

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РІЗНИХ ТИПІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

**Попередній звіт юридичної групи OSL SIG
стосовно заперечень МОН України***

**ЧОМУ ЗАКОНОПРОЕКТ ПРО РАЗБЛУКУВАННЯ
ВІДКРИТОЇ (ВІЛЬНОЇ) ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ
НЕ МОЖЕ СУПЕЧЕЧИТИ
АНІ УГОДИ TRIPS, АНІ БЕРНСЬКІЙ КОНВЕНЦІЇ?**

З однієї елементарної причини:

**ВІДКРИТА (ВІЛЬНА) ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ НЕ МАЄ ЖОДНОГО
ВІДНОШЕННЯ ДО УГОД, ЯКІ РЕГУЛЮЮТЬ ПРАВИЛА ВИКОРИСТАННЯ
ПРОПРІСТАРНОЇ (ЗАКРИТОЇ) ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ,
І БУЛИ ПРИЙЯТІ В ІНДУСТРІАЛЬНУ ЕПОХУ**

**Для того, щоб це довести – потрібно не більше, ніж ознайомитись із європейськими
нормативними документами в галузі авторського права, починаючи від
найбанальніших їх положень...**

Подробиці – в скороченій версії звіту юридичної групи OSL SIG

** Переклади мають технічний характер*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РІЗНИХ ТИПІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

1. Типи інтелектуальної власності: основні визначення

Інтелектуальна власність “концентрує” права, що пов'язані з літературними, художніми творами, науковими відкриттями¹; деякими видами промислової власності (товарними знаками, фірмовими знаками обслуговування, фірмовим найменуванням і позначенням), а також до права на захист від несумлінної конкуренції в міжнародних угодах.

Відносини інтелектуальної власності мають своїм об'єктом права на певний нематеріальний об'єкт² (думку, ідею, алгоритм вирішення задачі, значення, сенс) – виражений в об'єктивній, матеріальній формі (носії). Тобто, об'єктом охорони інтелектуальної власності є право авторства на згадані об'єкти. Технічна сутність (“технічний внесок”),³ наявна в конкретному творі, охороняється як промислова власність⁴.

Розрізняють такі типи інтелектуальної власності, у залежності від того, які властивості мають об'єкти інтелектуальної власності і, відповідно, який правовий режим захисту їм надається: **об'єкти авторського права, патенти, торговельні марки, торговельні секрети** (див. визначення авторського права і патентів).

Розглянемо ті типи інтелектуальної власності, що мають відношення до програмного забезпечення.

1.1 Авторське право (copyright) поширюється на твори науки, літератури (комп'ютерні програми, відповідно до Бернської Конвенції (ст. 2) 1979; TRiPs (ст. 10) 1993; WCT (ст. 4) 1996, відносяться до літературних творів) і мистецтва, що є результатом творчої діяльності, незалежно від призначення і достоїнств твору, а також від способу його вираження.

Авторські права можна розділити на **майнові** і **немайнові**. Майнові авторські права стосуються права автора ексклюзивно отримувати зиск з експлуатації твору (відтворення, поширення, публічне виконання, винагорода).

Немайнові авторські права - це право вважати себе автором (або ж право на те, щоб ім'я автора вказувалося при будь-якій публікації твору або цитати з нього); це також право автора на контроль незмінності твору, або на те, що будь-які зміни повинні бути авторизовані й однозначно ідентифіковані (що особливо важливо для програмного забезпечення).

Майнові авторські права можуть бути передані іншій особі. Незважаючи на те, що вони “авторські” – як правило, більше зиску з майнових прав одержують їхні комерційні власники (видавничі компанії, музична індустрія і т.і.), а не власне автори творів. Адже останні зазвичай не мають засобів для створення копій творів, їх поширення та реклами.

1.1.1 Різні юридичні моделі авторського права

Стосовно майнових і немайнових авторських прав можна розрізнити дві крайні, основні позиції, яким відповідають дві різні юридичні моделі:

1 Також галузь застосування авторського права.

2 Думка щодо “нематеріальності” ряду об'єктів інтелектуальної власності (як-от програмного забезпечення) заперечується рядом філософів (як, власне, і “базова” думка про “нематеріальність” мислення) – проте в цьому документі ми вимушено використовуємо лише визначення, що **на даний час** мають в європейській культурі статус **офіційних**.

3 Приклад: у випадку програмного забезпечення технічний внесок означає подальший технічний ефект, що виходить за межі звичайної фізичної взаємодії між програмою і комп'ютером. Технічним ефектом, забезпечуваним комп'ютерною програмою, може бути, приміром, зменшення часу доступу до пам'яті комп'ютера, поліпшене керування маніпуляторами робота або більш якісне декодування радіосигналу...

4 Галузь застосування патентів.

- **Copyright**⁵ - повне збереження майнових і немайнових прав автора. Саме цій позиції адекватно відповідає сучасне міжнародне законодавство про авторське право, зокрема українське (“закриті” ліцензії, пропріетарна інтелектуальна власність)⁶: TRIPs (1993), WCT (1996) DMA (1998).
- **Copyleft**⁷ - збереження автором за собою лише немайнових прав.⁸ Ця модель склалася і найбільш широко використовується в сучасному науковому співтоваристві, в русі вільного програмного забезпечення, для розповсюдження так званої “вільної” аудіо- та відеопродукції (відкриті ліцензії – вільна інтелектуальна власність). Ліцензія **Copyleft** є домовленістю між автором (в нашому випадку – автором комп’ютерної програми) та користувачем, згідно якої автор передає користувачеві всі або більшу частину майнових прав, включаючи права на копіювання, внесення змін, використання для будь-яких потреб – **без вимоги оплати ліцензії на користування твором** як такої.

Важливо, що один і той самий об’єкт інтелектуальної власності може поширюватися під різними типами ліцензій - як “закритих”, так і “відкритих” (вільних).

1.2 Патенти. Наступним можливим типом захисту інтелектуальної власності (і це також до певної міри стосується програмного забезпечення) є патент.

Слід зазначити, що авторське право (copyright)⁹ є умовою існування патентів. Визнання авторських і майнових прав на винахід є основою патентного права. Патент¹⁰ є механізмом захисту прав на ті інтелектуальні об’єкти, які мають *інноваційний промисловий характер* (тобто на винаходи), і демонструють *незаперечний технічний внесок*.

Патент - (від лат. litterae patentes, “відкрита грамота”), *документ, що засвідчує державне визнання технічного рішення винаходом, корисною моделлю, промисловим зразком, і закріплює за особою, якій він виданий, виключне право на використання зазначених в патенті об’єктів*.

1.2.1 Патенти та програмне забезпечення: відсутність єдиного підходу на світовому рівні

Як уже згадувалося, програмне забезпечення відносить до літературних творів; таким

- 5 При цьому саме copyright забезпечує можливість існування copyleft ліцензій, оскільки згідно copyright автор сам вирішує, яким чином він буде розпоряджатися своїми майновими правами (під якою ліцензією буде розповсюджуватись його твір).
- 6 пропріетарна ліцензія (від “property”, “власність”, в сучасному трактуванні радше “приватна власність”): ліцензія, яка передає користувачеві лише право на обмежене використання екземпляру (фактично, ліцензія лізингу).
- 7 Тоді як copyright служить **обмеженню** права на виробництво і поширення інтелектуальної власності, ліцензії copyleft використовують авторське право з метою **гарантувати** кожному, хто одержує інтелектуальний продукт або похідні від нього, **право** вільно використовувати, модифікувати і поширювати як копію, так і похідні версії цього об’єкту. З цієї причини вільні ліцензії передбачають зовсім інші комерційні моделі, **грунтовані не на продажу ліцензій, а на одержанні прибутку** (що істотно - на порядок меншого прибутку ніж одержують пропріетарні корпорації від продажу ліцензій!) **від надання послуг**: підтримки користувача, комплектації дистрибутивів, підбору та/або модифікації програмного забезпечення під специфічні потреби замовника, і т.і.
- 8 За фактом існують суміжні типи ліцензій, які, на певних умовах, передають користувачу лише частину майнових прав.
- 9 Засвідчує право автора на володіння об’єктом інтелектуальної власності. Важливо, що авторське право, будучи базою патентної системи, ґрунтується на **дозвільній** концепції **засвідчення** певного комплексу прав, у той час як патент - на **обмеженні** прав використання ідеї автора.
- 10 Фактично – декларація заборони певних дій стосовно об’єкту інтелектуальної власності.

чином воно охороняється авторським правом (*Директива Європейської комісії 91/250, Бернська Конвенція (ст. 2) 1979 і TRiPs (ст. 10) 1993; WCT (ст. 4) 1996; Європейська Патентна Конвенція*). Ст. 52 Євроконвенції виключає патентування комп'ютерних програм "як таких", однак у ряді випадків вони все-таки можуть бути об'єктом патенту (у ЄС і США патенти на програмне забезпечення - досить розповсюджене явище).

Це протиріччя пояснюється такими причинами. Стаття 27 TRiPs говорить про те, що "патенти можуть застосовуватися до будь-яких винаходів, продуктів або процесів... у всіх сферах технології,.. якщо можуть мати промислове застосування". Йдеться про так звані, відповідно до термінології Європейської Патентної Організації, "computer-implemented inventions"¹¹. У цьому випадку патенти використовуються для захисту винаходів, що створюються із використанням програмного забезпечення (технічний внесок). Отже, **до сьогодні немає єдиної думки щодо того, як саме інтерпретувати комп'ютерні програми. В одних випадках вони розглядаються суто як літературні твори, в інших – як джерело технічно-інноваційного, а отже і промислового ефекту, що може бути досягнутий при їхньому застосуванні (і в цьому випадку потрапляють до поля дії патентів).**

У ЄС ініціатива Європейської Комісії і Європейського Патентного Офісу представити програмне забезпечення (pure software) як таке, що може бути запатентоване (якщо і тільки якщо воно має технічний ефект) закінчилася невдачею¹². Вона викликала активний спротив прихильників вільного програмного забезпечення¹³. Після кількох років переговорів Європейської Комісії, Ради Міністрів Європи та Європейського Парламенту – останній 6 липня 2005 року більшістю голосів відхилив даний законопроект, відправивши його на повне доопрацювання¹⁴. Наслідком цього стала фактична відсутність на сьогоднішній день єдиного погодженого європейського законодавства щодо можливості видачі патентів на програмне забезпечення (зберігається можливість того, що вони видаватимуться національними представництвами Європейської Патентної Організації, при цьому національні судові інстанції можуть і скасувати відповідні рішення).

2. Основні міжнародні стандарти захисту інтелектуальної власності

На сьогоднішній день у міжнародному праві (йдеться про договір TRiPs, 1993 і Всесвітній Договір про Авторське Право (WCT), 1996; DMA¹⁵, 1998) чітко зафіксовано лише "пропріетарне" розуміння інтелектуальної власності. Норми TRiPs та BOiB здебільшого спрямовані на захист майнових прав авторів інтелектуальних здобутків з позиції їх "пропріетарного" тлумачення, і саме на це спрямовано також міри захисту, передбачені даними міжурядовими угодами. Тому нинішня боротьба з неліцензійною (контрафактною) продукцією являє собою застосування адекватних заходів для охорони лише одного типу інтелектуальної власності - "пропріетарної".

Вільна ж інтелектуальна власність (ліцензії "Copyleft" та похідні) фактично знаходиться за межами дії згаданих норм **за визначенням**, оскільки ліцензії copyleft спрямовані на захист лише немайнових прав¹⁶ на відміну від пропріетарних ліцензій copyright (або ж, у деяких випадках, патентів) з їхньою спрямованістю на захист всіх можливих прав, і особливо майнових. **Внаслідок цього застосування до продуктів copyleft пропріетарних заходів**

11 Directive 2002/0047/COD on the patentability of computer-implemented inventions

12 Directive 2002/0047/COD on the patentability of computer-implemented inventions

13 <http://swpat.ffii.org/#situ>

14 Report on the Council common position for adopting a directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions (11979/1/2004 - C6 0058/2005 – 2002/0047(COD))

15 Міжурядова угода, яка заборонила розповсюдження інтелектуальної власності компаній без їх на це дозволу.

16 Хоча існують і суміжні типи ліцензій, які передають не всю, а лише частину майнових прав.

охорони інтелектуальної власності є абсолютно неадекватним, що широко підтверджує як міжнародна, так і власне-українська практика.

Вимоги TRiPs, таким чином, у жодний спосіб не обмежують розвиток державами, які підписали цю угоду, вільних типів інтелектуальної власності, оскільки дана сфера перебуває поза межами регулювання TRiPs. Відповідно, ніякі законопроекти, спрямовані на захист або розблокування Вільних (Відкритих) моделей інтелектуальної власності – жодним чином не можуть суперечити TRiPs та іншим подібним угодам. Адже вони не суперечать уже прийнятим договорам і специфікаціям, а "надбудовують" їх додатковими угодами, що стосуються "нових" типів інтелектуальної власності.

Не буде помилкою сказати, що угода TriPs та інші подібні угоди складають відносно старий, індустріальний прошарок авторського і патентного права – в той час як нові норми, які адекватно відповідають Вільній (Відкритій) інтелектуальній власності та новітнім інформаційним феноменам – повинні скласти в цьому розділі права новий, постіндустріальний шар.

3. Норми ЄС, спрямовані на захист прав інтелектуальної власності в сфері програмного забезпечення

У ЄС у законодавчому полі зафіксований захист інтелектуальної власності через механізми *copyright*. Згідно Директиви 91/250, авторів комп'ютерної програми надаються майнові права відтворення, копіювання, модифікації, поширення; публічного виконання. Автор сам вирішує, яким чином розпорядитися цими правами (або ж, інакше, під яким типом ліцензії буде поширюватись його інтелектуальний продукт: під відкритим (вільним) або ж закритим (пропріетарним). Тому з юридичної точки зору не виникає сумнівів у можливості легального використання вільної інтелектуальної власності. Це означає, що програмне забезпечення може поширюватися під різними видами ліцензій як пропріетарних, так і вільних.

Вже згадувалось, що вільне програмне забезпечення (ВПЗ, ліцензії *opensource*) базується на авторському праві, і передає кожному ті ж майнові права, що має автор. При цьому *opensource* ліцензії можуть визначати ряд зобов'язань стосовно використання програмного забезпечення, як-от забезпечення авторських *немайнових* прав. Як і в ситуації з "закритими" ліцензіями на програмне забезпечення, користувачі *opensource* повинні дотримуватись умов відповідних ліцензій¹⁷.

Важливо, що всі держави ЄС є сторонами, що підписали так звану Римську Конвенцію, і відповідно визнають зазначені в ній механізми укладання угод. Жодна з вільних ліцензій окрім MPL (один з пунктів цієї ліцензії передбачає застосування локальних законів штату Каліфорнія, США) не суперечить нормам Римської Конвенції¹⁸.

Питання легальності Вільних (Відкритих) ліцензій вирішуються сьогодні в основному на основі прецедентного права європейських країн. Якщо ж традиції *прецедентного права* в конкретній країні відсутні – доводиться рекомендувати прийняття відповідних законодавчих норм.

*Єврокомісія офіційно рекомендує використовувати вільне програмне забезпечення в державному секторі*¹⁹.

¹⁷<http://europa.eu.int/idabc/en/document/1744/468>

¹⁸ Open Source Licensing of software developed by The European Commission (applied to the CIRCA solution) (<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>) p. 10-11

¹⁹<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>

4. Європейські ініціативи розвитку непропрієтарних форм інтелектуальної власності в сфері програмного забезпечення (open source)

Європейська комісія підтримує цілу групу проектів з розвитку ВПЗ в рамках European Information Society initiatives (FLOSS, IDABC, MERI) – дія яких спрямована не тільки на європейські країни, але і на підтримку ініціатив з впровадження ВПЗ по всьому світові (FLOSSWORLD). Офіційними європейськими організаціями підготовлені доповіді, у яких доводиться перспективність використання ВПЗ як у секторі державного адміністрування, так і на ринку. Серед них можна відзначити:

- **Guidelines for Public Administrations on Partnering with Free Software Developers**
(<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>)
- **Open Source Licensing of software developed by The European Commission (applied to the CIRCA solution)**
(<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>)
- **Patents and open source software - What public authorities need to know**
(<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>)
- **Free/Libre and Open Source Software - FLOSS, 2002**

Аналіз цих документів дозволяє зробити висновок про те, що в ЄС розвиток вільних форми інтелектуальної власності, зокрема ВПЗ, розглядається як стратегічний пріоритет інформаційного суспільства.

Офіційні організації та проекти

- <http://flossworld.org/publicity.php> (ВПЗ проект Європейської Комісії)
- http://europa.eu.int/information_society/activities/opensource/index_en.htm (ВПЗ проект Європейської Комісії)
- <http://europa.eu.int/idabc/> (Інформаційний портал з політики дослідження, розробки та впровадження ВПЗ при Європейській Комісії)
- <http://www.cospa-project.org/about.html>
- <http://www.prelude-portal.org/3roses/index.php> (ВПЗ проект Європейської Комісії)
- <http://flosspols.org/> (ВПЗ проект Європейської Комісії)
- <http://www.iosn.net/> (Мережа ВПЗ за підтримки ООН)
- <http://eu.conecta.it/> Дослідницька організація, що співпрацює з Європейською Комісією

Громадські організації та проекти

- <http://www.sourceforge.net/> Депозиторій ВПЗ
- <http://www.freshmeat.net/> Депозиторій ВПЗ
- <http://swpat.ffii.org/#situ> Patents & Open Source
- <http://opensource.mit.edu/> Free/Open Source Research Community
- <http://www.egovos.org/> The Center of Open Source & Government
- <http://www.oss.gov.za> Open Source Software in Government