УДК 347.211:004

**Пушкіна О.В.,**

*доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри права*

*Університету імені Альфреда Нобеля*

**Тодорошко Т.А.,**

*старший викладач кафедри права*

*Університету імені Альфреда Нобеля*

**Мамонова Ю.Г.,**

*студентка І курсу магістратури кафедри права*

*Університету імені Альфреда Нобеля*

**ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КОМП’ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ: ПРОГАЛИНИ У ПРАВІ, РЕКОМЕНДАЦІЇ ЩОДО ЇХ УСУНЕННЯ ТА ДОСВІД ІНШИХ КРАЇН СВІТУ**

**PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS TO COMPUTER PROGRAMS: GAPS IN LAW, RECOMMENDATIONS FOR THEIR ELIMINATION AND EXPERIENCE OF OTHER COUNTRIES OF THE WORLD.**

У статті висвітлюються проблеми захисту авторського права на комп’ютерні програми та зроблена спроба надати пропозиції щодо усунення прогалин у сфері інтелектуальної власності.

***Ключові слова****:* комп’ютерні програми*,* інтелектуальна власність, IT-продукт,авторське право і суміжні права, мережі Інтернет.

В статье освещаются проблемы защиты авторского права на компьютерные программы и предложены пути устранения пробелов сфере законодательства, связанного с интеллектуальной собственностью.

***Ключевые слова:***компьютерные программы, интеллектуальная собственность, IT-продукт, авторское право и смежные права, сети Интернет.

The article covers the problems of copyright protection of computer programs and attempts to present proposals on eliminating gaps in the field of intellectual property.

***Key words:*** computer software, intellectual property, IT product, copyright and related rights, Internet.

 Важко уявити сучасний світ без комп’ютерів, смартфонів, розумних годинників та багато чого іншого. Кожного року ця галузь вдосконалюється, випускаються нові моделі технічних пристроїв та програми, які створюються для їх справної роботи. Очевидно, що IT-індустрія «прошила» весь світ своїми нитками. І якщо раніше це відбувалося дещо поступово, то зараз, лише за останні кілька років, стали відбуватися справді масштабні зміни у галузі інформаційних технологій. IT-компанії стали флагманом прогресу, диктуючи свої правила світові. Але, на жаль, все це дійсно відбувається дуже швидко, а законодавча влада в Україні не встигає врегульовувати відносини, що з’являються.

 Доходи від експорту IT-технологій на 2017 рік вийшли в Україні на третє місце після продукції агропромислового комплексу та металургії. У щорічному посланні до Верховної Ради президент України Петро Порошенко вперше назвав інформаційну галузь пріоритетною для розвитку експортного потенціалу та економіки України [1]. І хоча, все ж таки, IT-галузь в Україні розвинута не дуже добре, порівняно з іншими країнами заходу, правове поле, де працює ця індустрія, вимагає створення комплексного нормативно-правового матеріалу, що буде врегульовувати процес функціонування IT-сфери.

Відповідно ч. 2 ст. 312 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Вищим спеціалізованим судом є Вищий суд з питань [інтел](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19?find=1&text=%B3%ED%F2%E5%EB+%E2%EB%E0%F1%ED#w12)ектуальної [власн](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19?find=1&text=%B3%ED%F2%E5%EB+%E2%EB%E0%F1%ED#w24)ості [2]. На нашу думку, недостатньо просто створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності, який буде розглядати справи, що відносяться до цієї сфери. Слід також усунути деякі прогалини у законодавстві у сфери IT-відносини.

 Згідно зі ст. 433 Цивільного кодексу України, об’єктами авторського права є твори, а саме комп’ютерні програми. Також, комп’ютерні програми охороняються як літературні твори [3], а значить мають таку ж правову охорону. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права», комп’ютерна програма – це набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп’ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об’єктному кодах) [4].

 По-перше, таке визначення досить складно зрозуміти не лише звичайному громадянину, але і суду, який буде розглядати справу. Слід також звернути увагу на те, що законодавець вирішив захищати комп’ютерні програми як літературні твори. Що, на нашу думку, є досить дивним, адже це не збігається із зовнішнім проявом продукту (програми). Так, авторське право зародилося в еру комерціалізації літератури та друкарської справи. Тому комп’ютерні програми по аналогії віднесли до творів, щоб не створювати під них нормативну базу «з нуля» [5].

 По-друге, технологічний процес обробки даних, так званий алгоритм, який доречно було б віднести до об’єктів права інтелектуальної власності, наразі захистити неможливо і у виправдання можна сказати, що така проблема є майже в кожної країни. У багатьох випадках, люди, які створили комп’ютерну програму, не задоволені правовою охороною свого продукту. Забезпечуючи охорону комп’ютерних програм нормами авторського права, законодавець неминуче стикається з проблемами, обумовленими специфікою комп’ютерної програми як об’єкту, що охороняється, оскільки в ній принцип роботи (алгоритм) має безумовний пріоритет над формою вираження (алгоритм, викладений мовою програмування і представлений у вигляді вихідного тексту або об’єктного коду). Основне значення для комп’ютерної програми має її функціональність, яка зумовлюється алгоритмом, а написання програми на тій чи іншій мові програмування, тобто представлення її в тій чи іншій формі може бути не важливим для користувача. Забезпечуючи охорону форми твору, авторське право об’єктивно не захищає алгоритм, що лежить в його основі [6]. Тобто, якщо запозичити алгоритм самої програми, то це не буде відноситись до порушення авторських прав, що є абсолютно неправильним.

 По-третє, якщо програмний продукт не буде містити однієї чи кількох ознак, які описані у цій статті, то вірогідно, що його не можна буде назвати комп’ютерною програмою.

 По-четверте, способи, ідеї, а також процеси, що використовуються та втілюються у комп’ютерній програмі – охороні не підлягають. Але ж тоді можна змінити дизайн програми (тобто її зовнішній вигляд) і тим самим присвоїти собі надбання іншої людини. Звісно ж, IT-продукт, ідею можна захистити як винахід або корисну модель, та на це піде дуже багато часу та грошей, яких іноді немає у молодих винахідників, і жорстким критеріям для отримання патенту може відповідати лише незначна частина комп’ютерної програми. Також, якщо, все ж таки, вирішити запатентувати свій IT-продукт, то потрібно пам’ятати, що він має відповідати деяким умовам, однією із яких є промислова придатність. Тобто він має працювати, вирішувати певні технічні проблеми, а не лише бути сформованим, як ідея, що в майбутньому призведе до чогось більшого. Проблемним є і об’єм програмного коду (зазвичай є дуже великим), який пред’являється для патентування. Особливо, якщо враховувати те, що він подається у друкованому вигляді. У деяких країнах заходу, можливість реєстрації комп’ютерних та інших програм, як винаходів, взагалі не передбачена.

 І на кінець, досить важливою проблемою є те, що захистити свої авторські права у Інтернеті з плином часу стає майже неможливим. Згідно зі ст. 50 ЗУ «Про авторське право і суміжні права», піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав – опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп’ютерних програм і баз даних) … тобто вчинення будь-яких дій, які відповідно до цієї статті визнаються порушенням авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет [4].

 Звісно, коли ти створюєш свій продукт, в нашому випадку це комп’ютерна програма, то хочеш захистити свої інтереси, щодо права власності, і не дозволити використати плоди твоєї праці безоплатно. Але, на жаль, в Україні ситуація з піратством залишається надалі плачевною, як і 10 років тому. Адже немає дієвого механізму боротьби з піратством в Україні, особливо якщо йдеться про використання мережі Інтернет, тому що там визначити порушника практично неможливо.

 Але не слід забувати про Всесвітню організацію інтелектуальної власності (ВОІВ або англ. WIPO) – це одне зі спеціалізованих агентств ООН. Створена у 1967 році. ВОІВ це глобальний форум, що займається питаннями політики, зміцнення співпраці, надання послуг та інформації в галузі інтелектуальної власності. [7]. Україна є членом цієї організації ще з 1970 року. У конвенції про заснування ВОІВ були прописані функції цієї організації, але основними з них є: розробка заходів щодо поліпшення захисту інтелектуальної власності у всьому світі та забезпечення функціонування служб, які здійснюють захист цього права.

 Відповідно до річної доповіді ВОІВ «Світові показники діяльності у сфері інтелектуальної власності», в 2017 році попит на інструменти охорони інтелектуальної власності в усьому світі досяг нового рекордного рівня, а основний приріст числа заявок на реєстрацію патентів, товарних знаків, промислових зразків та інших прав інтелектуальної власності, що лежать в основі глобальної економіки знань, припадає на Китай [7].

 Отже, пропонуємо провести паралель із законодавством інших країн. Наприклад, згідно з § 2 Закону Німеччини «Про авторське право і суміжні права», до охоронюваних творів літератури, науки і мистецтва відносяться, зокрема: лінгвістичні твори, такі як письмові твори, мови і комп’ютерні програми [8] та інше. Що цікаво, у Німеччині порушення прав інтелектуальної власності у всіх випадках є кримінальним злочином. Однак кримінальні суди відіграють важливу роль тільки у випадках захисту прав у зв’язку з піратством. Якщо обвинувачення не впливає на державні інтереси, власники прав, що повідомляють про порушення обвинувачу, як правило, будуть направлені до приватних (кримінальних) процедур [9].

 Слід зазначити, що у § 69а Закону «Про авторське право і суміжні права» німецький законодавець надав більш просте визначення поняттю «комп’ютерна програма», а саме: програми в будь-якій формі, включаючи конструкторські матеріали [8]. Що, на нашу думку, є більш правильним трактуванням, тому що це не створює прогалин у праві, як в українському законодавстві, адже поняття охоплює будь-яку форму програмного продукту.

Але ідеї та процеси, які лежать в основі елемента комп’ютерної програми, не захищаються не тільки українським законодавцем, а й німецьким.

 Рішеннями Федерального суду Німеччини у справі «Collection Programm» і Апеляційного суду Франкфурта-на-Майні у справі «Baustatik-programm» були встановлені вимоги, що пред’являються до оригінального характеру комп’ютерних програм:

a) творчий внесок, істотно перевищує можливості середнього програміста;

б) необхідність аналізу всіх стадій створення програми: системний аналіз, розробка блок-схеми, безпосереднє кодування;

в) програма не повинна очевидним чином випливати з поставленої проблеми, оскільки автор програми має вільний вибір можливого шляху вирішення завдання;

г) програма не є математичним розвитком іншої відомої програми [c. 25-26, 10].

 Що ж до патентного права Німеччини, то воно складається з цілої низки нормативних документів. Патентний закон ФРГ – є основним нормативним актом, який захищає винаходи. Він встановлює коло об’єктів, охоронюваних патентами, порядок отримання патентів, структуру і функції Німецького відомства по патентам і товарним знакам та Федерального патентного суду. Однак, суд виконує лише дві функції: заслуховує апеляції на рішення Патентного відомства та розглядає позови щодо дійсності патентів.

 У Сполучених Штатах Америки закон, також, охороняє комп’ютерну програму, як літературний твір. Мабуть тому, що рядки літературного твору та рядки коду у програмі зовнішньо схожі. Федеральний закон США «Про авторські права» у § 101 передбачає, що комп’ютерна програма являє собою набір формулювань або інструкцій, які будуть використовуватися безпосередньо або побічно в комп’ютері, для того, щоб досягти певного результату [11], що є теж більш ширшим у розумінні, ніж трактування українського законодавця.

 Згідно з ч. 1 ст. 437 ЦК України, авторське право виникає з моменту створення твору [3]. А оскільки комп’ютерна програма охороняється, як літературний твір, то положення цієї статті відносяться і до неї. Така норма є і в США. Також, згідно з ч. 2 ст. 433 ЦК України, твори є об’єктами авторського права без виконання будь-яких формальностей щодо них та незалежно від їх завершеності, призначення, цінності тощо, а також способу чи форми їх вираження [3]. Але закони США встановлюють певні вимоги до об’єктів авторського права, щоб вони змогли отримати правову охорону. Це форма вираження: вона має бути суто матеріальною. У цій країні авторське право на федеральному рівні виникає з моменту фіксування твору на відповідному матеріальному носії. Наприклад, якщо людина зафіксувала твір на матеріальному носії, то Федеральний закон «Про авторське право» має перевагу перед законами штату, де це відбулося. І навпаки.

 Згідно з § 109 Федерального закону США «Про авторські права», будь-яка особа, яка поширює аудіоносій або копію комп’ютерної програми (в тому числі будь-який диск або інший носій, на якому є така програма) є порушником авторських прав [11]. Що ж до заходів боротьби з піратством, то з кінця 2013 року влада Сполучених Штатів поклала обов’язок стежити за користувачами на провайдерів. Так, якщо користувач буде викритий в піратстві, йому послідовно відправлять шість попереджень. Після цього провайдер вживає заходів на свій розсуд – знижує швидкість або проводить профілактичну бесіду з порушником [12].

 Так, згідно з 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 чи фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором [3]. Але в США зовсім інша історія. Там закон стоїть на стороні роботодавця і замовника: авторські права будуть належати їм. Отже, дуже важливо наперед оговорювати те, кому будуть належати права на комп’ютерну програму, у нашому випадку.

 А от у Франції – навпаки. Згідно з Кодексом інтелектуальної власності

Франції, авторське право спочатку виникає тільки у автора твору, навіть якщо мова йде про авторське право на службовий твір [13].

 Отже, можна зробити висновок, що законодавство України в сфері IT потребує змін та доповнень. Особливо тому, що ця сфера охоплює багато інших відносин у нашому з вами житті та держава повинна йти назустріч прогресу.

 Для вирішення деяких прогалин, а також проблем у правовому регулюванні IT-сфери, було б доречним:

1. Створити окремий закон, який врегульовував би IT-відносини, враховуючи досвід іноземних країн;
2. Дати більш зрозуміле і повне визначення поняттю «комп’ютерна програма»;
3. Розширити список об’єктів права інтелектуальної власності, у зв’язку з масштабними змінами у галузі інформаційних технологій;
4. Вдосконалити механізм захисту і боротьби з піратством в Україні;
5. Запровадити нові методи боротьби з піратством та порушенням авторського (інтелектуального) права не тільки на державному рівні, а і ні місцевому (як це робиться у США).

Узагальнюючи, хотілося б наголосити, що однією з головних функцій держави є – йти в ногу з часом, спрямовувати розвиток держави згідно з новими тенденціями у світі. Адже світ не стоїть на місці, отже і законодавство повинно розвиватися!

**ЛІТЕРАТУРА:**

1. Савицький О. IT-технології у трійці лідерів українського експорту: причини успіху. URL: [https://dw.com/uk/іт-технології-у-трійці-лідерів-українського-експорту-причини-успіху/а-40904051](https://dw.com/uk/%D1%96%D1%82-%D1%82%D0%B5%D1%85%D0%BD%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B3%D1%96%D1%97-%D1%83-%D1%82%D1%80%D1%96%D0%B9%D1%86%D1%96-%D0%BB%D1%96%D0%B4%D0%B5%D1%80%D1%96%D0%B2-%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE%D0%B3%D0%BE-%D0%B5%D0%BA%D1%81%D0%BF%D0%BE%D1%80%D1%82%D1%83-%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%87%D0%B8%D0%BD%D0%B8-%D1%83%D1%81%D0%BF%D1%96%D1%85%D1%83/%D0%B0-40904051).
2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України **від** 02.06.2016 № **1402-VIII.** URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19(дата звернення: 15.12.2018).
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № **435-IV.** URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 15.12.2018).

4. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. / поточна редакція від 04 листопада 2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> .

5. Гродовська О. Комп’ютерна програма як об’єкт авторського права. URL: <https://go-advocate.com/komp-yuterna-prohrama-yak-ob-ject-avtorskoho-prava/>.

6. Боровская Е.А., Ермакович С.Л. Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. – Минск: Государственный комитет по науке и технологиям Республики Беларусь, 2010. URL: <http://ictt.by/eng/portals/0/SoftwareLegalProtection.pdf/>.

7. Офіційний сайт WIPO. URL: https://www.wipo.int/portal/en/index.html.

8. Deutschland. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/BJNR012730965.html>.

9. Андрощук Г. А. Защита интеллектуальной собственности в Германии: экономико-правовой аспект // Наука та інновації № 3, 2010 р. – с. 88. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/28114/09-Androshchuk.pdf?sequence=1>.

10. Титов А.П. Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. —М.: Ин-т техн. Кибернетики НАН Беларуси, 2001. — С.148.

11. USA. Copyright Act of 1976. URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/338109>.

12. IGInternet Gate. Как борются с пиратством в разных странах мира. URL: <https://igate.com.ua/news/7472-kak-boryutsya-s-piratstvom-v-raznyh-stranah-mira>.

13. France. Law on the Intellectual Property Code of July 1, 1992, № 92-597 // Industrial Property and Copyright. — 1998. — Vol. 07-08. — № 3. Art. 01.