

*Хилько Іван Юрійович,
кандидат юридичних наук,
слухач Інституту підготовки професійних суддів
Національного університету "Одеська юридична академія"*

ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВИХ ОСНОВ ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННОМУ ВИКОРИСТАННЮ ТА РОЗПОВСЮДЖЕННЮ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ

Статтю присвячено правовим основам протидії незаконному використанню та розповсюдженню програмного забезпечення. Надано характеристику основних національних нормативно-правових актів у сфері протидії незаконному використанню та розповсюдженню програмного забезпечення та вказано шляхи їх удосконалення.

Ключові слова: законодавство, правові основи, програмне забезпечення, протидія, незаконне використання, незаконне розповсюдження.

З набуттям Україною незалежності активно розпочався процес удосконалення вітчизняного законодавства у сфері інтелектуальної власності, про що свідчить не лише впровадження найбільш важливих міжнародних норм у цій сфері, але й прийняття низки національних законів. Існуюча в Україні система національного законодавства у сфері інтелектуальної власності та програмного забезпечення, хоча і відповідає міжнародним нормам, проте не може повністю забезпечити прав власників та користувачів від незаконного його використання та розповсюдження. Тому постає необхідність у науковій розробці національних правових основ протидії незаконному використанню та розповсюдженню програмного забезпечення з метою удосконалення.

Правові основи протидії незаконному використанню та розповсюдженню програмного забезпечення певною мірою досліджувалися у працях вітчиз-

няних та зарубіжних авторів: О. І. Горева, В. В. Жукова, Ю. М. Капіци, О. А. Кузьміна, Б. Л. Куркіна, С. В. Петренка, М. В. Синькової, Л. П. Тимофієнка та інших.

Метою цієї статті також є розробка рекомендацій щодо удосконалення правових основ протидії незаконному використанню та розповсюдженню програмного забезпечення.

Слід нагадати, що правову основу регулювання правовідносин у сфері інтелектуальної власності в Україні складають Основний Закон держави та інші нормативно-правові акти. Конституція України у ч. 4 ст. 13 встановила загальні засади захисту прав власності та рівності громадян перед законом; ч. 1 ст. 54 – гарантування свободи літературної, художньої, наукової творчості та захист інтелектуальної власності, авторських прав та інтересів, що виникають у зв'язку із створеними відповідними об'єктами. Звернемо увагу на ч. 2 ст. 54, за якою кожен

громадянин має право на результати своєї інтелектуальної діяльності і без його згоди ніхто не має права використовувати або поширювати їх [1].

Захист авторських об'єктів у сфері інтелектуальної власності, у тому числі програмного забезпечення, від протиправних посягань здійснюється нормами Цивільного кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України, Господарського кодексу України, а також нормами спеціального законодавства та підзаконних актів.

Попередження та запобігання правопорушенням у зазначеній сфері передбачені Цивільним кодексом України, який ст. 432 встановлює захист права інтелектуальної власності судом. Суд у випадках та у порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про: застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів; зупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорту чи експорту яких здійснюється з порушенням права інтелектуальної власності; вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності та знищення таких товарів; вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувались переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності або вилучення та знищення таких матеріалів та знарядь. Відповідно до пунктів 5 та 6 цієї статті до правопорушників як міра

відповідальності застосовується грошове стягнення та здійснюється опублікування у засобах масової інформації відомостей про порушення [2].

Цивільно-процесуальний кодекс України ч. 4 ст. 151 встановлює спеціальні правила забезпечення позову щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності. До заяви додаються документи та інші докази, які підтверджують, що саме ця особа є суб'єктом відповідного права інтелектуальної власності і, що її права можуть бути порушені у разі невжиття заходів забезпечення позову. До такої заяви додаються копії відповідно до кількості осіб, щодо яких просять вжити заходи забезпечення позову. Такими заходами, наприклад, може бути накладення заборони на незаконне тиражування та розповсюдження програмного забезпечення [3].

Запобігання та попередження правопорушень у сфері інтелектуальної власності сприяють також норми Митного кодексу України, зокрема розділу X "Контроль за переміщенням через митний кордон України товарів, що містять об'єкти прав інтелектуальної власності". Стаття 257 Митного кодексу України встановлює призупинення митного оформлення товарів, що містять об'єкти права інтелектуальної власності та є контрафактними, що встановлюється на основі даних відповідного реєстру, який ведеться спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади. Такі товари підлягають розміщенню на складах тимчасового зберігання або на складах митних органів. Якщо протягом встановленого строку контрафактність

товарів підтверджується, митний орган порушує справу про порушення митних правил, а товари, – безпосередні предмети правопорушення – вилучаються у передбаченому законом порядку [4].

Охорона та захист правомірною використання програмного забезпечення забезпечується також статтями 51–2, 164–9 Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінальним кодексом України. Стаття 176 Кримінального кодексу України встановлює кримінальну відповідальність за незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, ст. 216 – за незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору, або контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних чи голографічних захисних елементів [5].

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 травня 2002 року № 247-р. затверджено Концепцію легалізації програмного забезпечення та боротьби з нелегальним його використанням, яка визначила основи урядової політики у зазначеній сфері [6]. Її метою встановлювалося визначення наукових та практичних заходів, спрямованих на вдосконалення нормативно-правової бази у зазначеній сфері; розроблення рекомендацій щодо підвищення ефективності застосування відповідного законодавства; створення механізму протидії. У спеціальній літературі підкреслюється значущість

урядових дій щодо припинення фактів неправомірною використання програмного забезпечення, в першу чергу, в державних установах. С. В. Петренко підкреслює, що придбання державними установами ліцензійних версій програмного забезпечення реалізується із залученням коштів держбюджету, є інвестицією у розвиток ІТ-індустрії інших держав [7, с. 62].

На виконання Концепції постановою Уряду від 10 жовтня 2003 року №14333 "Про затвердження Порядку використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади" передбачено щорічне проведення інвентаризації програмного забезпечення, можливість здійснення раптових перевірок його використання, визначено обов'язки користувачів комп'ютерів та інші механізми, які дозволять здійснювати поточний контроль за дотриманням авторських прав на програмне забезпечення [8]. У 2004 році міжвідомчою робочою групою було прийняте рішення про легалізацію операційних систем і офісних додатків виробництва компанії "Microsoft", що найбільш поширені у державних органах і використовуються для забезпечення виконання функціональних обов'язків працівників більшості органів виконавчої влади. Зазначені програми були об'єднані в один пакет, оптимальний за своїм складом і за найбільш пільговою ціною пропозицією. Між Міністерством освіти і науки України і компанією "Microsoft" було укладено 19 травня 2005 р. Договір про легалізацію комп'ютерних програм виробництва цієї компанії, відповідно до якого набула чинності спеціальна

Програма ліцензування для органів державної влади України. За її умовами державним органам була надана можливість привести у відповідність з чинним законодавством на пільгових умовах використання програмного забезпечення у своїй діяльності шляхом заміни неліцензійних примірників програм на ліцензійні [9].

Авторським колективом у складі В. І. Жукова, Ю. М. Капіци, Б. Л. Курікіна, М. В. Синькова, Л. П. Тимофієнка та іншими розроблена Концепція правової охорони комп'ютерних програм в Україні [10] як основа для майбутнього формування відповідних законів та інших нормативно-правових актів. Вона містить виклад міжнародного досвіду (Великобританії, Італії, Німеччини, Франції, США, Канади, Японії, інших країн) щодо захисту програмного забезпечення, переваг та недоліків захисту авторським та патентним правом, пропозиції щодо внесення змін до Закону України "Про авторське право та суміжні права" та іншого законодавства. Заслужують на увагу положення щодо необхідності державної реєстрації комп'ютерних програм, вільного використання законно придбаної програми з метою передання копії не з комерційною метою, реалізації комплексного підходу до їх правової охорони.

До базових законів України у сфері авторського та патентного права, що є основними щодо захисту програмного забезпечення, варто віднести закони "Про авторське право і суміжне право", "Про охорону прав на винаходи та корисні моделі", "Про розповсюджен-

ня примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеогам, комп'ютерних програм, баз даних", "Про охорону прав на знаки на товарів та послуг", "Про оподаткування прибутку підприємств" та інші.

Найбільш широко протидія правопорушенням у сфері інтелектуальної власності передбачена базовим Законом України "Про авторське право і суміжні права", зокрема, ст. 52 Закону передбачає право особи при порушенні її авторських прав: вимагати заборону дій, що порушують авторське право чи створюють загрозу їх порушенням; звертатись до суду з позовом про повнення порушених прав та припинення дій, що порушують авторське право; вимагати припинення підготовчих дій до порушення авторського права, у тому числі призупинення митних процедур, якщо є підозра щодо їх контрафактності; брати участь в інспектуванні виробничих приміщень, складів, технологічних процесів і господарських операцій, пов'язаних з виготовленням об'єктів інтелектуальної власності, якщо є підозра про порушення чи загрозу порушення авторського права. Зазначені правові норми є дієвими у разі необхідності припинення правопорушення щодо незаконного використання та розповсюдження програмного забезпечення [11].

Аналіз відповідної світової практики свідчить, що правове регулювання суспільних відносин у сфері програмного забезпечення здійснюється двома шляхами: або внесенням суттєвих відповідних змін до національного законодавства (Австралія, Велико-

британія, Іспанія, Канада, Японія), або прийняттям спеціального закону (Бразилія, Норвегія, Південна Корея, Швеція). У спеціальній літературі з цього питання ведеться дискусія. Найбільш повно її розкриває у дисертації О. О. Кузьмін, аналізуючи досвід європейських та інших країн. Він зазначає, що окремі автори (А. Б. Гель, І. Е. Маміофе) вважають можливою охорону програмного забезпечення методами патентного права з внесенням відповідних змін до нього, інші (Г. М. Анісов, В. М. Бакастов, Є. П. Гаврилов) вказують на необхідність прийняття спеціального закону [12, с. 27]. На наш погляд, прийняття спеціального закону дозволяє більш комплексно та повно регулювати зазначені правовідносини та забезпечити захист програмного забезпечення.

Спроба прийняття відповідного спеціального закону мала місце і в Україні. Проект Закону про використання Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах та державному секторі господарства був розроблений народним депутатом України Б. І. Олійником та поданий до законодавчого органу в 2002 році. Відзначимо, що перехід на програмне забезпечення вільного використання здійснюється у Німеччині, Індії, Перу, країнах Скандинавії; у США (NASA і Військово-морський флот адаптує програмне забезпечення вільного використання), у Китаї (вільне програмне забезпечення використовується не тільки в урядових установах, а й серед інших суб'єктів господарювання). Таким чином, можливий перехід, принаймні українських

урядових установ, на вільне програмне забезпечення є актуальним завданням [7, с. 64].

Аналіз зазначеного законопроекту дозволяє виділити наступні позитивні аспекти, а саме:

1) визначення сфери застосування (виконавча, законодавча, судова влада та органи місцевого самоврядування, підприємства, у яких держава володіє контрольним пакетом акцій, які використовують програмне забезпечення або програмні бібліотеки в їхніх системах та інформаційному забезпеченні);

2) вказівку на зміст ліцензії, за якою може використовуватися програмне забезпечення (використання програми для будь-якої мети, безперешкодний доступ до програмного коду або (та) набору інструкцій; будь-яке вивчення механізмів (принципів) функціонування програми; можливість використання механізмів функціонування та частин коду програми для створення інших програм та (або) адаптації до потреб користувача; вільне виробництво і поширення копій програми);

3) випадки застосування закритого комерційного програмного забезпечення (на базовому вільному програмному забезпеченні не існує рішень, які задовольняють специфічні потреби, немає програм зазначеної категорії тощо);

4) авторизація, інформування та страхування ризиків у разі використання рішень, побудованих на основі виняткових дозволів (поповнення ззовні програмного забезпечення за обнародування усіх безпосередніх та потенційних ризиків приєднання користувачів для його використання);

5) приведення у відповідність до значеного закону інших законодавчих актів у зазначеній сфері [13].

На наш погляд, представлений законопроект підлягає детальному та серйозному доопрацюванню внаслідок його значної недосконалості щодо повноти охоплення регулювання відповідних суспільних відносин; вказаного об'єкта закону, відсутності навіть спроби вдосконалення діючого законодавства щодо захисту програмного забезпечення, відсутності координування норм з чинним законодавством у сфері інтелектуальної власності, гармонізації із зарубіжними нормативно-правовими актами, юридичних погрішностей (порядок розміщення норм, їх найменування, структура, нечітке визначення термінів тощо).

Зазначений законопроект зазнав гострої критики Інститутом законодавства України, Асоціацією виробників програмного забезпечення, Міністерством освіти і культури. Лише окремі науковці вказали, не дивлячись на його недосконалість, на бажаність та своєчасність прийняття такого акта. Так, російський вчений О. І. Горев переконаний, що перехід на вільне програмне забезпечення є економічно виправданим; буде сприяти підвищенню кваліфікації програмістів, дозволить їм співпрацювати з розробниками програм на світовому рівні, сприятиме розвитку власної української програмної продукції; застосування вільного програмного забезпечення в державних органах і в державному секторі господарства значно знизить рівень контрафактності програмного забезпечення [14, с.112].

В Україні необхідність прийняття закону "Про захист програмного забезпечення від незаконного використання та розповсюдження" зумовлена тим, що поширення загальних норм авторського права на програмне забезпечення не вирішує всіх проблем у цій сфері. Крім того, слід зауважити декларативність окремих норм кодексів. Так, наприклад, у Господарському кодексі України у ст. 155 зазначено, що комп'ютерні програми є об'єктом права інтелектуальної власності у сфері господарювання, але правомочностей щодо неї, як наприклад, щодо винаходу, корисної моделі, промислового зразку (ст. 156), чи щодо використання торгівельної марки (ст. 157) у господарському обігу не окреслено [15].

Узагальнюючи вищезазначене, слід наголосити, що завдяки правовому регулюванню суспільних відносин у сфері використання та розповсюдження програмного забезпечення здійснюється захист інтересів держави і суспільства, юридичних та фізичних осіб як правовласників програмного забезпечення шляхом встановлення нормативно-правових норм щодо його охорони від несанкціонованого використання та розповсюдження. Вдосконалення правового регулювання у сфері програмного забезпечення здійснюється на різних напрямках: у загальнотеоретичних дискусіях щодо змісту форм охорони; на законодавчому рівні шляхом внесення змін відповідно до вітчизняної практики та рекомендацій міжнародних конвенцій та договорів. Норми права у сфері програмного забезпечення створюють певну систему, яка має ієрархічний характер – це конституційні норми,

що мають найвищу юридичну силу та значення; міжнародно-правові стандарти, відображені у міжнародних договорах та конвенціях, до яких приєдналась Україна; поточне законодавство у сфері інтелектуальної власності, в якому знайшли відображення конституційні та міжнародні норми. Чинне законодавство з питань захисту програмного забезпечення можна також класифікувати за способом правового захисту – нормативно-правові акти у галузі цивільно-правового захисту, адміністративно-правового захисту; кримінально-правового захисту.

Аналіз українського законодавства засвідчує, що ним не враховуються повністю норми міжнародного права щодо вимог правового захисту програмного забезпечення; системи захисту програмного забезпечення не відповідають все більш досконалим способам правопорушень у цій сфері; спеціальний, базовий закон щодо захисту програмного забезпечення не розроблено, що негативно впливає на комплексність протидії правопорушенням у цій сфері.

Список використаних джерел:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15>.
3. Цивільний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1618-15>.
4. Митний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=92-15>.
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення [Електронний ресурс]. – Режим

доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=80731-10>.

6. Про затвердження Концепції легалізації програмного забезпечення та боротьби з нелегальним його використанням : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 травня 2002 року № 247-р // Офіційний вісник України. – 2002. – № 20. – Ст. 989.

7. Петренко С. В. Правовий захист програмного забезпечення в Україні / С. В. Петренко // Право України. – 2003. – № 6. – С. 62–65.

8. Про затвердження Порядку використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 року № 14333 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 37. – Ст. 1989.

9. Щодо роз'яснення питань, пов'язаних з легалізацією комп'ютерних програм: Лист Міністерства освіти і науки України від 13 жовтня 2005 року №16-14\4613 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uazakon.com/documents/date_9c/pg_ilguxe.htm.

10. Концепція правової охорони комп'ютерних програм в Україні, розроблена Державним агентством України з авторських і суміжних прав і авторським колективом у складі : В. В. Жукова, Ю. М. Капіци, Б. Л. Куркіна, М. В. Синькова, Л. П. Тимофієнка та ін. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unicyb.kiev.ua/~vant/htdocs/konz.htm>.

11. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 року № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

12. Кузьмин А. А. Проблемы правовой охраны програмного обеспечения ЭВМ : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кузьмин Александр Анатольевич. – Москва, 2001. – 198 с.

13. Про використання Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах та державному секторі господарства : проект Закону України від 15 серпня 2002 року № 2065 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JD1LD00A.html.

14. Горев А. И. Противодействие незаконному обороту программ для ЭВМ (административно- и информационно-правовой аспекты) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Горев Александр Иванович. – Омск, 2003. – 203 с.

15. Господарський кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=436-15>.

Хилько И. Ю. К вопросу об усовершенствовании правовых основ противодействия незаконному использованию и распространению программного обеспечения в Украине.

Статья посвящена правовым основам противодействия незаконному использованию и распространению программного обеспечения. Охарактеризованы основные национальные правовые акты в сфере противодействия незаконному использованию и распространению программного обеспечения и указаны пути их усовершенствования.

Ключевые слова: законодательство, правовые основы, программное обеспечение, противодействие, незаконное использование, незаконное распространение.

Hilko I. On the Question of Improving the Legal Framework for Combating the Illegal Use and Distribution of the Software in Ukraine.

Article is devoted to legal framework for combating the illegal use and distribution of the software. The author describes the main national legal acts in the sphere of countering the illegal use and distribution of the software and indicates the ways to improve them.

Keywords: legislation, legal frameworks, software, counter, illegal use, illegal distribution.

Стаття надійшла до редакції 08.05.2012