

Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право
УДК 347.77

Євков Андрій Миколайович

*кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри
цивільно-правової політики, права інтелектуальної власності та інновацій
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Yevkov Andriy

*Candidate of Legal Sciences (PhD), Senior Lecturer of the Department of
Civil and Legal Policy, Intellectual Property Law and Innovations*

Yaroslav Mudryi National Law University

ORCID: 0000-0002-7299-656X

Рубан Олена Олександрівна

*кандидат юридичних наук, асистент кафедри
цивільно-правової політики, права інтелектуальної власності та інновацій
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Ruban Olena

*Candidate of Legal Sciences (PhD), Lecturer of the Department of
Civil and Legal Policy, Intellectual Property Law and Innovations*

Yaroslav Mudryi National Law University

ORCID: 0000-0002-8602-0517

Тупицька Євгенія Олександрівна

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри
цивільно-правової політики, права інтелектуальної власності та інновацій
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Tupytska Yevheniia

*Candidate of Legal Sciences (PhD), Lecturer of the Department of
Civil and Legal Policy, Intellectual Property Law and Innovations*

Yaroslav Mudryi National Law University

ORCID: 0000-0002-7484-9723

**ПРОБЛЕМАТИКА ВИКОРИСТАННЯ OPEN SOURCE
КОМПОНЕНТІВ НА УМОВАХ ВІЛЬНИХ ПУБЛІЧНИХ ЛІЦЕНЗІЙ У
РОЗРОБЦІ ПРОГРАМНИХ ПРОДУКТІВ
ISSUES OF USING OPEN SOURCE COMPONENTS UNDER THE
TERMS OF FREE PUBLIC LICENSES IN THE DEVELOPMENT OF
SOFTWARE PRODUCTS**

***Анотація.** У статті досліджено теоретичні та практичні проблеми використання Open Source компонентів на умовах публічних ліцензій у розробці програмних продуктів. Зауважено, що питання вільного програмного забезпечення (ПЗ) при створенні кінцевих продуктів вимагає належної уваги та юридичного врегулювання. Це стосується як договорів на розробку програмного забезпечення з кінцевими замовниками, так і угод з персоналом (трудових договорів, угод на створення програмного забезпечення з розробниками-підрядниками, а також гіг-контрактів).*

Розглянуто різновиди вільних публічних ліцензій (GNU General Public License (GPL), MIT License, Apache License, Creative Commons і BSD License), які відрізняються умовами використання ліцензованих продуктів та обмеженнями, які покладаються на користувача-розробника.

Особлива увага приділяється дослідженню проблемних питань, пов'язаних із правовим регулюванням публічних ліцензій та визнанням їх правомірно укладеними у зв'язку з дотриманням встановленої законодавством форми. Послідовно аргументується, що підтвердженням правомірності використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав вільного користування може вважатися факт приєднання до публічної ліцензії шляхом вчинення певних дій (відтворення, запис у пам'ять комп'ютера, модифікація, розповсюдження тощо).

Аналізуються поняття «переробка», «модифікація» та «адаптація», що мають важливе значення у зв'язку із застосуванням вільних Open Source

компонентів у розробці комерційних програмних продуктів, та робиться висновок стосовно їхнього розмежування. Досліджуються пов'язані з цим питання визначення правового статусу фінального програмного продукту, при розробці якого використовувалися Open Source компоненти: похідний твір, складений твір або ж складний твір.

Робиться висновок про те, що наявність правового регулювання механізму функціонування публічних ліцензій в Україні, закріпленого новою редакцією Закону України «Про авторське право та суміжні права», досі виникають проблемні питання у правозастосовчій практиці. Відзначається, що попри зазначені зміни в законодавстві, щодо врегулювання публічних ліцензій, продовжують залишатися складними і недостатньо врегульованими низка питань, які становлять ризики для ІТ-бізнесу та можуть бути перешкодою для подальшої комерціалізації програмного продукту, створеного з використанням вільного програмного забезпечення.

Ключові слова: авторське право, публічні ліцензії, програмні компоненти, розробка програмного забезпечення, програмне забезпечення, комп'ютерна програма, цифрові активи, електронна комерція, ліцензійні договори у виробництві відеоігор, GPL, MIT License, Apache License, Open Source.

Summary. The article examines the theoretical and practical problems of legal regulation of using Open Source components under the terms of public licenses in the development of software products. It was noted that the issue of free software (software) in the creation of final products requires due attention and legal regulation. This applies to both software development contracts with end customers and personnel agreements (employment contracts, software development agreements with contractor developers, as well as gig contracts).

Types of free public licenses (GNU General Public License (GPL), MIT License, Apache License, Creative Commons, and BSD License) are considered,

which differ in terms of the use of licensed products and restrictions placed on the user-developer.

Special attention is paid to the study of problematic issues related to the legal regulation of public licenses and their recognition as validly concluded in connection with compliance with the form established by law. It is consistently argued that the fact of joining a public license by performing certain actions (reproduction, recording in computer memory, modification, distribution, etc.) can be considered as confirmation of the legality of the use of the copyright object and (or) related rights of free use.

The concepts of "processing", "modification" and "adaptation", which are important in connection with the use of free Open Source components in the development of commercial software products, are analyzed, and a conclusion is drawn regarding their distinction. Related issues of determining the legal status of the final software product, in the development of which Open Source components were used, are being investigated: a derivative work, a composite work, or a complex work.

To draw the conclusion that the presence of legal regulation of the mechanism of the functioning of public licenses in Ukraine, established by the new version of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights", still raises problematic issues in law enforcement practice. It is noted that despite the mentioned changes in the legislation regarding the regulation of public licenses, a number of issues that pose risks for the IT business and may be an obstacle to the further commercialization of a software product created using free software continue to remain complex and insufficiently regulated.

Key words: copyright, public licenses, software components, software development, software, computer program, digital assets, e-commerce, license agreements in the production of video games, GPL, MIT License, Apache License, Open Source.

Постановка проблеми. Відкрите (вільне) ліцензування є наразі найпопулярнішим способом сприяння обміну знаннями та інтелектуальними ресурсами в цифровому світі. Воно дає поштовх інноваціям, розвитку відкритих джерел і може сприяти створенню відкритих стандартів і інтероперабельності в інформаційних технологіях. Так, при розробці програмного забезпечення (ПЗ) дуже часто використовуються програмні компоненти, бібліотеки, шрифти та інші об'єкти, що охороняються авторськими правами і належать третім особам. Ці об'єкти можуть бути доступні розробникам на умовах відкритих (вільних) ліцензій, таких як GNU General Public License (GPL), MIT License, Apache License і багато інших, що дозволяють використовувати, модифікувати і розповсюджувати зазначені програмні компоненти на певних умовах. Використання вільних ліцензій може значно полегшити розробку ПЗ, оскільки дозволяє використовувати готові компоненти та бібліотеки, замість того щоб створювати всі функції ПЗ «з нуля». Також це дозволяє розробникам спільно працювати над вдосконаленням та розвитком цих компонентів.

Варто зауважити, що питання використання вільного ПЗ при розробці кінцевих продуктів вимагає належної уваги та юридичного врегулювання, і це стосується як договорів на розробку програмного забезпечення з кінцевими замовниками, так і угод з персоналом (трудових договорів, угод на створення програмного забезпечення з розробниками-підрядниками, а також гіг-контрактів).

Крім того, необхідно забезпечити «юридичну чистоту» прав на кінцевий продукт, а також гарантувати юридичну дійсність відкритих ліцензій, що супроводжують відповідні програмні компоненти, і дотримуватися умов таких ліцензій при подальшому комерційному використанні кінцевого (фінального) програмного продукту.

Тому питання законодавчого врегулювання та практики використання Open Source компонентів, що є доступними на умовах публічних ліцензій, у розробці програмних продуктів є актуальними і потребують наукового дослідження.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вивченню проблематики юридичної природи вільних публічних ліцензій, їх різновидів та особливостей використання присвячували окремі свої дослідження вітчизняні та зарубіжні науковці. Зокрема, І. Є. Якубівський [1] здійснив аналіз юридичної природи публічних ліцензій, Ю. М. Капіца [2] присвятив наукове дослідження питанням, пов'язаним із застосуванням ліцензій відкритого доступу при використанні наукових матеріалів в цифровому середовищі, К. О. Зеров [3] розглянув питання поняття та правової природи вільних публічних ліцензій, їх класифікації, виокремленню їх істотних ознак та місця в системі цивільно-правового регулювання авторських правовідносин в Україні, О. В. Розгон [4] присвятила свої наукові дослідження висвітленню питання розпорядження правами на комп'ютерні програми і програмне забезпечення на підставі ліцензійного договору, О. В. Дорохов та О. В. Скакаліна [5] проаналізували поняття ліцензійного, відкритого та вільного програмного забезпечення, Mark Radcliffe [6] дослідив можливості застосування Open Source у технології blockchain тощо. Водночас ціла низка важливих питань так і залишаються дискусійними і потребують подальшого аналізу.

Метою статті є дослідження теоретичних та практичних проблем використання Open Source компонентів, що є доступними на умовах вільних публічних ліцензій, у розробці програмного забезпечення.

Виклад основного матеріалу. Застосування третьосторонніх компонентів, що є доступними на умовах вільних публічних ліцензій (Open Source), у сфері інформаційних технологій, зокрема при розробці ПЗ, є

досить поширеною практикою і, в тому чи іншому обсязі, використовується більшістю розробників програмного забезпечення.

Відкритий код не контролюється жодною конкретною компанією чи організацією. Це спільнота, яка складається з численних осіб та груп, що беруть участь у певних проектах щодо створення певних Open Source програмних продуктів. Існує дві провідні організації: Фонд вільного програмного забезпечення (FSF) та Ініціатива з відкритим кодом (OSI). Фонд вільного програмного забезпечення (FSF), заснований у 1985 році, просуває права користувачів комп'ютерів на використання, копіювання, вивчення, модифікацію та розповсюдження програмного забезпечення. FSF акцентує увагу на розробці "вільного програмного забезпечення". FSF вважає, що кожна особа повинна мати необмежені права на використання та зміну програмного забезпечення, і вони сприймають будь-яке обмеження цих прав як морально неприпустиме. В їхньому уявленні, програмне забезпечення не повинно мати власника. Для досягнення цієї мети засновник FSF Річард Столлман створив Загальну публічну ліцензію GNU (GPL). У ліцензії GPL зазначено, що будь-яке програмне забезпечення, що використовує цю ліцензію, може бути вільно використовуване, розповсюджене та модифіковане без будь-яких обов'язків перед авторами. Однак розповсюдження модифікованих або розширених версій можливе лише за умови, що ці модифікації або розширення також розповсюджуються згідно з умовами GPL. Цей пункт про успадкування забезпечує, що вільне програмне забезпечення лишається доступним безкоштовно, і в результаті дедалі більше програмного забезпечення стає вільним. Остаточною метою FSF є забезпечення, що всі програми у світі стануть доступними безкоштовно [7].

Можна умовно виділити два основних типи сучасних ліцензій для програмного забезпечення: невірні (пропрієтарні, комерційні) та ліцензії для вільного відкритого програмного забезпечення. Їх відмінні риси та

особливості мають значний вплив на обсяг прав кінцевого користувача щодо використання програм. Виключні права на пропрієтарне програмне забезпечення належать авторам (правоволодільцям), воно розповсюджується на комерційних умовах (як правило, за плату), закріплених в обов'язкових для прийняття користувачем ліцензійних угодах, і тому не відповідає критеріям вільного ПЗ. Головною характеристикою пропрієтарних ліцензій є те, що видавець ПЗ залишається правоволодільцем всіх виключних майнових прав на ПЗ як охоронюваний об'єкт авторського права, але дозволяє користувачу-ліцензіату використовувати одну або кілька копій програми чітко визначеними в ліцензійній угоді способами, і при цьому пропрієтарні ліцензії зазвичай включають в себе докладний перелік умов і обмежень використання, включаючи заборону на певні варіанти використання, навіть якщо ці варіанти можуть бути дозволені законодавством в сфері охорони авторських прав. Прикладом пропрієтарної ліцензії є ліцензія на Microsoft Windows, яка містить значну кількість обмежень для користувача та деталізовані вимоги щодо процесу використання, зокрема, заборони на певні дії з ПЗ (наприклад, одночасна робота кількох користувачів, розповсюдження тестів характеристик тощо) [5, с. 97].

На відміну від пропрієтарних ліцензій, вільні ліцензії – це модель ліцензування ПЗ, яка передбачає, як правило, безоплатний доступ до вихідного коду ПЗ і безоплатне надання прав на використання такого ПЗ, у тому числі, на подальше розповсюдження, модифікацію та переробку (що, однак не виключає можливість певних застережень). Прикладом вільної ліцензії є GNU General Public License (GPL), яка дає користувачеві право поширювати програмне забезпечення під цією ліцензією, брати участь у зворотній розробці та модифіковувати програмне забезпечення. Однак ці права зобов'язують користувача, який використовує ПЗ під GPL,

дотримуватися певних правил, наприклад, зміни, внесені користувачем та поширені далі, повинні супроводжуватися вихідним кодом [8].

Істотною характеристикою вільних ліцензій є надання користувачу певних «свобод», зокрема: відсутність обмеження мети використання такого ПЗ; надання можливості вивчати вихідний код ПЗ (умою чого є надання доступу до такого вихідного коду); можливість модифікувати, переробляти та розповсюджувати похідний програмний продукт, отриманий шляхом переробки вільного ПЗ і т.д. [9]

Однак не можна розглядати такі характеристики програмного забезпечення як «вільне» та «відкрите» як тотожні поняття. «Відкритість» програмного забезпечення означає надання доступу користувачам до вихідного коду (що, власне, і обумовлює назву «Open Source» software). Проте відкрита ліцензія не вимагає, щоб програмне забезпечення обов'язково було безкоштовним (хоча зазвичай більшість відкритого програмного забезпечення пропонується користувачам саме на таких умовах). Також існує ПЗ, що розповсюджується безкоштовно, але без розкриття вихідного коду – і таке ПЗ не можна розглядати як «Open Source», бо його ліцензійні умови не надають одну з ключових «свобод», притаманних саме відкритому програмному забезпеченню.

Також не треба ототожнювати вільне програмне забезпечення з творами, що перейшли у суспільне надбання і щодо яких не існує майнових авторських прав. В цьому відношенні і пропрієтарне ПЗ, і вільне ПЗ мають однаковий правовий статус – це твори, що охороняються авторським правом, і відповідні авторські права належать їх авторам (правоволодільцям). Відрізняється лише волевиявлення правоволодільця щодо умов використання та надання доступу до цих творів, виражене в умовах відповідних ліцензій, що супроводжують таке ПЗ.

Існує досить велика кількість вільних публічних ліцензій, які відрізняються умовами використання ліцензованих продуктів та

обмеженнями, які покладаються на користувача-розробника. Найбільш відомими та популярними є GNU General Public License (GPL), MIT License, Apache License, Creative Commons і BSD License.

1. GPL (General Public License – Загальна Публічна Ліцензія). Дана ліцензія, надаючи доступ до вихідних кодів ПЗ та дозволяючи вільне використання та переробку, у той же час, покладає на розробників зобов'язання поширювати отриманий фінальний продукт на тих самих умовах, згадувати авторів усіх доповнень і розкривати вихідний код похідного ПЗ. Таким чином, ця ліцензія не дозволяє використовувати такі ліцензовані компоненти у складі комерційного (пропрієтарного) продукту.

Однак є декілька різновидів такої ліцензії, зокрема, LGPL (Lesser GPL), яка містить меншу кількість обмежень і частково підходить для застосування у пропрієтарному ПЗ (з урахуванням тих обмежень та зобов'язань, що містяться в такій LGPL-ліцензії).

2. Apache License 2.0 – її суттєвими рисами є чіткі вимоги атрибутування (при розповсюдженні ПЗ необхідно помістити до кореневого каталогу файл з копією тексту ліцензії Apache та файл з переліком усіх ліцензованих компонентів), необхідність зазначати авторство розробників. Але при цьому ліцензія Apache не обмежує можливості використання ліцензованих компонентів у складі комерційного (пропрієтарного) програмного продукту.

3. Також досить поширеними є ліцензії некомерційної організації Creative Commons. По суті, ліцензії Creative Commons – це група ліцензій, які відрізняються між собою за рівнем обмежень та зобов'язань, що покладаються на розробника: від найбільш ліберальної, що дозволяє будь-яке використання (у тому числі, у комерційних пропрієтарних продуктах лише із зазначенням авторства ліцензованих компонентів) до доволі обтяжливих ліцензій, що дозволяють лише використання у некомерційних продуктах та не дозволяють переробку із створенням похідних творів.

4. BSD (Berkley Software Distribution - програмна ліцензія університету Берклі) та MIT (ліцензія Массачусетського технологічного інституту) – це найбільш «ліберальні» ліцензії з точки зору покладення обмежень на розробників похідних програмних продуктів. Вони дозволяють розробникам використовувати вихідні коди ліцензованих програмних компонентів, модифікувати їх на власний розсуд і використовувати фінальний продукт у комерційних цілях без обмежень.

5. Ряд виробників ПЗ використовує власні ліцензії: зокрема, MPL (Mozilla Public License) від Mozilla та CDDL (Common Development and Distribution License) від Sun Microsystems.

Розробка нових програмних продуктів із використанням Open Source компонентів пов'язана з дотриманням вимог відкритих ліцензій на відповідні об'єкти, що використовуються при такій розробці. Наявність великого різноманіття вільних ліцензій, а також певного кола вимог і обмежень, що такі ліцензії можуть покладати на розробника і впливати на умови поширення і використання кінцевого програмного продукту, вимагає детального вивчення таких ліцензій для вирішення питання, чи не буде суперечити певне обмеження чи застереження комерційній меті створення результуючого програмного забезпечення.

Слід погодитись, що розробники не завжди звертають увагу на умови розповсюдження застосованих компонентів Open Source, не враховуючи прописані у ліцензіях дозволи, заборони, вимоги до атрибутування і "прикріплення" тексту ліцензії, умови про надання доступу до вихідного коду кінцевого програмного продукту і т.д. І це створює юридичні ризики на етапі використання, просування і поширення кінцевого ПЗ, створеного із застосуванням таких Open Source компонентів. Зокрема, замовник такого ПЗ може бути обмежений у вільному використанні програмного продукту, якій він сподівався отримати, або взагалі позбавлений можливості розповсюджувати кінцевий продукт [10].

Тому питання використання вільного програмного забезпечення при створенні кінцевих продуктів вимагають уваги і правового врегулювання як у договорах на розробку програмного забезпечення з кінцевим замовником, так і в договорах з персоналом, який безпосередньо задіяний в розробці (трудових договорах з працівниками-розробниками, договорах на створення програмного забезпечення з розробниками-субпідрядниками, а також у гіг-контрактах). У таких договорах вирішується питання принципової можливості або неможливості використання розробником компонентів Open Source для створення замовленого продукту, а також, якщо це є дозволеним, вирішується питання погодження використаних ліцензій, відповідності їх умов зазначеним цілям створюваного ПЗ, гарантії та запевнення з боку розробника щодо дотримання умов вільних ліцензій і т.д.

При цьому можна погодити або конкретний вид ліцензій, який дозволено застосовувати при розробці, або сформулювати певні критерії вибору такої ліцензії, що є «лояльною» до комерційних продуктів, наприклад: відсутність вимог щодо розкриття вихідного коду кінцевого (похідного) програмного продукту; відсутність вимог щодо надання кінцевому продукту статусу суспільного надбання (public domain); відсутність заборон щодо реєстрації авторських прав, патентування похідного ПЗ і т.д.; відсутність інших умов, що унеможливають комерційне використання похідного ПЗ та/або надання йому статусу комерційного (пропрієтарного) продукту [10].

Не менш важливим є питання правомірності укладання вільних ліцензій з точки зору законодавства України (оскільки будь-які права розробника на використання ліцензованих компонентів Open Source будуть існувати лише за умови визнання юридичної сили відповідної ліцензії за застосовним законодавством).

До прийняття у 2022 році змін до Закону України «Про авторське право та суміжні права» існувало багато проблемних питань, пов'язаних із

правовим регулюванням публічних ліцензій і визнання таких ліцензій правомірно укладеними: зокрема, щодо дотримання необхідної форми договору, підтвердження його умов, наявності підпису і т.д.

Попередня редакція Закону України «Про авторське право і суміжні права» [11] встановлювала вимоги щодо укладення договорів на використання творів, зокрема щодо обов'язкової письмової форми договорів (стаття 33 Закону). Положення статті 1107 Цивільного кодексу України також вказували на те, що договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності мали бути укладені в письмовій формі [12]. Хоча ч. 1 ст. 207 ЦК і визнає укладеним у письмовій формі правочин, якщо воля сторін виражена за допомогою електронного зв'язку, ст. 6 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» визначає обов'язковим реквізитом електронного документу електронний підпис, що унеможливлювало підписання ліцензій більшістю користувачів (не кажучи вже про проблему визнання електронних підписів закордоном з огляду на те, що значна кількість вільного ПЗ створена та розповсюджується правоволодільцями-нерезидентами) [13].

У Рекомендаціях Міністерства економіки України щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав [14] зазначалося, що об'єкти авторського права та суміжних прав вільного користування супроводжуються вільними публічними ліцензіями, які є договорами приєднання. При цьому ст. 634 ЦК України передбачає можливість використання договору приєднання в цивільних правовідносинах, а вільні публічні ліцензії передбачають приєднання до них шляхом вчинення певних дій (зокрема відтворення, модифікації, розповсюдження комп'ютерної програми), які виражають волю особи встановити правовідносини, тобто приєднатися до умов вільної публічної ліцензії.

Міністерство економіки України пропонувало розглядати вільні публічні ліцензії за формою та змістом як договори, виражені у вигляді публічних заяв, де суб'єкт авторського права та/або суміжних прав встановлює умови дозволеного використання відповідних об'єктів (зазвичай безкоштовне та необмежене щодо строку і території). У разі придбання примірників об'єктів авторського права та (або) суміжних прав вільного користування ці об'єкти мають бути забезпечені договором (або посиланням на нього), який підтверджує їх належність до об'єктів авторського права та (або) суміжних прав вільного користування. Цей договір є примірником (електронним, у тому числі в складі файлу, що містить відповідний об'єкт авторського права та (або) суміжних прав, окремим файлом та (або) паперовим примірником) вільної публічної ліцензії або посиланням на її офіційний текст, який знаходиться в загальному доступі в мережі Інтернет. Підтвердженням правомірності використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав вільного користування, згідно з роз'ясненням Міністерства економіки України, міг вважатися факт приєднання до публічної ліцензії шляхом вчинення певних дій (зокрема відтворення, у тому числі запис у пам'ять комп'ютера, модифікація, розповсюдження тощо), а також наявність зазначених вище документів [14].

Наразі зараз окреслені питання висвітлені й вирішені у новій редакції Закону України «Про авторське право та суміжні права» [11] у статті 51, положення якої присвячені правовому регулюванню публічних ліцензій.

Зокрема частина 1 ст. 51 Закону надає право суб'єкту авторського права або суб'єкту суміжних прав надавати дозвіл на використання об'єкта авторського права або об'єкта суміжних прав будь-якою особою на визначених ним умовах (публічна ліцензія). Публічна ліцензія видається шляхом оприлюднення її умов разом з наданням можливості дистанційного ознайомлення з відповідним об'єктом авторського права або об'єктом

суміжних прав необмеженому колу осіб з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем [11].

Одночасно з цим нова редакція Закону містить важливе доповнення щодо форми договору про розпорядження майновими правами на об'єкти авторського права або об'єкти суміжних прав. Так, ч. 2 ст. 48 встановлює: «Правочини щодо розпоряджання майновими правами на об'єкти авторського права або об'єкти суміжних прав вчиняються у письмовій (електронній) формі, крім договору про використання твору в періодичних виданнях (газетах, журналах, електронних засобах масової інформації тощо), які можуть укладатися в усній формі». Тобто відтепер законодавчо закріплена можливість електронної форми правочину щодо програмного забезпечення та інших охоронюваних об'єктів авторського права та суміжних прав і, зокрема, публічної ліцензії щодо таких об'єктів [11].

Також частиною 4 статті 51 Закону визначається, що публічна ліцензія є невиключною, а виключні та одиничні публічні ліцензії є нікчемними [11].

Ще одним вдосконаленням законодавства стало положення Закону яке розмежовує поняття безоплатної та оплатної публічної ліцензії. Публічна ліцензія, в якій не передбачено сплату винагороди за використання об'єкта авторського права та/або об'єкта суміжних прав або передбачено, що така сплата може здійснюватися ліцензіатом добровільно, на власний розсуд, вважається безоплатною (ч. 5 статті 51 Закону) [11].

Однак, попри зазначені зміни в законодавстві України щодо врегулювання публічних ліцензій, продовжують залишатися складними і недостатньо врегульованими низка питань, які становлять ризики для ІТ-бізнесу та можуть бути перешкодою для подальшої комерціалізації програмного продукту, створеного з використанням вільного програмного забезпечення. Так, у зв'язку із застосуванням вільних Open Source компонентів у розробці комерційних програмних продуктів актуальним є проблематика розмежування понять «переробка», «модифікація» та

«адаптація», а також пов'язане з цим питання визначення правового статусу фінального програмного продукту, при розробці якого використовувалися Open Source компоненти: похідний твір, складений твір або ж складний твір.

В ч. 1. ст. 17 Закону закріплюється поняття «похідного твору» - це твір, що є результатом творчої переробки іншого твору без завдання шкоди його охороні (анотація, адаптація, аранжування, кавер-версія, обробка нематеріальної культурної спадщини тощо) чи його творчим перекладом на іншу мову. Таким чином, адаптація розглядається як один з різновидів переробки і, відповідно, адаптація Open Source компонента, здійснена творчим шляхом при розробці комерційного програмного продукту, призводить до створення нового «похідного» твору. І згідно з ч. 2 ст. 17 Закону авторські права на такий похідний твір будуть належати особі, що здійснила таку переробку, які однак можуть здійснюватися лише за умови дотримання прав суб'єкта авторського права на твір, що зазнав переробки (тобто правоволодільця застосованого Open Source компонента). Але, на жаль, законодавство України не містить визначення понять «адаптація», «модифікація» і т.д., і тому на практиці постає проблема – які саме зміни програмного забезпечення будуть призводити до появи нового «похідного» твору. Адже очевидно, що не кожна зміна чи переробка коду ПЗ має творчий характер, а внесені мінімальні зміни не містять ознак оригінальності і не призводять до появи самостійного твору. І в цілому встановлення ознак «оригінальності» та «творчості» стосовно комп'ютерних програм є досить проблемним питанням з огляду на технічну складову процесу створення коду ПЗ [11].

Також Open Source компоненти можуть включатися в фінальний програмний продукт не шляхом їх переробки, а як незалежні компоненти, які використовуються сумісно (наприклад, як окремий модуль чи підпрограма). В такому випадку також не виникає окремого «похідного»

твору, але необхідно визначити правовий статус такого фінального продукту.

Перш за все, це може бути збірник або складений твір, який врегульований у ст. 18 Закону [11].

Проте в цивілістичній науці також усталеним є розмежування «складних» та «складених» творів, які хоча і мають спільні риси, але не повинні ототожнюватись: на відміну від складених, складні твори складаються з різнорідних об'єктів права інтелектуальної власності, як правило без будь-якого зі своїх елементів втрачають цілісність та призначення, доволі часто передбачають створення об'єктів права інтелектуальної власності спеціально для включення у складний твір, а не підбір і розташування вже існуючих [15].

Але на даний час поняття та правовий режим «складних» творів в законодавстві України не визначені.

Ще одна проблема полягає в усталеній практиці поступового внесення змін та доробок коду вільного ПЗ його розробниками (контриб'юторами). Наприклад, первісний код певного ПЗ розміщується на певній хостинговій платформі (зокрема, GitHub). Згодом, будь-які особи можуть змінювати та доробляти код такого ПЗ і, за умови схвалення таких змін автором первісного ПЗ, запропоновані зміни вносяться в код такого ПЗ. У створенні великих Open Source проєктів може приймати участь кілька десятків і навіть сотен контриб'юторів і виникає проблема встановлення правоволодільця окремої версії ПЗ як похідного твору, визнання чи невизнання співавторства контриб'юторів та визначення обсягу ліцензійних прав, що надаються таким правоволодільцем відповідно до вільної ліцензії. Є поширеною практика укладання всіма контриб'юторами спеціальних ліцензійних угод контриб'ютора (contributor license agreement), в якій визначається належність виключних прав та інші питання їх здійснення. Але такі угоди

можуть бути відсутніми у конкретному випадку або їх умови можуть бути неприйнятними (недійсними) з точки зору імперативних вимог законодавства України.

Також деякі вільні публічні ліцензії часто містять умови використання похідних творів – тобто кінцевих програмних продуктів, отриманих шляхом переробки вільного програмного забезпечення або інших об'єктів (наприклад, шрифтів або зображень). І таким чином, автор похідного твору (розробник кінцевого продукту) виявляється обмежений у здійсненні своїх прав на похідний твір. Наприклад, публічна ліцензія може дозволяти використовувати похідний (модифікований) об'єкт у складі фінального результуючого продукту (наприклад, комп'ютерної гри), але може не дозволяти поширювати похідний об'єкт як такий самостійно або ж покладати додаткові обмеження щодо супровідної документації, розкриття вихідного коду і т.д.

І при цьому відкриті публічні ліцензії можуть містити визначення «похідного твору» відмінне від його визначення в національному законодавстві України (ст. 17 Закону «Про охорону авторського права та суміжних прав»), і тому при вирішенні спору виникає проблема тлумачення умов ліцензій та застосування легального поняття похідного твору, створеного внаслідок переробки оригінального твору [11].

Подекуди також постає проблема невідповідності умов публічних ліцензій імперативних нормам законодавства України в сфері авторського права, наприклад, відмова від особистих немайнових прав, яка суперечить встановленому у ст. 11 Закону «Про охорону авторського права та суміжних прав» - особисті немайнові права належать лише автору та не можуть бути передані (відчужені) іншим особам [11].

Висновки. Застосування програмних компонентів, бібліотек, шрифтів та інших об'єктів, що є доступними на умовах вільних публічних

ліцензій (Open Source), при розробці комерційного програмного забезпечення, є дуже поширеною практикою в сфері ІТ.

Наявність великого різноманіття вільних публічних ліцензій (зокрема, GNU, MIT, Apache, Creative Commons, BSD та інших), а також певного кола вимог і обмежень, що можуть міститися у таких ліцензіях і впливати на умови поширення і використання кінцевого програмного продукту, вимагає детального вивчення змісту таких ліцензій для вирішення питання, чи не буде суперечити певне обмеження чи застереження комерційній меті створення результуючого програмного забезпечення.

Також питання використання Open Source компонентів при розробці пропрієтарного програмного забезпечення вимагає належної уваги та юридичного врегулювання як в договорах на розробку програмного забезпечення з кінцевими замовниками, так і угодах з персоналом, що безпосередньо створює програмний продукт (трудових договорах з розробниками-працівниками, угодах на створення програмного забезпечення з розробниками-субпідрядниками, а також гіг-контрактів з розробниками-гіг-спеціалістами).

Наразі зараз найсуттєвіші питання правового режиму публічних ліцензій в Україні висвітлені й вирішені у новій редакції Закону України «Про авторське право та суміжні права». Однак, попри зазначені зміни в законодавстві України щодо врегулювання публічних ліцензій, продовжують залишатися складними і недостатньо врегульованими низка питань, які становлять ризики для ІТ-бізнесу та можуть бути перешкодою для подальшої комерціалізації програмного продукту, створеного з використанням вільного програмного забезпечення.

Тому питання подальшого законодавчого врегулювання та практики використання Open Source компонентів, що є доступними на умовах публічних ліцензій, у розробці програмних продуктів не втрачають своєї

актуальності і не вичерпують інтерес з боку науковців та правників, у зв'язку з чим потребують подальшого наукового дослідження.

Література

1. Якубівський І.Є. Юридична природа публічних ліцензій у сфері авторського права і суміжних прав. *Право та інновації*. 2015. № 2 (10). С. 19–26.
2. Капіца Ю.М., Шахбазян К.С. Застосування ліцензій відкритого доступу при розміщенні матеріалів наукових журналів в електронному середовищі. *Наука України у світовому інформаційному просторі*. К.: Академперіодика, 2016. Вип. 13. С. 62-70. doi: <https://doi.org/10.15407/akademperiodyka.321.062>.
3. Зеров К. О. Вільні публічні ліцензії в Україні. *Актуальні проблеми держави і права*. 2014. Вип. 72. С. 195-204. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2014_72_30 (дата звернення: 03.11.2023).
4. Розгон О. В. Передання прав за ліцензійним договором на використання програмного забезпечення або комп'ютерних програм. *Юридичний науковий електронний журнал: електрон. наук. фах. вид.* 2021. № 9. С. 86–90. URL: http://www.lsej.org.ua/9_2021/22.pdf (дата звернення: 03.11.2023).
5. Дорохов О.В., Скакаліна О.В. Ліцензійні аспекти використання комп'ютерного програмного забезпечення. *Системи обробки інформації*. Харків, ХУПС. 2012. Вип. 3 (101), Том 1. С. 96-100.
6. Radcliffe M. Blockchain and Open Source. *Open Source Law, Policy and Practice*, 2nd edn. Oxford, 2022. doi: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198862345.003.0022>.
7. Енгельфітрі А. Що таке відкрите джерело. *Інформаційні технології ITpedia: вебсайт*. URL: <https://uk.itpedia.nl/2011/03/15/wat-is-open-source/> (дата звернення: 03.11.2023).

8. Frequently Asked Questions about the GNU Licenses. URL: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html> (дата звернення: 03.11.2023).
9. Williams S. A Portrait of the Hacker as a Young Man. Free as in Freedom: Richard Stallman's Crusade for Free Software. N.-Y. : O'Reilly Media, 2007. 240 p.
10. Мовчун Є. Open Source Ліцензії. *Legal Support: вебсайт*. URL: <https://legal-support.top/open-source-licenses/> (дата звернення: 03.11.2023).
11. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022 № 2811-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20#Text> (дата звернення: 03.11.2023).
12. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 03.11.2023).
13. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> (дата звернення: 03.11.2023).
14. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав. *Міністерство економічного розвитку і торгівлі України: вебсайт*. URL: <http://www.me.gov.ua/Documents/Print?lang=uk-UA&id=805c49ed-9f0d-4cb2-b7c4-8befb54c8b6f> (дата звернення: 03.11.2023).
15. Ульянова Г.О. Складні та складені твори як об'єкт правовідносин інтелектуальної власності. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 58. С. 436–441. URL: <http://www.apdp.in.ua/v58/69.pdf> (дата звернення: 03.11.2023).

References

1. Yakubivskyi I.Ie. Yurydychna pryroda publichnykh litsenzii u sferi avtorskoho prava i sumizhnykh prav. *Pravo ta innovatsii*. 2015. № 2 (10). S. 19–26.
2. Kapitsa Yu.M., Shakhbazian K.S. Zastosuvannia litsenzii vidkrytoho dostupu pry rozmishchenni materialiv naukovykh zhurnaliv v elektronnomu seredovyshchi. *Nauka Ukrainy u svitovomu informatsiinomu prostori*. K.: Akademperiodyka, 2016. Vyp. 13. S. 62-70. doi: <https://doi.org/10.15407/akademperiodyka.321.062>.
3. Zerov K. O. Vilni publichni litsenzii v Ukraini. *Aktualni problemy derzhavy i prava*. 2014. Vyp. 72. S. 195-204. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2014_72_30 (date of access: 03.11.2023).
4. Rozghon O. V. Peredannia prav za litsenziinym dohovorem na vykorystannia prohramnoho zabezpechennia abo kompiuternykh prohram. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal: elektron. nauk. fakh. vyd*. 2021. № 9. S. 86–90. URL: http://www.lsej.org.ua/9_2021/22.pdf (date of access: 03.11.2023).
5. Dorokhov O.V., Skakalina O.V. Litsenziini aspekty vykorystannia kompiuternoho prohramnoho zabezpechennia. *Systemy obrobky informatsii*. Kharkiv, KhUPS. 2012. Vyp. 3 (101), Tom 1. S. 96-100.
6. Radcliffe M. Blockchain and Open Source. Open Source Law, Policy and Practice, 2nd edn. Oxford, 2022. doi: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198862345.003.0022>.
7. Enhelfitri A. Shcho take vidkryte dzherelo. Informatsiini tekhnolohii *ITpedia: vebsait*. URL: <https://uk.itpedia.nl/2011/03/15/wat-is-open-source/> (date of access: 03.11.2023).
8. Frequently Asked Questions about the GNU Licenses. URL: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html> (date of access: 03.11.2023).

9. Williams S. A Portrait of the Hacker as a Young Man. Free as in Freedom: Richard Stallmans Crusade for Free Software. N.-Y. : O'Reilly Media, 2007. 240 p.
10. Movchun Ye. Open Source Litsenzii. *Legal Support: vebisait*. URL: <https://legal-support.top/open-source-licenses/> (date of access: 03.11.2023).
11. Pro avtorske pravo i sumizhni prava: Zakon Ukrainy vid 01.12.2022 № 2811-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20#Text> (date of access: 03.11.2023).
12. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 435–IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435–15#Text> (date of access: 03.11.2023).
13. Pro elektronni dokumenty ta elektronnyi dokumentoobih: Zakon Ukrainy vid 22.05.2003 № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> (date of access: 03.11.2023).
14. Rekomendatsii shchodo zastosuvannia vilnykh publichnykh litsenzii na vykorystannia obektiv avtorskoho prava i sumizhnykh prav. *Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy: vebisait*. URL: <http://www.me.gov.ua/Documents/Print?lang=uk-UA&id=805c49ed-9f0d-4cb2-b7c4-8befb54c8b6f> (date of access: 03.11.2023).
15. Ulianova H.O. Skladni ta skladeni tvory yak ob'ekt pravovidnosyn intelektualnoi vlasnosti. *Aktualni problemy derzhavy i prava*. 2011. Vyp. 58. S. 436–441. URL: <http://www.apdp.in.ua/v58/69.pdf> (date of access: 03.11.2023).