

## ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ РОЗРОБЛЕННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

### CONTRACTUAL REGULATION OF SOFTWARE DEVELOPMENT

**Доценко О.О.,**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри права*

*Хмельницького торговельно-економічного інституту*

**Хорошенко О.В.,**

*кандидат наук з державного управління,  
доцент кафедри права*

*Хмельницького торговельно-економічного інституту*

У статті розглядається питання договірної регуляції правовідносин розробника та замовника програмного забезпечення. Виділяються юридичні ознаки договору, проводиться аналіз видів договорів, які укладаються під час замовлення розроблення програмного забезпечення. Вказується на необхідність додаткового вивчення проблемних моментів такого договору, а також виокремлення істотних умов договору на розроблення програмного забезпечення.

**Ключові слова:** договір, програмне забезпечення, розробник, замовник, майнові права.

В статье рассматривается вопрос договорного урегулирования правоотношений разработчика и заказчика программного обеспечения. Выделяются юридические признаки договора, проводится анализ видов договоров, заключаемых при заказе разработки программного обеспечения. Указывается на необходимость дополнительного изучения проблемных моментов такого договора, а также выделения существенных условий договора на разработку программного обеспечения.

**Ключевые слова:** договор, программное обеспечение, разработчик, заказчик, имущественные права.

This article discusses the contractual regulation between software developer and customer. The legal features of the contract are all located, analysis of the types of contracts, which are concluded at the order of software development. Indicates the need for additional study of the problem points of such an agreement, as well as the separation of essential conditions of the contract for the development of software.

**Key words:** contract, software, developer, customer, property rights.

**Постановка проблеми.** Сучасний світ неможливо уявити без програмного забезпечення. Розроблення програмного забезпечення перетворилося на окрему галузь, що посідає чільне місце у світовій економіці, зокрема в Україні. З розвитком технологій, з новою технологічною революцією, цифровізацією світу значення розроблення програмного продукту щороку зростає. Сьогодні Україна не залишається осторонь глобальних процесів. Наша держава – одна з найкращих для розміщення замовлень у сфері аутсорсингу бізнес-процесів та ІТ [1], що підтверджує 24 місце в рейтингу привабливості. Зауважимо, що такі досягнення завдячують багато в чому тому, що ринок є абсолютно новим. Він почав розвиватися вже за часів незалежності, позбавлений багатьох вад, притаманних традиційним сферам економіки. Ринок програмного забезпечення – яскравий приклад нової економіки знань, який може стати локомотивом до переходу України до постіндустріальної економіки, яка вже давно є реальністю для розвинених країн.

**Актуальність теми** полягає в тому, що сьогодні укладається велика кількість договорів на розроблення програмного забезпечення. Зважаючи на популярність, застосовність та поширеність даного типу договорів, є актуальним питання вибору виду договору в разі розроблення програмного забезпечення.

**Стан дослідження.** У сучасній науці регулювання замовлення програмного забезпечення вивчали Т. Бачинський, О. Гродовська, Г. Андрощук, Н. Філік, В. Дмитришин та інші. Проте ці автори більше уваги приділяли дослідженню питань охорони програмного забезпечення або ж правового визначення зазначеного поняття.

**Метою статті** є визначення виду договорів, а також їхніх особливостей, за допомогою яких можна врегулювати відносини між замовником та розробником програмного забезпечення.

**Виклад основного матеріалу.** Насамперед варто зазначити, що в Україні відсутнє комплексне галузеве регулювання ринку розроблення програмного забезпечення: відсутній спеціальний нормативно-правовий акт, який би встановлював вимоги до суб'єктів господарювання, що є учасниками ринку; відсутній спеціальний нормативно-правовий акт, який би встановлював вимоги до послуг із розроблення програмного забезпечення чи до програмного забезпечення як завершеного продукту; розроблення програмного забезпечення не належить до видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню. Тобто відсутні спеціальні акти, які визначають на ринку загальні вимоги до компаній, їхніх послуг чи продуктів. Такі вимоги також не зазначено в неспеціальних нормативно-право-

вих актах. Отже, ринок розроблення програмного забезпечення в Україні – це сфера, в якій держава не встановила та не реалізує окремо свої повноваження щодо управління та регулювання діяльності, а також не визначила права, обов'язки та засади відповідальності фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у даній діяльності або користуються послугами з розроблення програмного забезпечення. Також відсутнє законодавче регулювання, тому не визначені договори, якими необхідно регулювати відносини між учасниками зазначеного процесу.

Варто розпочати з аналізу поняття «програмне забезпечення». Це питання розглядалося різними вченими. На даний час законодавчо закріпленого визначення поняття «програмне забезпечення» немає. Незважаючи на це, термін поширений у різноманітних нормативно-правових актах, наприклад, у законах України «Про банки і банківську діяльність» [2], «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» [3, с. 281], «Про депозитарну систему України» [4, с. 510] тощо.

У закордонній літературі поняття «програмне забезпечення» визначається як комплекс неапаратних засобів, які обслуговують комп'ютери. У ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» визначено термін «комп'ютерна програма» як набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи в будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його в дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах) [5, с. 195].

Проте варто звернути увагу на відмінність комп'ютерних програм від комп'ютерного забезпечення. Зокрема, С. Судариков зауважує, що «програмне забезпечення» – ширше поняття, що охоплює комп'ютерні програми в деяких випадках. Вид програмного забезпечення залежить від пристрою, якщо таким пристроєм є комп'ютер, то програмне забезпечення є комп'ютерною програмою [6, с. 72].

У науковій літературі слушно підкреслюють, що законодавче визначення неадекватно піддано критиці фахівцями в цій сфері, оскільки в ньому зазначено більше ознак, ніж в технічному визначенні, що вживається на практиці. Комп'ютерна програма з технічного погляду є описом процесу оброблення інформації; такий опис має зчитуватися комп'ютером та приводити його в дію для вирішення конкретного завдання [7, с. 180]. Зокрема, йдеться про оброблення інформації, виконання якої є функції, досягнення результату тощо. Дати правове визначення комп'ютерної програми без фахових знань у цій сфері неможливо, оскільки складно відобразити правовою термінологією технічні процеси. З огляду на можливе тлумачення законодавчих визначень, зокрема комп'ютерної програми, зауважимо, що певний програмний продукт не має однієї чи двох ознак, що містяться в законодавчому визначенні, отже, його не можна вважати комп'ютерною програмою.

У разі розроблення програмного забезпечення постає питання: який договір необхідно укласти для врегулювання вказаних відносин?

Розглянемо можливі варіанти договорів, що укладаються у досліджуваній сфері, а саме: договір надання послуг, договір виконання робіт, авторський договір, ліцензійний договір.

Розпочнемо із класичного цивільно-правового договору надання послуг.

Згідно зі ст. 901 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, договором надання послуг є договір, за яким одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором [7].

Особливістю договору надання послуг є те, що предмет договору – благо, яке споживається в процесі його надання. Тобто в договорі надання послуг оплачується сам процес створення програмного забезпечення.

Якщо ми розглядаємо інформаційні технології, то залежно від конкретного завдання, яке ставиться перед виконавцем, можуть укладатися договори різних видів. Якщо завданням виконавця є постійна підтримка, удосконалення готового програмного продукту, виявлення й усунення дефектів тощо, а оплачується час, протягом якого виконавець виконує завдання (абонентська плата), такі відносини обумовлені договором про надання послуг.

На практиці таке встановлення правової природи договору має значення під час вибору назви та визначення предмета контракту, у податкових відносинах.

Так, згідно з пп. В п. 3. ст. 186.3. Податкового кодексу України, місцем постачання зазначених у цьому пункті послуг вважається місце, в якому отримувач послуг зареєстрований як суб'єкт господарювання або – у разі відсутності такого місця – місце постійного чи переважного його проживання. До таких послуг належать (п. в) консультаційні, інжинірингові, інженерні, юридичні (зокрема, адвокатські), бухгалтерські, аудиторські, актуарні, а також послуги з розроблення, постачання та тестування програмного забезпечення, з оброблення даних та надання консультацій із питань інформатизації, надання інформації й інших послуг у сфері інформатизації, зокрема з використанням комп'ютерних систем [9]. Отже, законодавець крізь призму Податкового кодексу розглядає розроблення програмного забезпечення саме як послугу.

Проте діяльність зі створення програмного забезпечення є вторинною щодо її результату в разі замовлення комп'ютерної програми та додатків до неї. Також варто зазначити, що під час укладення договору про надання послуг авторські права замовника та виконавця не захищаються належним чином. Тому використання такого виду договору буде нести небезпеку для сторін, особливо для замовника [10].

Наступним видом договору в досліджуваній сфері є договір виконання робіт, який, згідно зі

ст. 837 ЦК України, визначається як договір, за яким 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. Договір підряду може укладатися на виготовлення, оброблення, перероблення, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові [8]. Тобто в договорі виконання робіт оплачується результат роботи – конкретний матеріалізований продукт, створений виконавцем. Якщо перед виконавцем ставлять завдання вироблення програми, з переданням результату – програмного (вихідного коду), тобто класичне «розроблення програмного забезпечення», за своєю правовою природою такий договір буде договором про виконання робіт. Звісно ж, договір може бути і змішаним, наприклад, якщо виконавець зобов'язується не тільки розробити програмний продукт, а й обслуговувати його результат, тобто забезпечувати програмну підтримку. Проте навіть такий змішаний договір (частково підряду, частково послуг) не забезпечить врегулювання всіх відносин, які виникають або ж виникнуть у майбутньому між замовником та розробником програмного забезпечення.

Враховуючи розмаїття робіт та послуг, які розвиваються одночасно з розвитком економіки та сфер господарювання, часто межа між цими видами договорів є дуже тонкою.

Договір на розроблення програмного забезпечення обов'язково має містити детальні положення про перехід (передачу) майнових прав на створений на замовлення об'єкт права інтелектуальної власності. Положення про передачу замовнику майнових прав на розроблений об'єкт права інтелектуальної власності – ключова характеристика, що вирізняє цей тип договорів серед інших видів договорів виконання робіт або надання послуг.

Ще одним видом договорів, які укладають для розроблення програмного забезпечення, є ліцензійний договір.

Згідно зі ст. 1109 Цивільного кодексу України, за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог цього Кодексу та іншого закону [8].

Договір на розроблення програмного забезпечення поєднує в собі положення ліцензійного договору (здебільшого має місце виключна ліцензія – передача виключних майнових прав) і договору виконання робіт [11].

Створюючи ІТ-продукт, розробник зазначеними діями отримує результат своєї творчої діяльності, тобто об'єкт авторського права. В Україні ухвалено авторсько-правову модель охорони комп'ютерних програм відповідно до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів та ст. 10 Угоди ТРІПС. Зміст авторського права становлять особисті немайнові та майнові права. Вихідним є положення,

що авторські майнові права належать розробнику ІТ-продукту, однак вони можуть бути відчужені частково або в повному обсязі іншим особам, які стають власниками майнових прав. Програмне забезпечення як об'єкт права інтелектуальної власності потребує встановлення розробником (або володільцем майнових прав) чітких правил його використання. Із правового погляду використання програмного забезпечення є законним тільки тоді, коли на це є дозвіл власника майнових авторських прав. Відповідно до законодавства України, способом реалізації надання дозволу на використання твору є ліцензія. У більшості випадків вона має форму ліцензійної угоди (License Agreement).

Ліцензії на користування програмним забезпеченням за цим видом можна класифікувати на дві великі групи:

1. Вільне програмне забезпечення (Public domain, Free software, Open Ware) є особливим видом програм, які не захищаються авторським правом. Такі програми зазвичай поширюються за допомогою GNU General Public License або Free BSD – на їх використання не встановлено будь-яких обмежень, зокрема з будь-якою метою, будь-хто охочий може отримувати доступ до їхніх вихідних кодів та здійснювати модифікацію, будь-яким способом відчужувати як оригінальне, так і перероблене програмне забезпечення. Відмовитися від особистих немайнових прав автора неможливо. Однак розробник може відмовитися від своїх майнових прав, оголосити програму суспільним надбанням.

2. Пропріетарне (або невільне) програмне забезпечення. Відсутність плати за програму не означає, що у будь-кого відсутні виключні майнові права на неї. Такими ліцензіями є:

– комерційні (commercial). Програми, створені спеціально на продаж, для отримання прибутку; зазвичай щодо них можуть не існувати безкоштовні демонстраційні версії. Користування програмою можливе лише після повної сплати її вартості (ліцензійний платіж);

– умовно безоплатні (shareware). Є багато підвидів таких ліцензій, наприклад, демонстраційні версії, які є безоплатними протягом певного строку користування (trial ware); програми, в яких лише частина функціоналу є безкоштовною, а інша отримується за плату (demo ware) тощо;

– вільно поширювані (freeware), які передбачають безкоштовне використання програмного продукту. Водночас розробник може самостійно визначити, який саме вид користування є безкоштовним, наприклад, використання в особистих цілях [12].

**Висновки.** Отже, можна дійти висновку, що для регулювання всіх правовідносин між замовником та розробником під час здійснення замовлення на програмне забезпечення можна використати будь-який поіменованний договір із вищеперелічених. Проте для належного та повного регулювання відносин між вказаними суб'єктами необхідно укласти змішаний договір, який буде містити елементи двох або трьох договорів: договору виконання робіт,

ліцензійного договору та договору надання послуг за подальшої необхідності в обслуговуванні програмного забезпечення.

На підставі зазначеного можна надати таке визначення: договір про розроблення програмного забезпечення – це договір, відповідно до якого одна сто-

рона (розробник) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) створити об'єкт права інтелектуальної власності – програмне забезпечення, а інша сторона приймає на себе обов'язок оплатити виконану роботу з розроблення програмного забезпечення.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Kearney A. Global Services Location Index 2017. The Widening Impact of Automation. URL: <https://www.atkearney.com/documents/20152/793366/The+Widening+Impact+of+Automation.pdf/42b06cf4-e5f9-d8ec-a30c-a82dd26d4953>.
2. Про банки і банківську діяльність: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>.
3. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 31. Ст. 286.
4. Про депозитарну систему України: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 39. Ст. 517.
5. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792–XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.
6. Судариков С. Право інтелектуальної власності: учебник. М.: ТК «Велби»; изд-во «Проспект», 2008. 368 с.
7. Інтелектуальне право України / за заг. ред. О. Яворської. Тернопіль: Підручники і посібники, 2016. 608 с.
8. Цивільний кодекс України № 435–IV від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356.
9. Податковий кодекс України № 2755–VI від 2 грудня 2010 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № № 13–17. Ст. 11210.
10. Гродовська О. Важливі моменти договору про створення програмного забезпечення. URL: <https://go-advocate.com/stvorennya-programnoho-zabezpechennya-ya-kyj-dohovir-obraty/>.
11. Мовчун Є. Договір на розробку. 5 корисних питань. URL: <https://legal-support.top/dogovir-na-rozrobku/>.
12. Шуляківська М. Ліцензійна угода щодо програмного забезпечення. URL: <https://zkg.ua/litsenzijna-uhoda-schodo-programnoho-zabezpechennya/>.