такий продукт, та яка об'єктивізована у відповідному матеріальному носієві[50].

Керуючись викладеними вище аргументами щодо особливостей наукових творів (їхніх форми та змісту) у сфері медицини зазначимо, що реалізація виключних прав відбувається через особливу форму їх використання, а саме: застосування відповідного об'єкта в медичній практиці.

Під медичною практикою, відповідно до законодавства, розуміємо діяльність, пов'язану з комплексом спеціальних заходів, спрямованих на сприяння поліпшенню здоров'я, підвищення санітарної культури, запобігання захворюванням та інвалідності, на діагностику, допомогу особам з гострими і хронічними захворюваннями й реабілітацію хворих та інвалідів, яке здійснюється особами, що мають спеціальну освіту[51].

Специфіка використання об'єкта інтелектуальної власності у сфері медицини, зокрема об'єкта авторського права, зумовлена обмеженням як правомочностей його творця щодо застосування у медичній практиці, так і безпосередньо законодавчо визначеною (у клінічному протоколі) сферою застосування.

Згідно з медичним законодавством, у медичній практиці застосування об'єкта інтелектуальної власності має дві рівноцінні за значенням складові: терапевтична практика та наукова діяльність, яка має в своїй основі медико-біологічний експеримент (ст. 45 Основ законодавства про охорону здоров'я).

Стаття 42 Основ законодавства в сфері охорони здоров'я дає підстави дійти висновку, що застосування об'єкта інтелектуальної власності в терапевтичній сфері зводиться до поняття медичного втручання, під яким розуміють застосування методів діагностики, профілактики чи лікування, пов'язаних з упливом на організм людини. Загальні вимоги такого застосування визначаються у ст. 44 Основ законодавства в сфері охорони здоров'я: у медичній практиці застосовуються методи

---

[50] Интеллектуальные права : Понятие; Система; Задачи кодификации : сб. статей / В. А. Дозорцев; Исследовательский центр частного права. — М. : Статут, 2003. — С. 57.

[51] Наказ Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва й Міністерства охорони здоров'я України «Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з медичної практики» від 16 лютого 2001 р. № 38/63.

профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарські засоби, дозволені до застосування центральним органом виконавчої влади. Нові методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарські засоби, що перебувають на розгляді в установленому порядку, але ще не допущені до застосування, тобто перебувають в режимі медико-біологічного наукового експерименту, можуть використовуватися в інтересах вилікування особи лише після отримання її письмової згоди.

Основи законодавства в сфері охорони здоров'я визначають такі особливі сфери застосування об'єктів інтелектуальної власності:

- застосування виробів медичного призначення (ст. 19);
- застосування лікарських засобів (ст. 44) та імунобіологічних препаратів (ст. 45);
- застосування методу пересадки від донора до реципієнта органів та інших анатомічних матеріалів людини (ст. 47);
- застосування допоміжних репродуктивних технологій (ст. 48);
- застосування методів стерилізації (ст. 49);
- застосування методів медико-соціальної реабілітації у військовій медицині (ст. 70);
- застосування методів гіпнозу та навіювання (ст. 32).

Важко відстежити логіку законодавця, чому саме наведені вище сфери застосування відповідних методів були виділені на рівні Основ законодавства в сфері охорони здоров'я. Щодо інших сфер медичної практики, то застосування медичного втручання регулюється законодавством через висування відповідних вимог до суб'єкта такого застосування — медичного працівника. Використати об'єкт інтелектуальної власності за його безпосереднім призначенням (застосування в медичній практиці) є правомірним для його автора лише за умови, що останній набуває спеціального правового статусу суб'єкта медичної практики.

Відповідно до Основ законодавства про охорону здоров'я (ст. 74), медичною та фармацевтичною діяльністю можуть займатися особи, що мають відповідну спеціальну освіту та відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам. Медичні й фармацевтичні працівники мають право на заняття медичною та фармацевтичною діяльністю, а отже, мають право застосовувати відповідний об'єкт інтелектуальної власності, зокрема об'єкт авторського права, відповідно до спеціальності та кваліфікації (ст. 77 Основ законодавства про охорону здоров'я).

Критерії визначення відповідності кваліфікації працівника у сфері охорони здоров'я містяться в затвердженому Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29 березня 2002 р. № 117 Довіднику кваліфікаційних характеристик професій працівників охорони здоров'я.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», ліцензуванню підлягають: виробництво лікарських засобів, оптова, роздрібна торгівля лікарськими засобами (п. 9), медична практика (п. 26), переробка донорської крові та її компонентів, виготовлення з них препаратів (п. 27).

Відповідно до Наказу Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва та Міністерства охорони здоров'я України «Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з медичної практики» від 16 лютого 2001 р. № 38/63, дія зазначених ліцензійних умов поширюється на всіх суб'єктів господарювання, що зареєстровані в установленому законодавством порядку як юридичні особи незалежно від їхньої організаційно-правової форми та форми власності і які проводять господарську діяльність з медичної практики, а також на фізичних осіб-суб'єктів господарської діяльності, що здійснюють діяльність у зазначеній галузі.

До суб'єктів заняття медичною практикою висуваються такі кваліфікаційні вимоги: вища медична освіта з відповідною спеціалізацією, підтвердженою сертифікатом державного зразка лікаря-спеціаліста, наявність посвідчення про присвоєння (підтвердження) відповідної кваліфікаційної категорії за спеціальністю, виданого відповідно до Положення про порядок проведення атестації лікарів, затвердженого Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 19 грудня 1997 р. № 359 та зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 14 січня 1998 р. за № 14/2454; наявність свідоцтва про проходження підвищення кваліфікації та перепідготовки молодших медичних і фармацевтичних працівників, виданого вищими медичними навчальними закладами (закладами післядипломної освіти) I–III рівнів акредитації відповідно до Положення про Свідоцтво про проходження підвищення кваліфікації та перепідготовки молодших медичних та фармацевтичних спеціалістів, затвердженого Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 07 вересня 1993 р. № 198 та зареєстрованого в Міністерстві юстиції 31 грудня 1993 р. за № 208; наявність відповідного стажу роботи.

Варто наголосити, що лікар, який не працює понад 3 роки за конкретною лікарською спеціальністю, допускається до медичної практики лише після проходження стажування відповідно до наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про порядок направлення на стажування лікарів і їх наступного допуску до лікарської діяльності» від 17 березня 1993 р. № 48, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 01 квітня 1993 р. за № 19, а отже, також є обмеженим щодо застосування відповідного об'єкта інтелектуальної власності, автором якого він є, чи право на який він набув на підставі авторського договору на використання відповідного наукового твору в медичній практиці.

Розглянемо правомочність застосування наукового твору в медичній практиці на прикладі застосування психіатричних і психологічних методик. Договори на використання відповідних розробок становлять значну частку договорів у сфері охорони здоров'я, оскільки дозволяють використовувати відповідні психологічні чи психіатричні методики не лише авторам, але й іншим суб'єктам. Доволі часто за таким договором передається також право посилатися на прізвище автора-розробника відповідної методики, що є додатковою гарантією її терапевтичної ефективності на ринку медичних послуг. Прикладом понад 30-річного досвіду застосування відповідної психотерапевтичної методики є Метод лікування алкогольної залежності доктора О. Р. Довженка, який було розроблено на базі Інституту неврології, психіатрії та наркології НАМН України і який застосовували та застосовують учні й послідовники відомого лікаря-психотерапевта Т. М. Воробій, Н. К. Ліпгарт, Г. М. Ентін та ін.

Відповідно до ч. 3 ст. 32 Основ законодавства України про охорону здоров'я та Порядку застосування методів психологічного і психотерапевтичного впливу, застосовувати такі методики, тобто бути їхніми безпосередніми виконавцями, можуть лише психолог, лікар-психолог, психіатр і психотерапевт, лікар-нарколог та лікар-сексопатолог.

Законодавством визначено, що психолог — це фахівець, який має повну вищу освіту за напрямом підготовки «Психологія» (магістр, спеціаліст); лікар-психолог — фахівець, який має повну вищу освіту (магістр, спеціаліст,) за напрямом підготовки «Медицина», спеціалізацію за фахом «медична психологія»; лікар-психотерапевт — фахівець, який має повну вищу освіту за напрямом підготовки «Медицина», спеціалізацію за фахом «психотерапія»; лікар-психіатр — фахівець,

який має повну вищу освіту за напрямом підготовки «Медицина», спеціалізацію за фахом «психіатрія»; лікар-нарколог — фахівець, який має повну вищу освіту за напрямом підготовки «Медицина», спеціалізацію за фахом «наркологія»; лікар-сексопатолог — фахівець, який має повну вищу освіту за напрямом підготовки «Медицина», спеціалізацію за фахом «сексопатологія».

Значні обмеження стосуються також мети застосування зазначених об'єктів авторського права. Методи психологічного та психотерапевтичного впливу можуть застосовуватися винятково з метою:

1) психологічного забезпечення навчально-виховного процесу у навчальних закладах;
2) визначення, корекції, реабілітації, профілактики порушень взаємин з довколишнім соціальним середовищем людини;
3) діагностики, корекції, лікування, реабілітації, профілактики розладів психічного стану людини, корекції особистості.

Медичне законодавство накладає обмеження й на обсяг і місце використання психологічних та психотерапевтичних методик. Місця застосування методів психологічного впливу з метою визначення, корекції, реабілітації, профілактики порушень взаємин людини з довколишнім соціальним середовищем у закладах Міністерства праці та соціальної політики України визначаються відповідно до Закону України «Про соціальні послуги»[52]. До роботи в соціальних службах для співучасті в наданні соціально-медичних послуг за потребою можуть залучатися лікарі-психологи та психотерапевти.

Місця застосування методів психологічного впливу з метою психологічного забезпечення навчально-виховного процесу в закладах Міністерства освіти і науки України визначаються відповідно до Закону України «Про освіту»[53]. До роботи в психологічній службі системи освіти України для розширення діагностичних, корекційних, реабілітаційних і профілактичних заходів за потребою можуть залучатися лікарі-психологи та психотерапевти. Місцями застосування методів психологічного та психотерапевтичного впливу з метою діагностики, ліку-

[52] Закону України «Про соціальні послуги» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
[53] Закон України «Про освіту» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.

вання, профілактики, реабілітації розладів психіки й поведінки, кризових станів, соматичних розладів, у походженні яких провідним чинником є психологічний, корекції психічного стану людини, її особистості мають бути психотерапевтичні кабінети, відділення, центри в закладах охорони здоров'я за умови дотримання ними ліцензійних умов провадження господарської діяльності з медичної практики.

Психологічний і психотерапевтичний уплив у лікувально-профілактичних закладах застосовується в регламентованих законодавством випадках:

1) за самозверненням особи чи її законного представника;
2) за направленням лікарів будь-якої спеціальності лікувально-профілактичного закладу чи органу охорони здоров'я.

Забороняється застосовувати методи психологічного та психотерапевтичного впливу особам, які мають дозвіл на заняття народною медициною (цілительством), без вищої психологічної чи медичної освіти та відповідної післядипломної освіти.

Зауважимо, що на особу-автора відповідної психологічної чи психотерапевтичної методики медичне законодавство накладає низку суворих обмежень, визначаючи також обсяг застосування.

Обсяг застосування методів психологічного впливу як професійної діяльності психолога в лікувально-профілактичних закладах:

- визначення, корекція, реабілітація, профілактика порушень взаємин з довколишнім соціальним середовищем людини (соціально-психологічна корекція, профілактика, реабілітація);
- психологічне забезпечення навчально-виховного процесу (визначення психофізичного розвитку дітей, психолого-педагогічна корекція, профілактика, реабілітація).

Обсяг застосування методів психологічного та психотерапевтичного впливу як професійної діяльності лікаря-психолога: діагностика, корекція психічного стану людини, її особистості, реабілітація, профілактика психічних розладів (медико-психологічна діагностика, корекція, профілактика, реабілітація).

Обсяг застосування методів психологічного та психотерапевтичного впливу як професійної діяльності лікаря-психотерапевта: діагностика, лікування, профілактика, реабілітація розладів психіки й поведінки, кризових станів, соматичних розладів, у походженні яких провідним чинником є психологічний.

Обсяг застосування методів психологічного та психотерапевтичного впливу як професійної діяльності лікаря-психіатра: застосування методів індивідуальної психокорекції (що були набуті при підготовці на циклах спеціалізації зі спеціальності «психіатрія», тематичного вдосконалення з психотерапії та медичної психології, курсах інформації і стажування за затвердженими навчальними планами та програмами) в лікувально-реабілітаційному процесі осіб з розладами психіки й поведінки.

Обсяг застосування методів психологічного та психотерапевтичного впливу як професійної діяльності лікаря-нарколога: застосування методів індивідуальної психокорекції (що були набуті при підготовці на циклах спеціалізації зі спеціальності «наркологія», тематичного вдосконалення з психотерапії та медичної психології, курсах інформації та стажування за затвердженими навчальними планами та програмами) в лікувально-реабілітаційному процесі осіб з розладами психіки й поведінки.

Обсяг застосування методів психологічного та психотерапевтичного впливу як професійної діяльності лікаря-сексопатолога: застосування методів індивідуальної психокорекції (що були набуті при підготовці на циклах спеціалізації зі спеціальності «сексопатологія», тематичного вдосконалення з психотерапії та медичної психології, курсах інформації і стажування за затвердженими навчальними планами та програмами) в лікувально-реабілітаційному процесі осіб з розладами психіки й поведінки.

Окремі вимоги висуваються до осіб без спеціальної освіти, що мають намір отримати ліцензію на медичну практику в галузі народної та нетрадиційної медицини, які повинні відповідати кваліфікаційним вимогам, встановленим відповідно до Наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про надання спеціального дозволу на медичну діяльність у галузі народної і нетрадиційної медицини» від 10 серпня 2000 р. № 195, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 20 лютого 2001 р. за № 150/5341.

Отже, підсумовуючи викладене вище доходимо висновку, що суб'єкт інтелектуальної власності, якому належить право використання такого об'єкта, відповідно до законодавства в сфері інтелектуальної власності, може реалізувати це право через його застосування в медичній практиці лише за умови набуття спеціального статусу суб'єкта медичної практики. Тож саме такий спеціальний суб'єкт перебуватиме в легальному правовому

полі, якщо набуде майнових прав за авторським договором на використання відповідного наукового твору.

Щодо права розпоряджання — це право надати дозвіл використовувати відповідний об'єкт іншій особі. Така правомочність у сфері охорони здоров'я не має прямих нормативних обмежень. Питання доцільності набуття такого права, звісно, також визначається можливістю застосування набувачем відповідного об'єкта в медичній практиці.

Проте неправильним буде оминути увагою обов'язок медичного працівника поширювати наукові та медичні знання серед населення (п. «в» ст. 78 Основ законодавства в сфері охорони здоров'я) та обов'язок надавати консультативну допомогу своїм колегам й іншим працівникам охорони здоров'я (п. «е» ст. 78 Основ законодавства в сфері охорони здоров'я). Виникає запитання: якщо така консультативна допомога базується на необхідності передати відповідний терапевтичний метод, що є об'єктом авторського права, чи лікар-автор зобов'язаний це робити?

Одразу наголосимо, що ми не розглядаємо ургентні складні стани, коли мова йде про порятунок життя пацієнта. Безперечно, тут законодавець однозначно захищає право пацієнта на медичну допомогу. Розглянемо приклад, коли за відповідною консультацією звертається колега чи медичний заклад (суб'єкт медичної діяльності) не в ургентному випадку, а задля підвищення рівня надання відповідної медичної допомоги чи медичної послуги?

Вирішуючи питання розпоряджання відповідним об'єктом авторського права на платній чи безоплатній основі та питання обов'язку лікаря надавати таку інформацію, за основу повинен братися вид договору, на підставі якого такі відносини між лікарем та іншим суб'єктом медичної діяльності виникають.

У випадку, коли відносини між лікарем та іншим суб'єктом медичної діяльності регулюються договором про надання консультативної допомоги чи медичних послуг, адресатом отримання відповідної консультації чи допомоги (послуги) є конкретний пацієнт. Коли ж відносини між лікарем та іншим суб'єктом медичної діяльності регулюються авторським договором на використання відповідного твору науки (наприклад методу лікування відповідного захворювання), адресатом є невизначене коло потенційних пацієнтів з відповідною нозологією, стосовно яких суб'єктом медичної діяльності (набувачем права) буде застосовуватися відповідний метод. У другому

прикладі автор відповідного методу повинен також контролювати та не допускати недобросовісного використання свого імені як автора, кваліфікації, порад і висловлювань (п. 5 ст. 7 Етичного кодексу лікаря).

Підсумовуючи викладене вище, ми дійшли висновку, що особливостями предмета авторського договору на створення та використання наукового твору є первинність його змісту, відповідність міжнародним етико-правовим стандартам як змісту, так і процесу отримання наукового результату. Особливим є правовий статус суб'єкта права інтелектуальної власності у сфері медицини, позаяк реалізувати майнові права інтелектуальної власності такий суб'єкт можливо лише за умови набуття ним спеціального статусу суб'єкта медичної практики, що зумовлює й подальші особливості змісту договору, як то: відповідність міжнародним етико-правовим нормам (стандартам належної клінічної практики), необхідність дотримання відповідних клінічних протоколів, затверджених Міністерством охорони здоров'я України, необхідність врахування сфери й обсягу використання відповідного наукового результату.

Отже, в підсумку, нами звертається увага на необхідність урахування особливостей предмета та суб'єктного складу авторського договору у сфері охорони здоров'я при його розробці. Закликаємо до наукової дискусії щодо визначення співвідношення юридичної значущості змісту твору та його форми у сфері науки загалом, та у сфері медицини й фармації зокрема, в контексті допустимості зміщення акценту з форми твори на його зміст. За сучасних реалій практика спонукає нас активніше послуговуватись авторським договором для надання юридичного життя творам науки, проте усталені постулати теорії авторського права (поняття твору, творчості процесу істотного змісту авторського договору) позбавляють юридичної динамічності при підготовці проектів таких договорів.

Розділ 4

Договори на створення та використання літературно-художніх творів

Економічне значення літературно-художніх творів, які є об'єктами авторського права, постійно зростає. Стрімкий розвиток інформаційно-комунікаційних технологій привів до того, що літературно-художні твори стали легкодоступними для використання шляхом копіювання та розміщення в електронних мережах. Нині значна кількість Інтернет-сайтів пропонують користувачам Інтернету як на платній, так і на безоплатній основі отримати великий обсяг різних творів: романів, поем, детективів, віршів тощо. Процес завантаження творів на мобільні електронні та комп'ютерні прилади здійснюється з легкістю. Сфера використання літературно-художніх творів є широкою. Наприклад, при рекламуванні продукції чи послуги її власники використовують візуальне зображення та назви персонажів з відомих творів, або рядки з віршів. При цьому трапляється використання літературно-художніх творів здійснюється без дозволу власника авторського права на твір. І як наслідок, автор чи особа, котрій належить авторське право, не отримує економічну вигоду від належної їй авторської винагороди. Однак і особа, що без дозволу використовує твір опиняється в небезпечному становищі. Адже, зазвичай, неправомірне використання твору призводить до судових спорів, а отже й до супутніх економічних витрат на судовий процес. Тож питання ефективного регулювання прав на твір у процесі його використання є актуальними.

В умовах розвитку ринкової економіки найбільш ефективним і поширеним правовим інструментом регулювання відносин щодо використання літературно-художнього твору, а також одним зі способів реалізації прав інтелектуальної власності є цивільно-правовий договір.

Договори щодо створення літературно-художнього твору та реалізація майнових прав інтелектуальної власності на такий

об'єкт належать до сфери дії як загального, так і спеціального законодавства. Договори у сфері інтелектуальної власності мають усі суттєві ознаки, що притаманні цивільно-правовим договорам загалом. Як закріплено в ст. 626 ЦК України, договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення чи припинення цивільних прав і обов'язків.

Договір на створення та використання літературно-художніх творів — це взаємне вираження волі двох або кількох осіб, яке спрямоване на досягнення правового результату — встановлення, зміну чи припинення цивільних прав і обов'язків стосовно певного предмета: передача прав на літературно-художній твір або надання дозволу на його використання. На такі договори поширюються закріплені ЦК України загальні положення про договір: свобода договору; зміст договору; строк договору; форма договору; ціна договору тощо. Відповідно до принципу диспозитивності, що знайшов своє значне розширення в ст. 6 ЦК України, сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства, а також урегулювати в договорі відносини на власний розсуд. Отже, сторони договору мають можливість самостійно врегулювати свої відносини чи скористатися нормативно-передбаченими конструкціями.

Варто зазначити, що до прийняття нового ЦК України договори у сфері інтелектуальної власності регламентувалися спеціальними законами щодо надання охорони певним видам об'єктів інтелектуальної власності. Зокрема, договори на створення та використання творів регулювалися Законом України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. в редакції від 2001 р. *(до речі, у цій редакції, на відміну від чинної, законодавець використовував терміни «ліцензія», та «авторський ліцензійний договір»)*; договори на використання знаків для товарів і послуг регулювалися Законом України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. тощо. Нині договірні конструкції стосовно всіх об'єктів інтелектуальної власності передбачені в главі 75 ЦК України, що має назву «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності»[1]. Види договорів, на підставі яких здійснюється роз-

[1] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007 — С. 568.

порядження майновими правами інтелектуальної власності, мають назву: ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійний договір; договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; інший договір про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. При цьому в Законі України «Про авторське право і суміжні права», а також в інших нормативно-правових актах щодо авторського права та суміжних прав терміни «ліцензія» і «ліцензійні договори» не використовуються. Відповідно до ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права», автору й іншій особі, що є власником авторського права на твір, належить виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору на підставі авторського договору. Використання твору будь-якою особою допускається винятково на основі авторського договору[2]. Своєю чергою, ЦК України термін авторський договір згадує лише у ст. 1072, коли йдеться про черговість списання грошових коштів з рахунка[3]. На таку термінологічну розбіжність звертають увагу й у юридичній літературі. Так, В. Коноваленко зазначає, що договори, згідно з якими здійснюються розпоряджання майновими правами, мають одну назву в ЦК Україні, а іншу в Законі України «Про авторське право і суміжні права». В. Судариков звертає увагу на те, що більшість країн світу у сфері інтелектуальної власності використовує термін «ліцензійний договір». У СРСР, а також тривалий час у країнах з перехідною економікою передача авторських прав здійснювалася на підставі авторського договору. На думку В. Сударикова, передача твору має здійснюватися виключно на підставі ліцензійного договору[4], свою позицію вчений обґрунтовує тим, що авторський договір не є застосовним до службових творів і об'єктів суміжних прав.

В одному з досліджень ВОІВ яке було підготовлено спеціалістами економічно-розвинутих країн і тих, які розвиваються, щодо передачі авторських прав використовується лише термін «ліцензування»[5].

---

[2] Право інтелектуальної власності: науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / за заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. — К. : Парламентське вид-во, 2006. — 432 с.

[3] Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. — 2003.

[4] Судариков С. А. Основы авторского права / С. А. Судариков. — М. : Амалфея, 2000. — С. 268.

[5] Guide on the Licensing of Copyrigt and Related Rights / WIPO. — Geneva, 2003 — № 897 (E).

Цивільний кодекс України передбачає укладення ліцензійних договорів і для об'єктів авторського права, що потребує внесення відповідних змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» та пов'язаних з ним нормативно-правових актів[6]. З огляду на це, варто закріпити термін «ліцензія» в названому Законі.

Щодо поняття «зміст договору», ми приєднуємося до думки О. С. Іоффе, котрий зазначав: «Змістом договору називають сукупність його умов, сформульованих сторонами або таких, що випливають із закону, на якому засноване укладення договору»[7]. Своєю чергою умови, визначені законом та сформульовані сторонами, поділяються на істотні й неістотні. Аналізуючи ч. 1 ст. 638 ЦК України, можна дійти висновку, що істотними умовами договору є: умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні чи є необхідними для договорів певного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Також істотні умови договору залежать від виду договору. Класифікація договорів може бути здійснена залежано від предмета договору. В цьому контексті можна виокремити договори авторського замовлення та договори на готовий твір[8].

При цьому варто зазначити, що серед інших умов договору умова про предмет договору є ключовою. Деякі автори також називають предмет договору абсолютною істотною умовою[9]. На думку вченого радянського періоду С. К. Мая, під предметом договору розуміють факт — позитивний або негативний, тобто дію чи утримання від дій[10]. Погоджуємося з більш розширеним поняттям «предмет договору», котре наводить І. В. Стрижак: «предмет договору — істотна умова договору, яка виражає його правову мету шляхом зазначення певних дій з об'єктами цивільних прав[11].

---

[6] Право інтелектуальної власності: науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / за заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. — К. : Парламентське вид-во, 2006. — С. 348.

[7] Иоффе О. С. Обязательное право / О. С. Иоффе. — М., Юрид. лит. — 1975. — С. 27–28.

[8] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник / А. П. Сергеев. — 2 изд., — М. : Вели, Проспект, 2004. — С. 268

[9] Бабіч І. Проблема визначення поняття «предмет договору» у цивільному праві та цивільному законодавстві / І. Бабіч // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 12. — С. 29.

[10] Май С. К. Очерк общей части буржуазного обязательного права / С. К. Май. — М. : Внешторгиздат, 1953. — С. 69.

[11] Стрижак І. В. Проблема визначення поняття «предмет договору» / І. В. Стрижак // Вісник Академії митної служби України. Серія: Право. — 2010. — № 2 (5). — С. 124–129.

Вид договору щодо літературно-художнього твору, який укладають сторони, буде залежати від предмета договору, зокрема: договір на створення твору чи відчуження майнових прав на твір або ліцензійний договір на використання твору. У всіх зазначених випадках предмет договору буде відрізнятися. Предмет договору на створення та використання літературно-художнього твору є умовою, що визначає інші його умови.

При цьому предмет договору на створення та використання літературно-художніх творів має низку ознак, які в сукупності створюють загальне уявлення про його сутність:

- йому властивий нематеріальний характер;
- є результатом творчої діяльності автора та має подвійний характер: благо (твір і майнові права на нього), дії з використання твору чи розпоряджання майновими правами на твір[12] (передача твору, відчуження майнових прав на літературно-художній твір, надання дозволу на використання літературно-художнього твору).

Сутнісною ознакою об'єктів авторського права, як й інших об'єктів інтелектуальної власності, є їхній нематеріальний характер. Нематеріальний характер літературно-художніх творів має важливе значення у сфері договірного використання твору. Нематеріальна природа твору — об'єкта авторського права — проявляється в тому, що він може використовуватися різними особами незалежно одна від одної[13], а отже права щодо нього можуть становити предмет договорів, укладених з різними особами. Ця ознака твору впливає не лише на суб'єктний склад договору, а й на його зміст. Наприклад, одним договором може бути передбачено відтворення примірників одного відомого роману, іншим договором дозвіл на створення літературного-сценарію за цим романом для подальшої екранізації тощо. Ці два договори будуть чинними водночас.

Інша суттєва ознака об'єкта авторського права як об'єкта договірних відносин — це обмеження строку його охорони. Так, відповідно до ст. 28 Закону України «Про авторське право і суміжні права», авторське право на твір діє все життя автора та 70 років після його смерті, а якщо твір створено у співавторстві,

[12] Жилінкова І. В. Договори в сфері реалізації авторських прав на музичний твір: монографія / за ред. Жилінкова В. М.— Х. : Інформаційно-правовий центр «Ксилон». — С. 115.

[13] Бентли Л. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Л. Бентли, Б. Шерман / пер. с англ.В. Л. Вольфсона. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 438.

то 70 років після смерті останнього зі співавторів. Закінчення авторської охорони на твір означає перехід твору в суспільне надбання. В такому разі чинність договору, наприклад на використання твору, втрачає свій юридичний сенс.

Ще одна сутнісна ознака предмета договору полягає в тому, що договором регулюється перерозподіл прав на результат творчої діяльності автора, а не на результат технічної роботи чи майнові права на нього. Своєю чергою, результатом творчої діяльності автора є твір. За визначенням В. І. Серебровського, «Твір — це сукупність ідей, думок і образів, які здобули в результаті творчої діяльності автора своє вираження в доступній для сприйняття людськими відчуттями конкретній формі, що дає можливість відтворювати твір»[14]. Творча діяльність автора повинна мати певний ступінь індивідуальності[15], що виражається в оригінальному творі. Творчість — це характеристика праці автора, а оригінальність — характеристика твору.

Значна кількість сучасних літературно-художніх творів автором створюється в порядку виконання авторського договору замовлення. Це, зокрема, літературні сценарії, твори для дітей тощо.

Так, відповідно до положень ст. 1112 ЦК України та п 6. ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», за авторським договором замовлення автор зобов'язується створити в майбутньому твір відповідно до вимог замовника та передати його в установлений сторонами строк. Зазначений вид договору має спільні риси з договором підряду. Так, відповідно до ст. 837 ЦК України, за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти й оплатити виконану роботу. Подібно до цього, згідно з п. 6 ст. 33 названого Закону, за авторським договором замовлення автор зобов'язується створити в майбутньому твір відповідно до умов цього договору і передати його замовникові. Договором може передбачатися виплата авторові авансу як частини авторської винагороди. Однак, не зважаючи на наявність спільних рис, ототожнювати договір авторського замовлення на твір з договором підряду є непри-

[14] Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М., 1956. — С. 32.
[15] Правове забезпечення сфери інтелектуальної власності в Україні в контексті Європейської інтеграції: концептуальні засади : монографія / за наук. ред. О. П. Орлюк; кол. авторів: В. С. Дробязко, А. В. Міндрул, О. О. Тверезенко, та ін. — К. : Лазурит-Поліграф, 2010. — С. 363.

пустимою помилкою. Якщо предметом договору підряду є результат звичайної діяльності фізичної особи, то предметом договору на створення літературно-художнього твору — результат творчої діяльності автора.

З огляду на це, до предмета договору про створення та використання твору на замовлення варто включити як власне твір, так і майнові авторські права на його використання.

Інший критерій, що відмежовує договір авторського замовлення від підрядного — це суб'єктний склад. Обов'язковим учасником авторського договору замовлення є автор твору особисто. А договір підряду передбачає субпідрядника як учасника договору. Ще однією з особливостей умов авторського договору замовлення, що відрізняє його від договору підряду, є обов'язкове зазначення способів і умов використання твору, а також виплати винагороди за результат виконаної робот. У договорі підряду обов'язково зазначається ціна роботи чи спосіб її визначення. Сторони вільні визначити ціну договору самостійно. За договором авторського замовлення замовник має виплатити авторові саме авторську винагороду.

До твору, що створюється у зв'язку з виконанням авторського договору замовлення на літературно-художній твір, замовником можуть висуватися певні вимоги: замовник надає авторові певне творче завдання. Зокрема, замовник може замовити автору створити твір певного жанру[16] на конкретну тему, при цьому зазначивши його обсяг, строки надання замовнику плану твору, а також порядок усунення недоліків у творі, вимоги щодо форми надання твору тощо. Сторонам варто передбачити можливість доробок або переробок твору, навіть якщо твір повністю передано замовникові.

Зазначимо, що однією з умов, яка має бути передбачена в договорі замовлення на створення літературно-художнього твору, є встановлений сторонами строк, відповідно до якого автор зобов'язується створити твір. Стаття 1112 ЦК України зазначає, що автор повинен передати замовнику твір в установлений строк. При цьому створення автором літературно-художнього твору першочергово є творчим процесом. Авторові

[16] Жанр — це історично сформований тип художнього твору, що синтезує характерні особливості змісту та фори певного виду творів, має порівняно сталу композиційну будову, яка постійно збагачується та розвивається [Галич О., Назарець В., Васильєв Є. Теорія літератури : підручник / за наук. ред. Олександра Галича. — 4-те вид., стереотип. — К. : Либідь, 2008. — 251 с.]

потрібне певне натхнення, так названа, муза, позаяк, інакше процес створення може тривати дуже повільно Крім цього, отриманий результат може суттєво відрізнятися від очікуваного.

Оскільки творчий процес значною мірою є непередбачуваним як щодо отриманого результату, так щодо тривалості часу, який має витратити творець для створення твору, в договорі доцільно передбачити положення щодо пролонгації строку виконання договору. Зокрема, за наявності поважних причин для завершення створення твору авторові надається додатковий пільговий строк, тривалість якого визначається сторонами. Водночас у договорі необхідно визначитися, що сторони будуть розуміти під поважними причинами, та встановити максимальний термін пролонгації, після збігу якого мова буде вже йти про невиконання договору.

Літературно-художні твори мають певні характерні відмінності від інших літературних творів.

У цьому контексті процес створення та рівень їхньої оригінальності має певні відмінності від інших літературних творів, зокрема наукових[17]. Характерною рисою літературно-художнього твору є художній стиль мови, в якому написано твір. Автор літературно-художнього твору звертається до читача не первинною мовою слів, а вторинною художньою мовою. Тут автор ніби виконує роль художника, що пише картину, використовуючи, замість фарб і пензлів, літературно-художню мову, яка пройшла через внутрішній світ його особистості. Цілком зрозуміло, що замовник літературно-художнього твору не може висувати в договорі замовлення вимоги до автора щодо авторського художнього стилю та авторської мови написання твору.

Ще однією відмітною рисою творів, створених на замовлення, є режим використання авторських прав на цей твір. Так, за відсутності в договорі про створення твору на замовлення окремої вказівки про розподіл майнових прав інтелектуальної власності на майбутній твір, вступає в дію загальне правило, передбачене диспозицією ст. 430 ЦК України: майнові права інтелектуальної власності на твір, створений на замовлення, належать замовникові й автору спільно.

До того ж, щодо договору замовлення, законодавець увів новелу щодо можливої належності особистих немайнових прав ін-

[17] Беручи до уваги положення законодавства щодо вимог охороноздатності до твору, а також характеристики літературно-художнього твору пропонується таке визначення літературно-художнього твору: *літературно-художній твір — це об'єктивно втілений творчий результат діяльності автора, що виражений засобами художньої мови усно чи письмово.*

телектуальної власності на твір замовнику. Так, відповідно до ч. 1 ст. 430 ЦК України, особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві цього об'єкта. У випадках, передбачених законом, деякі особисті немайнові права можуть належать замовникові. Нова позиція законодавця суперечить чинному дотепер принципу невідчуження, невіддільності від автора (творця) його особистих немайнових прав, а тим паче — залежності їх від іншого правового статусу творця, а не від правового визнання творчого внеску автора у створення твору[18].

Так, коло особистих немайнових прав творця інтелектуальної власності визначено в ЦК України (статті 423, 438) та ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Зміст немайнових прав автора становить дві прерогативи. Перша — вимагати визнання авторства на свій твір, тобто підтвердження того, що саме цей автор є його творцем. Зазвичай, він розміщує своє ім'я на примірниках твору (титульний лист, палітурка, субтитри фільму, підпис на картинах скульптурах). Цим правом автор може розпоряджатися на власний розсуд; він може опублікувати свій твір під псевдонімом чи анонімно, він може в будь-який момент розкрити своє справжнє ім'я. Друга прерогатива автора полягає в тому, що автор може вимагати збереження цілісності твору та протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні свого твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, здатному завдати шкоди честі та репутації автора. Не можна без згоди автора скорочувати обсяг твору, змінювати чи замінювати певні частини, супроводжувати твір коментарями, передмовами, післямовами, ілюстраціями, вилучати з нього автор-ські посвяти, епіграфи, анотації тощо.

Як автор, так й інші особи мають право вчиняти необхідні дії щодо охорони та захисту немайнових прав автора. Так, відповідно до п. 2 ст. 439 ЦК України, у разі смерті автора недоторканність твору охороняється особою, уповноваженою на це автором. За відсутності такого уповноваження недоторканність твору охороняється спадкоємцями автора, а також іншими заінтересованими особами. Спадкоємці мають право захищати авторство на твір, а також протидіяти будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора. Однак це не означає переходу немайнових авторських прав до зазначених осіб.

[18] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007 — С. 75.

Суттєві умови, що обов'язково мають бути включені в договір на створення та використання літературно-художніх творів.

Відповідно до п. 2 ст. 1112 ЦК України, договір про створення та використання об'єктів інтелектуальної власності повинен визначати способи й умови використання цього об'єкта. Визначення способу використання літературно-художнього твору залежить від мети, яку мають замовник і автор. Таким способом може бути, наприклад: видання, екранізація твору, інсценізація, тощо.

При визначенні в договорі способів і умов використання замовником твору автор як первинний суб'єкт інтелектуальної власності має встановити обсяг переданих прав. Якщо автор передає всі майнові права на створений твір замовникові, тоді правовласником щодо твору (з перспективою надалі цілком самостійно розпоряджатися майновими правами на створений літературно-художній твір) стає замовник. Як раніше вже зазначалося, за відсутності в договорі умов, на яких передаються права на використання твору, весь обсяг майнових прав на твір належатиме сторонам спільно. По суті сторони стають єдиним суб'єктом права інтелектуальної власності та повинні здійснювати майнові права на твір спільно. При цьому, спільне право на твір загалом має абсолютний характер, що дає його суб'єкту можливість захисту належного йому права інтелектуальної власності від зазіхань будь-яких третіх осіб[19].

Зазначимо, що в більшості випадків автор бажає, щоби його творіння було представлено публіці, а тому в договорі між замовником і автором варто передбачити відповідне положення. Наприклад, замовник зобов'язується протягом певного терміну видати, надрукувати, екранізувати тощо літературно-художній твір, створений відповідно до умов договору замовлення.

При цьому, відповідно до ст. 1112 ЦК України та ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права», умови, що обмежують право творця цього твору на створення інших творів, є нікчемними. Наприклад, автор може вільно створювати твори на таку ж саму тему, такого ж жанру тощо.

Суб'єктний склад договору на створення та використання літературно-художніх творів.

---

[19] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007.

Суб'єкти, що можуть виступати сторонами договору на створення та використання літературно-художнього твору, визначені чинним законодавством України. З одного боку — це автор твору чи особа, що має авторське право, з другого — особа яка використовує твір. Законодавство України чітко регламентує правове положення суб'єктів, які є сторонами авторського договору. Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права», автором твору є фізична особа, котра своєю творчою працею створила твір, а п. 2. ст. 11 цього ж Закону визначає, що авторське право виникає з факту створення та для здійснення авторського права не вимагається його спеціальне оформлення, реєстрація, а також будь-які інші формальності. На визнання фізичної особи автором твору не впливають її вік і дієздатність. Тож авторами творів можуть бути малолітні та неповнолітні особи, а також недієздатні особи чи обмежено дієздатні особи. До того ж, на відміну від інших видів літературних творів, зокрема літературних творів наукового характеру, для створення літературно-художнього твору не вимагається ні досвіду, ні науково-теоретичних знань.

Здатність автора укладати авторські договори пов'язується цивільним законом з обсягом цивільної дієздатності, що, своєю чергою, визначається віком суб'єкта права та впливає на здатність особи усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. За віковою ознакою всі суб'єкти цивільного права поділяються на осіб, які мають часткову (малолітні), неповну (неповнолітні) та повну (повнолітні) дієздатність.

Однак закон не встановлює мінімального вікового бар'єру для набуття цивільної дієздатності в сфері особистих немайнових авторських прав. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 31 ЦК України, фізична малолітня особа має право здійснювати особисті (немайнові) права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняється законом. На нашу думку, такий підхід цілком виправданий, оскільки певна кількість творів створюються малолітніми та неповнолітніми особами. Як приклад, у виданнях дитячої вікової категорії є традиційним публікувати дитячі твори малюнки, вірші, оповідання. Спеціалізовані організації щорічно влаштовують чимало конкурсів, де пропонують дітям взяти участь у конкурсі й отримати приз. На сайтах таких організаторів пропонується заповнити заявку, надіслати твір. Отож виникає слушне запитання: яким чином врегулювати права на дитячі твори?

У силу того, що малолітня особа не має необхідного обсягу цивільної дієздатності, вона не може самостійно розпоряджатися майновими авторськими правами на твір, а тому не може самостійно укладати авторські договори. За малолітніх осіб авторські права здійснюють їхні батьки чи опікуни як їхні законні представники. Вони укладають від імені малолітніх авторів договори, захищають права малолітніх у разі порушення тощо. Та зазначені особи не набувають за такими договорами прав щодо створених малолітньою особою творів і не несуть щодо них будь-яких обов'язків. Правові наслідки за договором настають для малолітнього. Стороною в такому договорі є власне малолітній[20]. Такі самі правила діють щодо осіб, які визнані судом недієздатними. Особа, що втратила здатність усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу, не втрачає своїх особистих авторських прав, однак, як зазначено в ст. 41 ЦК України, вона не може вчиняти будь-які правочини, а отже, не може бути учасником договірних відносин. Правочини, зокрема й авторські договори, від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах вчиняє її опікун.

Щодо неповнолітніх осіб (від 14 років) законодавець України розширив обсяг їхньої дієздатності порівняно з малолітніми особами. Згідно з п. 2 ст. 32 ЦК України, особа у віці від 14 років самостійно має право здійснювати права на результати інтелектуальної творчої діяльності, що охороняються законом. Отже, стороною договору на створення та використання літературно-художнього твору може бути неповнолітня особа самостійно.

Якщо літературно-художній твір створюється у співавторстві, то договір має бути укладений з усіма співавторами. Теорія цивільного права розрізняє нероздільне та роздільне співавторство. Нероздільним визнається таке співавторство, за яким виділити частину твору, написану конкретним співавтором, неможливо, тому що такий твір є єдиним цілим. При роздільному співавторстві та чи та частина твору, що підготовлена конкретним співавтором, чітко визначена. Кожна з таких частин твору може бути використана окремо. Як самостійний твір, вона має самостійне значення та не пов'язана з

[20] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2-х т. — 3-тє вид., перероб і доп. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.) Н. С. Кузнєвцової, В. В. Луця — К. : — Юрінком Інтер, 2008. — Т. І. — С. 727.

іншими частинами такого твору нерозривно[21]. Однак, згідно зі ст. 436 ЦК України, майнове право на твір, створений у співавторстві, належить співавторам спільно, незалежно від того, становить такий твір одне нерозривне ціле чи складається з частин, кожна з яких може мати ще й самостійне значення. Співавтори літературно-художнього твору можуть надати повноваження одному зі співавторів укладати авторські договори на підставі довіреності. Відсутність згоди будь-кого зі співавторів означає порушення його прав і, як наслідок, призводить до судового процесу.

На практиці виникає низка питань щодо укладення договору з автором літературно-художнього твору, що був проілюстрований. Зокрема, автором літературно-художніх творів є Е. Успенський, автором візуального зображення персонажа Чебурашки — художник Л. Шварцман. Спочатку Е. Успенським було створено твір «Крокодил Гена и его друзья» (1966 р.), а в 1969 р. Л. Шварцманом було створено зображення Чебурашки. Якщо особа має намір використати зазначений вище твір або частину твору, або назву персонажу, або його візуальне зображення, вона повинна укласти договір з усіма авторами твору — автором літературно-художнього твору та художником, який створив ілюстрації до цього твору.

Складним є питання щодо укладення договору авторського замовлення на літературно-художній твір, коли автором тесту є одна особа, а автором ілюстрацій особа, що створює ілюстрації після того, як автор передав замовникові готовий твір. Як відомо, навіть після відчуження майнових прав за автором залишаються немайнові права, серед яких є право автора протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі та репутації автора. Тож на практиці може статися ситуація, коли автор літературно-художнього твору може визнати ілюстрації, що створені до його твору, такими, що перекручують або спотворюють його твір.

Для того щоб уникнути такої ситуації, в договорі замовник і автор мають зазначити окремим пунктом, що ілюстрації до твору узгоджуються з автором. При цьому складається окремий додаток до договору, де чітко зазначається обраний варіант ілюстрацій, що також додається.

[21] Право інтелектуальної власності: науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / за заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. — К. : Парламентське вид-во, 2006. — С. 728

Стороною договору на використання літературно-художнього твору можуть бути спадкоємці автора за законом або за заповітом. При цьому права спадкоємців обмежені строком охорони авторських прав. Строк дії авторського права після смерті автора за чинним Законом України «Про авторське право і суміжні права» становить 70 років після смерті автора, а на твори, створені у співавторстві, — 70 років після смерті останнього співавтора.

При укладенні договору спадкоємці гарантують іншій стороні, що вони дійсно є спадкоємцями. При цьому останні мають підтвердити своє право. Відповідним підтвердженням спадкоємцями прав на твір є свідоцтво про право на спадщину чи рішення суду про визнання конкретної особи спадкоємцем авторських прав.

Обсяг майнових прав спадкоємців є обмеженим порівняно з аналогічним обсягом прав автора твору. Зважаючи на загальний характер прав спадкоємців, інша сторона укладає з ними договори тільки на завершені твори. Якщо ж при підготовці твору до виходу у світ або ж при його відтворенні з'ясується, що твір необхідно доробити, доробку твору можливо здійснити лише з дозволу спадкоємців[22]. При доробці твору існує ризик порушення особистих немайнових прав автора, що охороняються безстроково.

Стороною договору на використання літературно-художніх творів можуть бути упорядники збірки літературно-художніх творів, до якої увійшли твори різних авторів. Наприклад, збірка ліричних віршів, збірка оповідань тощо. Однак упорядник такої збірки повинен мати необхідний обсяг прав на включення цих творів або їхніх частин до збірки. Правомірність включення зазначених творів підтверджується відповідними договорами. Сторона, що має намір використовувати таку збірку, має запросити в автора-упорядника збірки відповідні документи.

Питання тиакож виникають при укладенні договорів на переклад твору. За умови, якщо твір не перейшов у суспільне надбання, особа, котра має намір отримати переклад літературно-художнього твору, обов'язково повинна отримати дозвіл від автора оригінального твору. Автор оригінального твору має право знати, яка особа буде здійснювати переклад і чи на-

[22] Авторский договор в гражданском праве России, Франции и Швейцарии : Сравнительно-правовой анализ : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. А. Барышев. — М. : РГБ, 2003.

ділена ця особа необхідним обсягом професійних знань. Перекладач також може отримати дозвіл від автора оригінального літературно-художнього твору на переклад, при цьому автор оригінального твору має право на інформацію, яким чином далі буде використовуватися твір.

Стороною договору може бути також організація колективного управління. Відповідно до ст. 47 Закону України «Про авторське право і суміжні права», суб'єкти авторського права можуть доручити управління своїми майновими правами організаціям колективного управляння. Своєю чергою, особа, що має намір використовувати літературно-художній твір, може укласти відповідний договір з організацією колективного правління.

Крім цього, як зазначає О. О. Штефан суб'єкт авторського права на літературно художній твір може здійснювати свої права через літературного агента. Літературний агент — це посередник між автором і видавництвом. В українському законодавстві літературний агентський договір не зазначений, проте законодавство у сфері авторського права та суміжних прав не містить переліку договорів, які можуть укладатись у сфері авторського права, отже, такий договір має право існувати[23]. Тож стороною договору може бути літературний агент.

Інші види договорів, за якими здійснюється використання літературо-художніх творів

Якщо твір не набув статусу суспільного надбання використання вже створених літературно-художніх творів здійснюється на підставі таких договорів:

- договір між співавторами літературно-художнього твору (ст. 13 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);
- договір про розподіл майнових прав на службовий твір (ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);
- авторський договір про передачу (відчуження) майнових прав на літературно-художній твір (ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);
- авторський договір про передачу виключного права на використання твору (ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст. 113 ЦК України);

[23] Штефан О. О. Нетипові суб'єкти договірних авторсько-правових відносин : монографія / О. О. Штефан, Н. М. Мироненко. — НДІ ІВ НАПрНУ. — К. : Лазурит-Поліграф, 2011. — 62 с.

- авторський договір про передачу невиключного права на використання твору (ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»;);
- договір про колективне управління майновими правами суб'єктів авторського права на літературно-художній твір (статті 32, 38 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);
- ліцензійний договір (ст. 1109 ЦК України);
- інші договори у сфері використання літературно-художніх творів.

Умови зазначених видів договорів мають певні особливості та відмінності один від одного.

Відповідно до ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права», автор чи особа, що має авторські права, відчужує іншій стороні частково або у повному обсязі майнові права на твір відповідно до ст. 15 названого Закону.

Так, предметом авторського договору про передачу (відчуження) майнових авторських прав на літературно-художній твір є всі майнові авторські права чи їхня частина. Майнові права, що не зазначені в авторському договорі як відчужувані, вважаються такими, що не передані. Тож неприпустимо в договорі обмежуватися такою фразою: «за цим договором передаються всі права, визначені чинним законодавством України». Суттєвою особливістю договорів про передачу (відчуження) майнових авторських прав на твір є те, що в разі відчуження майнових авторських прав на літературно-художній твір права або частина прав повністю переходять у розпорядження набувача, безстроково. Однак навіть після відчуження майнових прав автора зв'язок автора з його твором не порушується. Це зумовлено тим, що особисті немайнові права зберігаються за автором літературно-художнього твору, а отже набувач прав має дотримуватися немайнових прав автора при будь-якому використанні твору.

Суб'єкти авторських прав можуть реалізувати свої права на літературно-художній твір на підставі авторського договору про передачу виключного чи невиключного права.

Виключні права, що передаються за договором, регулюються ст. 1113 ЦК України та ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Так відповідно до ст. 32 названого Закону, за авторським договором про передачу виключного права на використання твору суб'єкт авторського права передає право використовувати твір певним способом і у встановлених межах

тільки одній особі, якій ці права передаються, та надає цій особі дозволяти чи забороняти таке використання твору іншим особам. При цьому за особою, що передає виключне право на використання твору, залишається право на використання твору в частині прав, які не передаються.

Істотними умовами будь-якого договору на використання літературно-художніх творів є способи використання, територія, на яку поширюється право, що передається, а також порядок виплати авторської винагороди.

Незалежно від виду договору в договорі мають бути зазначені способи використання твору.

Основні способи використання творів визначені у ст. 441 ЦК України та п. 3. ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Так, особа, котра має авторське право, може дозволити використовувати його іншій особі тільки певними способами, наприклад: відтворювати твір, будь-яким способом і в будь-якій матеріальній формі та розповсюджувати твір шляхом його першого продажу. Такі умови є придатними, коли організація має на меті надрукувати та здійснити продаж певного літературно-художнього твору. Якщо організація планує розповсюджувати твір, то варто зазначити й територію, на яку поширюються права.

Наприклад, спадкоємці, реалізуючи свої права на твір, надають дозвіл на використання літературно-художніх творів як складових частин інших творів, зокрема на переклад твору або включення твору до збірки й інших складених творів. Так, твори В. С. Висоцького особливо користуються популярністю при створенні аудіовізуальних творів. Власниками майнових прав В. С. Висоцького є два його сини та дружина. Тож для правомірного використання його віршів і пісень варто звертатися до спадкоємців за дозволом.

Нині досить поширеним явищем є використання відомих назв літературно-художніх творів, назв і візуальних зображень персонажів. Зокрема, на українському ринку існують товари, на яких міститься назва та візуальне зображення відомих дитячих персонажів літературно-художніх творів, досить популярні дитячі креми: «Чебурашка», «Красная шапочка», «Антошка», «Матроскин», «Семицветик»; на упаковках молочної продукції «Простоквашино» зображені популярні образи з літературно-художніх творів для дітей: «кот Матроскин», «дядя Федор», «почтальон Печкин»; існують також дитячі іграшки, які відтворюють образи відомих персонажів, тощо.

Зважаючи на це, виникає низка слушних запитань, чи є можливість використовувати назви та персонажів літературно-художніх творів окремо від творів і яким чином можна врегулювати права на таке використання персонажа чи назви літературно-художнього твору, чи можуть останні взагалі бути об'єктом договірних відносин, чи можна їх використовувати без будь-якого дозволу?

Відповіді на ці запитання не є однозначними, а залежать від того, чи є назви або персонажі охоронюваними об'єктами авторського права.

Як зазначено в ст. 9 Закону України «Про авторське право і суміжні права», частина твору, що може використовуватися самостійно, й оригінальна назва твору, розглядається як твір і охороняється відповідно до такого закону. На це зверталася увага й у п. 18 Постанови Пленуму: «... назва твору, фрази, словосполучення та інші частини твору, які можуть використовуватися самостійно, підлягають охороні як об'єкт авторського права тільки у тому випадку, коли вони є результатом творчої діяльності автора і є оригінальними»[24]. Отже, для того щоби назва твору набула статусу окремого охоронюваного об'єкта авторського права, вона має відповідати таким ознакам: оригінальність, об'єктивна форма втілення, здатність до самостійного використання. Узагалі всі назви літературно-художніх творів поділяються на дві категорії: звичайні й оригінальні.

Звичайні назви творів. Це назви, яким не характерна така ознака, як оригінальність. «Вони не свідчать про будь-яку творчу працю, навіть якщо відповідають твору й автору знадобився певний час і зусилля для того, щоб їх знайти <...>. Їхня єдина функція полягає в ідентифікації»[25]. Наприклад, назва літературного твору «Проект фабрики спортивного взуття у місті Черкасах» є звичайною назвою, адже містить опис змісту твору. Так слово «проект» конкретизує вид і характер твору; вираз «фабрика спортивного взуття» вказує на вид архітектурної забудови та її цільове призначення; «місто Черкаси» ідентифікує місце архітектурної забудови[26], подібним чином роз-

[24] Пленум Верховного Суду України. Постанова. «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 04.06.2010 р. № 5 // Відомості Верховної Ради (ВВР). Документ № V0005700-10.

[25] Ліпцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Ліпцик, пер. с фр., с предисл. М. Федотова. — М. : Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. — С. 103.

[26] Мельников М. В. Назва літературного твору як об'єкт охорони. Питання інтелектуальної власності [зб. наук. праць НДІІВАПрНУ. Випуск п'ятий] / М. В. Мельников. — Київ. — 2007. — С. 87.

глядаються, так звані, жанрові чи необхідні назви, позаяк вони вказують на жанр твору (театральна п'єса, соната тощо), а також звичайний опис змісту твору (імена історичних або легендарних персонажів[27] (Адмірал Нахімов, Олександр Македонський), географічні назви (Буковина, Львівщина) тощо. Такі назви не можуть бути самостійним об'єктом авторського права й об'єктом договірних відносин, відповідно. Навпаки, оригінальна назва твору свідчить про творчий внесок автора, така назва, зазвичай, образно виражає ідею твору, а не його зміст. Наприклад, назва твору М. Островського «Как закалялась сталь» є оригінальною, тому що не описує процес сталеплавильного виробництва. Оригінальними є також афористичні назви, що мають самостійне значення. Вони «живуть» окремо як образ мудрості, а літературно-художній твір ілюструє їх. Такі назви є самостійним твором словесного мистецтва, наприклад «Мертвые души» Н. В. Гоголя[28]. Оригінальними є також назви, що є безвідносними щодо названого ними літературного твору чи фантазійними: назва детективного роману Д. Донцової «Филе из золотого петушка», назва однойменного роману Ю. Бондаря «Горячий снег».

Якщо вести мову про такий об'єкт, як літературно-художній персонаж, варто виходити з того, що власне поняття персонажа в ЦК України та Законі України «Про авторське право і суміжні права» не визначено. Натомість, у п 4 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», зазначено, що не реєструються як знаки, позначення, які відтворюють: назви відомих в Україні творів науки, літератури та мистецтва чи цитати й персонажі з них, твори мистецтва та їхні фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників[29].

На сьогоднішній день у судовій практиці існують непоодинокі випадки, коли автори звертаються до суду щодо визнання недійсним свідоцтв на товари й послуги на підставі того, що зазначені знаки відтворюють відомих персонажів літературно-художніх творів. Так, Голосіївським районним судом м. Києва

[27] Ліпцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Ліпцик, пер. с фр., с предисл. М. Федотова. — М. : Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. — С. 104.
[28] Мещерякова Н. Критерій творчості в авторському праві. / Н. Мещерякова збірник доповідей X ювілейної міжнародно-практичної конференції «Захист прав інтелектуальної власності» 29 травня–2 червня 2006 р. м. Алушта, 2006. — С. 142.
[29] Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, в редакції Закону № 850-IV від 22.05.2003.

розглядалася цивільна справа за позовом співавторів твору: «Капітошка», «Повертайся, Капітошка», до Державного департаменту інтелектуальної власності щодо недійсності свідоцтва для товарів і послуг, виданих за заявою № 2004033239. Судом встановлено, що в 1976–1979 рр. співавторами було створено літературно-художній персонаж «Капітошка». Зазначені персонажі були оприлюднені в 2003 р. Судом було встановлено, що персонаж «Капітошка» є добре відомим в Україні. Тож будь-яке використання персонажа повинно здійснюватися на підставі дозволу авторів. Суд визнав недійсним видане свідоцтво[30].

З позицій правової охорони персонажі можуть бути двох видів — ті, що є охоронюваними, й такі, що не підлягають охороні, — і, як наслідок, такими, що можуть бути об'єктом договірних відносин або не можуть. В основу розмежування цих видів персонажів, доцільно покласти природу їх виникнення. За цим критерієм *персонажі* можна поділити на *різновиди*.

1. Вигадані персонажі можуть бути як винятково фантазійними, так і частково прототипними, тобто створеними на підставі запозичення певних зовнішніх даних, характеристик, прізвищ реальних людей, з якими автор твору перетинався у своєму житті. Наприклад, такі літературні персонажі, як Кіт Бегемот, Воланд з твору М. А. Булгакова «Майстер і Маргарита»; літературний персонаж Капітошка, створений авторкою Н. Гузєєвою та його художній образ, створений Г. Уманським є винятково фантазійними. Зовнішнім прототипом відомого персонажа Гарі Поттера був друг дитинства авторки Дж. Роулінг — Ян Поттер. Під час написання «Мертвих душ» для назви такого персонажа, як Плюшкін, М. В. Гоголь обрав йому прізвище відомого на той час власника великої приватної колекції — Ф. М. Плюшкіна. Такий різновид персонажів — це результат творчої праці автора й тому, безумовно, є оригінальним. Використання такого персонажа здійснюється лише з дозволу автора чи особи, якій відповідно до закону надано право розпоряджання майновими правами на персонажа.

2. Реальні особи, зокрема, відомі історичні чи маловідомі особи, можуть виступати у творі як головні чи другорядні персонажі. Автор літературного художнього твору, зазвичай, має на меті не так відтворити у творі історичні події та викласти факти, як створити цікаву, яскраву особистість. Отож персона-

[30] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8636643.

жу — історичній особі можуть приписуватися непритаманні їй риси характеру, зовнішності чи участь у якихось подіях тощо. Наприклад, життя й історія відомого поета С. О. Єсеніна знайшла своє відображення у творі В. І. Кузнєцова «Таємниця загибелі Єсеніна». З огляду на те, що як персонажі твору виступають реальні особи, такі персонажі не є оригінальними. Безумовно, використання у творах образу реальної особи, зокрема її імені, має здійснюватися на законних підставах. З позиції авторського права, автор, який у своєму творі використав образ реальної особи, не має права забороняти використання його образу іншому авторові.

3. Персонажі з літературної усної народної творчості, тобто дійові особи казок, анекдотів, приказок тощо. Характерна особливість таких персонажів полягає в тому, що вони є «кочівними», тобто виступають в ролі дійових осіб різних за своєю суттю творів. Це наприклад: Альоша Попович, Іван Царевич, Царівна-Жаба, Кощій Безсмертний, Дід Мороз, Колобок та ін. Може змінюватися зміст, проте характеристика таких образів є незмінною. Наприклад, Дід Мороз завжди має одну незмінну ознаку — загальний зовнішній вигляд: наявність білої довгої бороди, червоної чи синьої довгої шуби, шапки з білим хутряним облямуванням, у руці він тримає посох. Завдяки тому, що зазначені персонажі є результатом усної народної творчості вони не можуть бути оригінальними. Такий різновид персонажа може використовуватися вільно[31]. При цьому використання візуального зображення персонажа будь-якого виду здійснюється на підставі дозволу суб'єкта авторського права.

Викладене дозволяє дійти висновку, що назви творів, а також персонажі можуть бути об'єктом договірних відносин за умови, якщо вони є охоронюваними об'єктами авторського права.

При укладенні договору сторони мають включити у договір положення щодо способів і умов використання назв літературно-художніх творів та персонажів. Наприклад, автори надають дозвіл використовувати найменування та візуальний образ персонажа літературно-художнього твору винятково на упаковці товару для молочних продуктів. Отож особа, що використовує персонажа обмежена умовами договору та не має права використати персонажа для інших цілей, ніж ті, що зазначені в договорі.

[31] Петренко І. І. Правова охорона персонажа літературно-художнього твору / І. І. Петренко // Теорія і практика інтелектуальної власності. Науково-практичний журнал/ № 2(70). — 2013. — С. 48–55.

Неможливо залишити поза увагою нинішній стан використання літературно-художніх творів, які перейшли у суспільне надбання відповідно до чинного закону України. Статус суспільного надбання, які набули твори, надає можливість вільно використовувати такі твори будь-якій особі. Однак на практиці частини таких творів успішно монополізуються певними особами шляхом перетворення їх на інший об'єкт інтелектуальної власності. Наприклад, в Україні зареєстровані як торговельні марки назви таких відомих творів О. С. Пушкіна «Пиковая дама» (свідоцтво за № 100255), О. Гріна «Алые паруса» (свідоцтво за № 138992).

Зазначене відбувається через недосконаліть чинного законодавства. Зокрема, відповідно до п. 4 ст. Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», не реєструються як знаки позначення, що відтворюють назви відомих в Україні творів науки, літератури та мистецтва чи цитати й персонажі з них, твори мистецтва та їхні фрагменти без згоди власників авторського права або їхніх правонаступників. При цьому законодавець обійшов увагою твори, що не мають власників, тобто ті, що перейшли в суспільне надбання.

Водночас використання персонажів творів, які перейшли в суспільне надбання, за певних умов також може бути кваліфіковане як порушення особистих немайнових прав автора. Підтвердженням цього твердження є такий приклад.

Відомий персонаж і назва твору Ш. Перо «Красная шапочка» зазнав чимало використань у спотвореному вигляді. Так, відкриття клубу для жінок під назвою «Красная шапочка» є порушенням немайнового авторського права автора твору Ш. Перо, а також аморальним у зв'язку з тим що тут використовується назва твору та назва персонажа «Червона шапочка» у спотвореному вигляді, а отже можна ставити питання про порушення суспільної моралі.

Підсумовуючи зазначене вище, варто зазначити що сьогодні договори у сфері створення та використання літературно-художніх творів є одним з найдієвиших способів реалізації авторських прав.

Розділ 5

Особливості охорони та розпоряджання об'єктами авторського права у видавничій діяльності

Види договорів у видавничій діяльності

Видавнича угода налічує не одне століття й на всіх етапах її еволюції змінювалися вимоги до змістового наповнення договору, порядку його укладання, проте ніколи не ставилося під сумнів значення договору як важливого елементу правових відносин між автором і видавцем. Першою в історії видавничих договорів вважають угоду між англійським поетом Дж. Мільтоном і видавцем С. Сімонсом у 1667 р. Останній за 5 фунтів отримав від поета права на його збірку «Загублений рай», а автор, згідно з договором, не міг випускати цей твір або його частину без дозволу видавця.

Історичне формування підходів до регулювання авторським правом видавничої діяльності в радянський період характеризувався пріоритетом інтересів держави та суспільства над приватними інтересами автора й видавця. У радянській період договірні відносини базувалися на типових формах договорів. Збірки типових договорів, які були затверджені й опубліковані для використання у видавництвах, унеможливлювали укладення іншої за змістом угоди. Сьогодні ця ситуація докорінно змінилася. Відповідно до принципу свободи договору, учасники цивільного обороту можуть укладати договори як передбачені, так і не передбачені цивільним законодавством (але такі, що не суперечать його загальним засадам). Сторони також мають право укласти договір, у якому містяться елементи різних договорів.

Якщо раніше основним договором був договір на видання твору та передання авторських прав, то сьогодні спектр договорів, які укладаються у видавничій сфері, значно розширився. Угоди, що укладаються між учасниками правовідносин у сфері видавничого бізнесу, можна умовно поділити на три групи:

1) договори із власниками авторських прав (авторський договір);

2) договори на створення твору (договір замовлення);
3) договори на виконання додрукарської підготовки видання та надання поліграфічних послуг.

Відповідно до ст. 1107 ЦК України, розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких цивільно-правових договорів:

1) ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
2) ліцензійного договору;
3) договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;
4) договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
5) іншого договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Договори із власниками авторських прав

Авторський договір. Найпоширенішою формою договору з автором є авторський договір. Варто зазначити, що в ЦК України такий різновид цивільно-правового договору, як авторський договір, не передбачений. І хоча законодавством не надається визначення авторського договору, втім аналіз законодавчих норм дає змогу сформулювати визначення авторського договору. За правовою традицією, договори на передання прав автора називаються авторськими. Тож авторський договір — це угода між двома або більше особами, за якою одна сторона — автор (чи інша особа, що має авторське право) — передає свої майнові права іншій стороні в певному обсязі, на встановлений строк і за визначену винагороду. У видавничій діяльності такі договори дуже популярні й укладаються, переважно, між видавництвом і автором. Цивільне законодавство містить пряму вказівку на необхідність укладення авторського договору у випадку передання майнових прав на твір (ч. 1 п. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Предметом такого договору є виключні чи невиключні майнові права інтелектуальної власності. Залежно від предмета договору ЦК України розрізняє, відповідно, два види авторського договору: авторський договір про передачу виключного права на використання твору й авторський договір про передачу невиключного права на використання твору (п. 2 ст. 32 названого Закону) Відповідно до ст. 31 вказаного Закону, автор може пе-

редати свої майнові права будь-якій іншій особі повністю або частково. При цьому така можливість надається не лише авторові, а й будь-якій іншій особі, котрій належать майнові авторська права, й спадкоємцю також. Таким чином законодавець надав право особі, що є носієм майнових авторських прав, самій визначити обсяг прав, які вона бажає передати іншій особі.

За авторським договором про передання виключного права на використання твору автор чи інша особа, що має виключне авторське право, передає право використовувати твір певним способом і у встановлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, та надає цій особі право дозволяти чи забороняти таке використання твору іншим особам (п. 3. ст. 32 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Тож видавництво, якому передані виключні права, може передати їх третім особам лише для такого використання твору. Наприклад, дозволити зарубіжному видавництву опублікувати переклад авторського твору чи передати права на твори ілюстратора книги для використання їх у рекламній компанії підприємства. Правовласник, що передає виключне право на використання твору, має право на використання цього твору лише в частині прав, що не передаються (п. 3. ст. 32 цього ж Закону). При цьому, передання права на використання твору певним чином автоматично не надає права використати твір іншим способом. Наприклад, передання видавництву права на видання твору українською мовою автоматично не надає видавництву права на переклад цього твору та видання його іншою мовою. На думку Е. П. Гаврилова виключні права можуть належати спільно видавництву й автору, для чого в договорі має бути передбачена умова спільного розпоряджання правами. На думку автора, авторські права можуть передаватися на певній території як виключні, а на іншій — як невиключні[1]. Якщо авторським договором передбачене передання майнових прав на декілька об'єктів авторського права, обов'язковою умовою такого договору є визначення обсягу прав, які передаються щодо кожного об'єкта. Визначення обсягу майнових прав, які передаються, має практичне значення, тому що сьогодні на ринку інтелектуальної власності з'явилася велика кількість посередників, які стають єднальною ланкою між авторами та користувачами й мають на меті саме переуступку авторських і суміжних прав.

[1] Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ «Об авторских и смежных правах» / Э. П. Гаврилов. — М. : Спарк, 1996. — С. 119.

Авторський договір про передачу невиключних авторських прав видавництву також має свої особливості. За цим договором автор (або інша особа, що має авторське право) передає іншій особі право використовувати твір певним способом і у встановлених межах. При цьому за особою, котра передає невиключне право, зберігається право на використання твору й на передачу невиключного права на використання твору іншим особам (п. 4 ст. 32 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Визначення в угоді між автором та видавництвом виду прав, які передаються (є предметом договору), має відповідні правові наслідки. Так, у разі якщо в авторському договорі не зазначено, що передаються саме виключні права на використання твору, такі права, згідно із п. 6 ст. 32 Закону України «Про авторське право та суміжні права», будуть вважатися невиключними.

Відповідно до положень цивільного законодавства договір про передачу прав на використання твору вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх істотних умов. Відповідно до п. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права», істотними умовами договору є такі:

- строк дії договору;
- способи використання твору;
- територія, на яку поширюється право;
- розмір і порядок виплати авторської винагороди;
- інші умови, щодо яких за вимогою однієї зі сторін повинно бути досягнуто згоди.

Одним із суттєвих положень авторського договору на передання майнових прав на використання твору є детальне визначення переліку прав, які передаються за договором, оскільки це має насамперед практичне значення. Відповідно до положень Закону України «Про авторське право та суміжні права», права, які в авторському договорі не зазначені, як такі, що передаються, ввіжаються не переданими

У доктрині авторського права неодноразово зверталась увага на необхідність розмежовувати зміст таких понять, як «оприлюднення» та «опубліківання». Відповідно до п. 1 ст. 441 ЦК України, використанням твору є його опублікування (випуск у світ), саме використання за ст. 440 ЦК України належить до майнових прав автора, котрі можуть бути ним передані видавництву. Втім на практиці нерідко відбувається підміна поняття «оприлюднення твору» поняттям «опублікування». На думку

Т. Якушевої, право на оприлюднення твору є правом, яке передається, тобто не особистим немайновим, а майновим правом автора. У ст. 6 Всесвітній конвенції про авторське право випуском у світ (опублікуванням) є «відтворення в якій-небудь матеріальній формі і надання невизначеному колу осіб примірників твору для читання або ознайомлення шляхом здорового сприйняття»[2]. Закон України «Про авторське право та суміжні права» у ст. 1 розмежовує ці поняття, визначаючи під оприлюдненням *«здійснену за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права дію, що вперше робить твір доступним для публіки»*. Спосіб випуску твору у світ залежить від його форми та характеру. Письмові твори випускаються у світ шляхом видання; твори образотворчого мистецтва — шляхом їхнього показу, демонстрації; оприлюднення музичних творів відбувається шляхом публічного виконання, публічного сповіщення тощо. На думку А. Довгерта, «твір може бути випущений у світ різними способами, але істотним є те, що його зміст повідомлений невизначеному колу осіб. Право першого опублікування твору належить самому авторові. Тільки він має право вирішувати, чи готовий його твір до випуску у світ. Порушення цих прав дає авторові підставу вимагати виплати гонорару або відшкодування завданих збитків, а також вжиття інших заходів аж до вилучення твору і заборони випуску його у світ»[3]. Водночас автор не вважає випуском у світ (опублікуванням) інформацію про твір з викладенням його короткого змісту. З цим важко погодитись, оскільки саме повідомлення, хоч і стисле про задум автора, може суттєво нашкодити як авторові, так і видавництву, що планує ексклюзивне видання. Втім притягнути до відповідальності за порушення права на оприлюднення особу, що поширила такі відомості, очевидно, буде важко.

Важливим положенням авторського договору є визначення місця його укладення (підписання). Адже, якщо договір укладається між громадянами різних країн, судові суперечки будуть вирішуватися за законодавством тієї країни, в якій цей договір був підписаний. Визначення території, на яку поширюється дія переданих прав, є також принциповим, особливо якщо видавець планує продавати чи використовувати твір за

[2] Всесвітня конвенція про авторське право від 06 вересня 1952 р. // Портал Верховної ради України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_052.

[3] Цивільне право : підручник : у 2-х кн. / [Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К. : Юрінком Інтер, 1999. — 864 с.

кордоном. Адже, якщо територія не зазначена в угоді, права вважаються переданими лише на території країни — місця підписання договору.

Як свідчить практика укладення авторських договорів, на автора часто покладається обов'язок не створювати в майбутньому твори, подібні до тих, що були створені для замовника, а також обов'язок не працювати в певній сфері діяльності протягом визначеного часу, щоби не створювати конкуренції замовникові. Наведені положення авторського договору є такі, що суперечать законодавству України в сфері інтелектуальної власності й передусім порушують конституційне право людини, передбачене ст. 54 Конституцією України. Крім цього, відповідно до цивільного законодавства України договір, умови якого погіршують становище автора порівняно з правами, передбаченими законодавством, а також умови, що обмежують його права займатися творчістю та створювати інші об'єкти інтелектуальної власності, вважаються недійсними (пп. 5, 7 ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Вимога видавництва щодо ексклюзивності співпраці із автором може бути оформлена більш коректно та лежати в межах дії моральних, а не правових норм. Оскільки навіть покладання на автора обов'язку всі нові твори, створені ним, спочатку пропонувати для першої публікації видавництву, з яким укладена угода, є обмеженням прав автора щодо розпоряджання майновими правами.

За договором авторові чи особі, що має авторське право, повинна виплачуватись авторська винагорода. Вона не може бути нижчою за мінімальні ставки, встановлені Кабінетом Міністрів України (п. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Способи виплати винагороди можуть бути різними — поетапна виплата чи одноразова виплата всієї суми. Авторська винагорода визначається в договорі як відсоток від доходу, отриманого від використання твору, або як фіксована сума чи іншим чином.

Іншим важливим питанням є форма, у якій має укладатись угода щодо розпорджання авторськими правами. За ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права», всі договори щодо передання прав на використання творів мають укладатися в письмовій формі. ЦК України також передбачає письмову форму договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності (п. 2 ст. 1107). З цього загального правила законодавство встановило виняток, дозво-

ляючи укладання договору на опублікування твору в періодичній пресі в усній формі (ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Це положення зумовлене оперативністю подання й опублікування матеріалів у ЗМІ. Водночас, у разі невиплати авторської винагороди чи неправомірного використання авторського твору, укладення усного договору суттєво ускладнює доведення факту існування такого договору між редакцією та автором. Задля уникнення непорозумінь деякі видання на своїх сторінках або на сайті розміщують інформацію про умови використання матеріалів, які надсилаються до редакції. До таких умов, зокрема, належать зазначення щодо мови видання та можливий переклад твору; територія, на якій поширюється видання; відсутність гонорару за опублікування, наприклад, читацьких листів та ін. Таку інформацію цілком можна вважати умовами усного договору, що пропонується редакцією для укладення з автором.

Аналогічна практика укладення авторського договору склалась і щодо передання прав на використання творів авторів, які мешкають в інших містах, ніж те, в якому розміщується видавництво. За допомогою електронної чи звичайної пошти автор надсилає рукопис до видавництва та дистанційно контролює процес підготовки твору. Однак говорити про наявність між видавництвом і автором угоди не можна. Договір, який схвалюється лише однією стороною, не вважається укладеним. Наприклад, коли автор надсилає до видавництва твір, він має зазначити, що дає згоду на його публікацію та очікує на відповідний гонорар. Водночас до того, як твір буде опублікований, лише на підставі отримання видавництвом рукопису, говорити про наявність між ним і автором угоди передчасно. Натомість, повідомлення автора про отримання його матеріалу буде свідченням існування між ним і видавництвом договірних відносин. Ситуація ж, за якої видавництво самостійно публікує авторський твір і лише постфактум повідомляє автора про свої дії та пропонує виплатити гонорар, також не може бути визнана правомірною.

Утім варто брати до уваги те, що ці договори не мають бути типовими. Досвідчені автори ніколи не підписують типових угод, вимагаючи корегування всіх необхідних або суперечливих для нього положень. Адже договір буде вважатися укладеним лише в разі, коли сторони дійшли згоди щодо його суттєвих умов.

Договір зі співавторами. Співавторство сьогодні цілком звичне явище. Нам відомі такі творчі тандеми, як брати

Жюль та Едмон Гонкур, легендарні казкарі — Якоб і Вільгельм Гримм. Свій слід на літературній ниві як співавтори залишили Ілля Ільф і Євген Петров, фантасти Аркадій та Борис Стругацькі, наші сучасники, засновники видавництва «Зелений пес», письменники Віталій та Дмитро Капранови, й багато інших письменників. Водночас, окрім традиційних форм співавторства, нині в умовах активного розвитку електронного книговидання поширення набули і його нові форми. Цікавим у цьому контексті є інтернет-проект «Нескінченна історія» (The Never Ending Story), запропонований журналістом А. Бісвалом. За його задумом професійні літератори повинні писати книги разом з відвідувачами сайту. Першим літературним простором для творчості став представлений британською письменницею Дж. Гаріс роман «Лісова пожежа». Його першу главу авторка виклала в мережі Інтернет, запропонувавши всім охочим продемонструвати свою творчу майстерність у продовженні історії.

З погляду права, факт співавторства ускладнює роботу видавця з авторами. Адже неузгодження факту опублікування твору з одним зі співавторів, дасть останньому підстави звернутися з позов до суду.

Почнемо з того, що взагалі говорити про співавторство можна тільки тоді, якщо внаслідок співпраці авторів було створено твір. У разі, коли ця співпраця не закінчилася появою нового твору, факту співавторства немає. На думку Е. П. Гаврилова, необхідно відрізняти співавторство від співробітництва. *Співробітництво* — це використання творів різних авторів для створення нового складеного твору[4]. Приміром, автори розміщених у хрестоматії творів не стають співавторами, як і не мають вони права вимагати авторства на видання в цілому. Те саме стосується й авторів текстового та зображального матеріалів, розміщених поряд укладачем. І текст, і фотографія до нього об'єднані лише спільною темою чи подією, проте сприймаються вони цілком самостійно. Тож автор тексту та фотографії до нього, за загальним правилом, визнаватися співавторами не можуть.

Однак не будь-який внесок особи у створення твору дає їй право вважатися співавтором твору. Так, якщо в основу написання твору покладено ідеї, теорії, способи, принципи, методи, концепції та навіть відкриття іншої особи — вона, на жаль, не

[4] Гаврилов Э. П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития / Э. П. Гаврилов. — М., 1984. — С. 120.

може претендувати на звання співавтора, позаяк ці категорії за законом не охороняються авторським правом. Історії літератури відомий приклад, коли ідею написання «Ревізора» та «Мертвих душ» М. В. Гоголю підказав О. С. Пушкін, але він не став співавтором його безсмертних творів.

Внесок, який зробила та чи та особа, може мати не лише творчий характер, наприклад допомага авторові:

- технічно (запис, комп'ютерний набір тексту);
- організаційно (видавництво, друкарня тощо);
- матеріально (спонсори, меценати та ін.).

Така особа, відповідно до законодавства України, не може бути визнана співавтором твору. Співавторству в законодавстві України, зазвичай, присвячуються спеціальні статті, зокрема — ст. 13 Закону України «Про авторське право та суміжні права» та ст. 436 ЦК України. Відповідно до вказаних нормативних актів співавторством є факт створення твору в результаті спільної праці двох або більше осіб. Авторське право на твір, створений у співавторстві, належить всім співавторам спільно. Це стосується і права на опублікування та інше використання твору в цілому.

Щодо відносин між авторами, закон передбачає, що вони *«визначаються угодою, укладеною між співавторами»* (п. 1 ст. 13 Закону України «Про авторське право та суміжні права», п. 3 ст. 436 ЦК Україєм). Однак укладення такої угоди не є вимогою щодо визнання факту співавторства, а отже, її може між співавторами і не існувати.

Кожному зі співавторів, незалежно від обсягу його внеску в створення твору, належить авторське право на твір в цілому. Втім режим використання цих творів залежить значною мірою від різновиду співавторства. Якщо твір становить нерозривне ціле чи всі співавтори брали участь у створенні кожної частини цього твору, співавторство вважається *нероздільним*. Якщо ж твір можна поділити на окремі частини, кожна з яких має самостійне значення, йдеться про *роздільне* співавторство.

За умови роздільного співавторства, використання, зокрема і шляхом опублікування видавцем частини твору, що створена одним співавтором, не потребує дозволу іншого. Оскільки за п. 2. ст. 13 Закону України «Про авторське право та суміжні права» «якщо твір, створений у співавторстві, складається з частин, кожна з яких має самостійне значення, то кожен із співавторів має право використовувати створену ним частину твору на власний розсуд». Однак законодавець не виключає

наявності між співавторами угоди, що встановлює інший режим використання частин твору, зазначаючи, що наведене використання можливе лише за умови, «якщо інше не передбачено угодою між співавторами».

Якщо твір, створений у співавторстві, утворює одне нерозривне ціле, то жоден зі співавторів не може без достатніх підстав відмовити іншим у дозволі на опублікування чи інше використання або зміну твору. Однак у законодавстві не наводиться ні переліку підстав, які б були «достатніми», ні вказуються ознаки, що давали б право відмовити одному зі співавторів у дозволі на використання твору, зокрема шляхом його опублікування, а також відігравали б роль кваліфікаційних для вирішення питання про наявність або відсутність порушення співавторства. А в разі порушення права одного співавтора (або декількох співавторів), відповідно до п. 2. ст. 13 Закону України «Про авторське право та суміжні права» кожен співавтор може доводити своє право в судовому порядку. У цьому разі саме суд має вирішити, чи були підстави «достатніми» для відмови у використанні твору, чи ні. Зрозуміло, що такі спори не виникають, коли співавтори реалізують своє право на укладення між ними договору про спільне використання твору (п. 1 ст. 13 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Сьогодні в Україні склалася відповідна судова практика розгляду судами спорів про співавторство та вироблені певні правові позиції, якими суди повинні керуватися при розгляді такої категорії справ. Так, відповідно до Постанови Пленуму Верховного суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав», від 04 червня 2010 р. № 5 зазначено, що факт співавторства може бути підтверджено волевиявленням співавторів, вираженим не лише в договорах про передачу прав, а й у публічних заявах, листах тощо (п. 22). Тож «при розгляді спорів про співавторство на твір, який утворює одне нерозривне ціле, судам слід виходити з факту визнання співавторства на момент оприлюднення твору» (абз. 2 п. 22. Постанови)[5].

Наявність чіткої угоди між співавторами щодо подальшого використання твору створила б правове підґрунтя для врегу-

[5] Постанова Пленуму Верховного суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 04 червня 2010 р. № 5 // Портал Верховної ради України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10/print1364559092646411.

лювання у майбутньому відносин співавторів з видавцем. В угоді між співавторами варто зазначити умови та способи використання твору кожним зі співавторів, а також розподіл винагороди отриманої за таке використання. Відносини між співавторами виникають на момент створення ними спільною творчою працею твору. За загальним правилом, винагорода за використання твору розподіляється між співавторами в рівних частках, якщо в угоді між ними не передбачається інше (п. 4 ст. 13 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Питання розподілу гонорару можна врегулювати в окремій угоді про розподіл гонорару, що має бути долучена до основного договору між видавництвом і авторами як його невід'ємна частина.

Більш складною може виявитися ситуація, коли укладається договір зі співавторами на створення твору (договір замовлення). Видавництво, що замовило співавторам написання твору, очікує отримати кінцевий результат, тому невиконання одним зі співавторів своїх зобов'язань неминуче буде призводити до змін в угоді, з огляду на внесок (чи відсутність внеску) кожного зі співавторів, та, як, наслідок, розподілу між ними гонорару. У доктрині авторського права висловлювалася думка, що факт нероздільного співавторства не повинен породжувати спільної (солідарної) відповідальності співавторів і обов'язку солідарного виконання зобов'язань за договором. Таке положення було сприйнято видавничою практикою. Зокрема, для уникнення необхідності перегляду договору видавництва в разі написання твору у співавторстві укладають договори з кожним автором окремо. Такі договори за своєю структурою дуже схожі з авторськими, втім мають свої особливості. Зокрема, у них відповідно до угоди підписаної між співавторами (за наявності) чи за домовленістю сторін містяться положення щодо обсягу прав, які співавтор передає видавництву та розподілу гонорару між авторами.

Стосовно співавторства виникає і багато інших суперечливих питань, пов'язаних із зазначенням імен авторів та перевиданням їхніх творів, що також не зайвим буде передбачити в договорі.

При співавторстві послідовність згадування авторів має бути узгоджена з ними. Якщо внесок одного з авторів є значно більшим, порівняно з іншими авторами, його прізвище згадують першим або взагалі виносять на титульну сторінку видання, щоб підкреслити причетність цього автора до ство-

рення твору. У разі виникнення суперечки щодо обсягів такого внеску, порядок згадування авторів визначається за алфавітом. У наукових колах заведено розташовувати імена авторів, виходячи з їхніх заслуг, посад і вчених звань. Інколи таке співавторство межує з відвертим *заавторством* — зазначенням імені поважного вченого, що насправді не є автором цього твору.

Подібна історія пов'язана з виданням відомим французьким видавництвом «Ла русс» франко-іспанського словника. Під час роботи над виданням редактори залучили до співпраці сторонніх спеціалістів, зокрема Х. Тестаса, уклавши з ним угоду, в якій передбачалось що ім'я фахівця буде очолювати перелік авторів словника. Втім ім'я Х. Тестаса згадувалосялише на титульній сторінці словника, тоді як палітурка та суперобкладинка видання відомостей про нього не містили. Цей факт і став приводом звернення лінгвіста до суду, що під загрозою пені заборонив видавництву реалізовувати примірники словника, на палітурці та суперобкладинці яких не зазначалось ім'я Х. Тестаса[6].

Особливим об'єктом авторського права, що може бути створений у співавторстві, є інтерв'ю. Ці публіцистичні твори можуть бути залучені як окремі елементи до видань мемуарів, спогадів, біографій, тематичних добірок і можуть стати самостійним виданням — збіркою інтерв'ю. Законодавство України взяло за основу партнерський режим спілкування журналіста й особи, що дає інтерв'ю. Це змушує журналістів ставитися до інтерв'ю не як до процесу «збору інформації», а як до діалогу, в якому обидві сторони несуть відповідальність за результат спілкування. Адже, згідно із Законом України «Про авторське право та суміжні права», опублікування тексту інтерв'ю допускається лише за згодою особи, що його дала (п. 3 ст. 13).

Водночас особливий статус цього різновиду твору вимагає чіткого дотримання авторського законодавства під час публікації цих творів. Оскільки для опублікування запису інтерв'ю необхідною є згода людини, що його дала, сигнальний примірник матеріалу завжди повинен надаватися для підпису людині, котра дала інтерв'ю. Переміщення та вилучення декількох

[6] Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции; пер. с фр. / Ролан Дюма. — 2-е изд. — М. : Междунар. отношения, 1993. — 384 с.

фраз може спричинити неправильне тлумачення слів особи, що дала інтерв'ю, та стати приводом для судових позовів і конфліктів.

Щоправда, новий Закон України «Про доступ до публічної інформації» не поширює ці вимоги на випадки оприлюднення чи надання *публічної інформації* — інформації, що була отримана чи створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, чи яка перебуває у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації.

Увагу читачів завжди привертають інтерв'ю з відомими особистостями. Прикладом успішності такого проекту можуть слугувати численні видання Д. Гордона з добірками інтерв'ю, взятими журналістом у політиків, артистів, культурних діячів та інших відомих особистостей. Видавець, який має намір видавати такі добірки, повинен отримати дозвіл на опублікування не лише від автора, а й від усіх учасників інтерв'ю, щоб уникнути можливих суперечок.

Досить делікатним питанням є розподіл гонорару за інтерв'ю, що, за законодавством, має належати обом співавторам у рівних частках. Традиційно плата співрозмовникові за інтерв'ю вважалася зайвою. Зазвичай, особа, що дає інтерв'ю, — це людина відома, котра досягла певного суспільного становища. Тож інтерв'ю для неї — пошана, реклама, можливість висловити особисту думку. За таких умов вимагати свій законний гонорар інтерв'юйований вважає некоректним. Утім, у разі подальшого опублікування твору у виданні, що буде приносити прибуток як ініціатору інтерв'ю, так і видавництву, співрозмовник цілком законно може вимагати відрахування відсотків від прибутку. Видавцеві, щоб уникнути судових позовів, під час підготовки до друку інтерв'ю слід пересвідчитися, що його автор отримав дозвіл на вільне використання інтерв'ю від свого співрозмовника.

Договір із спадкоємцями. Якщо видавництво має намір опублікувати твір автора, що вже помер, необхідно звернутися за дозволом на таке видання до осіб, які володіють майновими правами на твір, за умови якщо термін охорони цього твору не збіг. Зазвичай, ними є спадкоємці — особи, до яких перейшли майнові права померлого автора. Це можуть бути рідні автора, що успадковують його права за законом, чи особи, котрим він передав свої права за заповітом. Рідними вважаються особи, що належать до певної черги спадкоємців, визначених законодав-

ством. За наявності заповіту спадкоємцями стають особи, зазначені в ньому, незалежно від їхнього громадянства та родинних стосунків із померлим. Якщо автор не залишив заповіту та не має законних спадкоємців, дія його авторських прав припиняється, а їх захист покладається на державу. Порядок спадкування регламентується книгою 6 ЦК України. Законність прийняття спадщини спадкоємцями певної черги нерідко стає предметом судових суперечок. Так, нещодавно «відкрилися» нові претенденти на літературну спадщину М. О. Булгакова. Нині власниками авторських прав на твори письменника є його нащадки по лінії дружини О. Булгакової, що була спадкоємицею першої черги. Втім перерви в авторській охороні деяких творів автора, зумовлені змінами в законодавстві СРСР та Росії, дали привід спадкоємцям другої черги, хоча й безрезультатно з огляду на рішення суду, але претендувати на спадщину М. О. Булгакова.

За ст. 29 Закону України «Про авторське право та суміжні права», у спадок можуть переходити тільки майнові права авторів та інших осіб, які мають виключне авторське право. Особисті ж немайнові права залишаються в автора навіть після його смерті. Майнові права можуть бути передані в спадок лише за умови, що за життя автор ними володів. У разі, якщо він передав майнові права на використання твору іншим особам, спадкоємці не можуть на них претендувати.

Якщо спадкоємців декілька, вони володіють майновими правами інтелектуальної власності, що перейшли до них, спільно та розпоряджаються ними за взаємною згодою. У разі неможливості чи небажання одного зі спадкоємців розпоряджатися цими повноваженнями, ними вони можуть наділити одного зі спадкоємців або ж передати здійснення прав третій особі. Утім спадкоємці рідко вдаються до цього. Найчастіше нащадки видатних письменників пильно слідкують за спробами використання творів їхнього померлого родича, а інколи й дають дозвіл на таке використання навіть усупереч бажанню автора. Саме так сталось зі спадщиною американського класика, автора роману «Над прірвою у житі» Д. Селінджера. У 2009 р., ще за життя автора, молодий письменник-новачок Дж. Каліфорнія заявив про бажання надати друге життя роману в його продовженні під назвою «60 років потому: пробираючись крізь жито». Дев'яносторічний Д. Селінджер особисто подав позов до суду з вимогою заборонити публікацію сіквелу. Втім рік потому після смерті письменника його

спадкоємці дозволили публікацію роману, у якому, до речі, одним з героїв є сам Д. Селінджер[7].

Попри те, що немайнові права автора не передаються в спадок, спадкоємці за ст. 439 ЦК України мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, яке може завдати шкоди честі та репутації автора. Тож навіть якщо майнові права на використання творів померлого автора належать іншим правонаступникам, у спадкоємців залишається право захищати честь і репутацію свого родича та перешкоджати діям, які порушують його немайнові права. Цими правами вони активно користуються, не допускаючи спотворення творів у сіквелах або екранізаціях, ретельно перевіряючи художнє оформлення, ілюстрації майбутнього видання тощо. Інколи питання дотримання репутації автора постає навіть коли термін дії авторських прав давно збіг. Так до 200-річчя з дня народження видатного французького письменника В. Гюго видавництво «Плон» підготувало до друку написане журналістом і письменником Ф. Сереза двотомне продовження роману відомого класика «Знедолені». При цьому автор твору, виконаному в такому популярному сьогодні жанрі сіквелу, дозволяє собі сміливе втручання в сюжет і навіть оживляє героїв, зокрема інспектора Жавера. На обвинувачення ж обурених нащадків автора суд вирішив, що оскільки твори В. Гюго давно є суспільним надбанням і на них не поширюється дія авторських прав, Ф. Сереза має право на створення свого роману та, оживлення деяких персонажів.

Укладаючи договір на опублікування твору не з автором, а з його спадкоємцем, необхідно особливо ретельно підійти до з'ясування обсягу прав, які власне спадкоємцеві належать. Для цього необхідно отримати від нього копію свідоцтва про реєстрацію твору та документи, що засвідчують обсяг прав, якими спадкоємець володіє. Адже навіть у разі спадкування за заповітом є категорії осіб, як то неповнолітні чи повнолітні непрацездатні діти або ж непрацездатна вдова (вдівець) чи батьки (ст. 1241 ЦК України), що мають право на обов'язкову частку в спадщині. У такому разі спадкоємці розпоряджатимуться правами на твір спільно й жоден з них не зможе використовувати його без дозволу іншого.

[7] Наследники Сэлинджера разрешили публикацию сиквела «Над пропастью во ржи» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.news-ru.com/cinema/13jan2011/60yl.html.

За аналогією зі співавторством при отриманні кількома спадкоємцями за законом або за заповітом майнового авторського права без виділення конкретних спадкових об'єктів авторського права за рекомендацією Пленуму Верховного Суду України «слід мати на увазі, що в цьому випадку у спадкоємців виникає обсяг повноважень відносно спадкових прав на спільне використання всіх творів як при здійсненні права інтелектуальної власності, яке належить кільком особам»[8]. Права, що перейшли до спадкоємців, становлять єдине ціле, і жоден зі спадкоємців не має права без достатніх для цього підстав відмовити іншим у дозволі на опублікування, інше використання чи зміну твору. Винагорода за використання твору розподіляється між спадкоємцями відповідно до часток у спадщині. Порядок використання таких прав визначається відповідно до ст. 428 ЦК України.

Вирішення питання щодо відшкодування збитків спадкоємцям також має деякі особливості. Наведемо приклад. Автор уклав договір з видавництвом і помер, не встигнувши отримати винагороду. Чи мають право спадкоємці, що вступають у спадщину, отримати ці суми за договором. Спробуємо розібратися. З боку видавництва можлива ситуація, коли видавець — суб'єкт підприємницької діяльності — за договором про передачу майнових прав з автором не виплатив останньому справедливої винагороди. За ст. 1230 ЦК України, до спадкоємця переходить право на відшкодування збитків, завданих спадкодавцеві в договірних зобов'язаннях, і право на відшкодування моральної шкоди, що були присуджені судом спадкодавцеві за його життя. Спадкоємець, який прийняв спадщину, зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора, в нашому випадку — автора, якщо той пред'явив їх протягом 1 року від настання строку вимоги.

Ліцензійний договір. Якщо предметом авторського договору переважно є передання авторських прав, ліцензійна угода передбачає надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензії) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін (п. 2 ст. 1109 ЦК України) певними способами. Авторські права та контроль над ними при цьому зберігаються за їхніми правоволоділцями. На думку О. Кравцової, договір про передання виключних майнових прав інте-

[8] Постанова Пленуму Верховного суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 04 червня 2010 р. № 5.

лектуальної власності застосовується у випадках відчуження прав власника в повному обсязі; а при передачі об'єкта прав інтелектуальної власності лише в користування між власником і користувачем, зазвичай, укладається ліцензійний договір[9].

На думку О. М. Харченка, межа між договором на передання виключних прав і ліцензійним договором зникає у видавничій діяльності. Ліцензійний договір щодо передачі виключних прав на весь період дії авторських прав наближається до договору про передання («відчуження») виключних майнових прав. Наслідком чинності викладених вище положень Закону України «Про авторське право та суміжні права» стала популярна інтерпретація, відповідно до якої в договорі про передання (відчуження) виключних майнових прав інтелектуальної власності потрібно обов'язково зазначати всі способи використання твору, права щодо яких передаються. Ця інтерпретація стоїть в одному ряду з тим, що в договорах про передання («відчуження») виключних майнових прав інтелектуальної власності часто зазначається і строк, на який передаються права, при тому, що передання, або ж «відчуження», прав не є по суті тривалим процесом, а є одноразовим і незворотним актом. Так само зі способами використання твору: попри те, що їх зазначення концептуально притаманне ліцензійним договорам, з огляду на ч. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право та суміжні права», вважається, що способи використання твору, не визначені за договором про «відчуження» виключних майнових прав, вважаються такими, що не передані. Отож на практиці часто відбувається тотальне стирання межі та нерозрізнення згаданих типів договорів[10].

Звичайно, цей тип угоди однаково вигідний власникам авторських прав на твір, які намагаються його продати, так і тим, хто купує вже готовий продукт, не бажаючи витрачати великі кошти на його створення. Приміром, одне видавництво вже здійснило переклад твору українською мовою та видало перший ексклюзивний тираж. Надалі воно може отримати прибуток, не передаючи прав на переклад, а лише надавши іншому видавництву ліцензію на право видати наклад цього твору українською та водночас надати можливість компанії зі створення аудіо-

[9] Кравцова Олена. Як передати авторські права [Електронний ресурс] // Юридична газета. — № 8 (92) 22 лютого 2007 р. — Режим доступу : http://www.yur-gazeta.com/article/996.

[10] Афонін О. В. Авторське право у видавничій справі в питаннях і відповідях / О. В. Афонін, О. М. Харченко, І. С. Руденко. — К. : Нора-Друк, 2010. — 80 с. — С. 15.

книг записати й тиражувати диски з цим твором. Зазвичай, надання дозволу здійснюється через видання ліцензій на використання твору протягом певного періоду та на певній території.

Розрізняють виключну, одиничну та невиключну ліцензії. Водночас ЦК України допускає видачу і ліцензії іншого виду, що не суперечить закону (п. 3 ст. 1108 ЦК України). Відповідно, за виключною ліцензією ліцензіар отримує ексклюзивні права на твір на території, що обумовлена в документі. А ліцензіат не має права його використовувати у сфері, що обмежена ліцензією, та видавати ліцензії третім особам. Одинична ліцензія надає ліцензіарові аналогічні до виключної ліцензії права, втім право ліцензіата самому використовувати твір у зазначеній сфері не обмежується. Невиключна ліцензія дозволяє компанії-виробнику продавати цей продукт третім особам — іншим видавництвам. За згодою ліцензіара, наданою в письмовій формі, ліцензіат може видати письмове повноваження на використання об'єкта права інтелектуальної власності іншій особі (субліцензію). Водночас законом не передбачено необхідності одержання згоди ліцензіата (за наявності укладених раніше ліцензійних договорів) на передання виключних майнових прав інтелектуальної власності іншій особі. Згідно з ч. 2 ст. 1113 ЦК України, перехід виключного майнового права інтелектуальної власності до іншої особи не є підставою для зміни чи розірвання раніше укладеного ліцензійного договору.

Типовими елементами ліцензійної угоди є:обсяг переданих прав; термін дії ліцензії; гарантії сторін; використання імен, фотографій; невиконання обов'язків; форс-мажор.

Якщо ліцензійною угодою не обумовлений тип ліцензії, вважається що вона є невиключною. Права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, котрі не визначені в ліцензійному договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату. Предметом ліцензійного договору не можуть бути права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, що на момент укладання договору не були чинними. У разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України.

Ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен спливати не пізніше, ніж закінчиться термін чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності. У разі

відсутності в ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, який залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності. Однак цей термін не може перевищувати 5 років. Якщо за 6 місяців до спливу зазначеного 5-річного терміну жодна зі сторін не повідомить письмово іншу сторону про бажання розірвати угоду, договір вважається продовженим на невизначений час. Ліцензіар або ліцензіат можуть відмовитися від ліцензійного договору в разі порушення другою стороною інших умов договору чи письмово повідомивши іншу сторону за 6 місяців до розірвання договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 1110 ЦК України, ліцензійний договір, який містить умову про строк його дії, що перевищує строк чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, вважається укладеним на строк, який дорівнює строкові дії відповідного майнового права.

Договори на створення твору

У видавничій сфері договори на створення твору є поширеними та переважно укладаються або з авторами, або з художниками, фотографами та дизайнерами-ілюстраторами видань, які випускаються видавництвом. Обрання того чи того виду договору залежить від характеру й обсягу робіт, які виконуються. Оскільки робота з ілюстраторами чи фотографами, що не є штатними працівниками видавництва має неперіодичний характер, для такого виду правовідносин найкраще підходить договір замовлення.

Особливості договору замовлення. Залежно від способу використання твору можуть бути укладені договори як на використання літературних, художніх, фотографічних та інших творів, так і на їх створення. Останні є за суттю договорами замовлення. За цим договором автор зобов'язується створити та передати замовникові твір — об'єкт авторського права.

Оскільки предметом такої угоди не можуть бути твори, що їх автор може створити в майбутньому, у договорі слід чітко вказати обсяг, жанр, вид, сферу застосування й інші важливі ознаки твору, котрі є предметом замовлення. Інакше, всі твори, створені в майбутньому автором, можуть вважатися переданими замовникові. Загалом, предметом замовлення можуть бути будь-які твори літератури, науки та мистецтва.

Особливістю цього договору є те, що виконавцем договору замовлення може бути лише автор. Тож у разі його смерті дія договору закінчується, а спадкоємці автора не несуть перед замовником жодних зобов'язань, незалежно від того, встиг автор завершити твір або ні.

Під час створення творів зображального мистецтва часто виникає питання розмежування поняття договору замовлення як різновиду авторського договору та договору підряду. Кінцевою метою обох договорів може бути лише результат, виконана робота. Однак, на відміну від авторського договору замовлення, результат роботи за договором підряду може не мати творчого характеру (наприклад, набір тексту рукопису на комп'ютері, брошурування зошитів, виконання палітурних робіт тощо). Є ще одна специфічна відмінність зазначених договорів.

Автор, який є стороною договору замовлення, порівняно з підрядником перебуває в значно вигіднішому становищі, у разі виконання чи невиконання замовлення за ним залишаються немайнові авторські права на свій творчий доробок. Відомі й випадки, коли автор після дуже вдалого виконання роботи відмовлявся віддати твір замовникові. Мотивував відмову він саме наявністю в нього авторських прав. Договір художнього замовлення, що укладається в цих випадках, передбачає створення автором твору образотворчого мистецтва та передання його оригіналу у власність замовника. Водночас авторські права на цей твір (якщо інше не передбачено угодою) залишаються в автора, тож замовник, використовуючи твір, все ж має дотримуватися прав автора. Підрядник же виконує не творчу роботу, тому за умовами договору не може вважатись автором і, відповідно, не матиме авторських прав. Укладення договору підряду доречне із співробітниками, що надають технічну допомогу в роботі над виданням, щоб унеможливити їхні майбутні претензії щодо прав на готовий видавничий продукт.

Договір із перекладачем. Згідно із п. 1 ч. 1 ст. 433 ЦК України та п. 14 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права», переклади творів є самостійним об'єктом авторського права. ЦК України серед способів використання твору називає і переклад (п. 3 ч. 1. ст. 441 ЦК України). Це положення відповідає нормам Всесвітньої конвенції про авторське право 1952 р., що включає до майнових прав автора *«виняткове право автора перекладати, випускати в світ переклади і дозволяти переклад і випуск у світ пе-*

рекладів творів» (п. 1 ст. V). А оскільки використання твору будь-якою іншою особою (крім автора) допускається лише за згодою автора, крім випадків встановлених законом (ст. 443 КЦК України), необхідним є отримання згоди автора оригінального твору. Деякі науковці пропонують відмежовувати поняття перекладу як власне акту здійснення перекладу та як результату цього процесу — тексту. На думку О. Харченка, лише видача автором або видавництвом (за умови володіння майновими правами) третім особам дозволу на виконання акту перекладу не означає можливості розпоряджатися на свій розсуд результатом цього перекладу.

Друк перекладного видання завжди пов'язаний з особистістю перекладача та правомірністю такого перекладу. Професія перекладача цінувалась у всі віки та водночас давала перекладачам безмежну владу над авторським твором. За ступенем тотожності з оригіналом виділяють *буквальні* та *вільні переклади*. *Вільні переклади* — переклади, що відтворюють найважливіший зміст оригіналу з можливими змінами: додатками, пропусками тощо. Вони користуються особливою популярністю серед перекладачів, оскільки надають перекладачеві простір для творчості, можливість використати все багатство образних засобів, національного колориту. Вільний переклад твору не вимагає від перекладача дослівного повтору тексту оригіналу, а тому якнайкраще підходить для перекладу поезії. Втім вільний підхід до мови оригіналу може дещо змінити основний зміст твору, задум письменника, перетворити, приміром, трагедію на фарс, і цим порушити права автора. У всі віки в основу перекладацької діяльності було покладено збереження змісту твору, що є запорукою правомірної діяльності перекладача й сьогодні. Цицерон, що був прихильником вільних перекладів, усе ж вбачав мистецтво перекладу у виваженій інтерпретації оригінального твору, зі збереженням його схожості «не за словами, але за змістом». Це й не дивно, адже більшість освічених римлян чудово володіли грецькою, тож могли з легкістю порівняти оригінал із перекладом. Із розвитком перекладацької діяльності водночас зростала потреба й у точності перекладу. Поширення набуває дослівний, або *буквальний переклад*. Прикладів з практики книговидання, коли невдалі переклади просто зіпсували репутацію авторів дуже багато.

Зауважимо, що не зважаючи на різні підходи перекладачів до роботи та втручання в авторський оригінал, за законодавством України автор, який передав видавництву чи перекла-

дачеві право на переклад, все одно залишає за собою право «*протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора*» (п. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Передусім це стосується втручання в зміст твору, його зміни. Тож поширеною практикою укладання угоди між автором і видавництвом, яке здійснює переклад, є надання авторові можливості ознайомитися з текстом перекладу або ж навіть узгодити кандидатуру перекладача. Вирішення цих питань заздалегідь дасть видавництву додаткові гарантії щодо уникнення претензій до перекладу з боку автора.

Статтею 20 Закону України «Про авторське право та суміжні права» передбачено, що авторське право перекладачів не перешкоджає іншим особам здійснювати свої переклади. Однак, окрім мови оригіналу, для перекладу твору часто використовують, так званий, *переклад-посередник* — твір іншою мовою, ніж мова оригіналу, що слугує основою для перекладу на третю мову. Використовується переважно в ситуації коли перекладач не володіє мовою твору оригіналу, видавництво не може знайти досвідченого перекладача з цієї мови або ж у випадку, коли примірник твору мовою оригіналу отримати неможливо. Оскільки перекладачам належить авторське право на переклад твору, то відповідно до п. 1 ст. 20 Закону України «Про авторське право та суміжні права», здійснення перекладу з мови посередника потребує отримання дозволу автора цього проміжного перекладу. У важкий для книгодрукування період 90-х рр. XX століття українські видавці, що не мали фінансової можливості придбати права на переклад в автора оригіналу, активно використовували російськомовні переклади цих творів. Сьогодні лише деякі великі видавництва можуть собі дозволити придбання прав на переклад українською творів популярних іноземних авторів, більшість же видавництв здійснюють випуск перекладної літератури лише за підтримки грантових та інших благодійних проектів.

Перекладач користується авторським правом на створений ним твір. Однак ця норма закону стосується лише «творчих перекладів» (ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Тож переклад, здійснений, приміром, за допомогою комп'ютерної програми, не може вважатися творчим, а особа, що його здійснила, не матиме авторських прав.

Відповідно до національного законодавства, *авторським правом не охороняються офіційні переклади законів, указів,*

судових рішень та інших документів, які мають офіційний характер. Якщо визначити документи, що визнані офіційними не важко, то встановити, які саме переклади є офіційними, складніше. Визначення поняття «офіційний переклад» знаходимо в Постанові Кабінету Міністрів «Про здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову»[11]. Відповідно до цього документа, «*офіційний переклад* — автентичний виклад українською мовою тексту багатостороннього міжнародного договору України, складеного мовою іншою, ніж українська». Функції щодо здійснення офіційного перекладу покладені на Міністерство закордонних справ України. Офіційного статусу переклад набуває лише після затвердження його компетентними органами (установами). Тексти вітчизняних нормативних актів й міжнародних договорів після підписання чи ратифікації публікуються в офіційних виданнях, до яких належать «Голос України», «Вісник Верховної Ради України», «Урядовий кур'єр», «Офіційний вісник України», «Офіційний вісник президента України». Одне з офіційних видань — «Відомості Верховної Ради України» — традиційно публікує ці документи двома мовами (українською та російською), відразу ж здійснюючи російськомовний переклад. Отож лише переклади, опубліковані в названих виданнях, можуть вважатись офіційними. Тож видавництво, приміром, може підготувати збірку чинного законодавства чи міжнародних актів, ратифікованих Україною, вільно використавши ці тексти. У всіх інших випадках переклади офіційних документів, які були здійснені на замовлення видавництва, іншомовного видання чи компанії, вважатимуться повноцінними авторськими творами, а їхнє використання буде неможливим без дозволу правовласників.

Автори творчих перекладів можуть вільно використовувати свої переклади, дозволяти їх опублікування видавництвами й отримувати за це винагороду. Одночасно їхнє право є залежним, оскільки автори таких творів не можуть здійснити переклад, попередньо не отримавши згоди в автора оригіналу та не виплативши йому справедливої винагороди. За абз. 2 ст. 20 Закону України «Про авторське право та суміжні права» перекладачі «*користуються авторським правом на створений ними твір за*

[11] Див. : Порядок здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову, затверджений Постановою Кабінету Міністрів «Про здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову» від 17 березня 2006 р. № 353.

умови дотримання ними прав автора, твір якого зазнав перекладу». А оскільки до прав автора, зокрема, належить право дозволяти чи забороняти здійснення перекладу його твору, для правомірного здійснення перекладу твору перекладачі повинні отримати дозвіл на це від автора оригіналу. Варто згадати, що Радянський Союз свідомо ігнорував права іноземних авторів оригінальних творів. Унаслідок чого декілька поколінь виросли на казках «Буратіно» О. Толстого, «Чарівник Смарагдового міста» О. Волкова, «Вінні Пух та всі-всі-всі» Б. Заходера, навіть не підозрюючи, що ці твори є творчими перекладами зарубіжних авторів. Таких прикладів у історії літератури чимало й пов'язані вони, переважно, з тим, що в малоінформованому тогочасному суспільстві автор оригіналу та перекладу твору практично ніколи не могли б зустрітись, а тому й факт порушення авторських прав залишався невідомим. Однак і сьогодні, коли інтелектуальна власність є економічно важливою цінністю, перекладачі все ж демонструють свою правову та культурну безграмотність щодо дотримання прав авторів оригінальних творів. На практиці ж перекладачі ігнорують норму закону та здійснюють переклад без дозволу автора. І вже під час опублікування твору перекладачеві чи видавництву, що видає переклад, доводиться залагоджувати це питання з автором. Приміром, український письменник О. Ірванець лише випадково дізнався про те, що його книга п'єс «Рекордінг» та інші твори» готується до друку в краківському видавництві «Ксєнгарня академіцка» польською мовою. Звісно, жодних домовленостей з автором, як і гонорару за переклад, не було. Аби вийти з незручної ситуації, видавництво вирішило за достатнє запросити автора до Кракова на презентацію книги, оплативши йому проїзд й подарувавши десяток авторських примірників[12].

Поширеною є й інша практика, коли видавництво спочатку замовляє перекладачеві роботу, а вже потім намагається отримати авторські права. Саме так сталося із В. Шовкуном, що на замовлення журналу «Всесвіт» здійснював переклад відомого роману Д. Брауна «Код да Вінчі». Пізніше, коли деякі розділи книги почали з'являтися на сторінках журналу, з'ясувалося, що прав на переклад твору у «Всесвіту» просто немає. Більше того, одночасно видання українською готувало до друку інше видавництво — «Клуб сімейного дозвілля», котре правомірно

[12] Славінська І. Автори і видавці: хто, кого і як дурить [Електронний ресурс]/ Ірина Славінська // Українська правда. — 2010. — 14 червня. — Режим доступу : http://life.pravda.com.ua/society/2010/06/14/50684/view_print.

придбало у власників авторські права на переклад. Незважаючи на завдані опублікуванням незаконного перекладу збитки, видавництво все ж вирішило не позиватися до найстарішого літературного журналу України та в мирному порядку запропонувало видавцям «Всесвіту» припинити публікацію видання[13].

Потреба в дозволі зберігається навіть тоді, коли автор вже помер — протягом 70 років після його смерті родичі мають право надавати дозвіл на здійснення перекладів творів померлого автора. Пошук спадкоємців завжди пов'язаний зі складностями, починаючи від неможливості отримання інформації про їхнє місце перебування та закінчуючи відсутністю у спадкоємців нотаріально завірених документів про набуття інтелектуальної спадщини померлого автора. Втім норма закону лишається незмінною: неможливість отримати згоду спадкоємців або ж відсутність даних про автора та спадкоємців у базах відповідних авторських товариств не дає видавництву права вільно здійснювати переклад. Також варто пам'ятати, що право на переклад є правом, яке передається, тож цілком можливо, що автор ще за життя передав його за договором іншому видавництву. У такому разі за дозволом про здійснення перекладу твору потрібно звертатись уже до видавництва.

Поширений на заході термін «світові права» узвичаївсь і в українському видавничому бізнесі, особливо коли мова йде про обсяг прав, які передає автор видавництву. На думку видавців, володіння «світовими правами» на переклад, тобто ексклюзивними правами здійснювати переклад авторського твору на будь-яку мову, лише сприяє промоції сучасних українських авторів за кордоном і виходу перекладів їхніх творів іншими мовами. Втім самі автори такого погляду не поділяють. На їхню думку, авторові варто продавати лише ті права, котрі видавництво реально має намір реалізувати. Інакше автор, фактично, стає заручником видавництва, що не опікується просуванням його творчості за кордоном та водночас не дає такої можливості авторові.

Як би там не було, бажаним для видавництва залишається отримання ним виключних прав на переклад, публікацію, тиражування та розповсюдження твору. Це дозволить видавцеві не лише користуватися перевагами ексклюзивного видання, а й боротися з конкурентами, що мають намір видавати цей же твір.

---

[13] Олтаржевська Л. «Код да Вінчі». Труднощі перекладу / Людмила Олтаржевська. — Україна молода. — 2006. — № 138. — 1 серпня.

Яскравим прикладом стала справжня антиконтрафактна кампанія, що її розгорнуло видавництво «Кальварія». Останнє придбало виключні права на переклад українською легендарного твору А. де Сент-Екзюпері «Маленький принц». Утім інші видавництва також дуже зраділи довгоочікуваному перекладу та сприйняли вихід книги видавництва як сигнал до вільного використання твору. Більше ніж 6 українських видавництв одночасно почали готувати до друку «українського принца», незважаючи на застереження від «Кальварії». Українська версія твору дуже швидко заполонила підручники для середньої школи, хрестоматії зарубіжної літератури[14]. Приклад цього інциденту, в результаті якого «Кальварії» вдалося примусити видавництва-порушників сплатити компенсацію чи відмовитися від поширення контрафактної продукції, є дуже показовим для України.

Договори з художником-ілюстратором, фотографом

Ілюстрування є складним процесом і вимагає від видавця досвіду, розуміння специфіки твору, відповідності ілюстрацій його ідеям та стилістиці. Під час ілюстрування й випуску видання конфлікти можуть виникати у взаєминах як між видавцем та автором, так і видавця з ілюстратором. Саме тому закріплення домовленостей між цими учасниками видавничого процесу в договорі стає чи не єдиним під-твердженням факту їхнього існування.

Розглянемо правові проблеми щодо ілюстрування видань, які виникають у відносинах між видавцем і автором. Поширеною є практика укладення з автором видавничого договору. Предметом такого договору, зокрема, є виконання додрукарської підготовки й тиражування видання видавництвом. За умовами угоди саме на етапі додрукарської підготовки видавництво бере на себе зобов'язання підготувати оригінал-макет майбутнього видання, запропонувати дизайн обкладинки й ілюстративного оформлення. Саме на ілюструванні хотілося б зупинитися детальніше. Теоретики редагування справедливо вважають що ілюстрацію варто розглядати у підпорядкуванні тексту твору, як його частину, що спрямована на візуальну демонстрацію змісту авторської праці[15]. Зазвичай, завдання ілюстрування твору покладається на

[14] Видавництво «Кальварія» відстоює авторські права на «Маленького принца» [Електронний ресурс] // Освіта. — Режим доступу : http://www.osvita.org.ua/news/21456.html.
[15] Антонова С. Г. Редакторская подготовка изданий : учебник / С. Г. Антонова и др.; под ред. С. Г. Антоновой. — М. : Логос, 2004. — С. 240.

художника та редактора, що фактично інтерпретують зміст твору засобами книговидання та книжкової графіки. І саме ця інтерпретація, втручання у прочитання тексту твору, його суб'єктивні сприйняття, розуміння й оцінка нерідко дають підстави для конфліктів між автором і видавництвом. Добираючи ілюстрації до видання, видавцеві варто зважувати на те, що за автором літературного твору, відповідно до ст. 439 ЦК України, закріплено право на недоторканність його твору, що полягає в можливості *«протидіяти супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо»*[16]. Іншими словами, згадане право забезпечує можливість активно впливати на процес ілюстрування. У доктрині авторського права існують різні погляди щодо суті права на недоторканність твору. На думку О. П. Сергєєва, право на недоторканість полягає у «забороні при виданні <...> вносити без згоди автора будь-які зміни у твір і його назву, у позначення імені автора, супроводжувати твір коментарями, поясненнями, ілюстраціями, післямовами, передмовами»[17]. Натомість Е. П. Гаврилов вважає, що право на недоторканність твору є активною правомочністю автора, а не забороною[18]. Адже й автор може з власної ініціативи чи погоджуючись із пропозицією, видавництва доповнювати свій твір ілюстраціями та коментарями.

Нерідко задум щодо ілюстрування видання виникає в автора в процесі роботи над рукописом. Як зауважує І. Жарков, особливо в наукових, науково-популярних і навчальних виданнях автор сам складає план ілюстрування, перелік сюжетів із вказівкою місць для ілюстрування та джерел для отримання ілюстрацій. Видавництво ж знайомиться з побажаннями автора, оцінює можливість і доцільність їх реалізації та здійснює підготовку оригінал-макета з урахуванням авторських пропозицій[19]. Тож особливо слід наголосити на необхідності провести ретельний аналіз ілюстрацій, що пропонуються автором на предмет можливості їх вільного використання. Адже у процесі перевір-

[16] Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] // Портал Верховної ради України. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page7.
[17] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник / А. П. Сергеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Велби, 2004. — С. 207.
[18] Гаврилов Э. П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития / Э. П. Гаврилов. — М. : Наука, 1984. — С. 143.
[19] Жарков И. А. Технология редакционно-издательского дела : конспект лекций / И. А. Жарков. — М. : Изд-во МГУП, 2002. — 138 с.

ки джерел ілюстрацій видавництва нерідко стикаються з неможливістю їх використання та як наслідок — призупиненням процесу видання книги. В інших випадках редактори, навпаки, демонструють халатне ставлення до цього процесу. Так, приміром, видавництво «Правова єдність» схвально прийняло пропозицію автора книги «Українське цивільне право. Спадкове право» щодо використання на обкладинці видання зображення твору мистецтва — Скіфської пекторалі. Втім під час реалізації задуму видавництво не приділило належної уваги перевірці джерела ілюстрації. Результатом такого недбалого ставлення став судовий позов автора знімка стародавньої прикраси, що був використаний на обкладинці.

Тлумачення права на недоторканність є складним у ситуації, коли автор твору також є і співавтором ілюстрацій до твору чи принаймні їхніх ескізів. Відомим прикладом є перші видання книги Л. Керрола «Пригоди Аліси під землею», художником ілюстрацій до якої став сам письменник. Втім аматорські малюнки автора доводилося опрацьовувати вже професійному ілюстратору Дж. Теннієлу. Його роботи з ілюстрування книг Л. Керрола і досі вважаються одними з найкращих.

Виходячи з визначення права на недоторканність твору, вміщеного в законодавстві України, можна дійти висновку, що це право дає можливість автору скористатися ним за бажання та не вимагає отримання його обов'язкової згоди щодо ілюстрування твору на етапі роботи над твором і його випуску видавництвом. На думку Є. Харитонова, «законодавець при визначенні змісту права на недоторканість виходить із концептуального положення, що автор несе повну відповідальність за зміст, художній рівень та інші якісні характеристики твору. В першу чергу він заінтересований в тому, щоб при використанні його твору не були допущені будь-які хоча б найменші зміни твору, які на думку автора могли б йому зашкодити»[20]. Втім більшість письменників дуже прискіпливо ставляться до процесу обрання художника-ілюстратора, піддають сумніву доцільність того чи того ескізу. На думку В. В. Луця, «якщо автор використав епіграф, написав коментарі до тексту, передмову тощо, ці частини твору не можуть бути вилучені без відповідної його згоди. Не допускається також добірка видавниками ілюстрацій до авторських робіт» без згоди остан-

[20] Харитонов Є. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / Є. Харитонов. — 2-ге видання. — Правова Єдність, 2009. — 742 с.

ніх[21]. Аби пришвидшити процес погодження ілюстрацій з автором, у видавничому договорі можна передбачити відповідні положення, щоб уникнути в майбутньому непорозумінь. Зокрема, визначити умови та порядок затвердження автором ескізів, а згодом і власне ілюстрацій у виданні. В угоді можна також передбачити положення, згідно з яким автор підтверджує свою згоду на ілюстрування видання творами конкретного художника. Втім, оскільки право на недоторканність твору, до якого входить і можливість заборони ілюстрування твору, є немайновим невідчужуваним правом автора (ст. 438 ЦК України), заборонити авторові втручатись у процес ілюстрування видання неможливо.

Питання узгодження ілюстрацій з письменниками було актуальним у всі часи. Приміром, М. В. Гоголь свого часу дуже гостро висловлювався щодо можливого ілюстрування його видання художником «Мертвих душ» П. Плетньовим. «Товар повинен продаватись обличчям, і не потрібно підсолоджувати його цим кондитерством <...> художників-геніїв для такої справи не знайдеш», — підсумовував геніальний письменник свої думки щодо художників-ілюстраторів. Відвертим супротивником ілюстрацій був і Г. Флобер: «... доки я живий, їх [ілюстрацій] не буде. <...> Не варто було так важко подавати туманні образи для того, аби з'явився який-небудь чоботар і зруйнував мою мрію безглуздою точністю», — обурювався письменник[22].

Зрозуміло, що недовіра письменників здебільшого ґрунтується на занепокоєнні можливістю спотворення змісту й ідеї твору в результаті його ілюстрування. Втім такі твердження авторів не безпідставні. Можливість навмисного внесення додаткового змісту й асоціацій у твір залежить від того, чи дозволяє стиль книги такі експерименти та чи може художник органічно вписати їх у книжку. Українська художниця-ілюстратор Р. Романишин зізнається, що завжди намагається пробляти в ілюстраціях додатковий зміст. «Моїм найбільшим експериментом у цьому плані були ілюстрації до казки «Маша і ведмеді». В них я дещо викривила образи героїв, зобразивши розбійницею Машу та сім'ю ведмедів — інтелігентами», наводить приклад художниця[23].

---

[21] Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців : монографія / за заг. ред. В. В. Луця. — Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. — С. 132.
[22] Флобер Г. Собрание сочинений: [В 10-ти т.]. — М., 1938. — Т. 8. — С. 495.
[23] Денисенко А. Художник як співавтор [Електроний ресурс] / Анастасія Денисенко // Літакцент. — 13 вересня 2011 р. — Режим доступу : http://litakcent.com/2011/09/13/hudozhnyk-jak-spivavtor.

Сьогодні оригінальні підходи до ілюстрування видатних творів також не завжди знаходять підтримку не лише авторів, а й видавців. Так, харківське видавництво «Фоліо» спочатку не прийняло ілюстрації Є. Гапчинської до видання Л. Керрола «Аліса у країні мрій», вочевидь не сприйнявши усталений образ Аліси, колись змальований Дж. Теннієлом в оригінальній трактовці художниці. Втім згодом читачі круглолицю Алісу оцінили та полюбили[23].

Укладення угоди між видавництвом і спадкоємцями автора також не змінює ситуації щодо необхідності узгодження з ними ілюстрування твору. Адже за п. 2 ст. 439 ЦК України, *«у разі смерті автора недоторканність твору охороняється особою, уповноваженою на це автором. За відсутності такого уповноваження недоторканність твору охороняється спадкоємцями автора, а також іншими заінтересованими особами»*. Законодавець не дає визначення кола осіб, які можуть вважатися заінтересованими особами, що дає можливість звертатись із претензіями щодо ілюстрування різним особам і організаціям.

З приводу співавторства між художником та автором поширеною серед науковців є позиція щодо неможливості віднесення їх до співавторів. Так, на думку В. І. Серебровського, текст літературного твору й ілюстрації до нього не утворюють разом особливого твору, як наприклад при створенні опери, де спільна творчість композитора та лібретиста приводить до створення єдиного об'єкта[24]. Представники видавничої галузі з цим твердженням не погоджуються. Відомий російський художник В. О. Фаворський писав: «...художник стає співавтором, який не спотворюючи первинний задум художника, зобов'язаний зробити твір прекраснішим, гармонічнішим, доступнішим більшій кількості людей»[25]. На думку українського книжкового ілюстратора А. Лесіва, під час ілюстрування книги художник є співавтором історії, позаяк він неминуче відходить від текстів, подає візії, які художник прочитує «між рядків».

Непростими є правовідносини видавництва власне з художником. Процес співпраці видавництва з художником можна

---

[23] Алиса в стране чудес. В картинках Гапчинской [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.odessapassage.com/passage/magazine_details.aspx?id=31349.

[24] Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М. : Издательство Академии наук СССР, 1956. — С. 71.

[25] Фаворский В. А. О художнике, о творчестве, о книге / В. А. Фаворский. — М., 1966. — С. 118–119.

поділити на кілька етапів: ознайомлення художника з текстом видання, узгодження візуального оформлення матеріалу, розробка композиційних рішень ілюстрацій, узгодження ескізів з видавництвом та, можливо, автором твору і, врешті, затвердження виправлених ескізів. На кожному із зазначених етапів виникають певні правомочності як у видавництва, так і в художника, що мають знайти своє закріплення у відповідних положення договору між ними. Особливості змісту кожного договору зумовлюється як предметом договору, інтересами художника, так і потребами видавництва. Для правового оформлення відносин між художниками та видавництвами останні нерідко віддають перевагу укладенню з ілюстраторами договору замовлення.

Розподіл прав інтелектуальної власності між сторонами за договором замовлення визначений у ст. 430 ЦК України, згідно з якою *«особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта. Майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно, якщо інше не встановлено договором»*. Отож законодавець надав сторонам можливість самостійно вирішити питання, чи будуть майнові права належати сторонам спільно, чи лише одній зі сторін. Від прийнятого рішення залежить зміст договору. У випадку, коли майнові права будуть передані видавництву, договір має містити відповідні положення про відчуження майнових прав. Якщо ж сторони приймуть рішення про спільне володіння, користування та розпоряджання майновими правами на створений об'єкт, — у договорі необхідно визначити термін і порядок спільного розпоряджання майновими правами на відповідний об'єкт авторського права. Оптимальним є підписання договору замовлення з елементами авторського договору, за яким художник зобов'язується зробити ілюстрації та дозволяє відтворювати, розповсюджувати, тиражувати, демонструвати та в інший спосіб використовувати його твори.

За договором замовлення художник зобов'язується в певний термін підготувати зазначену кількість ілюстрацій. Для уникнення непорозумінь у тлумаченні художником змісту твору варто узгодити сюжетні моменти, що будуть ілюструватися, та манеру, в якій вони подаватимуться. За аналогічним договором замовлення із фотографом необхідно передбачити зобов'язання фотографа здійснити фотозйомку, вказати якіс-

них фото, що мають бути отримані в результаті, їхню стилістику, наявність спецефектів, можливість обробки знімків у програмах — графічних редакторах — та інші умови.

Не можна ігнорувати той факт, що як сучасні фотографи не здійснюють зйомку за допомогою фотоапаратів із плівкою, віддаючи перевагу цифровим фотоапаратам, так і багато художників-ілюстраторів уже не використовують у своїй роботі традиційні матеріали. Інструментами майстрів стають графічні комп'ютерні програми, а їхні роботи — це не альбоми з ескізами, а цифрові файли. З метою захисту свого доробку від подальшого незаконного використання чи спотворення художники, зазвичай, надають видавництву файли в таких форматах, які не дають можливостей для їх редагування. Власне ж оригінальний файл, приміром у форматі .tiff, лишається в художника. Фотографи ж надають замовникові знімки зі зміненим вихідним розміром. Втім не можна ігнорувати й випадки технічної необхідності видавця у вихідному файлі, зокрема в разі створення складеного твору. Тож в угоді з художником необхідно чітко узгодити формат, в якому будуть виконані та передані видавництву ілюстрації.

Створення ілюстрацій є тривалим процесом, на різних етапах якого виникає питання узгодження із замовником задуму, поточних ескізів і готових «промальованих» ілюстрацій. Найбільша кількість конфліктів виникає на етапі, коли видавець повинен затвердити ескізи ілюстрацій та дати згоду на підготовку остаточного варіанту робіт. Аби захистити автора від процесу безкінечного перемальовування та з огляду на те, що такі правки значно простіше робити на етапі створення ескізів, у договорі варто передбачити положення, відповідно до якого створення остаточних ілюстрацій відбувається тільки після остаточного затвердження ескізів робіт редакційною колегією видавництва чи уповноваженою на це особою. Така згода має засвідчуватися в акті чи в іншому відповідному письмовому рішенні, що є невід'ємною частиною договору. Крім цього, в договорі можна обмежити обсяг правок, запропонованих видавництвом, лише межами технічного завдання, а також передбачити, що внесення додаткових змін до ескізів можливе лише за умови додаткової оплати роботи художника.

Що ж до питання приналежності оригіналів малюнків-ескізів виконаних на папері чи полотні або паперових примірників фотографій, вони, залежно від умов договору, можуть переходити у власність до видавництва або ж віддаватись йому в тимча-

сове користування. У останньому випадку видавництво не лише повинне за наявності відповідних умов у договорі вчасно повернути оригінали авторові, а й зберігати їх у належному вигляді, запобігати будь-якому псуванню робіт художника. До того ж ілюстрації автора чи фотографії, крім художньої цінності, мають і матеріальну цінність, яка з роками може лише збільшуватися, особливо коли мова йде про роботи відомих митців. Так, оригінали ілюстрацій Е. Шепарда до книги А. Мілна про Вінні-Пуха, що на довгі роки створили усталені образи героїв улюбленої дитячої історії згодом були продані на аукціоні Сотбіс *(Sotheby's)* за безпрецедентну суму в 2 млн дол. США.

Якщо між художником і видавництвом договору укладено не було, за усталеною практикою, оригінали належать художникові. Він також може скористатися правом на захист своєї інтелектуальної власності та витребування свого майна від особи, що незаконно ним заволоділа (передбачено ст. 387 ЦК України). Адже художник передав оригінали малюнків видавництву лише на певний період для їх відтворення у виданні. Тож видавництво після використання їх у виданні має повернути оригінали авторові. Важливість для автора повернення оригіналів, особливо паперових, обумовлюється тим, що наявність оригіналу є фактично єдиним підтвердження авторства художника в разі конфліктних ситуацій.

Під час додрукарської підготовки видання художні ілюстрації та фотографії, особливо це стосується робіт, виконаних на паперовому носії, неодмінно піддаватимуться обробці у графічних редакторах, кольорокорекції, можливому кадруванню тощо. В контексті цього необхідно брати до уваги право художника захищати твір від змін, які можуть статися під час додрукарської підготовки (п. 4 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Тож у договорі доцільно передбачити положення, відповідно до якого обробка знімків у програмах — графічних редакторах — можлива лише за згодою художника. Ще однією гарантією захисту прав художника може стати закріплення в договорі за художником права здійснювати контроль за підготовкою ілюстрації до друку та додержання порядку внесення змін лише з його письмового дозволу. Таким чином художник (фотограф) зможе захистити себе від неякісного відтворення його робіт, що може завдати шкоди його честі та репутації.

Фотографи рідко перебувають у штаті видавництва. Зазвичай, із ними укладається договір про передачу прав на ви-

користання видавництвом авторських фотознімків. Лише деякі проекти потребують запрошення фотографа для тривалої співпраці, як наприклад підготовка та видання «Київського альбому» столичного видавництва «Перископ», яке містить знімки більш ніж 40 чудових видів і панорам Києва, сфотографованих з неба. Спеціально для цього проекту фотограф Д. Максименко підіймався над столицею на повітряній кулі та вертольоті. У подібних ситуаціях, коли для потреб видавництва необхідним є штатний співробітник між ним і видавництвом укладається трудова угода, що повинна містити елементи цивільно-правового договору щодо передачі майнових прав на створені твори видавництву. Твір, створений фотографом у порядку виконання своїх службових обов'язків відповідно до службового завдання чи трудового договору (контракту) між ним і роботодавцем, може бути визнаний службовим (за ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Майнові права на використання таких ілюстрацій, відповідно до ст. 429 ЦК України, належать видавцеві та фотографу спільно, якщо інше не визначено договором між ними. Втім це стосується лише майнових прав автора, в той час як немайнові права, зазвичай, залишаються в автора знімків.

Іншим важливим питанням у правовідносинах між видавництвом та ілюстратором є питання мистецького плагіату й відповідальності за нього. Навіть запрошуючи до роботи над виданням визнаного художника, не можна бути певним у оригінальності образів, запропонованих митцем, неповторності манери ілюстрування. Нерідко ілюстратори, подекуди інстинктивно, керуючись усталеними стереотипами, використовують образи вже створені колись іншими художниками. Д. Ліпцик зазначає, що «у випадку, коли копія просто відображає твір, що існував раніше, її необхідно розглядати як похідний твір»[26]. Водночас співпраця видавництва з автором похідного твору потребує додаткових гарантій з його боку щодо правомірності створення такого твору, що мають бути відображені у відповідних положеннях договору.

Взагалі питання художнього «запозичення» в книжковій ілюстрації дуже складне. Багато ілюстраторів просто вдаються до ілюстрування одних і тих самих яскравих моментів сюжету видання. В результаті одні й ті ж герої постають в однаковому

[26] Липцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Липцик; пер. с фр.; предисл. М. Федотова. — М. : Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. — 788 с.

вбранні та навіть позах. Хоча, як зауважує Д. Ліпцик, «у випадку з портретами, пейзажами й натюрмортами різні художники можуть доволі точно відтворювати одну й ту ж модель, але від цього їхні твори не стануть менш оригінальними, на них буде поширюватися така ж охорона»[27]. До того ж, предмети інтер'єру, образ літературного персонажа й навіть його емоції здебільшого детально прописані самим письменником. Отож художнику залишається тільки відтворити словесний портрет на папері. Звісно, талановиті художники саме тим і вирізняються, що можуть «читати поміж рядків», вловити ті риси характеру героя чи особливості обстановки, котрі й виокремлять їхні роботи з-поміж інших. Натомість, художників, які йдуть шляхом найменшого опору, також не можна однозначно звинувачувати у плагіаті. Існує і таке поняття, як стереотип. Образ, який створює художник-ілюстратор, не зовсім відповідає героєві, описаному автором, однак саме він знаходить схвалення в читачів, «приживається» в нашій свідомості. Приміром, О. М. Толстой у своїй версії італійської казки «Буратіно» описує дерев'яного хлопчика в білій шапочці. Однак художник-ілюстратор Л. Владимирський ще в 1956 р. зображає Буратіно у яскравому ковпачку в червону смужку. І саме цей образ настільки укоренився в нашій свідомості, що не лише в наступних виданнях книги, а й навіть у художньому фільмі «Пригоди Буратіно», що вийшов на екрани в 1975 р., герой постає неодмінно у смугастій шапочці.

Межа, що проходить між плагіатом і художнім запозиченням, дуже тонка. Насамперед, це стосується випадків, коли запозичення відбувається в різних сферах літератури чи мистецтва. В історії живопису існує багато прикладів коли картини створювалися художниками за мотивами літературних творів як то живопис В. Васнецова або «Портрет Гонгори» П. Пікасо за мотивами твору Е. Греко, або ж фотографія та картина художника — власне підходи до відтворення дійсності цими засобами мистецтва кардинально різняться. Тож говорити про плагіат у разі запозичення контурів силуету чи кольорової гами малюнка не завжди доречно. Крім цього, до об'єктів, які охороняються авторським правом, належать елементи форми, а не змісту. Далеко не кожне запозичення може бути визнане порушенням. Прикладом може слугувати судо-

[27] Липцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Липцик; пер. с фр.; предисл. М. Федотова. — М. : Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. — 788 с.

вий конфлікт між художником Г. Пузенковим і відомим фотографом Х. Ньютоном. Останній здобув популярність, зокрема, завдяки серії художніх знімків оголених натурниць. Г. Пузенков же у своїй картині імітував силует оголеної дівчини, що позою та світлопередачею копіювала модель однієї з робіт фотографа. Суд став на бік художника, погодившись із тим, що застосування елементів змісту, як то художній образ дівчини, для реалізації його зовсім в іншій сфері діяльності не вважається плагіатом.

Отож в угоді між ілюстратором і видавцем необхідно передбачити, що ілюстрації до видання будуть результатом самостійної творчої праці ілюстратора. У разі порушення автором гарантії самостійно створити оригінальний твір, тягар відповідальності та задоволення претензій з боку третіх осіб щодо авторства на зображення має бути покладений за умовами договору на художника.

Договори на виконання додрукарської підготовки видання

Видавничий договір. Предметом видавничого договору є виконання додрукарської підготовки й тиражування видання видавництвом. Такий договір може укладатись як у разі повного фінансування друку видання автором, так і за умов оплати всіх витрат видавництвом. У останньому випадку до видавничої угоди залучають пункти, за якими автор передає видавництву майнові права на свій твір. На відміну від авторського договору, цей договір містить зобов'язання видавництва щодо підготовки до друку, тиражування та навіть подальшого розповсюдження видання.

Видавничий договір може бути укладений на готовий твір і на твір, який буде створено у майбутньому. Такий вид договору відрізняється саме способом використання твору, що обумовлюється. Це може бути видання та розповсюдження твору через оптові книготорговельні компанії, роздрібні пункти, поширення через бібліотеки й іншими способами. Останнім часом поширення набувають видавничі договори, за якими видання літературного твору здійснюється видавництвом за кошти автора. У такому разі на автора покладається обов'язок розповсюдження твору. Видавничий договір може бути укладений на видання оригінальних творів і на видання творів у перекладі.

Видавничі договори різняться залежно від предмета угоди. Так, при виданні літературного твору особливості предмета договору визначаються його жанром, призначенням. Робота над

образотворчим виданням зумовлюється технікою його виконання, жанром. Музичні твори вимагають ретельної коректорської роботи над партитурою та знання музичної грамоти.

Типова видавнича угода складається з таких елементів: преамбула; місце підписання договору; предмет договору; права та обов'язки сторін; термін дії договору; форс-мажор; відповідальність за договором; прикінцеві положення; юридичні адреси та реквізити сторін.

Укладеним вважається той видавничій договір, у якому сторони дійшли згоді щодо всіх суттєвих його умов, до яких слід, принаймні, віднести способи використання твору, права на якій передаються, територію, на яку поширюється право, розмір та порядок виплати авторської винагороди.

Практичне значення має обумовлення в договорі місця його укладення, яким, зазвичай, є місце проживання фізичної особи чи місцерозташування юридичної особи, що зробила пропозицію укласти договір, якщо інше не встановлено договором. Зазначення в договорі такого юридичного факту важливе для визначення права, котре до нього застосовується. Суперечки сторін вирішуються за законодавством тієї країни, в якій договір був підписаний.

Предметом договору є майнові права автора на використання твору шляхом його видання. Права, що не зазначені в договорі як такі, що передаються, вважаються не переданими. За договором можна передати як виключні, так і невиключні права. Передані права вважаються невиключними, якщо в договорі не зазначено інше. Якщо за договором автор передав виключні майнові права, видавцеві надаються права використовувати твір і дозволяти чи забороняти таке використання твору іншим особам.

Якщо за договором до видавництва перейшли невиключні права, останнє може використовувати твір певним способом і у встановлених межах, але не має права дозволяти чи забороняти подібне використання твору іншим особам. Автор же може використовувати твір лише тими способами, що не були передані ним за договором.

Територія. За договором про передачу прав на розповсюдження твору необхідно зазначити конкретну територію, на яку поширюється дія договору. Якщо територія в договорі не зазначена, вважається, що права передані лише на території України. Розповсюдження твору після закінчення строку, на який були передані права на розповсюдження, є незаконним

лише для видавництва, а не для організації, котрій воно, наприклад, ще в період дії договору продало тираж для реалізації.

Права та обов'язки сторін. У розділі «Права та обов'язки сторін» доцільно передбачити гарантії автора щодо самостійного створення оригінального твору: тягар відповідальності та задоволення претензій з боку третіх осіб щодо авторства на твір покладається на автора. Так само автор повною мірою повинен нести відповідальність за зміст твору, що також варто передбачити в умовах договору. Втім, як свідчить практика, значна частина угод такі умови не передбачають.

При поширенні недостовірної інформації про особу, що порушує її особисті немайнові права, видавництво може бути відповідачем за позовом про захист гідності, честі чи ділової репутації. По цій категорії справ відповідачем може бути як автор твору, так і видавець, адже останній здійснив підготовку та випуск видання, а отже, вчинив поширення цієї недостовірної інформації. Законодавче визначення терміна «недостовірної інформації» дуже широке. Відповідно до ст. 277 ЦК України, негативна інформація, поширена про особу (як то порушення принципів моралі, неетична поведінка тощо), вважається недостовірною, якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного. Тож недостовірною інформацією, відповідно до законодавства України, може бути негативна інформація. При цьому закон як не дає вичерпного переліку такої інформації, так і не наводить ознак, за якими інформація може бути визнана негативною Крім цього, не вся негативна, з боку особи, інформація може бути недостовірною. Виходячи з викладеного є підстави для вдосконалення законодавства у цій частині. Позовна давність по цій категорії справ порівняно із загальним строком є дещо скорочена та дорівнює 1 року з моменту, коли особа дізналася, що її права були порушені.

Вимоги щодо оформлення рукопису, форми його подання та термінів внесення змін, у разі їх необхідності, доцільно також зазначити в цьому розділі. Вимоги ж автора щодо внесення непередбачуваних правок з його боку можуть бути обмежені в договорі розміром (приміром 2 % від загального обсягу рукопису).

Відповідно до договору видавництво може брати на себе зобов'язання щодо реалізації та рекламування видання. З метою захисту економічних інтересів автора в договорі потрібно обов'язково зазначити максимально допустимий (чи конкретний) наклад, яким буде випущене видання. Інакше видавець

безперешкодно може додруковувати додаткові наклади чи видати лише його частину. Крім цього, не виключена можливість видання накладу (чи його частини) за межами України.

Класичним обов'язком видавництва є зазначення прізвища автора або його псевдоніму на обкладинці, титульному аркуші или авантитулі, а також на останній сторінці обкладинці всіх примірників твору у звичайний спосіб, літерами такого розміру, що дозволяє їх побачити.

Якщо автор вирішив видати твір анонімно, видавець повинен уникати будь-яких прямих або опосередкованих посилань на особистість автора.

Розрахунки сторін. В цьому розділі договору, зазвичай, на видавництво покладається обов'язок сплатити авторові винагороду в зазначеному розмірі й обраним способом — одноразовим платежем, частинами або залежно від реалізації накладу видання. Кількість авторських примірників також має бути визначена в цьому розділі.

Термін дії договору. Строк дії договору може не збігатися зі строком виконання сторонами своїх обов'язків за договором. (ст. 530 ЦК України). Якщо в договорі строк не вказаний, вважається, що він дорівнює строку чинності виключного майнового права на твір, але не перевищує 5 років. Закінчення строку дії договору припиняє права й обов'язки його сторін, але не звільняє сторони від відповідальності. Строк позовної давності становить 3 роки.

Форс-мажор. Цей пункт договору передбачає, що сторони звільняються від відповідальності в разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язань, якщо ці дії були зумовлені наслідками непереборної сили, що виникли після укладення договору. До наслідків непереборної сили належать:

- стихійні лиха, військові дії, страйки галузі та їхні наслідки;
- прийняття органами державної та виконавчої влади нормативних актів, які призвели до неможливості виконання договору.

Наслідки непереборної сили спричиняють збільшення терміну виконання зобов'язань, якщо сторони разом не вирішили відмовитися від продовження їх виконання.

Відповідальність сторін. Відповідальність автора за порушення умов договору випливає власне з договору. Зокрема, в договорі може бути передбачено, що в разі невчасного написання твору на замовлення видавництво має право розірвати угоду з автором, а той, своєю чергою, має повернути видав-

ництву аванс. У ситуації, коли автор під час додрукарської підготовки видання продовжує вносити суттєві корективи в текст, за договором можна передбачити штрафні санкції щодо автора чи умову внесення таких змін коштом автора (оплату додаткової праці редактора, коректора та ін.).

Пряме зазначення в договорі санкцій, що мають бути застосовані до сторони, яка порушила умови договору, виконує роль запобіжника в майбутньому правопорушенням і стимулює сторони до належного виконання договору.

Оскільки основними обов'язками видавництва є підготовка до друку й тиражування авторського твору, його невиконання є підставою для притягнення видавництва до відповідальності. Основною проблемою на практиці є невикористання видавництвом рукопису автора чи затягування процесу його опублікування. В результаті автор, який передав права, та, відповідно, не може використовувати свій твір, стає заручником видавництва, що затримує друк або взагалі не має наміру його здійснювати. Щоб уникнути таких ситуацій, у договорі варто зазначити санкції, що мають бути застосовані до видавництва за невчасний випуск твору. Крім цього, за домовленістю сторін, невиконання видавництвом протягом певного періоду своїх обов'язків щодо видання твору може бути підставою для дострокового розірвання договору. У випадках, коли реалізація книги продовжується після закінчення дії договору закономірно виникає питання: чи правомірним буде така реалізація твору? Відповідь на запитання залежить від того, чи самостійно видавництво займається реалізацією випущеної продукції, чи уклало угоду на реалізацію накладу з іншою організацією. В останньому випадку видавництво, що правомірно виготовило наклад, може здійснювати його перепродаж іншим організаціям без додаткового дозволу на це автора твору.

Видавничий договір за своєю юридичною природою є консенсуальним, двостороннім і оплатним.

Договори із дизайнером і верстальником. Оформлення видання є надзвичайно копітким творчим процесом, автори якого, безумовно, заслуговують на правову охорону продукту їхньої праці. Українське законодавство до об'єктів авторського права відносить макет (дизайн-проект) видання (п. 8 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Далеко не всі графічні елементи оформлення видання охороняються авторським правом. Справжнім дизайнерським винаходом є макет обкладинки видання, розробка певних елемен-

тів серійного видання чи логотипа видавництва. Власне саме ці елементи й вирізняють видання з-поміж інших. Щоб надійніше захистити ці складові стилю книги, видавництва реєструють їх як товарні знаки, а обкладинки — як промислові зразки. Така реєстрація дає більше можливостей для захисту, адже, приміром, товарні знаки можуть бути не лише словесними, а й зображальними, та містити поєднання кольорів. Промислові зразки, крім зображень, також захищають оригінальну форму. Наявність відповідного документа забезпечує видавцеві право забороняти використання такої чи подібної обкладинки іншими видавництвами, а також використання зареєстрованих графічних елементів і навіть поєднання кольорів. Це також надає видавництву можливість випускати видання з цим дизайном навіть після закінчення контракту чи авторського договору з художником-оформлювачем, який розробив це оформлення. Використання іншими видавництвами подібних конструкцій чи обкладинок вважатиметься не лише порушенням прав власника охоронного документа, а й формою недобросовісної конкуренції, що вводить в оману споживача продукції.

Вітчизняне законодавство стоїть на варті інтересів розробників стилю та дизайну видання. Натомість, права видавців як власників цього видання досі лишаються незахищеними. Йдеться про можливість іншими виданнями вільно використовувати оригінальні графічні рішення в оформленні своїх видань. Сучасні технології копіювання значно спрощують цей процес і полегшують роботу піратам. У цьому контексті необхідно згадати документ, розроблений ЮНЕСКО та ВОІВ, що закликає країни-учасниці надавати видавцям відповідну охорону друкарського оформлення їхніх видань, незалежно від того, чи є в цих виданнях твори, що охороняються авторським правом.

У Великобританії ще з 1956 р. за видавцями закріплено право на захист свого видання від несанкціонованого відтворення копіюванням. У країнах з латинськими юридичними традиціями, зокрема в Мексиці, видавці друкованих ЗМІ володіють виключним правом на використання оригінальних графічних рішень, які застосовуються в їхньому виданні. Термін правової охорони становить лише 2 роки з моменту реєстрації прав у відповідній організації. Обов'язковою умовою надання видавцеві цього права є оригінальність оформлення. Натомість, у США оригінальність оформлення є абсолютно необов'язковою, позаяк охорона тут надається, так званому, обличчю — зовнішньому

вигляду кожної сторінки. У цьому разі видавець отримує право на захист від несанкціонованого копіювання кожного окремого видання, тоді як право на охорону друкарського оформлення видання залишається нереалізованим.

Утім копіювання дизайну видання часто робиться не з метою використати вдалий дизайнерський хід, а для того, щоб видати своє видання за вже популярний аналог і цим ввести в оману споживача. Приміром, скандал розгорівся навколо твору Д. Донцової «Кулінарна книга ледарки». Розробником обкладинки до видання письменниці став художник видавництва «Эксмо» В. Щербаков. Пізніше в подібному оформленні аналогічні кулінарні видання побачили світ у видавництві «Нева». При цьому ввести в оману потенційних читачів мав не лише зовні схожий із книгою Д. Донцової вигляд видання, а й ім'я його автора — в одному із видань він зазначений як Бездарій Донців, а в іншому як Лампа Романова (від імені головної героїні романів Донцової Євлампії Романової). Обурена письменниця та видавництво подали позов до суду з вимогою заборонити випуск видань «Рецепти кулінарної оптимістки» та «Холостяцькі рецепти».

Інший конфлікт пов'язаний з іменем К. Кастанеди. Книга В. Санчеса «Вчення Дона Карлоса: практичне застосування робіт Карлоса Кастанеди» спричинила негативну реакцію самого К. Кастанеди, оскільки дизайн видання мав на меті використання відомого імені К. Кастанеди для «розкрутки» менш відомого В. Санчеса. Обкладинка за дизайном дуже нагадувала обкладинки творів самого К. Кастанеди, крім цього ім'я К. Кастанеди було виділено жирним шрифтом, тоді як ім'я автора книги скромно розмістилось у нижньому кутку. Суд визнав факт порушення та зобов'язав видавців книги В. Санчеса переробити обкладинку та виплатити авторові компенсацію.

Зовсім інша ситуація з елементами, що належать до стилю, графічного оформлення й оригінальної верстки видання. Ці дизайнерські рішення, переважно, не є новаторськими та використовують у своєму арсеналі вже наявні елементи — шрифт, колір. Саме їх вдале гармонійне поєднання підказує оригінальні рішення у верстці та під час розробки стилю видання. Особливе місце посідають шрифти, що використовуються для оформлення періодичного видання.

За визначенням *верстка* — це складання сторінок видання відповідно до макету та розміру рядків, заголовків, ілюстрацій. Це один з найбільш складних видавничих процесів, які

потребують дотримання обов'язкових технічних правил і водночас художньої цілісності видання. Комп'ютерна верстка видання за суттю є роботою з оригінального добору та впорядкування матеріалів. Верстальник, відповідно до розробленого макета, розміщує текст та ілюстрації на сторінках видання. Нині верстка видання здійснюється у настільних видавничих системах типу «Quark Express» або «Adobe In Design», що дозволяють автоматично визначати формат набору, полів, задавати, так звані, стилі, що гарантуватимуть дотримання єдиного оформлення елементів видання. Та не зважаючи на численні опції, що значно полегшують процес верстання, ступінь творчості тут залишається доволі високим. До того ж, верстальник одночасно може виконувати роль розробника дизайн-макета видання. Приміром, за розробку лише однієї модульної сітки, на основі якої формуватиметься майбутнє видання, видавець часто готовий викласти чималу суму. Тож верстальник, безумовно, володіє правами на результати своєї роботи. І якщо майнові права він, переважно, передає видавництву, то немайнові права залишають в нього та реалізуються у праві вимагати зазначення свого імені у вихідних відомостях видання.

Сьогодні в більшості розвинених країн світу існують різні форми правової охорони шрифтів як різновидів об'єктів інтелектуальної власності. У Великобританії шрифти є об'єктами авторського права. Натомість, у США шрифти належать до категорії промислових зразків і охороняються патентним правом. Деякі корпорації почали реєструвати шрифти як товарні знаки, щоб гарантувати їм вищий ступінь захисту. Так, широко відомі шрифти Arial, Time New Roman, Courier є зареєстрованими товарними марками, що належать компанії Monotype Corporation.

Сучасне українське законодавство визнає шрифти об'єктами промислової власності. Водночас, так звані, авторські, мальовані шрифти, що мають оригінальну графічну форму та не призначені для тиражування, безперечно, можуть стати об'єктами авторського права. Малюнок шрифту можна захистити як об'єкт авторського права, а художньо-конструкторське рішення, що визначає його зовнішній вигляд, — запатентувати як промисловий зразок.

Утім складність сучасних шрифтів полягає у функціях, які вони виконують у сучасному світі. Раніше спеціально розроблені гарнітури слугували переважно видавничій сфері, в той час як листування та діловодство здійснювалися від руки чи

за допомогою друкарської машинки, що мала в арсеналі лише одну гарнітуру. Нині ситуація докорінно змінилась, майже 90 % текстової інформації, з якою ми стикаємось у своєму житті, набрана на комп'ютері в певній операційній системі за допомогою закладених у ній шрифтів. Тож фактично кожний наш контакт з текстом зачіпає чиїсь авторські права. Не заглиблюючись у масштабність явища, зосередимося на шрифтах, що їх використовують видавництва.

Передовсім це шрифти, що використовують для набору тексту в текстових редакторах типу Word, і дизайнерські шрифти, що можуть бути інтегровані в настільні редакторські системи для верстки — Adobe In Design, Quark Express тощо. Ці шрифти мають вигляд комп'ютерних програм, що можуть бути встановлені як додаткові опції до програм верстки. Тож з погляду права, шрифти у цьому випадку здобувають охорону і як твори дизайну, і як комп'ютерні програми.

Звичайно, компанії-розробники шрифтів не зацікавлені у вільному використанні їхньої продукції, тож роблять все для того, щоб унеможливити її копіювання. За часів А. Мануція ідентично відтворити шрифт, з огляду на технологічну складність цього процесу, було дуже складно. Сьогодні, коли шрифти мають цифрову форму, відтворити їх стає значно легшим завданням. Якщо не всі технічні способи захисту дієві, то наявність у розробника шрифту патенту на його використання дає підстави боротися з порушниками, забороняючи їм не лише використання шрифту, але і його продаж. Провідні компанії, що здійснюють розробку шрифтів, інколи купують ліцензії на шрифти один одного та потім продають їх у пакеті по 20–30 шрифтів у комплекті. Компанії-розробники, як наприклад, компанія «ПараТайп», надає 5 видів ліцензій на свої шрифти за різними цінами. Обсяги та характер використання шрифтів також залежать від умов ліцензії, зокрема від кількості комп'ютерів на які ви бажаєте встановити шрифт. Деякі компанії-розробники з рекламною метою або через конкуренцію пропонують певні шрифти для вільного використання (наприклад, окремі модифікації українського шрифту «Оксана»). Загалом продаж шрифтів здійснюється як у вигляді самостійних пакетів, так і разом з операційними системами. Використання ж неліцензійних шрифтів забороняється. Однак на практиці неліцензійні шрифти широко використовуються українськими видавництвами і жодних санкцій до них не застосовують.

Окрім цього, тотальне незаконне використання ліцензійного шрифту видавництвами та намагання це приховати, спричинило поступову відмову друкарень від традиційного зазначення у вихідних даних гарнітури шрифту, що використовувалась. Про згадування ж імені художника чи компанії-розробника шрифту годі й казати. Приміром, видана в 2009 р. книга «Філософія Енді Ворхола», у якій у вихідних даних окремим рядком було зазначене ім'я дизайнера шрифту викликало справжній подив у видавничому співтоваристві. На жаль, цей приклад, який мав би бути взірцем дотримання прав автора, більшість видавців сприйняли як замовну рекламу дизайнера.

Правові аспекти здійснення коректури та редагування

Під час укладення з автором договору на видання твору необхідно також брати до уваги, що авторський оригінал неминуче піддасться зміні та втручанню на етапі редакторської підготовки видання. З цим етапом роботи над виданням пов'язано як мінімум дві проблеми:

1) можливості здійснення редакторської та коректорської правки й
2) обсягу прав зазначених учасників редакційного процесу.

Проведення редакційної та згодом коректорської правки авторського оригіналу є поширеною практикою, що склалась у видавництвах. Утім її можливість пов'язана із закріпленим за автором правом «вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора» (абз. 4. п. 1. ст. 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Це право гарантує неможливість без дозволу автора внесення до твору будь-яких суттєвих змін, здатних порушити цілісність твору та зашкодити честі й гідності його автора. Проблема дотримання цього права видавцями та редакторами, зокрема, піднімалась авторами неодноразово. Безцеремонне втручання в тексти не оминуло навіть М. В. Гоголя, котрий у своїй статті «Про рух журнальної літератури у 1834 та 1835 році» скаржиться на видавця О. Сенковського, що «перекручував не лише його твори, але й навіть дописав власну кінцівку до комедії Д. Фонвізіна, незважаючи на те, що твір був уже завершеним». Щоправда, незавершений автором твір є для видавця ще більшим джерелом небезпеки. Відомо, що

О. Бальзак завжди дуже ревно ставився не лише до редакторського втручання в текст, а й сам вносив численні правки вже під час підготовки твору до друку. Письменник навіть спеціально обумовлював можливість внесення таких коректив у договорі з видавцем. Тож коли петербурзький журнал «Иностранное обозрение» опублікував переданий французьким видавництвом до друку рукопис роману О. Бальзака «Лілія долини», виявилося, що ця редакція далеко не остаточна. Обурений передчасним друком твору, О. Бальзак подав до суду на російське видання та виграв.

Сьогоднішні видавці, якщо й не дописують авторські твори, але все ж піддають їх ретельному редагуванню. Особливі, притаманні кожному з письменників стиль і мовні характеристики, нерідко стають причиною конфліктів між авторами та редакторами. Так, багаторічним конфліктом завершилось опублікування у тодішньому СРСР відомого твору Г. Г. Маркеса «Сто років самотності». Автор ще в 70-х рр. XX століття подарував радянським видавцям права на опублікування цього твору, проте основною умовою письменника було невтручання в авторський текст. Видавці дотримали слова щодо політичної цензури, втім еротичні сцени редактори коректно вилучали чи замінювали евфемізмами. Ображений письменник після цього інциденту протягом кількох десятиліть забороняв переклад і публікацію своїх творів російською. Втім деякі із сучасних українських письменників заперечують навіть можливість втручання редактора в авторський текст.

Право автора на недоторканність твору може стати для видавця небезпечним щодо можливості судового позову з боку автора та зберігатиметься й після виходу накладу книги у світ.

Погляди на цю проблему науковців різняться. Деякі вважають, що «передача автором свого твору видавництву свідчить про відмову автора від збереження твору в первинній формі. А факт укладення авторського договору означає згоду автора на зміну твору»[28].

Автор, зазвичай, сприймає співробітництво з редактором як необхідну умову підготовки видання до друку та фактично передає повноваження щодо поліпшення стилістичної та орфографічної якості твору редакторові за відповідною угодою з видавництвом. Згідно з нормами ЦК України, «автор має право про-

[28] Регулирование отношений автора с издательством по авторскому праву Российской Федерации : дис... канд. юрид. наук / Т. А. Якушева — Невинномысск, 2002.

тидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню або іншій зміні твору чи будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі та репутації автора, а також супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо» (п. 1 ст. 439 ЦК України). З цього випливає, що відносини видавництва з автором мають ґрунтуватися на повазі до права на недоторканність автора. Варто узгоджувати із останнім додавання ілюстрацій, передмов, післямов, коментарів, внесення змін у зміст твору та його назву, а також обране автором позначення його імені.

Звичайно, мова не йде про ситуації, коли в угоді між автором і видавництвом спеціально обумовлене видання твору в авторській редакції. Втім часто за браком часу, грошей або з інших мотивів твори видаються в авторській редакції, а у вихідних даних книги подають відповідне повідомлення.

Звісно, в кожному виданні за бажанням можна знайти помилки. Однак велика кількість помилок у виданні чи відсутність його редагування взагалі можуть завдати суттєвої шкоди іміджу автора. Приміром, видавництво «Факт» свого часу видало книгу А. Дністрового «Місто уповільненої дії» з більше ніж 450 помилками. На жаль, видавництво на обґрунтовані претензії автора обмежилося лише вибаченнями[29].

Водночас, якщо в угоді між видавництвом і автором був зазначений обов'язок видавництва здійснити редакторську та коректорську правки видання, є підстави говорити про порушення умов договору. Ця ситуація, звичайно, найпростіша. Інша справа, коли договір не був укладений або він не містить зазначених пунктів. Автор може висувати претензії, користуючись правом на недоторканність твору чи протидію його спотворенню. Однак це можливо за умови, якщо видавництво і справді спотворило авторський твір своїм втручання. Насправді ж, численні помилки, ймовірно, вже були в первинному оригіналі рукопису, який автор подавав до видавництва. Тож у цьому разі редактори аж ніяк не спотворювали авторський текст, а навпаки, не втручались у нього, тобто формально дотримувалися права на недоторканність.

З огляду на викладене, доцільним було б видавництву в угоді з автором визначитися щодо здійснення редакторської

[29] Славінська І. Автори і видавці: хто, кого і як дурить [Електронний ресурс]/ Ірина Славінська // Українська правда. — 2010. — 14 червня. — Режим доступу : http://life.pravda.com.ua/society/2010/06/14/50684/view_print.

правки. При цьому не зайвим буде додати положення щодо обов'язку видавництва повідомити автора про будь-які зміни в обсязі твору, зміну чи вилучення його частини тощо. Всі редакторські виправлення повинні бути узгоджені з автором. Підтвердженням згоди автора з остаточною редакцією його твору може бути сигнальний примірник або підписаний до друку оригінал-макет видання засвідчений підписами автора на кожній сторінці.

Відповідальність за помилки у виданні прямо залежить від їхнього характеру. Звичайна друкарська помилка, що кардинально змінює зміст твору чи породжує двозначне трактування тексту в радянські часи могла бути сприйнята як загроза державним інтересам або моральним принципам суспільства. Утім і сьогодні помилки та зміни в тексті негативно відбиваються на репутації письменника. У цьому випадку можна говорити про шкоду честі та гідності автора, що була завдана йому редакторським втручанням. У разі, якщо помилка має очевидно технічний характер, і не може призвести до негативних наслідків, судові претензії автора будуть безпідставними. Хіба що в угоді між ним і видавництвом не містяться положення щодо неможливості допущення видавництвом помилок.

Щодо обсягів прав редактора відредагованого твору, на початку слід зупинитися на видах редакторів, які беруть участь у підготовці до друку авторського тексту. На етапах редакторсько-видавничої підготовки твору виділяють літературного, наукового, технічного та художнього редактора.

Для визначення правового статусу літературного редактора видання відразу необхідно визначити його обов'язки, до яких традиційно належать: підвищення ідейних, наукових і художніх цінностей твору, усунення недоліків, виконання певних редакційно-технічних завдань, надання рекомендацій автору щодо покращення твору. Однак на практиці діяльність редактора здебільшого цим не обмежується.

Виходячи з цього можемо виділити кілька різновидів редакторської правки, котру він здійснює під час роботи над твором:

- редакторський аналіз;
- редакторська права із скороченням тексту;
- редакторська правка-переробка.

Докорінна зміна матеріалу в ідеалі неможлива без згоди чи консультації з автором. Діяльність редактора в такому разі має обмежуватися критичним аналізом і оцінкою рукопису,

на основі яких автор сам за потреби вносить певні корективи в стиль і зміст твору.

Найпоширенішою у практиці редакторів є правка-скорочення. Необхідність у ній часто зумовлюється обмеженням загального обсягу видання або ж потребою врівноважити за обсягом певні структурні одиниці видання. Редакторська правка-переробка особливо актуальна за необхідності в короткий термін видати видання чи в ситуації, коли деякі молоді автори просто не здатні самостійно виправити текст. Тоді редакторові доводиться переписувати твір, змінюючи не лише його форму, але й зміст.

Бажання редактора впливати на авторський текст часто породжує застосування редактором численних смакових правок-виправлень, здебільшого мовностилістичного характеру, коли можлива варіативність вибору того чи того слова або фрази. Звісно, зловживання смаковими правками не припустиме.

Необхідно також згадати про правку-вичитку, що здійснюється переважно коректором та сутність якої полягає в усуненні орфографічних, пунктуаційних, технічних помилок та зверненні уваги редактора на пропущені ним наявні у тексті фактологічні, смислові та стилістичні помилки.

З правового погляду види редакторської правки повинні виділятися за рівнем втручання в авторський текст, зокрема його форму та зміст. І саме зміни у формі твору з погляду юриспруденції матимуть більше значення. На думку А. О. Капелюшного, «будь-які форми втручання редактора в авторський текст мають передбачати й забезпечувати збереження авторської манери»[30]. Поділяє цю точку зору і Н. В. Зелінська, визначаючи основну мету редактора «сприяти тому, щоб текст був сприйнятий майбутнім читачем, і прийнятий у повній відповідності до авторського задуму»[31]. Тож теоретики редагування пріоритетним у діяльності редактора визначають збереження авторського стилю автора, форми та змісту твору. Водночас, згідно із Законом України «Про авторське право і суміжні права», автор має право вимагати збереження цілісності його твору, тобто забороняти внесення будь-яких змін. Пріоритетною з правового погляду є саме цілісність твору, позаяк вона (як елемент форми твору), на відміну від його змі-

[30] Капелюшний А. О. Редагування в засобах масової інформації : навч. посіб. / А. О. Капелюшний. — Львів : ПАІС, 2005. — С. 33.
[31] Зелінська Н. В. Теоретичні засади роботи редактора над літературною формою тексту / Н. В. Зелінська. — К. :УМК ВО, 1989. — С. 56.

сту, підлягає охороні авторським правом і регламентується вітчизняним законодавством.

Редагування як результат творчої діяльності дає редакторові право на виконане редагування. Здебільшого відредагований текст є службовим твором — таким, що створений ним у межах службових обов'язків відповідно до службового завдання. Аргументом для віднесення результату творчої діяльності редактора до категорії службових творів може стати штатний розпис із зазначенням штатних обов'язків або відповідним чином документально оформлені службові завдання, що йому даються.

Майнові права на використання результатів роботи редактора, переважно, згідно з укладеним договором, належать видавництву. Наявність договору в такому разі дуже важлива. Адже угода, що укладається між редактором і видавництвом, є трудовою, тому передбачає лише виконання редактором обсягу своєї роботи й отримання за це заробітної платні чи одноразової виплати (коли маємо справу з позаштатними редакторами). Тож, аби захистити себе, видавництву слід передбачити в угоді пункт про розподіл майнових прав на створені редактором службові твори. Інакше редактор, звільняючись із видавництва, може заборонити надалі видавати авторський твір у його редакції.

Здійснення редакторської діяльності не породжує прав авторства на відредагований твір та, як наслідок, виплати винагороди за подальше використання цих творів. Тож у разі перевидання творів, редактор має право на отримання винагороди лише за умови, якщо він знову виконував таке редагування. При цьому попереднє редагування цих творів ніяк не впливатиме, ані на розмір винагороди, ані на обов'язковість її виплати.

Інше актуальне питання що постає під час здійснення редакторської правки: чи не стає редактор співавторами відредагованого тексту?

Якщо говорити про коректорську діяльність, то у процесі коректорської правки фахівцем не створюється новий продукт творчої діяльності, а тому говорити про можливість співавторства не доречно. Діяльність же літературного редактора є його службовими обов'язками.

Законодавство також чітко визначає, що здійснення редагування та коректури видання не є підставою для набуття коректором чи редактором авторських прав на відредагований твір.

Труднощі виникають у ситуації, котру характеризують як «вихід редактора за межі своїх обов'язків». Редактор може допомагати авторові змінити структуру твору, оздоблення

його ілюстраціями, врізами, таблицями, коментарями. Оптимізує текст для надання йому більшої наочності сприйняття.

Російський науковець О. П. Сергєєв зауважує, що всі зміни, які пропонуються редакторами, повинні бути узгоджені з авторами. А серед необхідних умов для визнання співавторства називає: факт створення колективного твору; створення твору спільною творчою працею кількох осіб; творчий характер внесків співавторів; наявність між творцями твору угоди щодо виникнення співавторства[32]. З цього приводу В. Г. Камишев погоджується, що редактор у переважній більшості випадків може вимагати визнання себе співавтором відредагованого матеріалу. Однак для визнання факту співавторства недостатньо наявності творчого характеру співпраці, але необхідною є також угода між ними[33]. Натомість, протилежної думки дотримується Е. П. Гаврилов: можливість визнання факту співавторства залежить не від наявних або відсутніх угод між авторами, а від рівня творчого внеску редактора в авторський текст[34].

З огляду на викладене, навіть за наявності творчого внеску редактора в редагування тексту з метою уникнення в майбутньому непорозумінь бажано укладати угоду між автором і редактором. В іншому випадку редакторський внесок у твір може бути кваліфікований як бездоговірне створення похідного твору чи порушення права автора на цілісність твору.

Дещо інакше будуються правовідносини з редакторами, що не є штатними працівниками видавництва. Приміром у ролі наукового редактора виступає авторитетний фахівець у певній галузі. Аналіз функціональних обов'язків наукового редактора, на відміну від інших редакторів (зокрема технічного, художнього), дозволяє віднести його до суб'єктів авторського права.

У такому разі з метою дотримання прав редактора на титулі видання зазначають *«За загальною редакцією...»*. Статус наукового редактора може бути визначений угодою між автором і видавництвом, у якій науковому редакторові надається право вносити редакторські зміни в авторський твір.

У всіх наведених випадках, аби уникнути претензій редактора, варто оформлювати їхні відносини з автором відповідни-

[32] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской федерации : учебник / А. П. Сергеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, 2004. — С.207.
[33] Камышев В. Г. Издательскй договор на литературные произведения / В. Г. Камышев. — М., 1969. — С. 95.
[34] Гаврилов Э. П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития / Э. П. Гаврилов. — М. : Наука, 1984. — С. 143.

ми угодами. Саме тому перед тим, як здати книгу в друк, автор повинен підписати кожну сторінку оригінал-макета майбутнього видання, погоджуючись таким чином з остаточним варіантом виправлень.

Договір з поліграфічним підприємством

Зазвичай, безпосередніми виробниками друкованих примірників творів є поліграфічні підприємства — типографії, що здійснюють тиражування творів поліграфічним способом. Тиражування традиційно виконується за замовленням видавців. Рідше типографії виготовлюють наклади за договором із третіми особами (приміром, видання коштом автора) або з власної ініціативи (піратство).

Договір з поліграфічним підприємством передбачає виконання поліграфічних робіт з виробництва видання й отримання за це гонорару. У договорі має бути чітко обумовлено, з якого макета буде відбуватися тиражування видання (з плівок, електронного носія тощо) та який спосіб друку використовуватиметься. Має бути чітко зазначений наклад, яким буде випущене видання, характеристики паперу та фарби майбутнього видання. У договорі обов'язково необхідно визначати терміни, в які має відбутися випуск накладу твору. Порядок проведення розрахунків може передбачати передоплату, розрахунок частинами тощо. Також можна передбачити термін, у який замовник має прийняти замовлення. Якщо він зволікатиме, друкарня отримує право виставити пеню за кожний день зберігання накладу видання на її складі. За домовленістю сторін у договорі можна передбачити умову про збереження конфіденційності змісту угоди. Це особливо доречно, коли мова йде про випуск бестселера, щоб уникнути потрапляння примірників творів до піратів.

Для видавництва, що, крім підготовки видань, також надає поліграфічні послуги, варто укладати договори на надання саме таких послуг. Взагалі відокремлення послуг з підготовки видання від поліграфічних допоможе уникнути багатьох судових позовів або претензій з боку замовників.

Видавництво може укладати додаткові угоди з друкарнями на виконання тих видів робіт, які не має можливості здійснити самостійно. Приміром, виготовленням золотого тиснення на палітурці займаються далеко не всі видавництва, а послуги кольороподілу виконують лише кілька спеціалізованих фірм. Дизайн обкладинки видання може бути виконаний як силами

видавництва, так і з залученням позаштатного дизайнера. В останньому випадку з ним укладається договір підряду. Якщо видавництво має мережу розповсюдження видань, воно може взяти на себе обов'язки з розповсюдження.

Якщо друкарня, що віддруковувала наклад видання не пересвідчившись у наявності дозволу правоволодільця, вона також має відповідати за порушення авторського права. По суті саме типографія є безпосереднім порушником авторських прав у разі випуску контрафактної продукції. Однак саме видавництво передає типографії оригінал-макет для його тиражування, тому основним відповідачем у справах щодо порушення прав автора є саме воно. Незаконне додруковування накладу видання без відома видавництва й автора також тягне за собою відповідальність друкарні. Тож, забезпечуючи випуск видання за угодою з видавництвом, друкарня повинна отримати підтвердження наявності у видавництва прав на видання, авторського договору про передачу йому прав і правомірності друку накладу.

Видавництво водночас може захистити себе, передбачивши в угоді заборону на передання іншим особам без дозволу видавництва накладу видання, його друкарських форм або оригінал-макетів. Оскільки інколи друкарні, хоч самі і не здійснюють випуску піратських примірників авторських творів, однак сприяють їхній появі. Приміром, з друкарні після видрукування тиражу «зникають» друкарські форми, а згодом контрафактні примірники з'являються на видавничому ринку. Згідно зі ст. 21 Закон України «Про видавничу справу», виготовлювач не має права без дозволу замовника передавати будь-кому виготовлений тираж видання чи його частину, видавничі оригінали, макети, фото чи друкарські форми. Порушення цих норм також є підставою для притягнення друкарні до відповідальності.

Розділ 6

Твір архітектури як об'єкт договірних відносин

Архітектура (від грецьк. *architekion* — будівельник) є мистецтвом проектування та будівництва будівель, споруд, їхніх комплексів для створення зручного середовища проживання. Як вид мистецтва архітектура належить до сфери духовної культури. З еволюцією суспільства змінювались уявлення про функції та типи споруд, технічні й естетичні рішення. Призначення архітектурної споруди формує її просторову структуру, а рівень техніки й технології визначають конкретні методи її створення. В архітектурному творі взаємопов'язані функціональні (корисність), естетичні (краса) й технічні (якість) функції. Виразними засобами в архітектурі є композиція, масштаб, пропорції, пластика, фактура та колірна гамма матеріалів[1].

Архітектурна діяльність є складним процесом, кінцевою метою якого є створення архітектурного об'єкта — будівель, споруд тощо. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність», архітектурна діяльність визначена як діяльність зі створення об'єктів архітектури, яка включає творчий процес пошуку архітектурного рішення та його втілення, координацію дій учасників розроблення всіх складових частин проектів з планування, забудови та благоустрою територій, будівництва (нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту) будівель і споруд, здійснення архітектурно-будівельного контролю й авторського нагляду за їх будівництвом, а також здійснення науково-дослідної та викладацької роботи у цій сфері.

З правового погляду відносини, що виникають у процесі здійснення архітектурної діяльності мають три складові:

[1] Судариков С. А. Основы авторского права / С. А. Судариков — Минск : Амалфея, 2000. — 512 с.

- авторські відносини, що виникають між замовником і автором, результатом яких є створений твір архітектури, що охороняється авторським правом;
- підрядні відносини, що виникають між замовником і проектувальником, результатом яких є проектна документація;
- послуги щодо здійснення авторського нагляду.

Ці правовідносини регулюються цілою низкою цивільно-правових договорів. Договірна форма на використання твору архітектури забезпечує реалізацію та охорону особистих немайнових і майнових прав автора. Крім цього, договірна форма відповідає інтересам користувачів — вони набувають певних прав на використання твору архітектури та можуть отримати прибуток від їх реалізації. Суспільство також зацікавлене в договірному регулюванні використання творів архітектури, тому що такий порядок стимулює творчу активність його членів і сприяє примноженню духовного багатства суспільства[2].

Розглянемо насамперед сутність такої істотної умови договорів пов'язаних з архітектурною діяльністю, як об'єкт договору — твір архітектури.

У ст. 2 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.) наведено перелік літературних і художніх творів, права авторів яких охороняються. Так термін «літературні і художні твори» охоплює всі твори в галузі літератури, науки та мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені, як-то: книги, брошури й інші письмові твори, лекції, звертання, проповіді й інші подібні твори; драматичні й музично-драматичні твори; хореографічні твори та пантоміми, музичні твори з текстом або без тексту; кінематографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним до кінематографії; малюнки, твори живопису, архітектури, скульптури, графіки та літографії; фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним до фотографії; твори прикладного мистецтва; ілюстрації, географічні карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються географії, топографії, архітектури чи науки»[3].

---

[2] Бартенев И. А. Форма и конструкция в архитектуре / И. А. Бартенев. — Л. : Стройиздат (Ленингр. отд-ние), 1968. — 263 с.

[3] Бернська конвенція про охорону літературних та художніх творів : від 9 вересня 1886 р., ратифікована Верховною радою України 25 жовтня 1995 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http: // www.rada.gou.ua.

Твір, відповідно до найбільш поширеного визначення твору, сформульованого В. І. Серебровським, — «це сукупність ідей, думок і образів, які набули в результаті творчої діяльності автора свого втілення в доступній для сприйняття людськими відчуттями конкретній формі, що припускає можливість відтворення»[4].

Якщо проаналізувати перелік творів, наведений в Бернській конвенції, з позицій цього визначення, то можна дійти висновку, що цей невичерпний список містить як види творів так і найбільш поширені форми їх втілення.

Аналогічним чином сформульована ст. 433 ЦК України «Об'єкти авторського права». Так, об'єктами авторського права є твори, а саме: «... твори архітектури; <...> ілюстрації, карти, плани ескізи і пластичні твори, що стосуються архітектури <...>»[5]. Тож об'єктами авторського права в галузі архітектури є твори архітектури, пластичні твори та форми втілення творів, які стосуються архітектури (ілюстрації, карти, плани, ескізи).

Аналіз положень Закону України «Про авторське право і суміжні права» свідчить про наявність колізії між визначенням твору архітектури й об'єктів авторського права в галузі архітектури[6]. Так, твір архітектури — це твір у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо) (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). При цьому до об'єктів авторського права в галузі архітектури належать твори архітектури, містобудування та садово-паркового мистецтва, а також ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються архітектури (ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Аналогічним чином визначено об'єкти авторського права в галузі архітектури в ст. 29 Закону України «Про архітектурну діяльність»[7].

---

[4] Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М. : Академия наук СССР, 1956. — 283 с.

[5] Цивільний кодекс України : прийнятий Верховною Радою України від 16 січня 2003 р. № 435–IX, станом на 18 січня 2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http: // www.rada.gov.ua.

[6] Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792–XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http: // www.rada.gov.ua.

[7] Закон України «Про архітектурну діяльність» від 20 травня 1999 р. № 687–XIV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http: // www.rada.gov.ua.

Якщо в Законі України «Про авторське право і суміжні права» в ст. 8 розкрити визначення твору архітектури, то текст статті може буде викладений таким чином: «Об'єктами авторського права є твори у галузі науки, літератури і мистецтва, а саме: <...> твори у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо); <...> ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються архітектури...».

Натомість, твори архітектури і твори, що стосуються галузі архітектури, матеріалізуються майже в однакових формах, за винятком збудованих будівель, споруд і парків, які є формою втілення тільки для творів архітектури. Що стосується моделей, то за своєю природою — це пластичні твори.

Беручи до уваги сказане, необхідно дати відповідь на запитання: чи є твір архітектури єдиним об'єктом авторського права, а ілюстрації, карти, плани ескізи та пластичні твори є різними формами втілення твору архітектури? Або ж необхідно визнати наявність ще кількох самостійних творів авторського права в галузі архітектури, а саме: ілюстрацій, карт, планів, ескізів і пластичних творів, які стосуються архітектури.

Серед науковців існують різні погляди на цю проблему. Так, фахівець в сфері авторських та суміжних прав професор Д. Ліпцик вважає, що твори архітектури, що охороняються авторським правом, охоплюють як будівлі та споруди, так і проекти, малюнки, креслення, плани і макети, підготовлені для їх зведення[8].

Іншої думки дотримується Х. А. Пізуке, котрий, розглянувши стадії творчого процесу архітектора, виділив два види об'єктів авторського права, створювані в процесі архітектурної діяльності: по-перше, твори архітектурної графіки та пластики, що є результатами стадії проектування та складаються з ескізів, планів, схем, розрізів, фасадів, перспектив, малюнків, макетів і моделей; по-друге, безпосередньо твори архітектури, які поєднують в собі будови, споруди та їхні комплекси як результат етапу натуральної форми створення твору архітектури[9].

---

[8] Липцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Липцик ; пер. с фр. ; предисл. М. Федотова. — М. : Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 20002. — 789 с.

[9] Пизуке Х. А. Правовое регулирование архитектурной деятельности : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Х. А. Пизуке, Ленингр. гос. ун-т. — Ленинград, 1984. — 16 с.

На думку О. М. Люкшина, важливо розрізняти власне твір, що має нематеріальну сутність і постає як комплекс ідей та образів, що отримують своє об'єктивне вираження в створеному об'єкті, і форму його втілення, тобто ту речову форму, котра є матеріальним носієм твору. Звідси випливає, що об'єктом авторського права є власне твір архітектури, втілений, наприклад, у формах архітектурного проекту, документації для будівництва, розробленої на основі архітектурного проекту, архітектурного об'єкта тощо[10].

Вказуючи на помилковість «ототожнення ідей з об'єктами», В. А. Дозорцев зазначає, що «винахід не можна ототожнювати з машиною, в якій його втілено. Літературний твір не можна ототожнювати з рукописом або книгою. Це — якась сукупність ідей, що є результатом інтелектуальної діяльності, які мають суспільну цінність незалежно від тих об'єктів, у яких вони втілюються, бо вони можуть бути закріплені і в інших об'єктах»[11].

Ця позиція стосовно творів архітектури набула логічного завершення в формулюванні ст. 1259 Цивільного кодексу Російської Федерації. Так, об'єктами авторських прав, відповідно до цієї статті, є твори науки, літератури та мистецтва незалежно від їхніх переваг і призначення твору, а також від способу його вираження: <...> твори архітектури, містобудування та садово-паркового мистецтва, зокрема й у вигляді проектів, креслень, зображень і макетів; <...> географічні, геологічні й інші карти, плани, ескізи та пластичні твори, що стосуються географії, топографії та інших наук[12].

Аналогічну думку стосовно визначення об'єктів авторського права в архітектурі висловлює Є. А. Греков. Він вважає, що в галузі архітектурної діяльності існує єдиний об'єкт авторського права — твір архітектури, а положення цивільного законодавства, що визнають твори архітектури та ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, які стосуються архітектури, самостійними об'єктами авторського права, є такими, що не відповідають доктрині авторського права, де твір визнається нематеріальним продуктом творчої діяльності людини.

---

[10] Люкшин А. М. Авторское право на произведения архитектуры : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. М. Люкшин; Санкт-Петербургский гос. ун-т. — СПб., 2004. — 16 с.

[11] Дозорцев В. А. На рынке идей / В. А. Дозорцев // Закон. — 1993. — № 2. — С. 38–42.

[12] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации [постатейный]. Часть четвертая / Э. П. Гаврилов, О. А. Городов, С. П. Гришаев [и др.]. — М. : ТК Велби, Проспект, 2007. — 784.

Свою думку Є. А. Греков пояснює таким чином. Спочатку в автора твору, зокрема і твору архітектури, на підставі певних вихідних даних формується низка ідей і образів, які складаються в уяві автора в єдиний об'єкт. Під час зміни матеріального результату вираження думок автора, зокрема у формі ескізу, креслення, моделі, збудованої будівлі та споруди, плану населеного пункту тощо, первісний авторський задум не змінюється, не виникає нового твору та, як наслідок, нового об'єкта авторського права. У такому разі відбувається саме відтворення об'єкта авторського права, первісно вираженого в одній формі, в іншій об'єктивній формі[13]. Звідси ним висловлюється пропозиція щодо зміни положень ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» та ст. 433 ЦК України.

Для того щоб дати відповідь на поставлене запитання, необхідно дослідити стадії створення об'єктів архітектури. Специфіка архітектурної діяльності полягає в тому, що ідеї та рішення архітектора спочатку матеріалізуються в ескізах, планах, макетах, відтак отримують втілення в проекті, а потім реалізуються в будинках і спорудах житлово-цивільного, комунального, промислового й іншого призначення, їхніх комплексах, об'єктах благоустрою, садово-паркової та ландшафтної архітектури, монументального і монументально-декоративного мистецтва.

Проект, відповідно до ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність», — це документація для будівництва об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних та кошторисних розрахунків, які визначають містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні й технологічні рішення, вартісні показники конкретного об'єкта архітектури, та відповідає вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил.

Проектувальникам необхідно забезпечити відповідність проектних рішень, зокрема: архітектурним і містобудівним вимогам, визначеним у містобудівних умовах і обмеженнях забудови земельної ділянки; вихідним даним; основним вимогам до об'єктів щодо забезпечення механічного опору та стійкості, пожежної безпеки; безпеки життя та здоров'я людини й

[13] Греков Є. А. Авторське право на твори архітектури : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Є. А. Греков; НДІ приват. права і підприємництва Акад. прав. наук України. — К., 2007. — 20 с.

захисту навколишнього природного середовища, безпеки експлуатації, захисту від шуму, економії енергії.

Склад та зміст проектної документації на нове будівництво, реконструкцію, капітальний ремонт і технічне переоснащення будинків, будівель, споруд будь-якого призначення, їхніх комплексів, лінійних об'єктів інженерно-транспортної інфраструктури встановлюється Державними будівельними нормами України (ДБН) А.2.2-3-2012 «Склад та зміст проектної документації на будівництво» (далі — ДБН А.2.2-3-2012)[14].

Цим нормативно-правовим документом визначені такі стадії проектування:

1) техніко-економічне обґрунтування;
2) техніко-економічний розрахунок;
3) ескізний проект;
4) проект;
5) робочий проект;
6) робоча документація.

Наявність і кількість стадій проектування залежать від категорії складності об'єктів проектування та їхнього призначення. Наприклад, для об'єктів IV та V категорій складності проектування виконується в три стадії:

1) для об'єктів невиробничого призначення — ескізний проект (ЕП), а для об'єктів виробничого призначення — техніко-економічне обґрунтування (ТЕО);
2) проект (П);
3) робоча документація (Р).

Еескізний проект розробляється на підставі завдання замовника для принципового визначення вимог до містобудівних, архітектурних, художніх, екологічних і функціональних рішень об'єкта невиробничого призначення, підтвердження можливості його створення, а П — для визначення містобудівних, архітектурних, художніх, екологічних, технічних, технологічних, інженерних рішень об'єкта, кошторисної вартості будівництва документацію. При 2- та 3-стадійному проектуванні П здійснюють на підставі схваленої попередньої стадії ЕП або ТЕО. Кожна зі стадій проектування завершується підготовкою планів, креслень, документів, розрахунків, зміст яких регламентовано ДБН А.2.2-3-2012.

---

[14] Державні будівельні норми України А.2.2-3-2012 «Склад та зміст проектної документації на будівництво» [Електронний ресурс] — К. : Мінрегіон України, 2012. — Режим доступу : http://dbn.at.ua/load/normativy/dbn/1-1-0-184.

Після затвердження П за рішенням замовника робоча документація може розроблятись автором проекту чи іншим проектувальником. Розроблення робочої документації іншими проектувальниками здійснюється з дотриманням авторських рішень затвердженого П та додержанням авторських прав (п. 9.1 ДБН А.2.2-3-2012).

Отож задум архітектора послідовно об'єктивізується в планах, ескізах, кресленнях, які входять до архітектурних рішень на всіх стадіях проектування, аж до втілення їх у відповідний об'єкт архітектури.

Наприклад, при будівництві будинку спочатку розробляється ЕП — архітектурне рішення будівлі без конструктивних та інженерних розрахунків. Ескізи, креслення, які створюються на цьому етапі, дають майбутньому забудовнику тільки загальне враження про будівлю. Однак завдяки ним легше уявити зовнішній вигляд будівлі, її стилістику, внутрішнє планування.

На наступній стадії проектування архітектурна частина проекту вже містить відомість креслень, загальні дані про проект і специфікації, плани поверхів, фасади, план покрівлі. В проекті наводиться, зазвичай, кілька розрізів (креслень вертикального перерізу будинку), за якими легко визначити висоту приміщень на поверхах, розмір заглиблення підвалу чи цокольного поверху, кут нахилу скатів покрівлі. На планах поверхів вказують планування кожного з поверхів, внутрішні приміщення з розмірами та площами, позначають розташування вентиляційних шахт і димарів. За планами можливо визначити товщину стін і перегородок. Робоча документація вже містить креслення з детальним опрацюванням фасаду будинку, планування поверхів та ін.

Узагальнюючи викладене не можна не погодитися з висновком Є. А. Грекова, що, незважаючи на пряму вказівку в ЦК України, законах України «Про авторське право і суміжні права», «Про архітектурну діяльність», об'єкт авторського права в архітектурі один і це власне твір архітектури, котрий може бути втілений у різних формах, а саме: ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів[15].

[15] Греков Є. А. Авторське право на твори архітектури : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Є. А. Греков; НДІ приват. права і підприємництва Акад. прав. наук. України. — К., 2007. — 20 с.

Однак не всі об'єкти архітектури (будинки та споруди житлово-цивільного, комунального, промислового й іншого призначення, їхні комплекси, об'єкти благоустрою, садово-паркової та ландшафтної архітектури, монументального та монументально-декоративного мистецтва, території (частини територій) адміністративно-територіальних одиниць і населених пунктів) можливо визнати творами архітектури, тобто об'єктами авторського права. Твір архітектури як об'єкт авторського права має бути результатом творчої, інтелектуальної діяльності особи.

Можна сказати, що твором архітектури потрібно вважати будь-який твір, який стосується об'єкта архітектури, незалежно від його завершеності, призначення та якості, якщо твір є результатом творчої праці автора й виражений в об'єктивній формі.

Другим питанням, яке потребує дослідження, є визначення тієї частини проектної документації, котра є твором архітектури. До специфіки твору архітектури відносять поєднання художніх і матеріально-соціальних функцій, створення нового об'єктивного просторового середовища, асоціативність сприйняття переданої зодчеством інформації, зоровий характер сприйняття художнього образу, просторовість композиційної побудови, єдність просторових, пластичних та інших композиційних засобів, зв'язок цих засобів з конструктивною підосновою споруджень[16]. Звідси випливає, що не вся проектна документація, зміст якої визначено в ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність» і регламентована ДБН А.2.2-3-2012, є об'єктом авторського права.

На наш погляд, для правильного визначення творчої частини проектної документації необхідно зіставити поняття твору архітектури як об'єкта авторського права з поняттям архітектурного рішення. Відповідно до п. 4 ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність», архітектурне рішення — це авторський задум щодо просторової, планувальної, функціональної організації, зовнішнього вигляду й інтер'єру об'єкта архітектури, а також інженерного та іншого забезпечення його реалізації, викладений в архітектурній частині проекту на всіх стадіях проектування та зафіксований у будь-якій формі. Тож тільки архітектурна частина проекту, в якій авторський задум втілюється у відповідну форму, є об'єктом авторського права.

[16] Проценко Б. Ф. Архитектурное творчество и стандартизация / Б. Ф. Проценко, А. В. Съедин. — К. : Будівельник, 1989. — 104 с.

У цьому питанні становить інтерес правова позиція Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації щодо спірного застосування законодавства про інтелектуальну власність. Президія Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації в Постанові № 5816/11 зазначила, що об'єктом авторського права є не документація для будівництва загалом, а лише архітектурний проект, тобто частина такої документації, в якій виражено архітектурне рішення. Архітектурне рішення — це авторський задум архітектурного об'єкта, його зовнішнього і внутрішнього вигляду, просторової, планувальної та функціональної організації, зафіксований в архітектурній частині документації для будівництва й реалізований у побудованому архітектурному об'єкті[17]. Аналогічна думка, що об'єктом авторського права є не вся документація для будівництва, а лише та її частина, в якій виражено архітектурне рішення, висловлюється такими науковцями як О. М. Люкшин та Є. А. Греков[18].

Як уже зазначалося, кожна зі стадій проектування завершується підготовкою документів і креслень, які надаються замовникові, зміст котрих регламентовано ДБН А.2.2-3-2012. Розглянемо цю проекту документацію з урахуванням вимог до оформлення матеріальної форми твору, що їх висувають при реєстрації авторського права та договорів відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів» від 27 грудня 2001 р. № 1756. Залежно від того, щодо якого об'єкта авторського права подається заявка на реєстрацію, примірник твору повинен бути наданий у відповідній матеріальній формі.

Для творів архітектури, містобудування та садово-паркового мистецтва — у вигляді фотографій (у разі потреби кольорових) розміром не менш ніж 9×12 см або слайдів, чи у вигляді копій основних креслень проекту, передусім генерального плану, планів поверхів, фасадів, розрізів, інших креслень (на власний вибір), фотографій або слайдів моделей збудованих будівель і споруд на електронному носії чи у копіях на паперовому носії. Тож у зазначеній Постанові у загальних рисах розкривається, яка частина проектної документації може бути об'єктом авторського права.

---

[17] Постановлние Президиума ВАС РФ от 27.09.2011 г. № 5816/11 по делу № А 32-47315/09-48/723-10-68/15 [Електронный ресурс]. — Режим доступа : http: //www.consultant.ru/

[18] Греков Є. Проектна документація як об'єктивна форма втілення творів архітектури / Є. Греков // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2007. — № 2(34). — С. 32–39.

На стадії ескізного проекту розробляються, зокрема, такі креслення:

- ситуаційний план у масштабі 1:2 000 або 1:5 000;
- схема генерального плану в масштабі 1:500 або 1:1 000;
- схема транспортно-пішохідних зв'язків (за необхідності);
- плани поверхів, фасади, розрізи будинків і споруд.

Ці креслення, з огляду на викладене вище можна кваліфікувати як об'єкти авторського права.

Кресленнями, які втілюють творчий задум архітектора та відповідають вимогам, що висуваються до матеріальної форми твору архітектури, є схема генерального плану у масштабі 1:500 або 1:1 000 та плани поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд. Тобто на цій стадії проектування тільки ці креслення можливо кваліфікувати як об'єкти авторського права в галузі архітектури (твори архітектури).

Відповідно до ДБН А.2.2-3-2012 Проект (затверджувальної частини РП) на будівництво об'єктів невиробничого призначення складається з таких розділів: пояснювальна записка, архітектурно-будівельні рішення, технологічна частина, рішення з інженерного обладнання, основні креслення, організація будівництва, кошторисна документація. Тобто на стадії проекту (П) в складі проектної документації з'являється окремий розділ «архітектурно-будівельні рішення», який містить в об'єктивній формі ідеї та уявлення автора про майбутній архітектурний об'єкт та їх відповідності функціональному призначенню з урахуванням містобудівних вимог.

У ДБН А.2.2-3-2012 визначаються склад та зміст цього розділу. Розділ «архітектурно-будівельні рішення» повинен містити:

- рішення та основні показники генерального плану, благоустрою та озеленення;
- короткий опис і обґрунтування архітектурних рішень та їх відповідність функціональному призначенню з урахуванням містобудівних вимог, монтажні схеми, категорії відповідності конструкцій та їх елементів;
- розрахунки основних несучих елементів будинків і споруд;
- рішення щодо оздоблення будинків і споруд;
- основні рішення із прийнятої конструктивної схеми об'єктів (матеріали стін, перекриттів, покрівлі);
- обґрунтування застосованих типів фундаментів та інших конструкцій;

- теплоефективність огороджувальних конструкцій та теплофізичні характеристики;
- архітектурні й інженерні рішення щодо захисту приміщень від зовнішнього і внутрішнього шумів (гулу).

Якщо проаналізувати зміст цього розділу, то можливо побачити, що він включає текстову частину, розрахункову частину та креслення. Відповідно до визначення твору архітектури в ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» його об'єктивним втіленням є креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо. Тобто не весь розділ «архітектурно-будівельні рішення» проектної документації можна віднести до твору архітектури, а тільки креслення.

Однак згідно з ДБН А.2.2-3-2012 креслення є самостійним розділом проекту, тому їх необхідно проаналізувати на відповідність змісту розділу «архітектурно-будівельні рішення» та виокремити з них ті, які втілюють творчий задум архітектора.

Основними кресленнями проекту є:

- ситуаційний план у одному з таких масштабів 1:2 000, 1:5 000 або 1:10000;
- генеральний план на топографічній основі у масштабі 1:500 або 1:1000;
- принципові рішення з вертикального планування, благоустрою та озеленення;
- схема транспортно-пішохідних зв'язків (за необхідності);
- план трас зовнішніх інженерних мереж та комунікацій;
- плани трас внутрішньомайданчикових мереж і споруд до них;
- плани фундаментів, поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд із схематичним зображенням основних несучих та огороджувальних конструкцій у одному з таких масштабів 1:50, 1:100 або 1:200; основні вузли спряження конструктивних елементів, схеми армування монолітних залізобетонних конструкцій, деталі огороджувальних конструкцій у масштабі 1:25;
- інтер'єри основних приміщень (розробляються додатково згідно із завданням на проектування);
- каталожні аркуші при використанні проектів (проектних рішень) повторного застосування;
- плани поверхів, фасади і розрізи при використанні проектів (проектних рішень) повторного використання;

- принципові схеми влаштування інженерного обладнання (опалення, вентиляції, холодного та гарячого водопостачання, каналізації, водостоків, електрообладнання, газо- та холодопостачання, кондиціонування повітря, зв'язку та сигналізації, автоматизації інженерного обладнання, пило- та димовидалення, сміттєвидалення), принципові рішення щодо впровадження заходів з енергозбереження;
- технологічні компонування з планами розміщення (розташування) основного устаткування;
- вихідні дані на розроблення конструкторської документації з обладнання індивідуального виготовлення.

За результатами аналізу можливо виокремити такі креслення, що відповідають вимогам, які пред'являються до творів архітектури як об'єктів авторського права:

- генеральний план на топографічній основі у масштабі 1:500 або 1:1000;
- принципові рішення з вертикального планування, благоустрою та озеленення;
- плани фундаментів, поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд із схематичним зображенням основних несучих та огороджувальних конструкцій у одному з таких масштабів 1:50, 1:100 або 1:200;
- інтер'єри основних приміщень.

Сумуючи вищесказане можливо дійти таких висновків. По-перше, об'єктами авторського права є твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва, втілені в креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо. По-друге, не вся проектна документація для будівництва об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних і кошторисних розрахунків є об'єктом авторського права, а тільки та її частина, яка стосується архітектурного рішення. По-третє, твором архітектури як об'єктом авторського права та предметом договору є тільки креслення, а саме генеральний план, принципові рішення з вертикального планування, благоустрою та озеленення; плани фундаментів, поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд частина архітектурних рішень, інтер'єри основних приміщень.

Розділ 7

Договірні форми реалізації майнових прав на об'єкти авторського права в мережі Інтернет

Інтернет — всесвітня інформаційна система загального доступу, що логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами (ст. 1 Закону України «Про телекомунікації»). Доступ до цієї мережі здійснюється через веб-сторінки та веб-сайти, з чиєю допомогою відбувається обмін інформацією в мережі, отримання нових знань.

Саме тому охочим долучитися до обміну інформацією в мережі треба або використовувати матеріали та технічну базу чужих сайтів, або «купити» собі такий сайт, або створити його самим.

Сучасні технології дозволяють займатися створенням сайтів як фізичним особам, які захоплюються Інтернет-технологіями та є обізнаними в них, так і юридичним особам — спеціалізованим компаніям, що займаються створенням і розробкою сайтів.

У процесі створення веб-сайту насамперед майбутній власник матиме справу з провайдерами. Треба зареєструвати на хостингу місце для майбутнього сайту, та забезпечити його організовану технічну підтримку. До цього питання інтелектуальної власності ще не постає. Наступною особою, з якою доведеться мати справу власникові сайту, є розробник сайту, чи веб-дизайнер. Він має спроектувати інтерфейс веб-сайту, його структуру та навігацію, для чого повинен бути обізнаним не лише в дизайні, але й мати певні знання з програмування. Творча складова такої особи не викликає сумніву.

За свою працю розробник отримує плату відповідно до договору, а також право зазначити свої дані на сторінці сайту. Розробники дбають не тільки про технічний бік справи, але й можуть за необхідності розробити фірмовий стиль, логотип і бренд компанії (наприклад, коли такий сайт знадобився новій компанії на ринку). Варто сказати, що такими розробка-

ми займаються як окремі фахівці, так і професійні дизайнерські студії; великі компанії, зазвичай, звертаються саме до останніх. Інші компанії до штату спеціально наймають робітників, які не тільки створюватимуть веб-сайт, а й займатимуться його подальшим супроводом і розкруткою.

Після створення сайту та запуску його в мережі починається процес наповнення сайту контентом*. Таке наповнення здійснюється залежно від цільового призначення сайту: комерція, розваги, масова інформація, презентація компанії.

До наступного етапу — використання контенту — долучаються користувачі.

На кожному з вищезазначених етапів виникають правовідносини, що вимагають певного договірного закріплення. Відповідно до цього істотні умови договорів в кожному конкретному разі будуть різними. Проте можна виділити певні особливості, що притаманні всім видам договорів у мережі Інтернет.

Згідно з ч. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», істотними умовами авторських договорів є: строк дії договору, спосіб використання твору, територія, на яку поширюється передаване право, розмір і порядок виплати авторської винагороди, а також інші умови, щодо яких за вимогою однієї зі сторін повинно бути досягнуто згоди. Крім цього, жоден договір не може бути укладеним без визначення предмета договору та сторін.

Загалом, договори в мережі Інтернет, які певним чином пов'язані з авторським правом і суміжними правами, можна умовно поділити на такі категорії відповідно до предмета договору:

- надання доступу до мережі Інтернет;
- створення веб-сайту;
- використання веб-сайту;
- розміщення сайту в мережі (договори хостингу[1]);
- використання розміщених на сайті об'єктів авторського права;
- розміщення об'єкта на сайті.

Сторонами залежно від виду договору можуть бути:

---

* Контент — наповнення, зміст інформаційного ресурсу, сайту Інтернет (тексти, графіка, мультимедія тощо) [Див.: Интернет-СМИ: Теория и практика : учеб. пособие для студентов вузов / под ред. М. М. Лукиной. — М. : Аспект Пресс, 2010. — 348 с.].

[1] Більш детально про типологію провайдерів див.: Мацкевич О. Загальні підходи до визначення юридичної відповідальності провайдерів за порушення авторських і суміжних прав у мережі Інтернет / О. Мацкевич // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2012. — № 1. — С. 54–62.

- автор і замовник (набувач, ліцензіат; той, хто хоче отримати право на використання);
- користувач і провайдер[2];
- користувач та правоволоділець.

При досліджені питання щодо використання договірних форм в Інтернеті варто звернути увагу й на той факт, що більшість з них можна укладати дистанційно. Проте відкритим лишається запитання: наскільки таке укладення відповідає чинному національному законодавству? Які проблеми у зв'язку з цим можуть виникнути?

Для початку звернемо увагу на **сторони**, що можуть укладати договір. У зв'язку з дистанційним укладенням договорів у мережі Інтернет може виникнути проблема ідентифікації контрагента чи його підтвердження. Як слушно зазначає А. Хапрова, від правильного визначення контрагента залежать, зокрема, визначення права, що застосовується до відносин сторін за договором, віднесення договору до внутрішньодержавних або зовнішньоекономічних угод, укладеність і дійсність договору, встановлення органу чи особи, що компетентна розглядати та вирішувати пов'язані з договором спори[3]. Неможливість ідентифікації контрагента впливає на визначення дієздатності останнього, котру складно перевірити. Адже наполягти на формі, що вимагатиме підтвердження повноліття, може й 13-річна особа.

Російський дослідник М. А. Дмитрик, розглядаючи проблему ідентифікації учасників відносин у мережі Інтернет, доходить висновку, що використання для ідентифікації в мережі інших ідентифікаторів, окрім власного імені чи найменування юридичної особи, є допустимим. Утім, наголошує автор, єдиним фактичним підтвердженням особи при використанні мережі Інтернет є електронний цифровий підпис, але цей спосіб засвідчення *(удостоверения)* особи не був передбачений російським законодавцем у відповідному законі, що робить неможливим підтвердження особи в межах мережі Інтернет[4].

---

[2] За Законом України «Про телекомунікації» провайдер телекомунікацій — суб'єкт господарювання, що має право на здійснення діяльності у сфері телекомунікацій без права на технічне обслуговування та експлуатацію телекомунікаційних мереж і надання в користування каналів електрозв'язку.

[3] Хапрова А. Идентификация контрагента при заключении договора в сети Интернет / Анна Хапрова [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/1991.

[4] Дмитрик Н. А. Способы осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет : автореф. дис... канд.юрид.наук / Николай Андреевич Дмитрик; МГУ им. М. В. Ломоносова. — М., 2007. — С. 18–19.

Щодо українського законодавства, то відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» (ст. 1) використовувати електронний цифровий підпис може лише підписувач — особа, що на законних підставах володіє особистим ключем і від свого імені чи за дорученням особи, яку вона представляє, накладає електронний цифровий підпис під час створення електронного документа. Отже, наявне певне засвідчення дієздатності особи.

В інших аспектах авторські договори в мережі матимуть такі ж сторони, що й «традиційні» авторські договори. Проте серед суб'єктного складу тих, хто може бути сторонами в договорі, окремо варто звернути увагу на користувача.

На жаль, єдиним Законом, який містить визначення цієї особи, є Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», відповідно до якого, користувач інформації в системі (далі — користувач) — фізична чи юридична особа, що в установленому законодавством порядку отримала право доступу до інформації в системі. Доступ до інформації в системі зазначений Закон визначає як отримання користувачем можливості обробляти інформацію в системі; а обробку інформації в системі, своєю чергою, — як виконання однієї чи кількох операцій, зокрема: збирання, введення, записування, перетворення, зчитування, зберігання, знищення, реєстрації, приймання, отримання, передавання, які здійснюються в системі за допомогою технічних і програмних засобів. Перелічені дії можна виконати в Інтернеті, а отже, поняття «користувач інформації в системі», наведене в зазначеному Законі, можна за аналогією вважати ідентичним поняттю «користувач мережі Інтернет».

Як видно з викладеного кількість дій, що їх може виконувати користувач, є достатньо великою, а таке формулювання обробки інформації в системі надає користувачеві доволі широкий спектр можливостей. На нашу думку, на цей пункт потрібно окремо звертати увагу при визначенні обсягу прав цієї сторони договору.

При укладенні договору важливим є також встановлення реального володільця авторських прав на сайт загалом або на певні об'єкти авторського права, розміщені на ньому. Для цього доцільно провести процедуру *due diligence* та впевнитися, що належним чином укладено договори між автором(ами) та роботодавцем у випадку створення сайту; з'ясувати чи є договір(ори) між співавторами; чи отримані власником сайту

відповідні дозволи від авторів на використання їхніх об'єктів; впевнитися, що належним чином врегульовані питання виплати винагороди тощо.

Територія, на котру поширюється договір, є однією з умов, які мають обумовити сторони при його укладенні. Безперечно, на неї необхідно звертати увагу і при укладенні договору в мережі Інтернет. Але нині в національному законодавстві у сфері авторського права жодним чином не прописане територіальне поширення виключних авторських прав у разі відсутності в авторському договорі умови про територію.

Своєю чергою, у п. 7. ст. 1109 ЦК України встановлюється, що в разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України. Отже, не зазначивши територію, сторони ризикують обмежити сферу використання авторського твору лише територією України. А це може бути невигідно як авторові, так і стороні, що бажає отримати право на використання. Тож, якщо автор бажає обмежити право використання свого твору територією певної держави чи декількох держав, цей аспект варто зазначити в договорі.

У зв'язку з цим постає низка питань. Як саме визначити територію України чи іншої держави в мережі? Що вважати такою територією? Чи відносити сюди лише сайти з IP (ай-пі) з певної країни? Чи вважати територією України сайти з українськими доменами? Можливо, потрібно обмежити доступ користувачів, IP яких виявиться не з території країни, що вказана в договорі?

На думку М. В. Гури при укладенні договору на створення веб-сайту, територію можна визначити, виходячи або з критерію місцерозташування сервера, або за місцерозташуванням потенційних користувачів Інтернет-сайту[5]. Другий варіант, на нашу думку, є недоречним (куди подавати до суду, якщо більшість користувачів виявиться з іншої країни?).

Транскордонність мережі Інтернет стосується також і таких істотних умов, як спосіб використання твору та винагорода. Адже автор може забажати передати права на використання твору одним способом національній компанії, а іншим способом, скажімо, — міжнародній. Не є дивним те, що пев-

[5] Гура М. В. Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту в Україні : дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Гура Максим Васильович; НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2006. — С. 186.

ний автор справедливо може бажати укласти договір в іншій державі з іншим контрагентом на більш вигідних умовах. Він цілком слушно може припустити, що міжнародне поширення його твору сприятиме більшому прибутку. І саме тому може зажадати більшої суми винагороди за передання права на використання об'єкта авторського права.

Утім особа, котра має бажання отримати певні майнові авторські права, може зауважити, що таке транскордонне поширення сприятиме кращій пізнаваності автора, а отже, переваги для автора будуть радше у площині реклами, тому винагороду можна зменшити. Наприклад, музиканти, бажаючи поширити власні твори серед якомога більшої кількості слухачів, використовують Інтернет-ресурси, викладаючи свої твори у вільний доступ на різних сайтах. Таким чином твори поширюватимуться швидше, а разом з цим і зростатиме популярність. Прибуток же вони отримуватимуть з інших джерел (інтерв'ю, виступи, шоу-програми).

Крім цього, слід чітко розуміти, положень законодавства якої країни дотримуватимуться сторони при укладенні договорів із зарубіжними контрагентами в мережі Інтернет.

Строк. На переконання О. І. Савельєва, строк дії договорів з Інтернет-провайдерами не є суттєвою умовою для цього виду договорів, специфіка послуг, які надаються, передбачає їхній тривалий однотипний характер, а також постійну потребу в них, що зумовлює доцільність укладення договорів на невизначений строк[6].

На нашу думку, те саме може стосуватись і авторських договорів, адже сайт може працювати багато років, роблячи викладений на ньому матеріал доступним. Проте в такому разі обов'язково мають зазначатися умови, за яких володілець авторських прав може забажати припинити використання твору саме на цьому ресурсі та час, за який твір має бути видалено звідти.

Потрібно також звернути увагу на положення ст. 1110 ЦК України, у п. 3 якої встановлено, що за відсутності в ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, який залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на 5 років. Якщо за 6 місяців до спливу зазначеного 5-річного строку жодна зі сторін

[6] Савельев А. И. Гражданско-правовое регулирование договоров между клиентом и Интернет-провайдером в сети Интернет : автореф. дис... канд. юрид. наук. / Савельев Александр Иванович; МГЮА. — М., 2008. — С. 5.

не повідомить письмово другу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений час. У такому разі кожна зі сторін може в будь-який час відмовитися від договору, письмово повідомивши про це другу сторону за 6 місяців до розірвання договору, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін.

Форма договору у мережі Інтернет. Законодавством України передбачена свобода договору. Тож сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору (ст. 627 ЦК України). Крім цього, відповідно до чч. 1, 2 ст. 6 ЦК України, сторони мають право: укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства; врегулювати в договорі, передбаченому актами цивільного законодавства, свої відносини, що не врегульовані цими актами.

Більше того, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд. Однак сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їхнього змісту чи із суті відносин між сторонами (ч. 3 ст. 6 ЦК України).

За браком (а точніше відсутністю) закріплених норм щодо Інтернету в законодавстві України свобода договору дає чи не єдину можливість врегулювати відносини в цій сфері.

Відповідно до ст. 202 ЦК України, правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків. При цьому волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі (ч. 3 ст. 203 ЦК України).

Волевиявлення буває прямим або побічним (конклюдентним). При прямому волевиявленні воля висловлюється словесно (усно чи письмово), при побічному — воля сторін на вчинення правочину прямо не висловлюється, але їхня поведінка засвідчує таку волю до настання певних правових наслідків. Однак застосовуватися побічне волевиявлення може лише у правочинах, які можуть вчинятися сторонами в усній формі, та у випадках прямо визначених законом[7].

---

[7] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2004. — Ч. 1. — С. 286.

Отже, загалом можна виділити три варіанти вчинення правочину в мережі Інтернет:

1) шляхом укладення письмового договору;
2) шляхом укладення усного договору;
3) шляхом здійснення конклюдентних дії.

Розглянемо ці варіанти.

1. Письмовий договір. Загалом, для того, щоб правочин був учинений письмово, потрібно, аби він був підписаний його стороною (сторонами). Завдяки підписанню тексту правочину стороною(ами) здійснюється ідентифікація цих осіб, забезпечується визначеність того, що певна особа особисто брала участь у вчиненні правочину, посвідчується намір сторони прийняти на себе зобов'язання відповідно до змісту вчиненого правочину тощо[8].

За ЦК України (ч. 1 ст. 207) правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або в кількох документах, листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного чи іншого технічного засобу зв'язку. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною(ами). Правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюється печаткою (ч. 2 ст. 207 ЦК України). Отже, відповідно до положень цієї статті, з одного боку, обмін листами за допомогою електронної пошти можна вважати вчиненням правочину[9], з другого, — необхідний підпис особи.

---

[8] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2004. — Ч. 1. — С. 290.

[9] Електронне листування є достатнім доказом у США. У справі CX Digital media, Inc. V. Smoking Everywhere, Inc. (SD Fla, Mar. 23, 2011) суд визнав електронне листування між представниками відповідача та позивача достатнім доказом зміни умов договору [Див.: Угриновська О. І. Допустимість доказів, що містяться на електронних носіях / О. І. Угриновська // Закарпатські правові читання. Матеріали V Міжнародної науково-практичної конференції молодих учених та студентів, 25–26 квітня 2013 р. / за заг. ред. Ф. Г. Ващука, П. А. Трачука, І. М. Полюжина. — Ужгород: 2013. — С. 284]. Утім російський дослідник М. А. Дмитрик дотримується думки, що рівнозначним паперовому письмовому документові може бути лише такий електронний документ, у якому інформація виражена з використанням алфавіту, набору букв або інших письмових символів. З огляду на це, обмін електронними документами, що є, наприклад, звукозаписами не може утворювати письмової форми договору — у такому разі через обмін електронними документами здійснюється правочин в усній формі [Див. : Дмитрик Н. А. Способы осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет : автореф. дис... канд.юрид.наук / Николай Андреевич Дмитрик; МГУ им. М. В. Ломоносова. — М., 2007. — С. 18.].

Стаття 6 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» також вказує на те, що електронний підпис є обов'язковим реквізитом електронного документа, що використовується для ідентифікації автора й(або) підписувача електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про електронний цифровий підпис», електронний цифровий підпис — вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору чи логічно з ним поєднується та дає змогу підтвердити його цілісність й ідентифікувати підписувача. Електронний цифровий підпис за правовим статусом прирівнюється до власноручного підпису (печатки) за певних умов.

Згідно зі ст. 4 зазначеного Закону, електронний цифровий підпис призначений для забезпечення діяльності фізичних і юридичних осіб, яка здійснюється з використанням електронних документів. Електронний цифровий підпис використовується фізичними та юридичними особами — суб'єктами електронного документообігу — для ідентифікації підписувача та підтвердження цілісності даних в електронній формі. Він накладається за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа. Тож обидві сторони повинні мати не тільки «генератор» підпису, а й «дешифрувальник».

З огляду на це, цілком логічним буде висновок про те, що навряд чи кожна фізична особа погодиться на отримання ключа для електронного підпису, за який потрібно сплатити гроші, на видачу якого доведеться чекати, особливо якщо йтиметься про поодиноке використання такого підпису. Невирішеним також є питання, як, наприклад, має підписуватися закордонний автор, який надсилає власний матеріал до українського видання; чи як бути українському автору, що захоче надрукуватися за кордоном — де першому взяти український електронний підпис і чи буде наш електронний підпис релевантним за кордоном? І навіть приписи ст. 17 Закону України «Про електронний цифровий підпис» щодо того, що іноземні сертифікати ключів, засвідчені відповідно до законодавства тих держав, де вони видані, визнаються в Україні чинними в порядку, встановленому законом, не можуть гарантувати надійності.

Окрім цього, у ст. 4 Закону України «Про електронний цифровий підпис» зазначено, що використання електронного цифрового підпису не змінює порядку підписання договорів та

інших документів, встановленого законом для вчинення правочинів у письмовій формі.

Саме тому, попри надану можливість, укладення електронних договорів не набуло значного поширення. По-перше, через нечітке законодавче регулювання. По-друге, через складні технічні особливості.

2. Усний договір. Відповідно до ч. 1 ст. 206 ЦК України усно можуть вчинятися правочини, що повністю виконуються сторонами в момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (чи) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність. Договір також, відповідно до ч. 1 ст. 639 ЦК України, може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

Загалом, для авторських договорів законодавець чітко вказав необхідність письмової форми договору: форма договору щодо розпоряджання майновими правами має бути письмовою. У разі недотримання письмової форми договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності такий договір є нікчемним. Проте законом можуть бути встановлені випадки, в яких договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності може укладатись усно (ч. 2 ст. 1107 ЦК України). Саме такий випадок закріплено ч. 1 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», де встановлено, що в усній формі може укладатися договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо).

Основним проблемним моментом при укладенні договору в усній формі є відсутність гарантії сумлінного виконання умов договору у вигляді відповідальності за неналежне його виконання. Крім цього, важливим аспектом є визначення обсягу прав, який передається за договором, адже, згідно з ч. 8 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права», всі майнові права на використання твору, що передаються за авторським договором, мають бути в ньому визначені. Майнові права, не зазначені в авторському договорі як передані суб'єктом авторського права, вважаються такими, що не передані, та зберігаються за ним.

Досліджуючи це питання Е. П. Гаврилов наголошує, що при укладенні усного авторського договору автор передає право на одноразове використання твору — лише цьому органу ЗМІ та на виключній основі. Інакше кажучи, на основі такого

договору ЗМІ не мають права повторно використовувати твір, передавати право на його використання іншим особам, а також забороняти автору передавати цей твір для використання іншими особами. Усний договір не передбачає, що автор передає «оригінальний» твір, тобто той твір, який попередньо ніколи та ніде не використовувався[10]. Підтримуючи цей погляд А. Р. Єрмакова додає, що у випадку, коли видавець бажає отримати більший обсяг прав, він має укласти письмовий договір, який містить відповідні умови[11]. О. Г. Германова також наголошує, що не є порушенням ситуація, коли журналіст опубліковує власний матеріал на шпальтах декількох видань, але ця норма діє тільки в разі, коли він не перебуває в трудових відносинах з власником видання[12]. Загалом ми підтримуємо думку, що про усний договір може йтися лише у випадку використання певного твору конкретним чином, тобто лише щодо одноразового опублікування твору.

3. Конклюдентні дії. До таких договорів можуть належати договори хостингу, договори щодо розміщення об'єктів на сайті. Особа, що бажає укласти такий договір, може просто заповнити форму на сайті (найчастіше ознайомлення з правилами користування й реєстрації) та отримати бажане за хвилину. Та вважати заповнення такої форми укладенням повноцінного письмового договору, на нашу думку, не можна. Втім в цьому випадку відбувається прийняття умов, викладених у правилах, а отже, може йтися про акцептування оферти[13].

Здебільшого, підкреслює Н. В. Аляб'єва, в договорі про надання послуг у мережі Інтернет пропозиція про укладання договору (оферта) є настільки імперативною, що не припускає

---

[10] Гаврилов Э. Авторские договоры в СМИ / Эдуард Гаврилов // Законодательство и практика масс-медиа. — 1999. — № 11.

[11] Ермакова А. Р. Современные вопросы права интеллектуальной собственности в сфере периодической печати : дисс... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Ермакова Алия Равильевна ; Санкт-Петербургский университет МВД России. — Санкт-Петербург, 2002. — С. 194.

[12] Германова О. Г. Авторське право і суміжні права в засобах масової інформації України та Польщі : автореф. дис... канд. філол. наук: 10.01.08 / О. Г. Германова ; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. — Львів, 2006. — С. 9.

[13] Договір оферти (італ. *«пропозиція»*, від лат. *«пред'являти, виставлятиі, пропонувати»*) — звернена до певної особи пропозиція про укладення цивільно-правової угоди з обов'язковим зазначенням усіх умов майбутньої домовленості. Особа, що першою робить пропозицію (оферент), може відмовитися від неї, але доти, доки друга сторона (акцептант) не прийняла пропозиції. Оферта має містити точні вказівки, коли вона вважається прийнятою. З цього моменту правочин вважається чинним [Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. [Електронний ресурс]. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Режим доступу : http://cyclop.com.ua/con-tent/view/1230/58/1/7/#13365].

альтернативи за умови її прийняття, і якщо оферта є імперативом, то укладення договору про надання послуг у мережі Інтернет відбувається лише через акцепт наперед відомої імперативної оферти[14].

Якщо повернутися до розгляду правочинів з погляду мережевих ЗМІ, то прикладом може бути складання супроводжувального листа, що додається автором до твору, який надсилається до редакції для опублікування. З одного боку, супроводжувальний лист у цьому випадку міг би розглядатись як оферта, акцептом могло би бути повідомлення автора редакцією про прийняття рукопису чи власне факт публікації твору. З другого боку, як зазначено в ч. 1 ст. 641 ЦК України, пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору та виражати намір особи, що її зробила, вважати себе зобов'язаною в разі її прийняття. Тож лист має передбачити заздалегідь, на що саме погоджується автор.

Цілком імовірно в типових договорах, які розміщують ЗМІ на своїх сайтах, чітко прописати всі істотні умови таких договорів. І конклюдентними діями в такому разі могло б виявитися надсилання твору автором на адресу редакції. Проте, ми підтримуємо думку А. Р. Єрмакової, котра вказує на те, що зазвичай інформація щодо прийняття й опублікування рукописів, яку публікують ЗМІ, не містить вказівки на розмір і строки виплати винагороди. В будь-якому разі, зазначає вона, розміщення такої інформації не можна вважати офертою, тому що оферта має містити суттєві умови договору та бути адресованою одній або декільком конкретним особам. Вказані оголошення можна розглядати лише як пропозицію зробити оферту (...). А ось розміщення аналогічних оголошень у журналах на кшталт «Аспірант та здобувач», що готові друкувати матеріал, надісланий будь-якою особою, можна вважати офертою, оскільки редакція готова укласти договір з будь-ким, хто відгукнеться на їхню пропозицію[15] (своєю чергою, таке оголошення не можна вважати оригінальним авторським твором — *прим. автора*). О. Богданова, з позицій російського законодавства, також доходить висновку, що надсилання автором твору

---

[14] Аляб'єва Н. В. Договір про надання послуг у мережі Інтернет : автореф. дис... канд. юрид. наук / Аляб'єва Наталія Вікторівна ; ХНУВС. — Х., 2010. — С. 10.
[15] Ермакова А. Р. Современные вопросы права интеллектуальной собственности в сфере периодической печати : дисс... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Ермакова Алия Равильевна ; Санкт-Петербургский университет МВД России. — Санкт-Петербург, 2002. — С. 192.

на офіційну електронну пошту періодичного друкованого видання не може розглядатись як оферта[16].

Окрім цього, можуть виникнути обставини, за яких редакція не публікуватиме матеріал, наприклад, виявиться, що дані статті недостовірні чи можуть зашкодити честі та гідності іншої особи. На підтвердження нашої думки, А. Р. Єрмакова зазначає: «внутрішньоорганізаційні й технічні дії редакції та навіть попередній набір рукопису ще не є доказом погодження про прийняття рукопису»[17].

О. Богданова радить періодичним виданням розмістити на офіційному сайті інформацію для авторів із зазначенням суттєвих умов ліцензійного договору щодо надання права використання твору, зокрема й про розмір винагороди чи методику її розрахунку[18]. Водночас вбачається суперечливою пропозиція автора вважати договір таким, що укладений в усній формі (в якому погоджені питання з виплатою винагороди) з моменту підписання автором розрахункової відомості, тому що розрахункова відомість підписується після публікації статті, а погодити винагороду потрібно перед випуском видання у світ. Більше того, незрозумілим є те, як таку відомість підписуватиме автор з іншої країни та чи вважатиметься перерахунок коштів, скажімо на електронний гаманець автора, достатнім практичним підтвердженням виплати погодженої винагороди.

Особливості договорів

Предметом договору щодо **розпоряджання майновими правами** є майнові права на певний об'єкт інтелектуальної власності як нематеріальне благо[19]. При укладенні такого договору необхідно чітко визначити обсяг прав, який передається; порядок передачі твору від автора замовнику.

Слушною також вбачається порада[20] проконтролювати чи є в договорі положення, що зобов'язує користувача реалізувати відповідним способом отримані права та в які строки.

---

[16] Богданова О. Риск ответственности периодического печатного издания при публикации произведений авторов, направленных по электронной почте / О. Богданова // ИС. Авторское право и смежные права. — 2010. — № 9. — С. 16.
[17] Ермакова А. Р. Современные вопросы права интеллектуальной собственности в сфере периодической печати : дисс... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Ермакова Алия Равильевна ; Санкт-Петербургский университет МВД России. — Санкт-Петербург, 2002. — С. 192.
[18] Богданова О. Там само.
[19] Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 6 : Право інтелектуальної власності / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — (Коментарі та аналітика). — Х. : ФО-П Лисяк Л. С. — С. 549.
[20] Там само. — С. 561.

Предметом **договору на надання доступу до мережі Інтернет** є дії Інтернет-провайдера щодо забезпечення можливості відправлення й отримання користувачем даних у мережі Інтернет. У договорі предмет конкретизується вказівкою на тип підключення до мережі зв'язку Інтернет-провайдера та зумовленої швидкості передачі даних[21]. Ці види договорів є класичними письмовими договорами про надання послуг і укладаються між майбутнім користувачем мережі та робітником компанії-провайдера, не вимагають нотаріального засвідчення.

Договори з провайдерами доступу до мережі Інтернет загалом прямо не стосуються авторсько-правових відносин, проте завдяки таким договорам створюються умови для реалізації автором власних прав. Так, доступ до мережі забезпечує авторові можливість оприлюднити власний твір, довести його до загального відома.

Сьогодні широко обговорюється питання необхідності встановлення відповідальності провайдера за матеріали, що стають доступними широкому загалу завдяки їхній діяльності. Своєю чергою, аналіз договірного регулювання відносин у цій сфері дозволив виявити характерні риси правового становища провайдера, що відображені у змісті договорів, зокрема провайдер доступу не несе відповідальності за зміст, який передається його мережами, а також не контролює інформацію, що передається; провайдер доступу має право на відключення абонента від мережі, у випадках, коли надання послуг може спричинити загрозу безпеки мережі та(чи) третім особам або у випадку вчинення абонентом протиправних дій, а також при невиконанні умов договору чи порушенні чинного законодавства України.

Аналіз практики укладення цього виду договору свідчить про те, що інколи у деяких договорах на протилежну сторону покладаються обов'язки:

«...не використовувати послугу для здійснення нелегальної діяльності, зокрема й не здійснювати несанкціоновану розсилку листів (СПАМ), неавторизований доступ до комп'ютерних систем, програмного забезпечення, даних та інших матеріалів, що захищені авторським правом, копіювати та поширювати їх (ТОВ «Київконект»)»;

---

[21] Савельев А. И. Гражданско-правовое регулирование договоров между клиентом и Интернет-провайдером в сети Интернет : автореф. дис... канд. юрид. наук / Савельев Александр Иванович; МГЮА. — М., 2008. — С. 10.

«...не використовувати IP-адресу, надану Укртелекомом за цим Договором, у протиправних цілях. Не використовувати Послугу для поширення забороненої інформації, а також інформації, яка порушує право інтелектуальної власності. Вживати всіх необхідних заходів щодо безпеки інформації (непоширення спаму), яка передається через мережу Інтернет (ВАТ «Укртелеком»)».

Усе вищевикладене засвідчує необхідність удосконалення національного законодавства та перегляду положень, які регулюють діяльність провайдерів і встановлюють їхній правовий статус.

Договори хостингу, на переконання М. В. Гури та Н. В. Аляб'євої, належать до категорії договорів про надання послуг, проте мають стосунок до договорів на використання об'єкта авторського права — створеного сайту. Згідно зі ст. 901 ЦК України, за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, що споживається в процесі вчинення певної дії чи здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором

М. В. Гура зазначає, що за договором надання послуг з розміщення Інтернет-сайту в мережі Інтернет провайдер зобов'язується за завданням замовника надати послугу з розміщення Інтернет-сайту на власному сервері та його підтримку протягом дії договору, а замовник зобов'язується оплатити зазначену послугу[22]. Н. В. Аляб'єва дає більш розгорнуте визначення: за договором про надання послуг хостингу виконавець зобов'язується розмістити на інформаційно-технічних ресурсах web-сторінки й інші дані, надані замовником у цифровому вигляді, а замовник зобов'язується прийняти послуги, надані виконавцем, і оплатити їх у порядку та на умовах, визначених цим договором. Виконавець має право залучати третіх осіб для виконання прийнятих на себе за цим договором зобов'язань[23].

За договором на розміщення інформаційного ресурсу (сайту) в мережі Інтернет оператор зв'язку зобов'язується на-

[22] Гура М. В. Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту в Україні : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Гура Максим Васильович; НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2006. — С. 187.
[23] Аляб'єва Н. В. Договір про надання послуг у мережі Інтернет : автореф. дис... канд. юрид. наук / Аляб'єва Наталія Вікторівна; ХНУВС. — Х., 2010. — С. 12.

дати доступ користувачам мережі Інтернет до інформаційного ресурсу споживача через розміщення цього ресурсу на обладнанні, що постійно підключене до мережі Інтернет, для надання доступу до нього споживача послуги чи третіх осіб через мережу Інтернет, а користувач послуги зобов'язується сплатити за надані послуги та використовувати їх відповідно до договору, закону або інших правових актів[24].

М. В. Гура наголошує, що сторонам потрібно досягнути окремо згоди щодо адреси, яку Інтернет-сайт отримує у результаті дій провайдера. Беручи до уваги що власник Інтернет-сайту має право змінити провайдера в майбутньому, необхідно у договорі передбачити, щоб ця унікальна електронна адреса була зареєстрованою на ім'я замовника. У такому разі замовник не матиме проблем з майбутньою зміною провайдера[25].

Якщо інше не передбачено законом, договір про надання послуг у мережі Інтернет є укладеним з моменту, коли користувач пристав на чинні умови шляхом приєднання до стандартних умов послугонадавача[26].

Не заперечуючи викладеного, потрібно акцентувати увагу на такому. Нині послуги хостингу надаються багатьма компаніями дистанційно. Користувачеві, що бажає отримати домен, достатньо лише заповнити реєстраційну форму на сайті та через деякий час отримати доступ до свого ресурсу. Звісно, якщо ця послуга платна, такий доступ він отримає лише після сплати певної суми. Проте варто зазначити, що багато хостинг-провайдерів надають нині безкоштовний хостинг (переважно для некомерційних проектів і з обмеженою кількістю «місця» та можливостей). Ось чому спостереження зазначених вище авторів щодо обов'язкової сплати послуг нині є неактуальними.

Розглядаючи питання укладення договорів хостингу щодо розміщення сайту в мережі, виникає необхідність порівняти таких суб'єктів, як провайдер і видавець. Не зважаючи на те, що законодавство закріплює різні права й обов'язки провайдера та видавця, які між собою не мають нічого спільного, проте

---

[24] Петровский С. В. Правовое регулирование оказания Интернет-услуг Москва : дисс... канд. юрид. наук / Петровский Станислав Витальевич; Российская Правовая Академия.— М., 2002. — С. 96.

[25] Гура М. В. Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту в Україні : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Гура Максим Васильович; НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2006. — С. 188.

[26] Аляб'єва Н. В. Договір про надання послуг у мережі Інтернет : автореф. дис... канд. юрид. наук / Аляб'єва Наталія Вікторівна; ХНУВС. — Х., 2010. — С. 14.

однією з функції обох є допомога в донесенні певного *інтелектуального творчого* продукту до споживача. Так, видавець надає допомогу в підготовці та випуску видання, а провайдер (хостинг або контент) створює умови для розміщення твору в мережі. Також вони обидва причетні до розповсюдження такого твору. У випадку порушення прав третіх осіб видавець вилучає тираж з продажу, а провайдер має всі технічні можливості видаляти сайт з мережі.

Якщо порівнювати провайдера та видавця можна звернути увагу ще й на такий момент. Видавець може представляти інтереси автора, а провайдер лишається осторонь. Однак, наприклад, при використанні псевдоніма певною особою, провайдер лишається чи не єдиною особою, що знатиме, хто ховається під цим псевдонімом.

На нашу думку, потребує подальшого обговорення питання розширення правового статусу хостинг- і контент-провайдерів та надання їм певних повноважень, які наразі є у видавця.

Договір на створення веб-сайту[*]. Національне цивільне законодавство закріплює можливість укласти договір на створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, згідно з яким одна сторона (творець — письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установлений строк (ст. 1112 ЦК України).

Загалом предметом договору замовлення є майнові права на твір, який після завершення його створення має передаватися замовнику[27]. На переконання М. В. Гури, предметом договору на створення сайту мають бути: створення (розробка) сайту та передача майнових прав на створений Інтернет-сайт[28]. Необхідність такого визначення предмета договору зумовлена тим, що сьогодні, згідно зі ст. 430 ЦК України, майнові права мають належати творцеві та замовникові спільно, якщо інше не встановлено в договорі.

---

[*] Не зважаючи на те, що п. 3 ст. 1107 ЦК України містить такий вид договору, як договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, вбачаємо за доцільне розмежувати їх з огляду на те, що сайт може не бути створеним на замовлення, а зробленим на певному шаблоні.

[27] Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 6 : Право інтелектуальної власності / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — (Коментарі та аналітика). — Х. : ФО-П Лисяк Л. С. — С. 574.

[28] Гура М. В. Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту в Україні : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Гура Максим Васильович; НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2006. — С. 181.

Своєю чергою, С. В. Петровський (який називає Інтернет-сторінки гіпертекстовими документами*) звертає увагу на те, що основною специфікою таких договорів є те, що в них мають відображатися права на гіпертекстовий документ не лише як на комп'ютерну програму, але і як на сукупність дизайнерських рішень. Відповідно, головним чином ідеться про створення в електронній формі сукупності інформаційної структури (одиниці інформації: текст, таблиці, графіки тощо, їхній взаємозв'язок) та її дизайнерського оформлення (наприклад рекламні тексти) надаються замовником[29].

Предмет договору він пропонує сформулювати таким чином: «Замовник зобов'язується надати вихідні матеріали для інформаційного наповнення, прийняти та сплатити створені гіпертекстові документи для розміщення у всесвітній мережі Інтернет, а Виконавець бере на себе зобов'язання особисто розробити гіпертекстові документи та передати всі виключні права на них Замовникові»[30].

Водночас загальним проблемним питанням цього виду договорів (і не лише в мережі) є те, що такий договір, виходячи з формулювання, може укладатися лише з фізичними особами. На переконання Н. Є. Яркіної та В. Л. Мусіяки[31] у випадку, коли укладається схожий договір, за яким юридична особа зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності, використовуючи потенціал своїх працівників, цей договір не підпадатиме під регулювання ст. 1112 ЦК України.

---

* «Гипертекстовый документ — текстовой документ, содержащий ссылки на другие документы в виде адреса расположения этих документов в сети. В отличие от обычного документа, имеющего ссылки на используемую литературу, адрес, указанный в гипертекстовом документе позволяет найти и загрузить в память компьютера тот документ, на который осуществлена ссылка.

В настоящее время стандарт гипертекстовых документов позволяет включать в качестве ссылок не только другие тексты, но и изображения, аудио- и видеоматериалы, иными словами, любую информацию, которая может быть представлена в электронном виде. Не случайно, поэтому, работа в Интернет для многих ассоциируется именно с гипертекстовыми документами или, как их еще называют, Интернет-страницами». [Див. посилання 29].

[29] Петровский С. В. Специфика договоров на создание гипертекстовых документов (Интернет-страниц) / С. В. Петровский [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.russianlaw.net/law/ip/copyright/a108.

[30] Там само.

[31] Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 6 : Право інтелектуальної власності / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — (Коментарі та аналітика). — Х. : ФО-П Лисяк Л. С. — С. 574.

На таку неврегульованість звертає увагу й О. В. Жилінкова[32]. Вона доречно підкреслює, що наслідком ігнорування особливостей суб'єктів авторського права у даному випадку може бути звернення справжнього автора (фізичної особи) до суду з вимогами, наприклад, про додаткові виплати, позаяк фактично майнові права на результати його творчості (вебсайт) за договором не передано замовникові. Адже первісно юридична особа («виконавець») не була володільцем відповідних майнових прав.

На нашу думку, юридична особа-роботодавець може виконувати посередницькі функції — прийняти замовлення. Втім обов'язково окремо мають бути укладені договори з працівниками-виконавцями щодо передання їхніх прав на створену ними частину сайту. Схожої думки дотримується К. С. Басманова, котра називає особу-посередника між авторами (правоволодільцями) та замовником організатором створення сайту. Вона зазначає, що спочатку здійснюється передання прав на результати інтелектуальної діяльності, що призначені для використання у складі Інтернет-сайту, від авторів (інших правоволодільців) до організатора створення Інтернет-сайту, формується єдиний об'єкт — Інтернет-сайт. На другому етапі права на Інтернет-сайт (об'єкти виключних прав у його складі) передаються від організатора створення до замовника[33].

Договори на використання сайту. Російський правознавець П. В. Бабарикін підкреслює, що порядок використання сайту визначається власником. Залежно від сторін, які беруть участь у правовідносинах щодо використання сайту, спрямованості та характеру використання сайту, він виокремлює такі види зобов'язань:

- договір супроводу сайту Інтернет;
- договір прокату (аренди) сайту Інтернет;
- договір використання сервісів сайту Інтернет.

Загальними ознаками таких договорів є те, що договір використання сайту Інтернет є вільним, взаємним, консенсуальним, зазвичай, двостороннім та оплатним; стороною за договором є власник сайту, який придбаває послуги щодо супроводження

---

[32] Жилінкова О. В. Договір про створення вебсайта на замовлення. Інформаційні правовідносини та право інтелектуальної власності як інститути приватного права : четверті цивілістичні читання, привячені памяті О. А. Підопригори, 25.03.2010 р. : зб. наук. доп. та ст. — К. : Київський університет, 2011. — С. 151–154.

[33] Басманова Е. С. Интернет-сайт как объект имущественных прав : автореф. дис... канд. юрид. наук / Басманова Екатерина Сергеевна. — М., 2010. — С. 26.

сайту Інтернет, здає сайт в прокат (аренду) або надає послуги через сайт мережі; форма договору — проста письмова[34].

Розглянемо ці види договорів більш докладно.

1. Договір супроводу сайту.

«Власник сайту сам вирішує питання про те, чи буде він самостійно, власними силами, проводити додавання нових, оновлення наявних або видалення застарілих електронних документів і цифрових творів, чи доручить іншій особі або групі осіб здійснювати таку діяльність <...> У такому договорі правомочності передаються на певний строк, протягом якого виконавець зобов'язаний здійснювати оновлення сайту, та не ведуть до зміни власника сайту»[35].

У зв'язку з цим, на нашу думку, цілком логічним вбачається поділ таких договорів на декілька підвидів:

1) адміністрування сайту (оновлення «технічних» файлів — програмного забезпечення, антивірусу, видалення шкідливих програм, спаму тощо);
2) оновлення структури сайту (з метою кращого його відображення в мережі, збільшення рейтингу, відвідуваності тощо);
3) інформаційне оновлення сайту (видалення застарілого контенту, додавання нового тощо).

Очевидно, що у двох останніх випадках наявне використання об'єктів авторського права. Такої ж думки дотримується й П. В. Бабарикін, який підкреслює, що «договір супроводу сайту Інтернет прийнято відносити до групи зобов'язань з надання послуг з елементами авторського договору»[36].

2. Договір прокату (оренди) сайту. Є однією з форм розпоряджання майновими правами.

«Оренда сайту Інтернет дозволяє орендаторові, зазвичай, за помірну плату придбати в тимчасове користування необхідний набір засобів для здійснення власної діяльності в Інтернеті... Цей договір, зазвичай, є договором приєднання»[37].

Статтею 441 (ч. 1 п. 7) ЦК України серед способів використання твору передбачено його продаж, передання в найм (оренду).

---

[34] Бабарыкин П. В. Гражданско-правовое регулирование создания и использования сайтов сети Интернет : дис... канд. юрид. наук / Бабарыкин Петр Валерьевич ; Санкт-Петербургский университет МВД России. — Санкт-Петербург, 2005. — С. 90.
[35] Там само. — С. 91, 96.
[36] Там само. — С. 96.
[37] Там само. — С. 92.

Прокат — передача твору іншим особам у тимчасове користування за обумовлену плату. Здача в майновий найм — передача права володіння та користування оригіналом аьо примірником твору на певний строк з метою одержання прямої чи опосередкованої комерційної вигоди[38]. Варто особливо підкреслити, що Закон України «Про авторське право і суміжні права» (п. 10 ч. 3 ст. 15) надає авторові чи іншому суб'єкту авторського права на твір право на прокат лише п'яти видів творів, навіть якщо такий прокат здійснюється з комерційною метою. До них належать:

1) комп'ютерні програми;
2) бази даних;
3) аудіовізуальні твори;
4) музичні твори в нотній формі;
5) твори, зафіксовані у фонограмі чи відеограмі або в формі, яку зчитує комп'ютер[39].

На наше переконання, сайт цілком підпадає під зазначені категорії — це і комп'ютерна програма, і база даних, твір зафіксований у формі, яку може зчитувати комп'ютер. Окрім цього, сайт можна розглядати як майновий комплекс. Однак у будь-якому разі орендатор по закінченні дії договору втрачає можливість здійснювати володіння ним.

Стосовно майнових прав користування сайтом Інтернет як твором в цілому й окремими цифровими творами зокрема, потрібно погодитися з думкою, що в договорі прокату (оренди) сайту варто закріпити положення про те, що майнові права користування відповідними творами передаються на термін дії договору прокату (оренди сайту Інтернет)[40].

3. Договір використання сервісів сайту Інтернет.

Сервіси, тобто послуги, котрі надає сайт, можуть бути різноманітними. П. В. Бабарикін наводить такий перелік: електронна пошта, он-лайн ігри, доступ до електронних докумен-

---

[38] Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 6 : Право інтелектуальної власності / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — (Коментарі та аналітика). — Х. : ФО-П Лисяк Л. С. — С. 177.

[39] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін. ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 184.

[40] Бабарыкин П. В. Гражданско-правовое регулирование создания и использования сайтов сети Интернет : дис... канд. юрид. наук / Бабарыкин Петр Валерьевич ; Санкт-Петербургский университет МВД России. — Санкт-Петербург, 2005. — С. 99.

тів і цифровим творам або їхнє розміщення на сайті Інтернет, Інтернет-банкінг, служби знайомств, форуми тощо[41]. Щодо об'єктів авторського права з цієї категорії варто виокремити: договори на використання розміщених на сайті об'єктів авторського права та договори на розміщення об'єкта на сайті.

К. С. Басманова розглядає також випадки передання прав на Інтернет-сайти за умов відсутності організатора створення такого сайту: за самоорганізації авторів; за договором без прийняття на себе замовником функцій організатора; у випадку створення сайту однією особою. Відносини між авторами за їхньої самоорганізації вона пропонує оформлювати чи послідовною низкою договорів, які регулюють створення кожного похідного твору на основі вихідного, або через складання одного загального договору, що регулює відносини авторів зі створення Інтернет-сайту[42]. На нашу думку, таку схему можна реалізувати хіба що через специфічну реєстраційну форму.

Договори на використання розміщених на сайті об'єктів авторського права. Загалом такі договори за змістом є схожими зі звичайними (офф-лайновими) договорами та залежать від виду твору щодо якого укладається договір (літературний, музичний, твір дизайну тощо) та обсягу прав, які передаються.

У цьому випадку формулювання предмета договору потребує опису індивідуалізуючих ознак об'єкта інтелектуальної власності[43].

Договір на розміщення об'єкта на сайті. Як вказує П. В. Бабарикін, при розміщенні користувачем об'єкта, щодо якого він є автором або правоволоділцем, припускається передання невиключного права використання відповідного об'єкта володільцю сайту Інтернет <...> Але Закон не допускає презумпції переходу окремих майнових прав при здійсненні певних дій автором або правоволоділцем[44].

---

[41] Там само. — С. 95.
[42] Басманова Е. С. Интернет-сайт как объект имущественных прав : автореф. дис... канд. юрид. наук / Басманова Екатерина Сергеевна. — М., 2010. — С. 27.
[43] Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 6 : Право інтелектуальної власності / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — (Коментарі та аналітика). — Х. : ФО-П Лисяк Л. С. — С. 558.
[44] Бабарыкин П. В. Гражданско-правовое регулирование создания и использования сайтов сети Интернет : дис... канд. юрид. наук / Бабарыкин Петр Валерьевич ; Санкт-Петербургский университет МВД России. — Санкт-Петербург, 2005. — С. 101.

Договори цієї категорії можна розділити два види:

1) використання службового твору роботодавцем, який є власником сайту;
2) розміщення певного твору користувачем на ресурсі третьої особи.

У першому випадку маємо звичайний договір щодо використання службового твору. У цьому випадку не варто забувати про неузгодженість ст. 429 ЦК України зі ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» щодо належності майнових прав на твір. Утім у ЦК України законодавець залишив можливість вирішити це питання в договорі.

У другому випадку користувач використовує технічні та програмні засоби власника сайту для розповсюдження певного твору. «Небезпечним» у цьому випадку може бути те, що користувач не матиме прав на здійснення таких дій. Саме тому обов'язковим положенням договору має бути покладання відповідальності за порушення авторських прав на користувача. Це також може бути договір оферти. Загалом нині більшість сайтів, які надають змогу користувачам розміщувати їхні матеріали, вимагають заповнення певної реєстраційної форми чи підтвердження ознайомлення з правилами поведінки на сайті та відповідальністю за порушення прав третіх осіб.

Винагорода. Плата. Ціна. Розмір і порядок виплати авторської винагороди є однією з істотних умов, щодо якої сторонами має бути досягнуто згоди, відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права». Своєю чергою, ст. 1109 ч. 2 ЦК України оперує терміном «плата за використання об'єкта права інтелектуальної власності», а у Главі 52 використовується поняття «ціна договору».

Згідно з ч. 1 ст. 632 ЦК України, ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. У випадках, встановлених законом, застосовуються ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування.

Відповідно до національного законодавства у сфері авторського права встановлюються мінімальні ставки авторської винагороди. При цьому законодавець не допустив можливості безоплатного використання твору з комерційною метою. І в такому випадку при укладенні авторського договору виплата винагороди має бути відображена в договорі.

Утім нині мінімальні ставки не гарантують автору економічної вигоди від використання власних творів. Саме тому вони потребують перегляду.

Отож, виходячи з викладеного, ціною авторського договору і є винагорода. Як відомо, винагорода може встановлюватися у формі паушальних платежів або роялті. На наше переконання, немає жодних підстав відступати від цього правила і в Інтернеті, до того ж з розвитком технологій фінансові механізми розрахунків спрощуються.

Розглядаючи питання винагороди не можна не звернути увагу й на діяльність організацій колективного управління які мають право на збір такої винагороди.

Необхідність укладення договорів з організаціями колективного управління викликана тим, що авторам досить складно відслідковувати всі випадки використання творів, а тим, хто бажає використовувати авторські твори — знайти особисто автора й узгодити з ним порядок виплати винагороди. Окрім цього, така практика дозволяє значно економити час.

У межах системи колективного управління правоволодільці уповноважують організації колективного управління здійснювати управління їхніми правами: відслідковувати використання їхніх творів, вести переговори з можливими користувачами, видавати їм ліцензії за відповідну винагороду та за певних умов, збирати таку винагороду й розподіляти її між правоволодільцями[45].

Зазвичай, такі ліцензії називають бланкетними. Утім вітчизняне законодавство цей термін не використовує.

Як зазначають П. Мегс та О. Сергеєв, бланкетні ліцензії використовуються в тих випадках, коли витрати, пов'язані з веденням переговорів щодо отримання ліцензії, стають невиправдано дорогими. Наприклад, невиправдано дорогою може стати індивідуальна ліцензія для радіостанції чи ресторану на передання в ефір або на виконання в залі певної пісні. У багатьох країнах діють спеціальні організації, що керують авторськими правами, вони видають радіостанціям, ресторанам та інших подібним установам одну бланкетну ліцензію одразу на виконання широкого кола музичних творів. Схожі організації представляють колективні інтереси й авторів журнальних статей[46].

---

[45] Право інтелектуальної власності : акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 266.

[46] Мэггс П. Б. Интеллектуальная собственность/ П. Б. Мэггс, А. П. Сергеев. — М. : Юристъ, 2000. — С. 157.

Бланкетною ліцензією є ліцензія, що надає ліцензіату право виконувати *(perform)* усі твори з репертуару за певною визначеною платою, що не змінюється незалежно від того, скільки музики з репертуару ліцензіат фактично використав[47].

Бланкетна ліцензія — це ліцензія, що дозволяє користувачу музики виконувати *(perform)* будь-яку чи всі з більш ніж 8,5 млн пісень з репертуару ASCAP* більшою чи меншою мірою за власними вподобаннями. Ліцензіати платять щорічну винагороду за ліцензію. Бланкетна ліцензія позбавляє користувачів музики паперової роботи, проблем і витрат пов'язаних з відшуканням власників прав та переговорів з ними, щодо тих творів, які можуть використовуватися протягом року й допомагають убезпечити користувача від ненавмисного порушення авторських прав членів товариства та багатьох зарубіжних композиторів, чия музика ліцензується в США організацією ASCAP[48].

Як зазначають російські правники, звернувшись до організації колективного управління, користувач отримує права, управління якими здійснює ця організація, на умовах простої (невиключної) ліцензії. Наявність договірних відносин з організацією колективного управління суттєво полегшує життя користувачеві, від якого вимагається лише щоквартально звітувати про використані твори та сплачувати узгоджену винагороду. Зобов'язання щодо розподілу сум цієї винагороди та його виплати покладено на організацію[49].

Використання бланкетних ліцензій у російській практиці можна проілюструвати на прикладі сайту Lib.ru. Створювач цього сайту, М. Мошков наводить таку схему: «Розраховуєш загальну кількість кліків, розкладаєш їх за авторами, переказуєш гроші РОМС* зі списком, кому скільки належить. РОМС підсумовує всі надходження з усіх сайтів та роздає гроші авторам — кому скільки надійшло. Якщо автор цих грошей не за-

---

[47] Blanket license [Electronic recourse]. — Access mode : http://itlaw.wikia.com/wiki/Blanket_license.

* The American Society of Composers, Authors and Publishers — Американське товариство композиторів, авторів та видавців

[48] Common Music Licensing Terms : Blanket license [Electronic recourse]. — Access mode : http://www.ascap.com/licensing/termsdefined.aspx.

[49] Нейман Л. Правовые основы телерадиовещания [Электронный ресурс] / Лейла Нейман. — Режим доступа : http://broadcasting.ru/articles2/Regandstan/pravovie-osnovi-teleradioveschaniya.

* Российское общество мультимедиа и цифровых сетей (зараз діяльність товариства припинено — прим. авт.

бирає, вони накопичуються на його рахунку, поки він не зволить прийти та забрати їх»[50].

Отже, основною умовою бланкетного ліцензування є наявність договорів між товариством і правоволоділь цями, а потім — між товариством та користувачами. Фактично маємо ланцюжок: правоволоділець — товариство — користувач. Суттєвою ж відмінністю російської та американської моделей є те, що в американському варіанті користувачеві не потрібно складати списки використаних творів і розраховувати суми, що мають сплачуватися за ці твори. Саме тому, американська модель є більш простою та зрозумілою, її можна застосовувати і в Україні. Та при такому застосовуванні має виконуватися низка умов:

1) організація колективного управління не має права збирати винагороду за авторів, з яким вона не уклала договорів;
2) автор може передати право на певний твір лише одній організації колективного управління, щоб уникнути ситуації, коли декілька організацій отримують ліцензію на один й той самий твір.

На нашу думку, у вітчизняному законодавстві не закладені механізми, що дозволяють здійснювати бланкетне ліцензування творів. Крім цього, як засвідчує практика, один і той самий термін використовують для позначення різних підходів до ліцензування. Проте беззаперечним є також і те, що питання укладення ліцензійних договорів щодо використання творів у мережі Інтернет потребує подальшої розробки.

Форс-мажорні обставини чи обставини непереборної сили.

Непереборна сила — це надзвичайна та невідворотна за певних умов подія <...>, яка характеризується тим що:

- це зовнішня щодо діяльності сторін обставина;
- це надзвичайна, тобто неординарна, нерядова обставина, яку неможливо відвернути в будь-який спосіб;
- це подія, котру неможливо відвернути засобами, наявними в цієї особи в конкретних умовах її діяльності.

Наведені ознаки непереборної сили є обов'язковими та мають комплексний характер. Відсутність будь-якої з наведених ознак вважається за відсутність непереборної сили[51].

---

[50] Мошков М. Максим Мошков: «Lib.ru уже третий год делает отчисления авторам» [Электронный ресурс] : [интервью с руководителем проекта Lib.ru Максимом Мошковым]. — Режим доступа : http://art.thelib.ru/internet/game/maksim_moshkov_libru_uzhe_tretiy_god_delaet_otchisleniya_avtoram.html#ixzz1oeNDRbqa.

[51] Цивільне право України : акад. курс : підруч. : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — Вид. 2-ге, доп. і перероб. — К. : Ін Юре, 2006. — Т. 1. Загальна частина. — С. 121–122.

Цей пункт договору не є істотним, але з метою запобігання конфліктних ситуацій він може міститись у договорі. Зазвичай, перелік таких обставин мало відрізняється один від одного — стихійні лиха, військові конфлікти тощо. Проте у випадку з Інтернетом потребують подальших теоретичних розробок такі питання:

1. Чи вважати зникнення світла форс-мажорною обставиною та обставиною, що їй не можна було запобігти (встановити пристрій безперешкодного подання електрики — для автора, окрема підстанція — для провайдера)?
2. Чи є хакерська або DDos-атака обставинами непереборної сили (якому не могли запобігти відомі системи захисту)?
3. Чи вважати «згоряння» жорсткого диска фізичної особи такої обставиною чи ж можна було дублювати дані (на флешці, зовнішньому жорсткому диска) або слідкувати за станом жорсткого диску постійно?

Зазвичай, такі обставини включаються в розділ договору під назвою «Відповідальність», де, зокрема, може вказуватися, що провайдер не несе відповідальності перед споживачем за затримки чи перебої в роботі, що виникають з причин, які лежать поза сферою контролю провайдеру, зокрема, пошкодження систем передавання на території іншої держави, недоступність серверів, поза адмініструванням провайдера, тощо. Провайдер не несе майнової відповідальності перед споживачем за наслідки дії непереборної сили (землетрус, повінь, ураган тощо), викрадення чи пошкодження зловмисниками лінійних і станційних споруд, які використовуються провайдером.

На думку П. В. Бабарикіна[52], варто також пам'ятати про те, що власник сайту може особисто не надавати послуг хостингу, а придбавати їх в іншої особи, але це не позбавляє його відповідальності за можливу непрацездатність сайту, що орендується.

[52] Бабарыкин П. В. Гражданско-правовое регулирование создания и использования сайтов сети Интернет : дис... канд. юрид. наук / Бабарыкин Петр Валерьевич ; Санкт-Петербургский университет МВД России. — Санкт-Петербург, 2005. — С. 99.

Розділ 8

Цивільно-правова відповідальність за порушення авторських прав

Норма ст. 431 ЦК України «Наслідки порушення права інтелектуальної власності» встановлює, що порушення права інтелектуальної власності, зокрема й невизнання цього права чи посягання на нього, тягне за собою відповідальність, встановлену цим Кодексом, іншим законом чи договором[1].

Згідно зі ст. 34 «Відповідальність за невиконання авторського договору» Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. сторона, що не виконала або неналежним чином виконала зобов'язання за авторським договором, зобов'язана відшкодувати іншій стороні всі збитки, й упущену вигоду також. Якщо автор не передав твір замовникові відповідно до умов авторського договору замовлення, він повинен відшкодувати замовникові збитки, зокрема й упущену вигоду. Спори щодо відповідальності за невиконання умов авторських договорів вирішуються в суді[2].

Чинне законодавство України не містить норм, які встановлюють спеціальні правила щодо відповідальності за порушення авторських договорів.

Оскільки зазначені договори є цивільно-правовими, то при вирішенні питання про відповідальність за їх порушення необхідно керуватися положеннями цивільного права України, котрі визначають підстави, умови та форми цивільно-правової відповідальності за порушення договорів. Водночас при вирішенні питань, пов'язаних із застосуванням заходів цивільно-правового захисту прав та інтересів потерпілої сторони, не-

---

[1] Цивільний кодекс України [Текст] : закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України . — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
[2] Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12.

обхідно враховувати специфіку суспільних відносин, які регулюються авторським правом, зокрема дотримуватись принципу свободи творчості. Так, наприклад, при невиконанні видавничого договору видавець не має права вимагати виконання його в натурі, оскільки порушується свобода творчості, хоча при неналежному виконанні ця вимога буде правомірною. Крім цього, варто брати до уваги, що надання твору видавцеві в неналежному стані, за відсутності вини автора, може сприйматись як творча невдача, але при цьому автор має довести відсутність своєї недобросовісності[3].

На це звертається увага й у юридичній літературі. Так, наприклад, на думку О. П. Сергєєва, специфіка відповідальності за порушення авторського договору полягає в тому, що спектр можливих заходів примусу тут істотно вужчий, аніж в інших цивільно-правових зобов'язаннях. Основні обов'язки сторін за авторським договором не можуть бути виконані під примусом. Не можна примусити автора створити та надати твір, внести до нього виправлення тощо, так само як неможливо, наприклад, примусити організацію-замовника розпочати використання твору. Тож примус у цій сфері, зазвичай, обмежується розірванням договору та поверненням сторін у первісний стан, відшкодуванням збитків і деякими іншими заходами[4].

Як бачимо, зазначений автор використовує в цьому контексті термін «відповідальність» для позначення широкого кола правових наслідків порушення договору, зокрема й розірвання договору, реституцію, відшкодування збитків тощо, серед яких заходом цивільно-правової відповідальності є лише відшкодування збитків.

Він і сам визнає, що цивільно-правова відповідальність завжди має бути пов'язана з покладенням на порушника будь-яких додаткових майнових обтяжень у вигляді позбавлення його певних майнових прав або виникнення для нього нових майнових обов'язків. Отож, наприклад, не вважаються відповідальністю примусові заходи, що застосовуються до боржника для виконання ним тих обов'язків, покладених на нього в силу вже чинного зобов'язання, зокрема примусове стягнення боргу, усунення недоліків, що були виявлені у виконаній роботі,

[3] Завальная Ж. В. Видавничий договір як вид авторського договору : автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ж. В. Завальная. — К. : ІДІП НАНУ, 2002. — С. 9.
[4] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А. П. Сергеев : учебник / 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Велби, Проспект, 2004. — С. 303.

тощо. У таких випадках боржник не зазнає жодних майнових втрат, а лише виконує під примусом те, що він мав виконати добровільно[5]. Проте, на думку О. П. Сергєєва, хоча в теоретичному сенсі «широке» тлумачення відповідальності є достатньою мірою уразливим, у практичному можна погодитися з пропозицією тих учених, які пропонують враховувати специфіку авторських правовідносин і використовувати у сфері, що розглядається, ширше значення відповідальності, включаючи в неї будь-які заходи, що справляють на правопорушника негативний вплив. Так, той же обов'язок повернути отриманий за договором аванс, хоча й не є для автора додатковим обтяженням, але, безумовно, має для нього негативне значення. Так само дострокове розірвання договору може мати негативний наслідок для користувача, тому що здійснені ним заходи для підготовки використання твору виявляються марними[6].

На нашу думку, як у теоретичному, так і в практичному сенсі необхідно керуватися чітким розумінням того, що становить цивільно-правова відповідальність і чим її заходи відрізняються від інших заходів цивільно-правового впливу, зокрема — від інших правових наслідків порушення договору. Цивільне праве володіє широким «арсеналом» засобів, за допомогою яких здійснюється правовий уплив на поведінку учасників цивільних правовідносин. І відсутня жодна потреба в тому, щоби називати «відповідальністю» те, що нею не є.

Стаття 611 ЦК України «Правові наслідки порушення зобов'язання» встановлює, що в разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом. При цьому перелік таких наслідків має вичерпний характер і чітко визначається в цій же статті:

1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору;
2) зміна умов зобов'язання;
3) сплата неустойки;
4) відшкодування збитків і моральної шкоди.

До речі, Цивільний кодекс Російської Федерації (далі — ЦК РФ) не містить статті, аналогічної ст. 611 ЦК України, проте російському цивільному праву відомі всі інститути, ви-

[5] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации [Текст] / А. П. Сергеев : учебник / 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Велби, Проспект, 2004. — С. 303.
[6] Там само. — С. 304.

значені у ст. 611 ЦК України. А отже, «арсенал» відповідних правових засобів цивільного права Росії теж є широким, і звуження його за рахунок об'єднання кількох правових засобів під назваю «відповідальність», як це допускає О. П. Сергєєв, видається недоцільним.

За правовою природою сплата (стягнення) неустойки, відшкодування збитків і моральної шкоди є заходами цивільно-правової відповідальності, а припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання та зміна умов зобов'язання є заходами захисту, хоча Господарський кодекс України зазначені способи відносить до заходів господарсько-правової відповідальності, називаючи їх оперативно-господарськими санкціями[7].

Стаття 34 Закону України «Про авторське право і суміжні права» містить лише вказівку на те, що порушник договору має відшкодувати збитки, а про неустойку в ній не йдеться. Та це зовсім не означає, що сторони авторського договору не можуть передбачити в ньому сплату неустойки як правовий наслідок порушення договору, тому що можливість використання зазначеного заходу закріплена в статтях 16 і 611 ЦК України.

На практиці сторони авторських договорів часто використовують неустойку як захід цивільно-правової відповідальності. Так, наприклад, у ліцензійних договорах приєднання, що укладаються між авторами літературних творів і видавництвами, часто зазначається, що в разі порушення термінів оплати видавництво сплачує пеню в розмірі 0,2 % від несплаченої в строк суми за кожен день прострочення.

Отже, цивільно-правова відповідальність за порушення авторських договорів можлива у формі відшкодування збитків і сплати неустойки. Що ж стосується можливості компенсації моральної шкоди в разі порушення авторського договору, то застосування такого заходу видається вельми проблематичним.

Незважаючи на те, що ст. 23 «Відшкодування моральної шкоди» міститься у главі 3 «Захист цивільних прав та інтересів» Книги першої ЦК України «Загальні положення», а ст. 611 ЦК України (що стосується загальних положень зобов'язального права) визначає відшкодування моральної шкоди як правовий наслідок порушення зобов'язання, зазначений захід цивіль-

[7] Канзафарова І. С. Коментар до Глави 51 ЦК «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання» / І. С. Канзафарова // Цивільний кодекс України : науково-прктичний коментар : у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2004. — Ч. 2. — С. 77.

но-правової відповідальності притаманний сфері деліктних правовідносин, а не договірних. Хоча в чинному цивільному законодавстві України є норми, що передбачають можливість відшкодування моральної шкоди за порушення умов договору (статті 700, 1076 ЦК України). Так, згідно з ч. 2 ст. 1076 ЦК України, такий обов'язок покладено на банк стосовно клієнта за договором банківського рахунку в разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю; ч. 3 ст. 700 ЦК України передбачає такий обов'язок продавця за договором роздрібної купівлі-продажу в разі ненадання покупцеві можливості негайно одержати повну та достовірну інформацію про товар у місці його продажу.

Пояснюючи закріплення в ЦК України певних положень щодо відшкодування моральної шкоди в договірних відносинах, С. І. Шимон зауважує, що очевидно, в цих випадках закон пов'язує виникнення моральної шкоди не з порушенням майнових прав, а з посяганнями на немайнові права учасників договору. Проте таких обмежень не містить ст. 611 ЦК України, котра вказує, що в разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема й відшкодування збитків і моральної шкоди. Вказане положення по-різному оцінюється фахівцями, проте більшість схиляються до думки, що відшкодування моральної шкоди в договірних правовідносинах може здійснюватись винятково у випадках, прямо передбачених законом, а також якщо відповідний обов'язок передбачено для боржника договором[8].

Так, наприклад, на думку Ж. В. Завальної, при порушенні суб'єктивних авторських прав у договірних відносинах автор зазнає таких же моральних страждань, як і при порушеннях своїх прав у позадоговірних відносинах, тому в договорі може бути обумовлена можливість відшкодування моральної шкоди[9].

На нашу думку, більш переконливою в цьому сенсі є позиція В. Д. Примака, котрий вважає, що положення ст. 23 і п. 4 ст. 611 ЦК України відображають зовсім не подібну до відшкодування збитків (як притаманний будь-яким цивільним правовідносинам спосіб захисту цивільних прав та інтересів) універсальність відшкодування моральної шкоди, а лише ймовірність

[8] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — С. 723.

[9] Завальная Ж. В. Видавничий договір як вид авторського договору : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ж. В. Завальная. — К. : ІДІП НАНУ, 2002. — С. 10.

виникнення деліктних правовідносин, спрямованих на компенсацію немайнових втрат потерпілого, також і у зв'язку з порушенням правовідносин (відносних) із заздалегідь визначеними учасниками, тобто регулятивного зобов'язання, в якому останній брав участь. Очевидно, що тут немає місця для інтеграції відшкодування моральної шкоди у механізм тієї самої договірної відповідальності. Замість цього відбувається своєрідне переплетення, поєднання, паралельне застосування кількох самостійних правових засобів, які діють у відмінних за змістом сферах цивільно-правового регулювання[10].

Цивільний кодекс України передбачає повну відповідальність сторін авторських договорів. При цьому при покладенні на порушника відповідальності немає різниці, є він автором чи користувачем. На відміну від цього, ЦК РФ встановлює різні правила для покладення відповідальності на автора та користувача. Так, наприклад, відповідальність автора базується на загальному принципі відповідальності за вину і в авторських договорах замовлення обмежується обов'язком відшкодувати реальну шкоду, завдану замовникові. Інші збитки, яких зазнав замовник, зокрема упущена вигода, не відшкодовуються. Що стосується користувача, то він у більшості випадків несе відповідальність незалежно від своєї вини щодо невиконання обов'язків за договором (п. 3 ст. 401 ЦК РФ), при цьому відповідає перед автором у повному обсязі[11].

При порушеннях авторських прав досить важко визначити й оцінити збитки. Тож законодавець надає потерпілому право вибору способу судового захисту свого права. Так, відповідно до п. г ч. 1 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р., при порушеннях будь-якою особою авторського права й (або) суміжних прав суб'єкти авторського права та (чи) суміжних прав мають право подавати позови про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), й упущеної вигоди[12] також, або стягнення доходу, отриманого порушником від порушення ним авторського права й (або) су-

---

[10] Примак В. Відшкодування моральної шкоди у контексті реалізації принципу свободи договору [Текст] / В. Примак // Юридична Україна. — 2009. — № 3. — С. 64–72.

[11] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А. П. Сергеев : учебник / 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Велби, Проспект, 2004. — С. 304.

[12] У розмір збитків, завданих особі, права якої порушено, додатково можуть бути враховані судові витрати, понесені цією особою, а також витрати, пов'язані з оплатою допомоги адвоката.

міжних прав[13], або виплату компенсацій. При визначенні компенсації, що має бути виплачена замість відшкодування збитків або стягнення доходу, суд зобов'язаний у встановлених законом межах визначити розмір компенсації, враховуючи обсяг порушення та (чи) наміри відповідача. Згідно з п. г ч. 2 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права», розмір зазначеної компенсації може становити від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат.

На нашу думку, надання потерпілому права вибору способу захисту свого права є важливою юридичною гарантією реального захисту порушених прав та інтересів. Поряд з цим, з огляду на ініціативний характер цивільно-правової відповідальності та підвищення ролі договірної саморегуляції в умовах побудови в України правової держави і громадянського суспільства, вважаємо, що в ЦК України доцільно було б закріпити як один із загальних способів відшкодування майнової шкоди сплату потерпілому відповідної компенсації.

Що ж стосується використання зазначеного способу захисту при порушенні авторських прав, то воно дозволяє правоволодільцеві отримати належну компенсацію у випадках, коли реально довести розмір завданих збитків дуже важко, а в разі відсутності у порушника бухгалтерської документації — просто неможливо.

Підстави й умови цивільно-правової відповідальності за порушення авторських договорів

Цивільне законодавство України не містить спеціальних положень щодо підстав і умов цивільно-правової відповідальності за порушення авторських договорів. Отож цілком логічним буде звернення до загальних положень цивільного права щодо підстав і умов цивільно-правової відповідальності.

У вітчизняній цивілістичній літературі є усталеною думка про те, що загальною юридичною підставою всіх видів юридичної відповідальності є порушення норми права, а фактичною підставою цивільно-правової відповідальності є правопорушення як юридичний факт. При цьому цивільне правопо-

[13] У юридичній літературі висловлюється думка, що дохід правопорушника в такому разі й є тією упущеною вигодою, що, найвірогідніше, могла бути отримана правоволодільцем, але надійшла в дохід правопорушника. Як упущену вигоду, розглядають щонайменше весь дохід, який був незаконно отриманий порушником прав інтелектуальної власності (Див. : Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — С. 286).

рушення визначається як «протиправна дія або бездіяльність особи, що порушує норми актів цивільного законодавства або умови договору, і з якою договір або закон пов'язують виникнення цивільно-правової відповідальності[14].

Як бачимо, у наведеному визначенні цивільного правопорушення останнє ототожнюється з протиправною поведінкою, позаяк визначається як «протиправна дія або бездіяльність особи, що порушує норми актів цивільного законодавства або умови договору». Проте з цим не можна погодитись, оскільки зміст категорії «правопорушення» в більшості випадків не зводиться тільки до протиправної поведінки, а ним охоплюються й такі складові, як шкода (збитки), причиново-наслідковий зв'язок і вина. Це прямо випливає власне з існування концепції правопорушення та його складу. Хоча в юридичній літературі неодноразово зверталась увага на те, що юридична конструкція складу правопорушення є чужорідною для цивільного права, тому необхідно відмовитися від неї та говорити про традиційні «умови цивільно-правової відповідальності»[15].

Умови цивільно-правової відповідальності поділяються на загальні та спеціальні. Загальні умови є типовими для більшості цивільних правопорушень, а спеціальні є додатковими до них[16]. До загальних умов належать: протиправне порушення особою покладених на неї обов'язків і суб'єктивних прав інших осіб; наявність шкоди (збитків), завданої протиправною поведінкою правопорушника; наявність причинового зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника та шкідливими наслідками, що настали; наявність вини правопорушника. А специфічні для конкретного випадку умови відповідальності, зазвичай, є лише конкретизацією загальних умов цивільно-правової відповідальності стосовно обставин конкретної справи[17].

---

[14] Цивільне право України : підручник : у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 277.

[15] Канзафарова І. С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні : дис... докт. юрид. наук: 12.00.03 / І. С. Канзафарова. — К. : ІДІП НАНУ, 2007. — С. 218.

[16] Цивільне право України : підручник / у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 277–278.

[17] Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — М. : Статут, 2000. — С. 318–319.

Протиправна поведінка як умова цивільно-правової відповідальності за порушення авторських договорів

Протиправними, за цивільним правом України, визнаються дії (бездіяльність), які порушують права та обов'язки, закріплені чи санкціоновані нормами цивільного права, а також ті, які хоча й не передбачені конкретною нормою права, але суперечать загальним засадам цивільного законодавства.

У сфері дії права мова йде лише про юридично значущу поведінку індивідуальних або колективних суб'єктів права, що постають як учасники суспільних відносин, регульованих правом. Зовні вона виражається у фізичних або вербальних поведінкових актах[18], найчастіше буває усвідомленою, підпадає під юридичну оцінку й тягне за собою певні правові наслідки.

Чинне законодавство України не містить визначення поняття «порушення авторських прав». Приблизний перелік таких порушень закріплений у ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права», котра відносить до порушень, що дають підстави для судового захисту, такі:

1) вчинення будь-якою особою дій, що порушують особисті немайнові права суб'єктів авторського права й (або) суміжних прав, визначені статтями 14 і 38 цього Закону, та їхні майнові права, визначені статтями 15, 39, 40 і 41 цього Закону, з урахуванням передбачених статтями 21–25, 42 і 43 цього Закону обмежень майнових прав;
2) піратство у сфері авторського права й (або) суміжних прав — опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (зокрема й комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм та програм організацій мовлення;
3) плагіат — оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, що не є автором цього твору;
4) ввезення на митну територію України без дозволу осіб, які мають авторське право й (або) суміжні права, примірників творів (зокрема й комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм, програм мовлення;
5) вчинення дій, що створюють загрозу порушення авторського права й (або) суміжних прав;

[18] Казьмин П. Ф. Общие проблемы права в условиях научно-технического прогресса / П. Ф. Казьмин. — М., 1986. — С. 9.

6) будь-які дії для свідомого обходу технічних засобів захисту авторського права й (або) суміжних прав, зокрема виготовлення, розповсюдження, ввезення з метою розповсюдження і застосування засобів для такого обходу;
7) підроблення, зміна чи вилучення інформації, зокрема в електронній формі, про управління правами без дозволу суб'єктів авторського права й (або) суміжних прав чи особи, що здійснює таке управління;
8) розповсюдження, ввезення на митну територію України з метою розповсюдження, публічне сповіщення об'єктів авторського права й (або) суміжних прав, з яких без дозволу суб'єктів авторського права й (або) суміжних прав вилучена чи змінена інформація про управління правами, зокрема в електронній формі.

Як бачимо, наведений загальний перелік порушень авторських прав дозволяє скласти уявлення про те, що власне таке зазначені порушення. Та стосовно порушення авторських договорів більш прийнятним буде оперування таким поняттям, як «порушення зобов'язання».

Норма ст. 610 ЦК України визначає порушення зобов'язання як його невиконання чи виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання).

Отже, коли сторона авторського договору не виконує своїх зобов'язань або виконує їх з порушенням умов, визначених договором, вона порушує договірне зобов'язання, тобто її поведінка є протиправною.

Необхідно зазначити, що у вітчизняній і зарубіжній навчальній та науковій юридичній літературі поняття «протиправна поведінка» та «неправомірна поведінка» використовуються як тотожні. Втім деякі автори вважають, що така позиція є помилковою, оскільки протиправною поведінкою є тільки ті дії, котрі порушують приписи норм, які мають зобов'язальний або заборонний характер. Звідси випливає, що категорія неправомірних дій не вичерпується діями протиправними: її зміст охоплює ще один вид явищ, які не цілком відповідають нормам права, але й не суперечать їхнім обов'язковим приписам[19]. Стосовно сфери цивільно-правового регулю-

[19] Мындря Д. И. Недействительность сделки и неправомерность действия (недействительность сделок с точки зрения классификации юридических фактов) / Д. И. Мындря // Цивилистические записки : межвузовский сб. научных трудов. Выпуск 2. — М. : Статут; Екатеринбург : Институт частного права, 2002. — С. 416–417.

вання у такому разі маються на увазі ті випадки, коли суб'єкти здійснюють вибір певних варіантів поведінки в межах диспозитивних норм, а також ті випадки, коли відповідно до ч. 1 ст. 11 ЦК України цивільні права й обов'язки виникають з дій осіб, не передбачених актами цивільного законодавства, але за аналогією породжують правові наслідки.

Оскільки протиправна поведінка сторін авторських договорів може проявлятись у формі невиконання чи неналежного виконання договірних зобов'язань, насамперед необхідно з'ясувати, що мають на увазі під невиконанням і неналежним виконанням зобов'язань у цивільному праві.

Невиконання зобов'язання за своєю сутністю є протиправною бездіяльністю. Так само, як і дія, бездіяльність може призвести до певних шкідливих наслідків, але, з юридичного боку, бездіяльність не може бути зведена до простої пасивності суб'єкта. У правовому значенні вона є невчиненням конкретної дії, тобто такої, що наказувалася суб'єкту, ставилася йому в обов'язок. Однак є автори, котрі не розрізняють дію та бездіяльність. Так, наприклад, Ф. Полячек вважає, що між дією та бездіяльністю немає жодної якісної різниці, позаяк мова йде про питання, чи придатний цей спосіб людської поведінки для здійснення людиною впливу на навколишні обставини[20].

Як слушно зазначає О. С. Іоффе, бездіяльність особи є протиправною, коли особа повинна була та могла діяти: «повинна була» — юридичний критерій, що передбачає правовий обов'язок вчинити певні дії; «могла» — фізичний критерій, який передбачає фактичну можливість їх вчинення[21].

Справді, визначення наявності правового обов'язку вчинити певні дії має суттєве значення, тому що бездіяльність може мати і правомірний характер (так, наприклад, ч. 2 ст. 517 ЦК України закріплює право боржника не виконувати свій обов'язок у разі заміни кредитора до надання боржникові доказів переходу до нового кредитора прав у зобов'язанні).

На відміну від правомірної бездіяльності, бездіяльність як форма неправомірної поведінки є порушенням обов'язку вчинити певні дії. Та поряд з цим необхідно встановити фактичну можливість вчинення зазначених дій конкретною особою в кон-

---

[20] Цит.за: Малинин В. Б. Объективная сторона преступления / В. Б. Малинин, А. Ф. Парфенов. — СПб. : Изд-во юрид. ин-та (Санкт-Петербург), 2004. — С. 35.

[21] Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1975. — С. 111.

кретних обставинах, чи мала особа реальну можливість вчинити певні дії. При цьому потрібно зважати не лише на фізичний і психічний стан особи, але й на її особисті якості.

Для кваліфікації бездіяльності як протиправної поведінки необхідно отримати відповідь на два запитання: чи повинна була особа діяти *та* чи могла вона діяти? І лише, якщо на обидва запитання будуть отримані позитивні відповіді, може йти мова про покладення на особу цивільно-правової відповідальності[22].

Зазначені положення повною мірою мають враховуватись при кваліфікації поведінки сторін авторських договорів як бездіяльності — невиконання договірних зобов'язань.

З позицій теорії права, невиконання зобов'язання є негативним юридичним фактом. Ще Д. І. Мейер акцентував увагу на необхідності розподілу юридичних фактів на позитивні та негативні[23]. Зокрема, він писав: «Юридичні дії розподіляються <...> на позитивні та негативні <...> Ознака, за якою впізнається негативна дія, полягає в тому, що особі необхідно було вчинити певну дію, але особа не вчиняє цієї дії: тут є акт волі та прояв її зовні, але тільки не такий прояв, коли є вчинення позитивної дії <...> про існування негативної дії ми судимо на основі неіснування дії позитивної»[24].

У радянські часи така пропозиція висувалася й О. О. Красавчиковим, який під позитивним юридичним фактом розумів такий юридичний факт, зміст якого становить наявне (чи таке, що сталося раніше) явище дійсності[25]. Ми також поділяємо цю позицію. Позитивними є факти завдання шкоди, факти укладення договору, факти виконання зобов'язань тощо. Під негативним ж юридичним фактом необхідно розуміти юридичний факт, який відображає у своєму змісті відсутність певного явища (обставини) в певних умовах, з яким (відсутністю відповідного явища) закон пов'язує юридичні наслідки. При цьому відсутнім повинен бути не негативний факт, а те явище, котре становить зміст такого факту. Найбільш типо-

[22] Безумовно, при цьому в кожному конкретному випадку будуть враховуватись й інші умови цивільно-правової відповідальності.
[23] Мейер Д. И. Русское гражданское право. Чтения Д. И. Мейера, изданные по запискам слушателей / Д. И. Мейер; под ред. А. И. Вицына. — Изд-е 8-е, с испр. и доп. А. Х. Гольмстена. — С.-Петербургъ : Типография Д. В. Чичинадзе, 1902. — С. 119–120.
[24] Там же.
[25] Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1958. — С. 91–93.

вим негативним юридичним фактом є невиконання боржником покладеного на нього обов'язку[26].

Згідно зі ст. 526 ЦК України, зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору, вимог ЦК України й інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов і вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту чи інших вимог, які звичайно ставляться, а ст. 527 ЦК України закріплює обов'язковість виконання зобов'язання належними сторонами.

Аналіз вищевказаних та інших загальних положень дає підстави до висновку, що поняття належного виконання зобов'язання охоплює виконання його належними суб'єктами, в належному місці, в належний строк (термін), щодо належного предмета та належним способом.

Якщо при виконанні авторських договорів порушується хоча б одна з вищевказаних вимог, таке виконання вважається неналежним. А коли боржник взагалі не вчинив дії (або не утримався від дії), що становить предмет зобов'язання, або допустив порушення таких умов, які надають кредитору право відмовитися від прийняття виконання, й останній реалізував це право, наявне невиконання зобов'язання[27].

Цивільне законодавство України передбачає різні види авторських договорів, кожний з яких має свої істотні умови та зміст. Відповідно, відрізняються й можливі порушення зазначених договорів. Так, наприклад, серед порушень ліцензійного договору можна назвати такі: використання твору способом, не передбаченим у договорі, порушення умов договору про строк і територію використання твору, перевищення тиражу твору, передбаченого договором тощо[28]. При цьому потрібно звернути увагу на те, що додатковий тираж слід вважати контрафактним, оскільки примірники будуть випущені у світ поза договором. За таке порушення має застосовуватися відповідальність як за позадоговірне порушення авторського права, тобто відповідно до закону України «Про авторське право і суміжні права»[29].

---

[26] Там же.
[27] Канзафарова І. С. Виконання зобов'язань / І. С. Канзафарова // Цивільне право України : академ. курс : підруч. : у 2 т. / за ред. Я. М. Шевченко. — Вид. 2-е, доп. і перероб. — К. : Ін Юре, 2006. — Т. 1. Загальна частина. — С. 637–653.
[28] Коваль И. Имущественная ответственность за нарушение авторских прав / И. Коваль // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2009. — № 2. — С. 58–62.
[29] Завальная Ж. В. Видавничий договір як вид авторського договору : автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К. : ІДІП НАНУ, 2002. — С. 10.

Ще один приклад. Протиправна поведінка учасників договорів про розпоряджання майновими правами на музичний твір може здійснюватись: автором твору (іншою особою, котрій належить авторське право); користувачем твору за договором. Порушення умов договору автором (іншою особою, якій належать майнові авторські права на музичний твір) може мати такі прояви:

1) ненадання автором музичного твору користувачеві;
2) неналежне виконання автором роботи;
3) відмова автора від внесення виправлень до музичного твору, що були йому запропоновані в порядку й у межах, встановлених договором;
4) виконання роботи не автором, а іншою особою;
5) передання майнових прав на музичний твір іншим особам окрім користувача;
6) надання дозволу на використання твору з порушенням домовленості з користувачем (у разі надання виключної чи одиничної ліцензії).

До порушень, які вчиняються користувачем за договором, належать:

1) відмова прийняти музичний твір, що створювався на замовлення, якщо він відповідає всім встановленим у договорі вимогам;
2) внесення змін до твору чи його перекручення без згоди автора;
3) несвоєчасна, неповна сплата авторської винагороди або відмова від її сплати[30].

Наявність шкоди (збитків) як умова цивільно-правової відповідальності за порушення авторських договорів

У цивільному праві України наявність шкоди (збитків) є обов'язковою умовою деліктної відповідальності та договірної відповідальності у формі відшкодування збитків.

Категорії «шкода», «збитки», «втрата» є одними з основних категорій теорії цивільно-правової відповідальності.

Шкода — це родове поняття негативних наслідків правопорушення. У сучасній теорії та практиці термін застосовується для визначення наслідків правопорушення, що проявляються в пошкодженні чи знищенні майна потерпілого, заподіянні ка-

[30] Жилінкова О. В. Договори в сфері реалізації авторських прав на музичний твір : монографія / О. В. Жилінкова. — Х. : Ксилон, 2008. — С. 204–205.

ліцтва або смерті, спричиненні душевних, моральних страждань і переживань особі (моральна шкода). У вказаних випадках мають на увазі ті негативні наслідки, що настають при порушенні належних потерпілому майнових або особистих немайнових прав та благ. Більшість вчених вважають, що шкода може бути майновою та немайновою (фізичною та моральною). Деякі фахівці, загалом дотримуючись розподілу шкоди на майнову та немайнову, не поділяють останню на фізичну та моральну. Так, наприклад, Д. В. Боброва визначає шкоду як зменшення чи знищення майнових або немайнових (особистих) благ, які охороняються законом, і поділяє її на два види: майнову (що має певну економічну цінність і обраховується у грошах) та моральну (немайнову), яка не має економічного змісту[31].

Крім терміна «шкода», в законодавстві та практиці застосовується також термін, який російською мовою визначається як «ущерб», а в українськомовному варіанті знов-таки «шкода» або «втрата». Спеціалісти визначають «ущерб» як натурально-речову форму вираження шкоди, котрій відповідає один з установлених законом способів її відшкодування — відшкодування в натурі (надання речі того ж типу та якості, усунення пошкоджень речі тощо). В. О. Тархов вважає, що слово «ущерб» є синонімом слова «шкода», але з метою узгодження термінології цивілістики пропонує під «ущербом» розуміти лише майнову шкоду, а збитком називати грошове вираження «ущербу»[32].

М. М. Агарков ще в 1944 р. у підручнику з цивільного права зазначав, що «шкодою називається будь-яке зменшення того чи того особистого або майнового блага», а «шкода, завдана майну та виражена у грошовій сумі, називається збитком»[33].

Л. А. Лунц звертає увагу на те, що строго кажучи, термін «завдані збитки» є неточним, оскільки «несправний» боржник (або правопорушник) завдає не збитки у грошовому їх вираженні, а завдає «ущерб» у натуральній формі, що в умовах товарно-грошових відносин може отримати й отримує вираження в грошовому еквіваленті збитків, який підлягає відшкодуванню[34].

---

[31] Боброва Д. В. Зобов'язання із заподіяння шкоди / Д. В. Боброва // Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — Ч. 2. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — С. 514.

[32] Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В. А. Тархов. — Саратов, Изд-во Саратов. ун-та, 1973. — С. 141.

[33] Гражданское право : учебник для юрид. ин-тов / под ред. М. М. Агаркова и Д. М. Генкина. — Т. I. — М. : Юриздат, 1944. — С. 328.

[34] Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. — М. : Госюриздат, 1950. — С. 365.

Отож грошова оцінка майнової шкоди визнається збитком, який і підлягає компенсації (відшкодуванню) при неможливості, недоцільності чи відмові потерпілого відшкодувати шкоду в натурі. Та О. С. Іоффе вважає, що так буває не завжди: якщо внаслідок невиконання договірного зобов'язання його контрагентом суб'єкт господарської діяльності не одержує запланованого прибутку, він несе збитки, але його майну не завдається ніякої шкоди. Тож необхідно відмовитися від визначення збитків лише як грошової оцінки майнової шкоди[35].

Легальне визначення поняття збитків міститься в ч. 2 ст. 22 ЦК України: «Збитками є:

1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки);
2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода)».

Як бачимо, ЦК України ототожнює поняття «збитки» та «шкода», хоча, як ми вже зазначали, зазначені поняття не є тотожними[36].

Крім розподілу збитків на реальні збитки й упущену вигоду, у вітчизняному цивільному праві, залежно від характеру причинового зв'язку, розрізняють збитки прямі та непрямі. Останні не відшкодовуються.

Необхідно враховувати, що відповідно до законодавства України, збитки відшкодовуються в повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування в меншому чи більшому розмірі, але передусім необхідна їх наявність, оскільки умовою цивільно-правової відповідальності є саме *наявність* шкоди (збитків).

Доказати наявність і розмір збитків повинен кредитор. На підставі аналізу судової практики важко визначити, які способи та прийоми розрахунку збитків застосовують суб'єкти-потерпілі від правопорушення, адже вони доводять наявність збитків. Та зазначені питання є дуже важливими, бо відповідно до ст. 60 ЦПК України кожна сторона зобов'язана довести

---

[35] Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1975. — С. 99.

[36] Додатково див. : Канзафарова І. С. Категорія шкоди (збитків) у цивільному праві / І. С. Канзафарова // Держава і право : зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. Вип. 19. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Спілка юристів України, 2003. — С. 320–323.

ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, окрім випадків, встановлених ст. 61 ЦПК України.

Найважчою справою при доведенні наявності та розміру збитків є доведення наявності та розміру упущеної вигоди.

У сфері авторського права, визначаючи розмір упущеної вигоди, управомочений суб'єкт має враховувати: роздрібну ринкову вартість примірників творів; зазвичай, використовувану плату за відповідні види використання творів; можливість винагороди за аналогічне використання в умовах ліцензійного договору, яке або раніше встановлювалося з власником прав за попередніми договорами, або є звичайною практикою в цій сфері; прибуток від реалізації примірників твору, що прогнозувався, але не був отриманий через поширення контрафактної продукції; інші подібні показники. Крім цього, для визначення рівня збитків можуть бути враховані масштаби порушення (способи неправомірного використання, обсяги контрафактної продукції, її вартість на ринку, територія розповсюдження, негативний уплив на подальшу діяльність власника прав та її прибутковість тощо).

Беручи до уваги проблематичність доведення розміру упущеної вигоди при порушенні авторського права, вітчизняна судова практика практично не знає випадків позитивного вирішення цього питання.

Певною мірою це пов'язано з тим, що, відповідно до ч. 4 ст. 623 ЦК України, «при визначенні неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються заходи, вжиті кредитором щодо їх одержання». Та в будь-якому разі, відповідно до принципів добросовісності та розумності кредитор повинен вжити заходів для зменшення збитків, а не пасивно спостерігати за тим, як вони збільшуються.

Міжнародна комерційна практика також висуває зазначені вимоги. Так, наприклад, у ст. 77 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. закріплено обов'язок потерпілої сторони застосувати заходи, що є розумними за певних обставин, для зменшення шкоди[37]; у ст. 7.4.8. Принципів УНІДРУА зазначається, що сторона, яка не виконала зобов'язання, не відповідає за шкоду, котру зазнала потерпіла сторона, у тій мірі, в якій

[37] Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р..

шкода могла бути зменшена в результаті розумних кроків потерпілої сторони, а остання, своєю чергою, має право на відшкодування будь-яких витрат, розумно здійснених при спробах зменшити шкоду[38].

Обов'язок доводити вжиття розумних заходів задля зменшення збитків покладається на потерпілого, тому всі вчинені у зв'язку з цим дії та витрати необхідно підтверджувати документально. Нездатність же кредитора обґрунтувати вимоги про відшкодування упущеної вигоди може бути для суду підставою для відмови в задоволенні таких вимог. Такої позиції послідовно дотримуються суди України.

Однак доводити розмір збитків не потрібно, коли сторони авторського договору наперед встановлюють суму компенсації, що її боржник повинен сплатити кредиторові у разі порушення договору. Зазначена сума в юридичній літературі визначається як «тверді» (чи наперед оцінені) збитки. На нашу думку, незважаючи на те, що ця сума називається «збитки», за своєю природою вона є неустойкою, що визначається у твердій сумі[39].

На відміну від ЦК УРСР 1963 р., ЦК України не закріплює можливості нарахування неустойки у твердій сумі, дозволяючи сторонам договору визначати її лише у відсотках, хоча така можливість надається суб'єктам господарювання ГК України.

Можливість встановити в договорі умову щодо наперед оцінених збитків закріплена, наприклад, у Принципах міжнародних комерційних контрактів (Принципах УНІДРУА), ст. 7.4.13 яких називається «Узгоджений платіж при невиконанні» та встановлює: якщо контракт передбачає, що сторона-порушник повинна сплатити встановлену суму потерпілій стороні за допущене порушення, остання має право отримати цю суму, незалежно від розміру дійсної шкоди. Водночас, незалежно від будь-якої домовленості про інше, закріплюється можливість зниження зазначеної суми до «розумних меж», якщо вона є надмірно великою з урахуванням завданої шкоди та інших обставин[40].

---

[38] Принципы международных коммерческих контрактов (Принципы УНИДРУА) // Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — СПб. : Юридический центр «Пресс», 2002. — С. 266.

[39] До речі, ст. 1229 ЦК взагалі встановлює, що «умова про неустойку є відшкодуванням за збитки, які кредитор зазнає внаслідок невиконання основного зобов'язання...».

[40] Принципы международных коммерческих контрактов (Принципы УНИДРУА) // Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — СПб. : Юридический центр «Пресс», 2002. — С. 267.

У країнах англосаксонської правової сім'ї наперед оцінені збитки можуть бути стягнуті лише після з'ясування того, чи є вони дійсно попередньою оцінкою майбутньої шкоди від порушення договору або ж встановлюються з метою впливу на контрагента, щоби спонукати його до належного виконання договірного зобов'язання, тобто мають штрафний характер. В останньому випадку відповідні суми не стягуються, тому що відшкодування збитків розглядається не як покарання за невиконання договірних зобов'язань, а лише як компенсація за майнові втрати, завдані діями контрагента[41].

Наприклад, у договірному праві США розрізняють положення договору, що характеризуються як «штрафи» *(penalties)*, та положення договору, котрі характеризуються як «наперед оцінені збитки» *(liquidated damages)*. Судова практика виходить з того, що якщо положення розглядається як штраф, воно не підлягає виконанню, але інша частина договору лишається в силі й потерпіла сторона має право використовувати звичайні засоби захисту при порушенні такого договору. Якщо положення відповідає вимогам поняття «наперед оцінені збитки» обидві сторони договору вважаються зв'язаними ним і воно застосовується потерпілою стороною замість звичайних засобів захисту[42].

Ще за радянських часів на державному рівні розроблялися певні методичні вказівки щодо визначення та стягнення збитків[43]. Зазначена практика поширене й сьогодні. Та деякі фахівці у певних сферах діяльності (зокрема у сфері права інтелектуальної власності) розробляють власні рекомендації щодо визначення та стягнення збитків[44].

---

[41] Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте / А. С. Комаров. — М. : Юрид лит., 1991. — С. 141.

[42] Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран. Отдельные институты / И. С. Канзафарова. — Х. : Одиссей, 2003. — С. 129.

[43] Див.: Методические указания о порядке определения и взыскания убытков, причиненных организациям и предприятиям системы Министерства торговли СССР нарушением обязательств по договору поставки, утвержденные Приказом Министерства торговли СССР от 21 февраля 1985 г. № 37; Временная методика определения размера убытков, причиненных нарушениями хозяйственных договоров (приложение к письму Госарбитража СССР от 28 декабря 1990 г. № С-12/НА-225 [Электронный ресурс] // Комп'ютерна система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА : — Закон.

[44] Див., наприклад: Полторак А. Основы интеллектуальной собственности / А. Полторак, П. Лернер ; пер. с англ. — М. : Вильямс, 2004. — С. 171–186.

Причинний зв'язок як умова цивільно-правової відповідальності за порушення авторських договорів

У разі порушення авторських договорів для застосування такого заходу цивільно-правової відповідальності, як відшкодування збитків, необхідно довести наявність причинового зв'язку між протиправною поведінкою сторони-боржника та негативними наслідками, що настали.

Причиновість є філософською, а не спеціально-юридичною категорією. Вона існує та розглядається в межах детермінізму (від лат. *determino* — визначаю) — філософського вчення про об'єктивний, закономірний взаємозв'язок і взаємозумовленість явищ матеріального світу. Основу цього вчення становить положення про існування причиновості, тобто такого зв'язку явищ, в якому одне явище (причина) за певних обставин з необхідністю породжує інше явище (наслідок). Сучасний детермінізм передбачає наявність різноманітних об'єктивно наявних форм взаємозв'язку явищ. Та всі ці форми зрештою складаються на підставі загальної причиновості, поза якою не існує жодне явище дійсності[45].

Складність проблеми причинового зв'язку зумовила появу багатьох теорій причинового зв'язку, серед яких можна назвати: *теорію рівноцінних умов, теорію необхідної умови, теорію адекватного заподіяння, теорію необхідного та випадкового причинового зв'язку, теорію необхідної причиновості, теорію прямого та непрямого причинового зв'язку, теорію можливості та дійсності*. Саме зазначені теорії знайшли широке висвітлення в юридичній літературі. На жаль, вони не дають відповіді на запитання: як визначити причиновий зв'язок, а лише містять відповіді на філософські запитання.

Сучасна концепція причиновості базується на двох основних засадах:

1) генетичному принципі (ніщо не може виникнути із нічого чи перейти в ніщо);
2) принципі закономірності (ніщо не відбувається незакономірним, довільним чином).

Це пояснюється загальною універсальною взаємодією, визнання існування якої означає, що будь-яка річ так чи так, прямо чи непрямо впливає на інші та, своєю чергою, зазнає

[45] Голубинцев В. О. Философия для технических вузов / В. О. Голубинцев, А. А. Данцев, В. С. Любченко. — Ростов-на-Дону : Феникс, 2003. — С. 425. — (Высшее образование).

безпосереднього або опосередкованого впливу інших речей. Такий ланцюг зв'язків і взаємодій об'єднує явища, речі в єдину систему, не перериваючись ніде і ніколи. Визнання хоча б одного безпричинового явища суперечило би визнанню матеріальності світу[46].

Причиновий зв'язок між порушенням авторського договору та завданими таким порушенням збитками є об'єктивним, тобто існує незалежно від свідомості людини. При вирішенні питання щодо цивільно-правової відповідальності сторони-порушника авторського договору зазначений зв'язок лише виявляється й усвідомлюється певними особами, зокрема судом. Причиновий зв'язок завжди є конкретним, він не може бути встановлений шляхом абстрагування від конкретних обставин, за яких виникли збитки. Для встановлення причинового зав'язку, що має безпосереднє значення для настання цивільно-правової відповідальності за порушення авторського договору, необхідно із усього ланцюжка загального взаємозв'язку явищ виділити лише ті, що є необхідними та достатніми для настання збитків у конкретному випадку[47].

«Для того щоб встановити причиновий зв'язок між явищами А і Б, пояснити явище Б, вказуючи його причину А, чи назвати можливі наслідки В 1, В 2, В 3 і т.д. відомої нам причини А, необхідно не тільки вказати відповідні ознаки причиновості, але й відвернути увагу від усіх інших подій, крім А і Б, у цій просторо-часовій області»[48]. Тож для того, щоб встановити, чи перебуває дія або бездіяльність правопорушника у причиновому зв'язку з шкідливими наслідками, що настали, необхідно ізолювати, з одного боку, поведінку правопорушника, з другого, — власне шкідливі наслідки (результат).

Ще в 1956 р. М. Д. Шаргородський зазначав, що принциповими передумовами для правильного теоретичного вирішення проблеми причиновості у праві має бути те, що:

1) існує єдине філософське вчення про причиновість як об'єктивну закономірність природи та суспільства, на під-

---

[46] Малинин В. Б. Объективная сторона преступления / В. Б. Малинин, А. Ф. Парфенов. — СПб. : Изд-во юрид. ин-та (Санкт-Петербург), 2004. — С. 91–92.

[47] Цивільне право України : підручник: у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 284.

[48] Малинин В. Б. Объективная сторона преступления / В. Б. Малинин, А. Ф. Парфенов. — СПб. : Изд-во юрид. ин-та (Санкт-Петербург), 2004. — С. 93.

ставі та відповідно до якого може і повинна вирішуватись проблема причиновості в конкретних науках;

2) учення про причинний зв'язок у праві має бути єдиним для всіх галузей права, вирішувати питання про заподіяння необхідно виходячи із загальних теоретичних положень для всіх випадків відповідальності за протиправний результат[49]. Вважаємо, що вітчизняна юридична наука та практика дотримуються цих вимог.

Вина як умова цивільно-правової відповідальності за порушення авторських договорів

Ще однією умовою цивільно-правової відповідальності за порушення авторських договорів є наявність вини сторони, що порушила договір.

Цивільний кодекс України не визначає поняття вини, а лише вказує умови, за яких особа є невинуватою: «особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання» (абз. 2 ч. 1 ст. 614). Водночас у цивільному законодавстві використовуються терміни «умисел», «необережність», «груба необережність». Однак зазначеної інформації явно недостатньо для того, щоб скласти чітке уявлення щодо поняття вини, позаяк відповідні законодавчі формулювання припускають неоднозначне тлумачення.

Цивільний кодекс УРСР 1922 р. і ЦК УРСР 1963 р., як й інші цивільні кодекси колишніх радянських республік, також не містили визначення вини, що надавало радянським науковцям можливість висловлювати власне бачення вини в цивільному праві. Та всі точки зору з цього приводу можна розподілити на дві групи:

1) коли вина визначається на підставі, так званої, психологічної концепції;
2) коли вина визначається на підставі, так званої, поведінкової концепції.

Психологічна концепція вини, згідно з якою під виною розуміють психічне ставлення особи до її протиправної поведінки та її результату, за радянських часів у спеціальній юридичній літературі домінувала. Так, наприклад, О. С. Іоффе ви-

[49] Шаргородский М. Д. Некоторые вопросы причинной связи в теории права / М. Д. Шаргородский // Советское государство и право. — 1956. — № 7. — С. 42.

значав вину як психічне ставлення особи до вчинюваної нею дії чи бездіяльності, а також до протиправних наслідків, які настають у зв'язку з цим[50]. Г. К. Матвєєв стверджував, що під виною потрібно розуміти психічне ставлення порушника цивільного правопорядку у формі умислу чи необережності до своїх протиправних дій та їхніх шкідливих наслідків[51].

У сучасній цивілістиці країн, так званого, пострадянського простору все більше прихильників знаходить саме поведінкова концепція вини. Так, наприклад, М. І. Брагінський і В. В. Вітрянський вважають, що сучасна доктрина цивільного права за інерцією продовжує в основному залишатись на старих позиціях (радянських часів — прим. авт.), сенс яких полягає в пошуку все нових пояснень необхідності використання в цивілістиці чужих їй кримінально-правових поглядів на вину як один з елементів складу правопорушення, що є «гіпотетичним психічним ставленням правопорушника до своїх дій та їх наслідків»[52]. Їхню позицію поділяє й Н. В. Козлова, на думку якої «об'єктивне розуміння вини та певних її форм відповідає основоположним принципам цивільно-правового регулювання: рівності учасників відносин, презумпції їхніх добросовісності, розумності та солідарності інтересів»[53].

На нашу думку, поняття вини, незалежно від галузі права, базується на положеннях загальної психології, так само, як поняття причинового зв'язку юристи запозичують у філософії, тому твердження М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського щодо «використання в цивілістиці чужих їй кримінально-правових поглядів на вину», котре наводилося вище, має радше емоційний характер, аніж науковий.

Ми є прихильником психологічної концепції вини і вважаємо, що вина — це психічне ставлення особи до її протиправної поведінки та її результату. Під психічним ставленням розуміють оцінку (можливість оцінки) поведінки, передбачення чи можливість передбачення настання шкідливих наслідків.

Вина може виражатися у формі умислу та необережності. Про умисел говорять тоді, коли особа усвідомлює протиправ-

---

[50] Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1975. — С. 138.
[51] Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве / Г. К. Матвеев. — К. : Изд-во КГУ, 1955. — С. 178.
[52] Брагинский М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 1998. — С. 583.
[53] Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица / Н. В. Козлова. — М. : Статут, 2005. — С. 73.

ний характер своєї поведінки та передбачає настання шкідливих наслідків, але свідомо не здійснює запобіжних заходів. Необережність наявна тоді, коли особа хоча й не передбачає негативних наслідків своєї протиправної поведіки, але відповідно до обставин справи могла їх передбачити та запобігти їм. Необережність є простою, коли особа не дотримується таких високих вимог, які висувають до неї як до суб'єкта, що здійснює певний вид діяльності у відповідних умовах. Необережність є грубою, коли особа не дотримується зрозумілих кожному мінімальних вимог.

На зазначені положення необхідно зважати при вирішенні питання щодо наявності чи відсутності вини порушників авторських договорів. При цьому необхідно звернути увагу на те, що вина у формі умислу в сфері цивільного права трапляється рідко. Більше того, для притягнення до цивільно-правової відповідальності, зазвичай, необхідно, щоби протиправна дія була вчинена з вини правопорушника. Та якщо правопорушення скоєно винно й за нього повинна настати відповідальність, то вже після цього питання про обсяг відповідальності вирішується не відповідно до ступеня та характеру вини, а згідно з результатом, який настав, тобто з обсягом завданих збитків[54]. На відміну від кримінального права (в якому вина є не тільки умовою, але й мірою відповідальності, оскільки залежно від її ступеня й інших обставин справи визначається покарання, котре повинен понести злочинець) вина в цивільному праві є тільки умовою відповідальності, тоді як її мірою є результат, який настав.

[54] Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. — Л. : Из-во ЛГУ, 1955. — С. 238–239.

Розділ 9

Оподаткування авторської винагороди

На сьогодні в Україні суспільний прогрес визначається насамперед процесом накопичення знань, що зрештою забезпечує накопичення капіталів.

На жаль, країни, що розвиваються, та країни з перехідною економікою, до яких належить і Україна, ще не в повному обсязі використовують усі переваги та потенційні вигоди інтелектуальної власності.

Сьогодні Україна з 48-мільйонним населенням має один з найбільш високих у світі індексів освіченості (98 %) та дуже великий інтелектуальний потенціал, але, на жаль, лишається країною з низько технологічною промисловістю та слаборозвиненою інфраструктурою.

Тож створення, впровадження й технологічне та економічне, використання результатів інтелектуальної праці приведе до подальшої стабілізації та розвитку національної економіки.

Одними з найбільш поширених прав на об'єкти інтелектуальної власності сьогодні є авторські права.

Відповідно до ст. 421 ЦК України до переліку суб'єктів права інтелектуальної власності належать:

- творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо);
- інші особи, яким належать особисті немайнові та (чи) майнові права інтелектуальної власності відповідно до ЦК України, іншого закону або договору.

Цивільне законодавство України визначило договірні форми розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Зокрема, майнові права на твір можуть бути предметом таких договорів, передбачених ЦК України:

1) ліцензійного договору на використання об'єкта права інтелектуальної власності;

2) договору про створення на замовлення та використання об'єкта права інтелектуальної власності;
3) договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
4) іншого договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Крім цього, розпоряджання майновими права на твір може здійснюватися також на підставі:

1) авторського договору-замовлення, згідно з яким має бути написано (створено) твір для замовника (ст. 1112 ЦК України);
2) авторського договору про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності, згідно з яким замовникові передаються частково або в повному складі такі права (ст. 1113 ЦК України).

Відповідно до законодавства України використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою здійснюється з дозволу особи, що має виключне право дозволяти його використання (ст. 427 ЦК України).

Порядок оподаткування авторської винагороди, що виплачується авторові, залежатиме від предмета договору, укладеного з ним.

Авторському договору замовлення властиві ознаки договору підряду, визначення якого міститься у ст. 837 ЦК України, оскільки в цьому випадку автор зобов'язується створити в майбутньому твір і передати його замовнику, тобто фактично виконати роботи. Згідно зі ст. 1113 ЦК України, за авторським договором про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності замовникові передаються тільки права на користування готовим твором.

Отже, ***винагорода за авторським договором*** замовлення оподатковується так само, як і винагорода за будь-яким цивільно-правовим договором.

З винагороди за Цивільно-правовим договором треба сплатити лише єдиний соціальний внесок (надалі — ЄСВ) і податок на доходи фізичних осіб (надалі — ПДФО).

Утримання та нарахування єдиного соціального внеску на винагороду за цивільно-правовим договором (авторським договором замовлення)

Згідно зі ст. 4 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхуван-

ня» від 8 липня 2010 р. № 2464-VI, платниками ЄСВ є роботодавці, котрі, зокрема, використовують працю фізичних осіб на умовах цивільно-правового договору[1].

Базою оподаткування, згідно з ч. 1 п. 1 ст. 7 Закону України «Про єдиний соціальний внесок», є винагорода за цивільно-правовим договором. Сума єдиного соціального внеску, що її треба сплатити до Пенсійного фонду України (далі — ПФ України), складається з двох частин:

1) ЄСВ, який сплачує роботодавець за свій рахунок. Згідно зі ст. 8 Закону України «Про єдиний соціальний внесок» роботодавець сплачує до ПФ України суму єдиного соціального внеску в розмірі 34,7 % від винагороди;
2) ЄСВ, який сплачує роботодавець за рахунок фізичної особи. Згідно з п. 8 ст. 8 Закону України «Про єдиний соціальний внесок», фізична особа сплачує за себе 2,6 % від винагороди за цивільно-правовим договором. Утримує та перераховує до бюджету цю суму сам роботодавець.

Утримання податку на доходи фізичних осіб з винагороди за цивільно-правововим договором (авторським договором замовлення).

Згідно пп. 164.2.2. та 164.2.3 Податкового кодексу України (далі — ПК України), до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку враховують:

1) суми винагород та інших виплат, нарахованих (виплачених) платнику податку відповідно до умов цивільно-правового договору;
2) доходи від продажу об'єктів майнових і немайнових прав, зокрема інтелектуальної (промислової) власності, та прирівняні до них права, доходи у вигляді сум авторської винагороди, іншої плати за надання права на користування чи розпоряджання іншим особам нематеріальним активом (творами науки, мистецтва, літератури або іншими нематеріальними активами), об'єктами права інтелектуальної промислової власності та прирівняні до них права (далі — роялті), зокрема й отримані спадкоємцями власника такого нематеріального активу.

Згідно з п. 164.6 ПК України, при нарахуванні винагороди за цивільно-правовим договором за виконання робіт (надан-

[1] Закон України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 08 липня 2010 р. № 2464-VI.

ня послуг) база оподаткування визначається як нарахована сума такої винагороди, зменшена на суму єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування[2].

Ставки податку на доходи фізичних осіб, встановлені п. 167.1 ПК України та становлять 15 % або 17 % (якщо сума винагороди за місяць перевищує 10-кратний розмір мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня поточного року). Ставка 17 % застосовується до суми такого перевищення.

Строки сплати ЄСВ та податку на доходи фізичних осіб нараховувані на винагороду за цивільно-правовим договором

Строки сплати ЄСВ. Згідно з пп. 4.3.6, 4.3.7 Постанови правління ПФ України «Про затвердження Інструкції про порядок нарахування і сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 27 вересня 2010 р. № 21-5, ЄСВ сплачується до бюджету або в день виплати винагороди, або не пізніше 20 числа місяця, наступного за звітним, якщо винагорода була нарахована, але не виплачена.

Строки сплати податку на доходу фізичних осіб. Згідно з п. 168.1.2 ПК України, ПДФ осіб сплачується податковим агентом (підприємством) під час виплати доходу. Якщо винагорода за цивільно-правовим договором була нарахована, але не виплачена, то податок на доходи фізичних осіб, відповідно до п. 168.1.5 ПК України, сплачується у строки, встановлені для місячного податкового періоду.

Згідно з п. 49.18 ПК України, місячна податкова декларація подається протягом 20 календарних днів, наступних за останнім днем місяця. А відповідно до п. 57.1 ПК України, грошове зобов'язання, визначене в податковій декларації, сплачується протягом 10 календарних днів за останнім днем граничного строку для подання такої декларації.

Авторська винагорода, що виплачується за *договором про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності*, обкладається тільки ПДФ осіб за ставкою 15 % (17 %).

Внески до ПФ України на суму авторської винагороди за договором передачі авторських прав не нараховуються та з неї не утримуються, оскільки відсутній факт виконання робіт, тоді як об'єктом для нарахування й утримання пенсійних внесків є тільки винагороди за цивільно-правовими договорами на виконання робіт.

[2] Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI.

Внесок до Фонду соціального страхування на випадок безробіття на суму авторської винагороди за договором передачі авторських прав не нараховується та з неї не утримується, адже такий договір не є ні договором на виконання робіт, ні договором про надання послуг, винагороди за якими є об'єктом для нарахування внесків до зазначеного Фонду.

Внески до Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності та до Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві на суму винагороди за авторськими договорами не нараховуються та з неї не утримуються, позаяк, по-перше, автори не є найманими працівниками підприємства, по-друге, сума авторської винагороди не є об'єктом для обкладання внесками до зазначених соціальних фондів.

Винагорода за цивільно-правовим договором враховується *до складу витрат платника податку на прибуток* на підставі п. 142.1 ПК України. До витрат також включається і нарахований на винагороду ЄСВ.

Підприємство (установа, організація) на загальній системі оподаткування має право здійснювати витрати на вартість винагороди за цивільно-правовим договором, але тільки в тому разі, якщо винагорода підпадає під визначення витрат операційної діяльності відповідно до пп. 138.4, 138.6–138.9, 138.10.2–138.10.4, 138.11 ПК України.

Порядок відображення винагороди за цивільно-правовим договором у Податковому розрахунку сум доходу, нарахованого (сплаченого) на користь платників податку, і сум утриманого з них податку (форма 1ДФ).

Кількість осіб, які працювали за цивільно-правовими договорами відображається у відповідній графі «Працювало за цивільно-правовими договорами» у верхній частині форми 1ДФ.

Сума нарахованої винагороди й утриманого податку на доходи фізичних осіб відображається у звіті за формою 1ДФ з ознакою 102 «Суми винагород та інших виплат, нарахованих (виплачених) платнику податку відповідно до умов цивільно-правового договору, крім доходів, зазначених в абзаці третьому п. 4 підрозділу 1 розділу XX ПК України (підпункт 164.2.2 пункту 164.2 ст. 164 розділу IV ПК України)».

Будь який договір про надання послуг, який підприємець на загальній системі оподаткування або на єдиному податку укладає зі своїм замовником, є договором цивільно-правового характеру. При цьому оподатковується винагорода за загальними пра-

вилами, встановленими для підприємців, але тільки в тому разі, коли дотримуються певних умов:

- для підприємців на загальній системі — послуги повинні відповідати видам діяльності, внесеним до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців (інакше винагорода буде оподатковуватися за ставкою 15 (17 %) без права на витрати);
- для підприємців на єдиному податку — послуги мають відповідати видам діяльності, вказаним у свідоцтві платника єдиного податку (для 1 та 2 групи) та видам діяльності, вказаним у Єдиному реєстрі (для всіх груп).

Згідно з Листом ПФ України «Щодо обкладення ЄСВ сум авторських винагород» від 11 липня 2011 р. № 14179/03-30 зазначимо таке:

Відповідно до абз. 2 п. 1 ст. 4 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування», платниками єдиного внеску є підприємства, установи й організації, що використовують працю фізичних осіб на умовах трудового договору (контракту) чи на інших умовах, передбачених законодавством, або за ЦПД, якщо виконувані роботи (надавані послуги)) відповідають видам діяльності, зазначеним у витягу з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців.

Базою для нарахування ЄСВ для зазначених платників відповідно до п. 1 ст. 7 вищезазначеного Закону, є сума нарахованої заробітної плати за видами виплат, які включають основну та додаткову заробітні плати, інші заохочувальні та компенсаційні виплати, зокрема й у натуральній формі, що визначаються відповідно до Закону України «Про оплату праці», та сума винагороди фізичним особам за виконання робіт (надання послуг) за цивільно-правовими договорами.

За створення та використання службового твору авторовіф належить авторська винагорода, розмір і порядок виплати якої встановлюються трудовим договором (контрактом) і (чи) цивільно-правовим договором між автором та роботодавцем (ч. 3 ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Порядок нарахування та сплати єдиного внеску визначений Інструкцією про порядок нарахування і сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, затвердженою Постановою правління ПФ України від 27 вересня 2010 р. № 21-5 та зареєстрованою в Міністерстві юстиції України 27 жовтня 2010 р. за № 994/18289.

Згідно з пп. 4.3.5 вказаної Інструкції визначення видів виплат, що відносяться до основної, додаткової заробітної плати й інших заохочувальних і компенсаційних виплат, при нарахуванні єдиного внеску передбачене Інструкцією зі статистики заробітної плати, затвердженою Наказом Державного комітету статистики України від 13 січня 2004 р. № 5, зареєстрованою в Міністерстві юстиції України 27 січня 2004 р. за № 114/8713.

Відповідно до п. 2.1.3 Інструкції зі статистики заробітної плати, гонорар штатним працівникам редакцій газет, журналів, інших засобів масової інформації, видавництв, установ мистецтва й (або) оплата їхньої праці, що нараховується за ставками (розцінками) авторської (постановочної) винагороди, нарахованої на підприємстві, належить до фонду основної заробітної плати.

Перелік видів виплат, які здійснюються за рахунок коштів роботодавця, на які не нараховується єдиний внесок, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 22 грудня 2010 р. № 1170 (далі — Перелік).

Відповідно до п. 9 розділу 1 Переліку, єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування не нараховується на винагороду, що сплачується за авторським договором на створення та використання творів науки, літератури й мистецтва, крім гонорару штатним працівникам редакцій газет, журналів, інших засобів масової інформації, видавництв, установ мистецтва й (або) оплата їхньої праці, що нараховується за ставками (розцінками) авторської (постановочної) винагороди, нарахованої на відповідному підприємстві.

Отже, якщо гонорар виплачується працівнику згідно з трудовим договором, він є базою для нарахування й утримання єдиного внеску.

Якщо винагорода згідно цивільно-правового договору за створення твору виплачується видавництвом автору, який є його працівником, то на таку винагороду єдиний внесок нараховується на загальних підставах.

Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір (авторське право) регулюється ст. 1113 ЦК України. Відповідно до вказаного договору одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає іншій стороні частково або в повному обсязі майнові права на визначених договором умовах. Такий договір належить до договорів з розпоряджання майновими

правами інтелектуальної власності, утворюючи окрему групу договорів, яким присвячена глава 75 ЦК України.

До вказаної групи договорів належить і ліцензійний договір, за яким 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 ЦК України й інших законів (ст. 1109 ЦК України).

За своїми ознаками вказані договори відрізняються від договорів про виконання робіт, надання послуг (глави 61 та 63 ЦК України, відповідно), тому до винагород, які отримуються за договорами про розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності неможливо застосувати правила оподаткування, що діють щодо договорів підрядного типу. Тож винагороди, отримані згідно з договорами про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійним договором, не є базою для нарахування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування.

Ліцензія — дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності, що надається на підставі ліцензійного договору. *Ліцензійний договір* — договір, відповідно до якого надається право на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Відоме в цьому напрямі дослідження Г. Штумпфа[3].

Основними видами платежів за ліцензійними договорами є паушальний платіж (першочерговий одноразовий платіж за використання ліцензії) та роялті (періодичні платежі за використання об'єкта права інтелектуальної власності) чи комбінований платіж (паушальний платіж і роялті).

Відповідно до правового статусу фізичної особи, котрій виплачується роялті, ПК України передбачено різні підходи до оподаткування таких виплат.

Особливості оподаткування при виплаті роялті фізичним особам з різним правовим статусом

Відповідно до пп. 14.1.225 ПК України, роялті — будь-який платіж, отриманий як винагорода за користування чи за надання права на користування будь-яким авторським і суміжним правом на літературні твори, твори мистецтва чи

[3] Штумпф Г. Лицензионный договор / Герберт Штумпф ; пер. с нем. — М. : Прогресс, 1988. — 457 с.

науки, зокрема й комп'ютерні програми, інші записи на носіях інформації, відео- або аудіокасети, кінематографічні фільми чи плівки для радіо- або телевізійного мовлення, передачі (програми) організацій мовлення, будь-яким патентом, зареєстрованим знаком на товари та послуги чи торговельною маркою, дизайном, секретним кресленням, моделлю, формулою, процесом, правом на інформацію щодо промислового, комерційного чи наукового досвіду (ноу-хау).

Варто зазначити, що не вважаються роялті платежі за отримання об'єктів права інтелектуальної власності, що перелічені вище, у володіння або розпоряджання чи власність особи або якщо умови користування такими об'єктами власності надають право користувачеві продати чи здійснити відчуження в інший спосіб такого об'єкта власності.

Залежно від правового статусу фізичної особи, з якою укладений ліцензійний договір про використання об'єкта права інтелектуальної власності, кардинально змінюється підхід до оподаткування роялті.

Фізична особа-резидент. Підпунктом 162.1.1 ПК України передбачено, що фізична особа-резидент, яка отримує доходи як з джерела їх походження в Україні, так й іноземні доходи, є платником податку на доходи фізичних осіб.

Відповідно до пп. 164.2.3 ПК України, доходи від продажу, користування, розпоряджання й отримання у спадщину об'єктів права інтелектуальної власності є базою оподаткування ПДФО (прибутковий податок).

Особливості оподаткування роялті встановлено для фізичних осіб п. 170.3 ПК України, в якому зазначено, що роялті оподатковуються за правилами, визначеними для оподаткування дивідендів (п. 170.5 ПК України) тобто 15 % (17 %).

Юридична особа, що нараховує роялті, і включаючи суб'єктів спрощеної системи оподаткування чи звільнені від сплати податків з будь-яких підстав також, є податковим агентом під час нарахування роялті (пп. 170.5.2 ПК України) та зобов'язана нарахувати ПДФО та сплатити його у відповідні строки до державного бюджету України.

Фізична особа-підприємець на загальній системі оподаткування. Якщо юридична особа уклала договір про розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності з фізичною особою-підприємцем та виплачує їй роялті, потрібно керуватися ст. 177 ПК України, якою визначено правила оподаткування доходів, отриманих фізичною особою-підприємцем

від провадження господарської діяльності, крім осіб, що обрали спрощену систему оподаткування.

Об'єкт оподаткування ПДФО та ставки податку визначено п. 177.1 ПК України. Доходи фізичних осіб — підприємців, отримані протягом календарного року від провадження господарської діяльності, оподатковуються за ставками, визначеними в п. 167.1 ПК України (15 % або 17 %).

Об'єктом оподаткування вказаного податку є чистий оподатковуваний дохід, тобто різниця між загальним оподатковуваним доходом (виручка у грошовій і негрошовій формах) та документально підтвердженими витратами, пов'язаними з господарською діяльністю такої фізичної особи-підприємця.

Пунктом 177.8 ПК України передбачено, що під час нарахування (виплати) фізичній особі-підприємцю доходу від операцій, що здійснюються в межах обраних підприємцем видів діяльності, юридична особа, яка нараховує (виплачує) такий дохід, не утримує податок на доходи у джерела виплати, якщо фізичною особою-підприємцем, що отримує такий дохід, надано копію документа, котрий підтверджує її державну реєстрацію як суб'єкта підприємницької діяльності.

Отже, з метою уникнення порушень норм чинного законодавства юридичним особам рекомендується вимагати, крім копії документа, що підтверджує реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності (витяг або свідоцтво про державну реєстрацію), також витяг з Єдиного державного реєстру юридичних та фізичних осіб-підприємців, в якому зазначаються обрані види діяльності.

Відповідно до п. 177.5 ПК України, доходи, отримані фізичною особою-підприємцем, на загальній системі оподаткування, відображаються в Податковій декларації про майновий стан і доходи. Така декларація подається за місцем податкової адреси за результатами календарного року у строки, встановлені ПК України для річного звітного податкового періоду.

Фізична особа-підприємець — платник єдиного податку. З прийняттям Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності» від 04 листопада 2011 р. № 4014-VI відбулися суттєві зміни успрощеній системі оподаткування.

Якщо юридична особа має намір укласти договір з фізичною особою-підприємцем, яка перебуває на спрощеній системі оподаткування, слід звернутися до п. 292.1 ПК України.

У ньому зазначено, що доходом для фізичної особи-підприємця — платника єдиного податку є дохід, отриманий протягом податкового (звітного) періоду в грошовій формі (готівковій та/чи безготівковій), матеріальній або нематеріальній формі, визначеній п. 292.3 ПК України. При цьому до доходу не враховують отримані такою фізичною особою пасивні доходи у вигляді процентів, дивідендів, роялті, страхові виплати та відшкодування, а також доходи, отримані від продажу рухомого й нерухомого майна, належного на праві власності фізичній особі та використовуваного в її господарській діяльності.

Отже, роялті не включається до суми доходів, які є об'єктом оподаткування єдиним податком. Саме тому доцільно укласти договір про розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності з фізичною особою та оподатковувати виплату роялті ПДФО відповідно до п. 170.3 ПК України.

Фізична особа-нерезидент. У пп. 162.1.2 ПК України зазначено, що фізична особа-нерезидент, яка отримує доходи з джерела їх походження в Україні, є платником ПДФО.

Відповідно до п. 170.10 ПК України, доходи з джерелом їх походження в Україні, що нараховуються (виплачуються, надаються) на користь нерезидентів, оподатковуються за правилами та ставками, визначеними для резидентів.

Отже, як і для фізичних осіб-резидентів, у такому разі потрібно керуватися пп. 170.3.1 ПК України. Роялті оподатковуються за ставками, визначеними п. 167.1 ПК України (15 % та 17 %). Податковим агентом при цьому є юридична особа, що нараховує та виплачує дохід у вигляді роялті.

Якщо між Україною та країною нерезидента укладено міжнародний договір про уникнення подвійного оподаткування стосовно повного або часткового звільнення від оподаткування доходів нерезидентів із джерелом їх походження з України, то, відповідно до п. 3.2 ПК України, суб'єкти господарювання зобов'язані застосовувати правила, встановлені в міжнародному договорі.

Відповідно до п. 103.2 ПК України, юридична особа (податковий агент) має право самостійно застосувати звільнення від оподаткування чи зменшену ставку податку, передбачену відповідним міжнародним договором України на час виплати доходу нерезиденту, якщо такий нерезидент є бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу та є резидентом країни, з якою укладено міжнародний договір.

Підставою для звільнення (зменшення) від оподаткування доходів з джерелом їх походження з України згідно з п. 103.4 ПК України, є подання нерезидентом з урахуванням особливостей, передбачених пп. 103.5–103.6 ПК України, юридичній особі (податковому агенту), що виплачує йому доходи, довідки (чи її нотаріально засвідченої копії), яка підтверджує, що нерезидент є резидентом країни, з якою укладено міжнародний договір, а також інших документів, якщо це передбачено міжнародним договором України.

Розглянемо виплату роялті з позицій юридичної особи, що здійснює такі виплати. Згідно з пп 135.5.1 ст. 135 ПК України «роялті» є доходом, що враховується при обчисленні об'єкта оподаткування податком на прибуток підприємств.

Датою отримання доходів у вигляді «роялті», згідно з п. 137.11 ПК України, є дата нарахування таких доходів, яка встановлена відповідно до умов укладених договорів. У зв'язку з існуванням цієї спеціальної норми ПК України доцільно вносити до ліцензійних договорів умову, що визначає дату нарахування «роялті», наприклад: «дата підписання сторонами звіту про роялті є датою нарахування роялті в сенсі пункту 137.11 ПК України».

Згідно з п. 140.1.2 ПК України, при визначенні об'єкта оподаткування враховуються витрати подвійного призначення, зокрема витрати (крім тих, які підлягають амортизації), пов'язані з науково-технічним забезпеченням господарської діяльності, на винахідництво та раціоналізацію господарських процесів, проведення дослідно-експериментальних і конструкторських робіт, виготовлення та дослідження моделей і зразків, пов'язаних з основною діяльністю платника податку, витрати з нарахування роялті та придбання нематеріальних активів (крім тих, які підлягають амортизації) для їх використання в господарській діяльності платника податку.

До складу витрат не включаються нарахування роялті у звітному періоді на користь:

1) нерезидента (крім нарахувань на користь постійного представництва нерезидента, нарахувань, які здійснюються суб'єктами господарювання у сфері телебачення та радіомовлення відповідно до Закону України «Про телебачення і радіомовлення», нарахувань за надання права на користування авторським, суміжним правом на кінематографічні фільми іноземного виробництва, музичні та літературні твори) в обсязі, що перевищує 4 % від доходу (виручки) від реалізації продук-

ції (товарів, робіт, послуг) (за вирахуванням податку на додану вартість та акцизного податку) за рік, який передує звітному, а також у випадках, якщо виконується будь-яка з умов:

а) особа, на користь якої нараховуються роялті, є нерезидентом, що має офшорний статус відповідно до п. 161.3 ПК України;

б) особа, на користь якої нараховується плата за такі послуги, не є бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) такої плати за послуги за виключенням випадків, коли бенефіціар (фактичний власник) надав право отримувати таку винагороду іншим особам;

в) роялті виплачуються щодо об'єктів, права інтелектуальної власності щодо яких вперше виникли в резидента України. У разі виникнення розбіжностей між податковим органом і платником податку стосовно визначення особи, в якої вперше виникли (були набуті) права інтелектуальної власності на об'єкт інтелектуальної власності, податківці зобов'язані звернутися до спеціально уповноваженого органу, визначеного Кабінетом Міністрів України, для отримання відповідного висновку;

г) особа, на користь якої нараховуються роялті, не підлягає оподаткуванню щодо роялті в державі, резидентом якої вона є;

2) юридичної особи, котра, відповідно до ст. 154 ПК України, звільнена від сплати податку на прибуток підприємств чи сплачує цей податок за ставкою іншою, ніж встановлено п. 151.1 ПК України;

3) особа, яка сплачує податок у складі інших податків, крім фізичних осіб, які оподатковуються в порядку, встановленому розділом IV ПК України.

Отже, при виплаті роялті фізичним особам-резидентам і фізичним особам-підприємцям юридична особа має право безперешкодно віднести до податкових витрат такі платежі, але тільки якщо вони безпосередньо пов'язані з основною діяльністю юридичної особи. При виплаті роялті фізичній особі-нерезиденту слід керуватись обмеженнями, встановленими пп. 140.1.2 ПК України.

Позиція Державної податкової адміністрації України стосовно оподаткування роялті висловлена в письмовій податкові консультації Державної податкової служби України від 15 лютого 2012 р. № 122 «Щодо деяких питань з оподаткування податком на прибуток при виплаті роялті».

Згідно з пп. 14.1.27 п. 14.1 ст. 14 ПК України витрати — це сума будь-яких витрат платника податку у грошовій, матеріальній або нематеріальній формі, здійснювана для провадження господарської діяльності платника податку, в результаті якої відбувається зменшення економічних вигод у вигляді вибуття активів чи збільшення зобов'язань, унаслідок чого відбувається зменшення власного капіталу (крім змін капіталу за рахунок його вилучення чи розподілу власником).

Відповідно до п. 138.1 ст. 138 ПК України, витрати, що враховуються при обчисленні об'єкта оподаткування податком на прибуток, складаються з витрат операційної діяльності, які визначаються згідно з пп. 138.4, 138.6–138.9, 138.11 цієї статті, та інших витрат, визначених згідно з пп. 138.5, 138.10–138.12 цієї статті, п. 140.1 ст. 140 і ст. 141 ЦК України, крім витрат, визначених у п. 138.3 цієї статті та у ст. 39 ПК України.

Витрати операційної діяльності враховують, зокрема, собівартість реалізованих товарів, виконаних робіт, наданих послуг. Інші витрати беруться для визначення об'єкта оподаткування з урахуванням пп. 138.2, 138.11 ст. 138, пп. 140.2–140.5 ст. 140, статей 142 і 143 та інших статей ПК України, які прямо визначають особливості формування витрат платника податку (пп. 138.1.1 п. 138.1 ст. 138 ПК України).

Витрати, що формують собівартість виготовлених і реалізованих товарів, виконаних робіт, наданих послуг, визначено п. 138.8 ст. 138 ПК України. До них, зокрема, віднесено: прямі матеріальні витрати; прямі витрати на оплату праці; амортизацію виробничих основних засобів і нематеріальних активів, безпосередньо пов'язаних з виробництвом товарів, виконанням робіт, наданням послуг; вартість придбаних послуг, прямо пов'язаних з виробництвом товарів, виконанням робіт, наданням послуг; інші прямі витрати.

До складу інших прямих витрат належить решта виробничих витрат, які можуть бути безпосередньо віднесені на конкретний об'єкт витрат, зокрема й внески на соціальні заходи, визначені ст. 143 ПК України, плата за оренду земельних і майнових паїв (п. 138.9 ст. 138 ПК України).

Перелік витрат, належних до «інших», визначено п. 138.10 ст. 138 ПК України, та визнаються витратами того звітного періоду, в якому їх здійснено (п. 138.5 ст. 138 ПК України).

Витрати, понесені зі сплати роялті, відображаються в Податковій декларації з податку на прибуток підприємств. У

якому рядку їх відображати, залежить від ідентифікації. Якщо роялті можна віднести до собівартості придбаних і реалізованих товарів (робіт, послуг), то відобразити їх варто в рядку 05.1 декларації. Якщо ж витрати на роялті віднесено до складу інших витрат, то їх відображають у рядку 06.4.32 з подальшою розшифровкою в додатку ІВ в рядку 06.4.32.

Отже, витрати з нарахування роялті належні до витрат подвійного призначення, що враховуються при визначенні об'єкта оподаткування у складі інших витрат. Водночас, якщо витрати з нарахування роялті можуть бути безпосередньо віднесені на конкретний об'єкт витрат, то такі витрати враховуються у складі собівартості виготовлених і реалізованих товарів, виконаних робіт, наданих послуг та визнаються витратами того звітного періоду, в якому визнано доходи від реалізації таких товарів, виконаних робіт, наданих послуг.

Також необхідно нагадати, що відповідно до п. 176.2 ПК України, юридична особа зобов'язана подавати у строки, встановлені ПК України для податкового кварталу, податковий розрахунок за формою 1ДФ до органу державної податкової служби за місцем свого розташування.

Роялті та ПДВ. Згідно з п. 196.1.6. ПК України, не є об'єктом оподаткування ПДВ операції з виплат дивідендів, роялті у грошовій формі або у вигляді цінних паперів, які здійснюються емітентом. Цей пункт можна застосовувати, лише коли мова йде про ліцензійний договір. У випадку укладення субліцензійного договору звільнення роялті від ПДВ не буде.

З огляду на вищенаведене варто зазначити, що на сьогоднішній день авторська винагорода оподатковується ПДФО та ЄСВ. На нашу думку, слід було б надавати пільги щодо оподаткування авторської винагороди ПДФО, а саме: зменшити ставку податку (як при оподаткуванні дивідендів) до 5 %. Це допоможе збільшити інтелектуальну активність громадян та вивести з тіні доходів від операцій з інтелектуальною власністю.

Наукове видання

ДОГОВІРНІ ФОРМИ РОЗПОРЯДЖАННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ НА ОБ'ЄКТИ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Колектив авторів:

Борко Юлія Леонідівна
Горська Катерина Олександрівна
Канзафарова Ілона Станіславівна
Кашинцева Оксана Юріївна
Крижна Валентина Миколаївна
Мацкевич Ольга Олександрівна
Мироненко Наталія Михайлівна
Падучак Богдан Михайлович
Петренко Ірина Іванівна
Работягова Людмила Іванівна

Науковий редактор — *Н. Мироненко*
Літературний редактор — *А. Осипова*
Комп'ютерне макетування — *Л. Цикаленко*

Адреса редакції:
03680, МСП, м. Київ-150, вул. Боженка, 11, корп. 4
Тел.: 228-21-36; тел./факс: 200-08-76
www.ndiiv.org.ua
e-mail: letter@i.kiev.ua

Підписано до друку 10.12.2013 р.
Формат 60x84/16 Папір офсетний.
Гарнітура SchoolBookCTT.
Ум.-друк. арк. 11,25. Наклад 300 прим. Зам №
Видавець : ТОВ «НВП «Інтерсервіс»
м. Київ, вул. Бориспільська, 9.
Свідоцтво: серія ДК № 3534 від 24.07.2009 р.
Виготовлювач : ТОВ «НВП «Інтерсервіс»
м. Київ, вул. Бориспільська, 9.
Свідоцтво: серія ДК № 3534 від 24.07.2009 р.
Тел./факс: 362-83-07.