

**НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

АНІСІМОВ КИРИЛО ГЕРМАНОВИЧ

УДК [347.441:347.78](477+73+4-6ЄЄ)

ДИСЕРТАЦІЯ

**ОБГОРТКОВІ ЛЦЕНЗІЙНІ ДОГОВОРИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ТА
СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ, США І КРАЇН ЄС**

081 «Право»

08 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ К. Г. Анісімов

Науковий керівник
Яроцький Віталій Леонідович,
доктор юридичних наук, професор

ХАРКІВ – 2023

АНОТАЦІЯ

Анісімов К. Г. Обгорткові ліцензійні договори у цивільному праві та судовій практиці України, США і країн ЄС. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, Харків, 2023.

Дисертація є першою у вітчизняній цивілістиці науковою працею, у якій комплексно досліджено правову природу обгорткових ліцензійних договорів, висвітлено широкий спектр особливостей таких договірних конструкцій як правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності із спрощеним порядком укладення, а також розглянуто цивільно-правові механізми охорони і захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів кінцевих користувачів як слабких сторін даних договорів, запропоновано напрями подальшого вдосконалення вказаних механізмів.

Надано визначення обгорткових ліцензійних договорів як групи ліцензійних договорів, за якими одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав на умовах, встановлених ліцензіаром у стандартних формах, а ліцензіат може приєднатися до запропонованого договору лише в цілому шляхом вчинення дій, які виражають його згоду з умовами у спосіб, передбачений офертою.

Обґрунтовано комплексний характер юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів. Констатовано, що він виражається у трьох основних аспектах: 1) досліджувані договірні конструкції належать до правочинів у сфері інтелектуальної власності, які виступають самостійною групою цивільно-правових договорів; 2) обгорткові ліцензійні договори є саме ліцензійними договорами, а не ліцензіями; 3) досліджувані договори – це договори із спрощеним порядком укладення, що полягає у використанні конструкції договору приєднання.

Розроблено класифікацію обгорткових ліцензійних договорів за такими критеріями, як: 1) об'єкт, дозвіл на використання якого надається за договором; 2) наявність зустрічного обов'язку ліцензіата надати певне благо ліцензіару; 3) строк, на який укладаються обгорткові ліцензійні договори; 4) порядок виплати плати; 5) ступінь узгодженості намірів сторін; 6) мета використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав; 7) зміст умов обгорткового ліцензійного договору; 8) спосіб укладення; 9) специфіка спрощеного порядку укладення. При цьому аргументовано, що основним критерієм класифікації, який дозволяє сформулювати цілісне уявлення про систему обгорткових ліцензійних договорів, є специфіка спрощеного порядку укладення. У межах цього критерію виділено: коробкові обгорткові ліцензійні договори, клік-обгорткові ліцензійні договори і браузер-обгорткові ліцензійні договори.

Удосконалено наукові концепти щодо статусних особливостей сторін обгорткових ліцензійних договорів. Так, ліцензіарами можуть бути як первинні, так і вторинні суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав. Визнано найбільш обґрунтованою наукову позицію щодо недоцільності розширеного тлумачення категорії «авторство» у вітчизняній цивілістиці. На прикладі обгорткового ліцензійного договору щодо надання дозволу на використання програмного забезпечення доведено, що ліцензіатом виступає особа, яка є власницею комп'ютера, на який на законних підставах інстальоване таке ПЗ. На базі окресленого підходу ідентифікація особи ліцензіата має здійснюватися з певними уточненнями залежно від різновиду обгорткового ліцензійного договору чи від конкретного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

Запропоновано дистриб'юторів, реселерів та інших партнерів не вважати суб'єктами обгорткових ліцензійних договорів, оскільки доведено, що договори між ними і правоволодільцями лише опосередковують розповсюдження примірників об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Обґрунтовано, що ліцензіат є слабкою стороною обгорткових ліцензійних договорів. На основі цього висновку встановлено, що рівновага між сторонами досліджуваних договорів може бути досягнута: розширенням прав ліцензіата і

збільшенням обов'язків ліцензіара; посиленням цивільно-правової відповідальності ліцензіара за невиконання або неналежне виконання договору; обмеженням цивільно-правової відповідальності ліцензіата; встановленням спеціального порядку укладення, зміни та розірвання договору тощо.

На основі аналізу вітчизняних наукових робіт доведено самодостатність цивільно-правової категорії «предмет договору» і недоречність дихотомії предмета й об'єкта ліцензійного договору як такої, що спирається на ототожнення договору із зобов'язанням як правовідношенням, що виникає на підставі відповідного ліцензійного договору. Сформульовано визначення предмета обгорткового ліцензійного договору як дозволу на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

Доведено, що єдине право, яке надається за обгортковим ліцензійним договором, – це право використовувати об'єкт авторського права і (або) суміжних прав. Водночас відсутність у обгорткових ліцензійних договорах умови щодо конкретних способів використання визначених об'єктів авторського права і (або) суміжних прав тягне за собою неможливість надання ліцензіату права використання об'єкта в такі способи. При цьому наголошено на тому, що «користування» і «використання» нетотожні поняття. Так, «користування», яке полягає у використанні об'єкта за його функціональним призначенням, неможливе без дозволу ліцензіара на використання об'єкта авторського права або суміжних прав у зазначені способи.

Оскільки основне призначення обгорткових ліцензійних договорів полягає у забезпеченні широкого доступу необмеженого кола кінцевих користувачів до певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, за досліджуваними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія. Запропоновано на рівні вітчизняного цивільного законодавства закріпити нікчемність обгорткових ліцензійних договорів, за якими надається будь-який інший вид ліцензії.

Враховуючи сучасну тенденцію до глобалізації та закордонну договірну практику, аргументовано, що у разі відсутності в обгортковому ліцензійному договорі умови про територію, на яку розповсюджується дозвіл на використання

об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, дія дозволу має поширюватися на територію України, а за умови тимчасового використання – і на інші території.

Обґрунтовано необхідність законодавчого встановлення презумпції безоплатності ліцензійних договорів із спрощеним порядком укладення. У той самий час з'ясовано, що у випадках, коли досліджувані договори є оплатними, то в них мають бути передбачені розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, які можуть бути комплексно представлені у наступних моделях плати: 1) підписка; 2) єдиноразова виплата; 3) оплата за кожне використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

На основі аналізу договірної практики США і країн – членів ЄС, зроблено висновок про те, що обгорткові ліцензійні договори укладаються або на короткий проміжок часу з можливістю автоматичної пролонгації, або безстроково. Підтримано висновки про необхідність розуміння законодавчо закріплених правових категорій «строк ліцензійного договору» і «строк, на який надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності», як нетотожних за змістом. Проте зазвичай у обгорткових ліцензійних договорах ці строки, у значенні проміжку часу, збігаються.

Проаналізовано положення щодо значення письмової форми й підпису у вітчизняній і закордонній цивілістиці, цивільному законодавстві й судовій практиці. Встановлено, що вимога письмової форми покликана забезпечити достатню формалізацію й об'єктивне вираження змісту правочину, а підпису – ідентифікацію сторони договору, засвідчення її особистої участі при підписанні і демонстрації згоди із змістом договору. Отже, представлення даних у письмовій формі може цілком існувати окремо, а вимога щодо дотримання простої письмової форми не має означати вимоги проставлення підписів. Функції підпису можуть бути виконані шляхом автентифікації сторони договору. Таким чином, при укладенні обгорткових ліцензійних договорів має бути дотримана проста письмова або електронна форма, а до підпису застосовано гнучкий підхід. Він повинен враховувати характер діяльності сторін; торгові звичаї та звичаї ділового обороту;

наявність альтернативних способів ідентифікації контрагентів і визнання таких способів на практиці у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; баланс між надійністю й реальними потребами ринку об'єктів авторського права і суміжних прав; інші правові, комерційні та технічні чинники.

Доведено, що пропозицію укласти договір із невизначеним колом осіб у обгорткових ліцензійних договорах необхідно кваліфікувати як публічну оферту. Врахувавши специфіку обгорткових ліцензійних договорів, запропоновано наступні вимоги до такої оферти: 1) ліцензіат має бути належним чином повідомлений щодо запропонованих умов ліцензійного договору; 2) має бути технічно забезпечений простий перегляд умов ліцензійного договору; 3) можливість ліцензіата ознайомитися з умовами обгорткового ліцензійного договору, що містяться в оферті, повинна мати сталий характер; 4) у оферті має бути роз'яснена інформація, що стосується її прийняття кінцевим користувачем.

Висвітлено й проаналізовано наукові підходи щодо акцепту пропозиції укласти обгортковий ліцензійний договір. Зокрема, з'ясовано, що для укладення клік-обгорткових ліцензійних договорів кінцеві користувачі здійснюють своє волевиявлення приєднатися до запропонованого договору шляхом вчинення активних дій, які були попередньо визначені ліцензіаром в оферті. Обґрунтовано, що такі дії полягають в підписанні договору електронним підписом. Водночас акцепт пропозиції укласти браузер-обгортковий ліцензійний договір здійснюється кінцевим користувачем шляхом вчинення конклюдентних дій, оскільки завантаження об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, його інсталяція або подальше використання тощо засвідчують бажання ліцензіата укласти договір і спрямовані на безпосереднє виконання умов запропонованого ліцензійного договору. В обох випадках ідентифікація особи ліцензіата за потреби може бути належним чином досягнута за допомогою його попередньої реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі, активації об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у такій системі чи в інші способи.

Встановлено, що правило тлумачення *contra proferentem* можливо застосовувати до незрозумілих умов обгорткових ліцензійних договорів у випадку,

коли всі інші правила тлумачення виявилися непридатними. Зроблено висновок про превентивний та стимулюючий ефекти усталення використання такого правила тлумачення в договірній практиці на масових ринках об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Доведено, що ліцензіат має бути забезпечений правом односторонньої відмови від обгорткового ліцензійного договору в цілому шляхом припинення використання визначеного в договорі об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

Узагальнено положення закордонного законодавства і судової практики щодо правових механізмів забезпечення справедливості й добросовісності умов обгорткового ліцензійного договору. На основі проведеного дослідження запропоновано виокремити наступні механізми: 1) заснована на недобросовісності умови недійсність, яка не потребує додаткової судової чи будь-якої іншої процедури оскарження (нікчемність); 2) недійсність недобросовісної умови у результаті її оскарження шляхом подання позову чи односторонньої заяви; 3) визнання за несправедливою умовою необов'язкового характеру для сторони, проти якої така умова спрямована; 4) відмова суду у примусовому збереженні несправедливої умови; 5) виникнення у слабкої сторони договору права на звернення до суду з вимогою адаптації спірної потенційно несправедливої умови.

Практичне значення отриманих результатів полягає в тому, що основні положення, висновки і пропозиції, сформульовані в дисертації, можуть бути використані у: науково-дослідній сфері – як основа для подальших науково-теоретичних досліджень у сферах договірного права та права інтелектуальної власності; нормотворчій діяльності – як теоретичний матеріал для удосконалення чинного вітчизняного цивільного законодавства щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; правозастосовній діяльності – при розгляді судами відповідних категорій справ, під час здійснення адвокатами та іншими особами професійної діяльності; навчальному процесі – для викладання дисципліни «Цивільне право України», при підготовці відповідних методичних та навчальних посібників, а також підручників для студентів вищих юридичних

навчальних закладів; договірній практиці – при підготовці умов ліцензійних договорів за участю кінцевих користувачів та розробці механізмів здійснення останніми акцепту пропозиції укласти відповідні договори; інформаційно-аналітичній сфері – для поширення знань про спрощений порядок укладення ліцензійних договорів серед широкого загалу.

Ключові слова: цивільні правовідносини; договірне право; правочин; договір приєднання; спрощений порядок укладення; форма правочину; захист цивільних прав; принцип справедливості, добросовісності і розумності; право інтелектуальної власності; авторське право і суміжні права; розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; обгортковий ліцензійний договір; публічний ліцензійний договір; публічна ліцензія; кінцевий користувач.

SUMMARY

Anisimov K. H. Wrap license agreements in civil law and judicial practice of Ukraine, the US and the EU countries. – Qualification research work presented as manuscript.

Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in the specialty 081 “Law”. – Yaroslav Mudryi National Law University, Ministry of Education and Science of Ukraine, Kharkiv, 2023.

The dissertation is the first research paper in the domestic civil law science which comprehensively studies the legal nature of wrap license agreements, highlights a wide range of features of such contractual structures as transactions for disposal of intellectual property rights with a simplified procedure for their conclusion, and also considers civil law mechanisms for protection and defense of subjective civil rights and interests of end users as weaknesses of these agreements, and suggests areas for further improvement of these mechanisms.

The author defines wrap license agreements as a group of license agreements under which one party (the licensor) grants the other party (the licensee) permission to use the copyright and (or) related rights object on the terms and conditions established by the licensor in standard forms, and the licensee may join the proposed agreement only in general by performing actions expressing its agreement with the terms and conditions in the manner provided for by the offer.

The complex essence of the legal nature of wrap license agreements is substantiated. It is stated that it is reflected in three main aspects: 1) the contractual structures under study are related to transactions in the field of intellectual property, which are an independent group of civil law contracts; 2) wrap license agreements are license agreements, not licenses; 3) the agreements under study are agreements with a simplified procedure for concluding, which consists in using the structure of an accession agreement.

The classification of wrap license agreements is developed according to the following criteria: 1) the object for which permission to use is granted under the

agreement; 2) the existence of a counter-obligation of the licensee to provide a certain benefit to the licensor; 3) the term for which wrap license agreements are concluded; 4) the procedure for payment of fees; 5) the degree of coordination of the parties' intentions; 6) the purpose of using the copyright and (or) related rights object; 7) the content of the provisions of the wrap license agreement; 8) the method of conclusion; 9) the specifics of the simplified procedure for conclusion. The author argues that the main classification criterion which allows forming a holistic view of the system of wrap license agreements is the specifics of the simplified procedure for their conclusion. Within the framework of this criterion, the author distinguishes between: shrink-wrap license agreements, click-wrap license agreements and browse-wrap license agreements.

The scientific concepts regarding the status characteristics of the parties to wrap license agreements have been improved. Thus, licensors may be both primary and secondary subjects of copyright and (or) related rights. The author recognizes that the scientific position regarding the inappropriateness of an expanded interpretation of the category of "authorship" in national civil law is the most reasonable. Using the example of a wrap license agreement for granting permission to use software, the author proves that the licensee is a person who owns a computer on which such software is legally installed. Based on this approach, the identification of the licensee should be carried out with certain clarifications depending on the type of wrap license agreement or on a specific object of copyright and (or) related rights.

The author suggests that distributors, resellers and other partners should not be considered parties to wrap license agreements, since it has been proven that agreements between them and copyright holders only mediate the distribution of copies of copyright and (or) related rights.

The study proves that the licensee is the weaker party to wrap license agreements. Based on this conclusion, the author establishes that the balance between the parties to the contracts can be achieved by: expanding the licensee's rights and increasing the licensor's obligations; strengthening the licensor's civil liability for non-performance or improper performance of the contract; limiting the licensee's civil liability; establishing a special procedure for concluding, amending and terminating the contract, etc.

Based on the analysis of national scientific works, the dissertation proves that the civil law category “subject matter of a contract” is self-sufficient and that the dichotomy of the subject matter and object of a license agreement is inappropriate as such, which is based on the identification of the agreement with an obligation as a legal relationship arising under the relevant license agreement. The author formulates a definition of the subject matter of a wrap license agreement as a permit to use an object of copyright and (or) related rights.

The research proves that the only right granted under a wrap license agreement is the right to use the copyright and (or) related rights object. At the same time, the absence of a condition in wrap license agreements regarding specific ways of using certain objects of copyright and (or) related rights entails the impossibility of granting the licensee the right to use the object in such ways. It is emphasized that “exploitation” and “use” are not identical concepts. Thus, “exploitation”, which consists in using the object for its functional purpose, is impossible without the licensor’s permission to use the copyright or related rights in the specified ways.

Since the main purpose of wrap license agreements is to ensure wide access of an unlimited number of end users to a certain object of copyright and (or) related rights, only a non-exclusive license may be granted under the agreements under study. The author proposes to enshrine at the level of domestic civil legislation the voidability of wrap license agreements under which any other type of license is granted.

Considering the current trend towards globalization and foreign contractual practice, the author argues that in the absence of a provision in a wrap license agreement on the territory to which the authorization to use the copyright and (or) related rights object extends, the authorization should extend to the territory of Ukraine, and, in case of temporary use, to other territories as well.

The author substantiates the need for legislative establishment of the presumption of free-of-charge license agreements with a simplified procedure for their conclusion. At the same time, in cases where the contracts under study are paid for, they should stipulate the amount, procedure and terms of payment of fees for the use of copyright and (or) related rights, which may be comprehensively represented in the following fee models:

1) subscription; 2) one-time payment; 3) payment for each use of the object of copyright and (or) related rights.

Based on the analysis of the contractual practice of the United States and EU member states, it is noted that wrap license agreements are concluded either for a short period of time with the possibility of automatic prolongation or for an unlimited period. The author supports the conclusions that it is necessary to understand the legally enshrined legal categories “term of the license agreement” and “term for which the right to use the intellectual property object is granted” as non-identical in content. However, in wrap license agreements, these terms usually coincide in the sense of a period of time.

The provisions on the meaning of the written form and signature in domestic and foreign civil law science, civil legislation and judicial practice are analyzed. The study establishes that the requirement of a written form is intended to ensure sufficient formalization and objective expression of the content of a transaction, and the signature is intended to identify a party to a contract, to certify its personal participation in signing and to demonstrate its agreement with the content of the contract. Therefore, the presentation of data in writing may well exist separately, and the requirement to comply with a simple written form should not mean that signatures are required. The signature function can be fulfilled by authenticating the party to the contract. Thus, when entering into wrap license agreements, a simple written or electronic form should be observed, and a flexible approach should be applied to the signature. It should consider the nature of the parties' activities; trade and business customs; availability of alternative methods of identification of counterparties and recognition of such methods in practice in the field of disposal of intellectual property rights; balance between reliability and real needs of the copyright and related rights market; other legal, commercial and technical factors.

The dissertation proves that a proposal to enter into an agreement with an indefinite number of persons in wrap license agreements should be qualified as a public offer. Taking into account the specifics of wrap license agreements, the following requirements for such an offer are proposed: 1) the licensee must be duly notified of the proposed terms of the license agreement; 2) the licensee must be technically able to easily review the terms of the license agreement; 3) the licensee's ability to familiarize itself with the terms

of the wrap license agreement contained in the offer must be sustainable; 4) the offer must clarify the information regarding its acceptance by the end user.

The scientific approaches to acceptance of an offer to enter into a click-wrap license agreement are highlighted and analyzed. In particular, it is found that in order to conclude click-wrap license agreements, end users express their will to join the proposed agreement by performing active actions which were previously specified by the licensor in the offer. It is substantiated that such actions consist in signing an agreement with an electronic signature. At the same time, the end user accepts the offer to enter into a browse-wrap license agreement by performing conclusive actions, since downloading the copyright and (or) related rights object, its installation or further use, etc. certify the licensee's desire to enter into an agreement and are aimed at direct fulfillment of the terms of the proposed license agreement. In both cases, identification of the licensee, if necessary, can be properly achieved by means of his/her prior registration in an information and telecommunication system, activation of the copyright and (or) related rights object in such a system, or by other means.

The author establishes that the *contra proferentem* interpretation rule may be applied to unclear terms of a wrap license agreement when all other interpretation rules have proved to be inapplicable. The author makes a conclusion about the preventive and stimulating effects of establishing the use of such an interpretation rule in contractual practice in the mass markets of copyright and (or) related rights.

The study shows that the *contra proferentem* rule of interpretation may be applied to unclear terms of wrap license agreements when all other rules of interpretation have proved to be inapplicable. The author makes a conclusion about the preventive and stimulating effects of establishing the use of such an interpretation rule in contractual practice in the mass markets of copyright and (or) related rights.

The licensee is proved to have the right to unilaterally withdraw from the wrap license agreement as a whole by terminating the use of the copyright and (or) related rights object specified in the agreement.

The provisions of foreign legislation and case law on legal mechanisms for ensuring fairness and good faith of the terms of a wrap license agreement are summarized.

Based on the study, the author proposes to distinguish the following mechanisms: 1) voidance based on the unfairness of the term, which does not require additional judicial or any other appeal procedure (nullity); 2) voidance of the unfair term as a result of its appeal by filing a lawsuit or unilateral statement 3) recognition of an unfair term as non-binding for the party against whom such term is directed; 4) refusal of the court to enforce the unfair term; 5) the right of the weaker party to the contract to apply to the court to adapt the disputed potentially unfair term.

The practical significance of the results obtained is that the main provisions, conclusions and proposals formulated in the dissertation can be used in the research area – as a basis for further scientific and theoretical studies in the areas of contract law and intellectual property law; rule-making – as a theoretical material for improving the current domestic civil legislation on the disposal of intellectual property rights; law enforcement activities – when courts consider relevant categories of cases, when attorneys and other persons carry out their professional activities; educational process – for teaching the discipline “Civil Law of Ukraine”, in the preparation of relevant methodological and educational manuals, as well as textbooks for students of higher law schools; contractual practice – in the preparation of terms and conditions of license agreements with the participation of end users and the development of mechanisms for the latter to accept the offer to enter into the relevant agreements; information and analytical sphere – to disseminate knowledge about the simplified procedure for concluding license agreements among the general public.

Key words: civil legal relations; contract law; transaction; adhesion contract; simplified procedure for concluding; form of transaction; protection of civil rights; principle of fairness, good faith and reasonableness; intellectual property law; copyright and related rights; disposal of intellectual property rights; wrap license agreement; public license agreement; public license; end user.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Анісімов К. Г. Юридична природа обгорткових ліцензійних договорів. *Recht der Osteuropäischen Staaten*. 2020. № 3. С. 4–8. URL: <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/96ebf2f0737007635b6cc20eed979f7d.pdf/ReOS%2003%20aus%202020.pdf>

2. Анісімов К. Г. Клік-обгортковий ліцензійний договір як вид обгорткового ліцензійного договору. *Теорія і практика правознавства*: електрон. наук. фахове вид. 2020. Вип. 2 (18). DOI: <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2020.18.215650>

3. Анісімов К. Г. Браузер-обгортковий ліцензійний договір: сутність та зміст. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. Вип. 3 (301). С. 5–12. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.01>

4. Анісімов К. Г. Цивільно-правова характеристика умов обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми законності*. 2022. Вип. 157. С. 60–73. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.157.256922>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

5. Анісімов К. Г. Оглядова характеристика обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав*: матеріали Наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова та 20-річчю з дня створення каф. цив. права № 2 (Харків, 29 листоп. 2019 р.). Харків: Право, 2019. С. 364–367.

6. Анісімов К. Г. Класифікація обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2020 року*: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 23 листоп. 2020 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2020. С. 15–18.

7. Анісімов К. Г. Світовий досвід використання обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав*: матеріали Наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків, 16 грудня 2020 р.). Харків: Право, 2019. С. 194–197.

8. Анісімов К. Г. Науково-теоретичні аспекти визначення предмета обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2021 року*: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 18 листоп. 2021 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2021. С. 12–16.

9. Анісімов К. Г. Застосування принципу *contra proferentem* при тлумаченні умов обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2022 року*: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 17 листоп. 2022 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2022. С. 6–10.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО ОБГОРТКОВИХ ЛІЦЕНЗІЙНИХ ДОГОВОРІВ.....	14
1.1. Становлення та розвиток обгорткових ліцензійних договорів у закордонному та вітчизняному цивільному обороті.....	14
1.2. Правова природа обгорткових ліцензійних договорів.....	29
1.3. Класифікація обгорткових ліцензійних договорів та оглядова характеристика окремих їх видів.....	50
Висновки до розділу 1.....	68
РОЗДІЛ 2. ЕЛЕМЕНТИ ОБГОРТКОВИХ ЛІЦЕНЗІЙНИХ ДОГОВОРІВ.....	75
2.1. Предмет обгорткових ліцензійних договорів.....	75
2.2. Інші умови обгорткових ліцензійних договорів.....	88
2.3. Сторони обгорткових ліцензійних договорів.....	107
Висновки до розділу 2.....	123
РОЗДІЛ 3. ДИНАМІЧНІ АСПЕКТИ ОБГОРТКОВИХ ЛІЦЕНЗІЙНИХ ДОГОВОРІВ.....	129
3.1. Порядок укладення та форма обгорткових ліцензійних договорів..	129
3.2. Захист слабкої сторони обгорткових ліцензійних договорів.....	152
Висновки до розділу 3.....	169
ВИСНОВКИ.....	175
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	186
ДОДАТОК.....	215

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Процеси диджиталізації та інформатизації суспільних відносин, які розпочалися у другій половині ХХ століття, а також стрімкий технологічний прогрес значною мірою впливають на розвиток цивільного права. Поява масових ринків програмного забезпечення і баз даних у 1980-х потребувала пошуку шляхів оптимізації цивільно-правових засобів розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. З огляду на це поширення в договірній практиці набули обгорткові ліцензійні договори. Із подальшим розвитком інформаційних технологій та Інтернету поступово виникали нові види ліцензійних договорів за участю кінцевих користувачів і способи їх укладення. Разом із тим досить довго залишалися невирішеними наріжні питання щодо їх правової природи, належного оформлення, відповідальності сторін тощо, а деякі і наразі потребують нагального практичного вирішення й теоретичного осмислення.

Протягом останніх років у світі поступово формувалися різноманітне законодавче закріплення обгорткових ліцензійних договорів, а також всебічна судова практика щодо їх застосування. Проте в чинному цивільному законодавстві України такі договірні конструкції досі належним чином не передбачені. Крім того, у вітчизняній цивілістиці відсутні ґрунтовні наукові праці, що повною мірою висвітлювали б окреслену проблему.

Отже, постає нагальна необхідність дослідити історичну генезу практики використання обгорткових ліцензійних договорів, їх правову природу, спираючись на законодавчі нароби й судову практику США і країн ЄС; класифікувати обгорткові ліцензійні договори й визначити їх місце серед інших цивільно-правових договорів; детально проаналізувати їх елементи; розкрити питання зміни і розірвання цих договорів, окреслити шляхи модернізації чинного релевантного законодавства України тощо.

Враховуючи тенденції розвитку держави у напрямі інновацій, форсування євроінтеграційних процесів і рекодифікації вітчизняного цивільного

законодавства, наукова розробка окреслених питань на рівні дисертації здатна забезпечити формування необхідної доктринальної бази для вдосконалення існуючих і опрацювання нових нормативно-правових положень українського законодавства. Це також дозволить підвищити ефективність практики правозастосування, забезпечити захист прав та інтересів учасників відповідних правовідносин.

Науково-теоретичну базу дослідження становлять праці вітчизняних і зарубіжних правників, зокрема: R. E. Barnett, D. D. Barnhizer, P. Cserne, J. C. Debrow, E. A. Farnsworth, R. Fisher, G. L. Founds, L. E. Harris, A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, L. N. Hughes, H. Jacquemin, C. Joustra, F. Kessler, S. M. Kierkegaard, C. L. Kunz, M. A. Lemley, K. N. Llewellyn, J. McCunn, R. P. Merges, J. M. Moringiello, B. Patton, E. Perron, T. D. Rakoff, R. Saleilles, W. Schmid, W. D. Slawson, P. Stoffel-Munck, Y. Strickler, W. Ury, M. Veldman, R. Zimmermann, В. О. Бажанова, Л. М. Баранової, В. І. Борисової, Ю. М. Капіци, А. В. Кирилюк, А. О. Кодинця, В. І. Крата, В. М. Крижної, Н. С. Кузнецової, О. В. Лехкар, Р. А. Майданика, В. В. Надьон, В. Ф. Піддубної, А. Є. Смородини, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Р. О. Стефанчука, Є. О. Тупицької, Н. Ю. Філатової, В. В. Цюри, Ж. Л. Чорної, С. І. Шимон, І. Є. Якубівського, Н. Є. Яркіної, В. Л. Яроцького та інших.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертації затверджена на засіданні вченої ради Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого 22 листопада 2019 року, протокол № 4 й узгоджується із планом науково-дослідних робіт кафедри цивільно-правової політики, права інтелектуальної власності та інновацій Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого в межах державної цільової комплексної програми «Проблеми вдосконалення правового регулювання особистих немайнових та майнових відносин в Україні» (№ державної реєстрації 0111U000963).

Мета і завдання дослідження. Метою роботи є визначення правової природи обгорткових ліцензійних договорів, з'ясування комплексу особливостей

таких договорів як правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності із спрощеним порядком укладення, а також розробка механізмів охорони і захисту прав та інтересів кінцевих користувачів як слабких сторін договору. Для досягнення вказаної мети поставлені і послідовно вирішуються такі основні завдання:

- виявити передумови становлення обгорткових ліцензійних договорів на масових ринках об'єктів авторського права і (або) суміжних прав;
- розглянути розвиток таких цивільно-правових конструкцій у договірній практиці й еволюцію наукових поглядів щодо їх використання;
- з'ясувати їх юридичну природу та на основі цього надати вичерпне визначення обгорткових ліцензійних договорів;
- віднайти критерії класифікації таких договорів, які мають теоретико-прикладну цінність, і розподілити обгорткові ліцензійні договори на види;
- визначити предмет обгорткових ліцензійних договорів, який обумовлює їх специфіку, складає їх видоутворюючі й найбільш суттєві ознаки;
- охарактеризувати умови досліджуваних договорів і висвітлити особливості, які обумовлені спрощеним порядком укладення;
- розкрити статусні особливості сторін обгорткових ліцензійних договорів;
- комплексно прояснити питання, пов'язані з формою й порядком укладення обгорткових ліцензійних договорів;
- визначити особливості розірвання ліцензійних договорів із спрощеним порядком укладення;
- з'ясувати юридичні наслідки використання ліцензіарами недобросовісних і несправедливих умов у США і країнах – членах ЄС;
- запропонувати цивільно-правові механізми забезпечення балансу інтересів ліцензіарів і ліцензіатів; охорони й захисту кінцевих користувачів як слабких сторін обгорткових ліцензійних договорів.

Об'єктом дослідження є цивільно-правові відносини у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Предметом дослідження є обгорткові ліцензійні договори у цивільному праві та судовій практиці України, США і країн ЄС.

Методи дослідження. Методологічною основою дисертації є комплекс загальнонаукових і спеціальних методів дослідження. При виборі методів дослідження враховувалися такі їх ознаки, як об'єктивність; відповідність методу об'єкту дослідження й рівню наукового пізнання; зрозумілість і загальнодоступність; детермінованість і відсутність стихійності і свавілля у застосуванні; здатність забезпечувати як досягнення мети, так і отримання намічених і не менш значущих побічних результатів; надійність; економічність тощо.

Серед загальнологічних методів найбільше застосовувалися аналіз, синтез, дедукція, індукція, узагальнення. Так, завдяки аналізу й синтезу було створене підґрунтя для з'ясування комплексної юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів (підрозділ 1.2.), виявлені численні особливості статичних елементів (підрозділи 2.1.–2.3.) і динамічних аспектів (підрозділи 3.1.–3.2.) досліджуваних договорів тощо. За допомогою використання методу дедукції обгорткові ліцензійні договори пізнавалися на основі вітчизняних і закордонних знань про ліцензійні договори й договори приєднання (підрозділи 1.2., 2.1-2.3., 3.1-3.2). Спираючись на метод індукції, вдалося дослідити статутні особливості сторін обгорткових ліцензійних договорів і з'ясувати суб'єктний склад правовідносин, що виникають на підставі укладення таких договорів (підрозділ 2.3.). Метод узагальнення сприяв формулювання конкретних вимог до умов обгорткових ліцензійних договорів (підрозділ 2.2.), а також до процедури здійснення оферти та акцепту (підрозділ 3.1.).

У ході дослідження використано низку спеціальних методів дослідження. Історичний метод дозволив виявити передумови зародження і простежити еволюцію обгорткових ліцензійних договорів як особливої договірної конструкції щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (підрозділ 1.1.). Наскрізним став метод конкретно-соціологічних досліджень, оскільки у більшості підрозділів застосовується такий його прийом, як вивчення матеріалів судової практики. На рівні з ним у всіх підрозділах більшою чи меншою мірою

застосовано порівняльно-правовий метод, завдяки якому встановлено якісний стан правових систем у питаннях укладення обгорткових ліцензійних договорів. Формально-юридичний (нормативно-догматичний) метод обумовив необхідний ступінь пізнання обгорткових ліцензійних договорів саме як юридичного феномену. Так, були досліджені найважливіші їх цивільно-правові властивості й ознаки, визначені основоположні для них поняття й категорії (підрозділи 1.2., 2.1., 2.2., 3.1.). Логіко-юридичний метод і метод альтернатив були повсюдно використані при оцінці й подальшому вдосконаленні сучасних доктринальних наробок щодо ліцензійних договорів за участю кінцевих користувачів із метою зіставлення протилежних теорій та уникнення суперечностей при модернізації чинного цивільного законодавства України, побудові ефективної вітчизняної системи правового регулювання.

Вказані методи використовувалися у взаємозв'язку, що сприяло повноті дослідження й обґрунтованості сформульованих висновків і пропозицій.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що це перша в Україні наукова праця, в якій комплексно розглянуто правову природу обгорткових ліцензійних договорів, висвітлено спектр особливостей таких договорів як правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності із спрощеним порядком укладення, а також розроблено механізми охорони й захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів кінцевих користувачів як слабких сторін договорів, що розглядаються. У ході дослідження отримано такі основні наукові результати:

уперше:

1) запропоновано визначення обгорткових ліцензійних договорів як групи ліцензійних договорів, за якими одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав на умовах, встановлених ліцензіаром у стандартних формах, а ліцензіат може приєднатися до запропонованого договору лише в цілому шляхом вчинення дій, які виражають його згоду з умовами у спосіб, передбачений офертою;

2) здійснено комплексну класифікацію обгорткових ліцензійних договорів за такими критеріями, як: 1) об'єкт, дозвіл на використання якого надається за договором; 2) наявність зустрічного обов'язку ліцензіата надати певне благо ліцензіару; 3) строк, на який укладаються обгорткові ліцензійні договори; 4) порядок виплати плати; 5) ступінь узгодженості намірів сторін; 6) мета використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав; 7) зміст умов обгорткового ліцензійного договору; 8) спосіб укладення; 9) специфіка спрощеного порядку укладення;

3) доведено, що за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія, оскільки основне їх призначення – забезпечити широкий доступ необмеженого кола кінцевих користувачів до певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, а використання такого об'єкта кінцевим користувачем може бути обмежене певною метою, що дозволяє ліцензіату обрати найвигідніші для себе умови залежно від власних цілей;

4) встановлено, що ліцензіат є слабкою стороною обгорткових ліцензійних договорів. Отже, рівновага між сторонами таких договорів може бути досягнута: розширенням прав слабкої сторони і збільшенням обов'язків сильної сторони; посиленням цивільно-правової відповідальності сильної сторони за невиконання або неналежне виконання договору; обмеженням цивільно-правової відповідальності слабкої сторони; встановленням спеціального порядку укладення, зміни і розірвання договору тощо;

5) аргументовано, що у разі відсутності в обгортковому ліцензійному договорі умови про територію, на яку розповсюджується дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, дія цього дозволу має поширюватися на територію України, а за умови тимчасового використання – і на інші території. Водночас із метою забезпечення балансу прав і інтересів сторін договору на ліцензійні договори із спрощеним порядком укладення має поширювати дію презумпція безоплатності правочину;

удосконалено:

б) обґрунтування того, що відсутність у обгорткових ліцензійних договорах умови щодо конкретних способів використання визначених об'єктів авторського

права і (або) суміжних прав тягне за собою неможливість надання права використання ліцензіату об'єкта в певні способи. Такі категорії, як «користування» і «використання» об'єкта авторського права і (або) суміжних прав не є тотожними. Способи використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, у яких зацікавлений кінцевий користувач, охоплюються категорією «користування». Водночас таке «користування» неможливе без дозволу ліцензіара на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у визначені способи;

7) наукові концепти щодо статусних особливостей сторін обгорткових ліцензійних договорів. На прикладі обгорткового ліцензійного договору щодо надання дозволу на використання програмного забезпечення обґрунтовано, що ліцензіатом є особа, яка є власницею комп'ютера, на який на законних підставах інстальоване таке ПЗ. При цьому дистриб'ютори та реселери, хоч і відіграють роль у ліцензійних відносинах, але не є суб'єктами обгорткових ліцензійних договорів;

8) теоретичні положення щодо значення письмової форми та підпису у цивілістиці. Вимога письмової форми покликана забезпечити достатню формалізацію й об'єктивне вираження змісту правочину, а підпису – ідентифікацію сторони договору, засвідчення її особистої участі при підписанні і демонстрації згоди із змістом договору. Виходячи з цього, представлення даних у письмовій формі може цілком існувати окремо, а вимога простої письмової форми не має означати вимоги проставлення підписів. При укладенні обгорткових ліцензійних договорів має бути дотримана проста письмова (електронна) форма, а до підпису має бути застосований гнучкий підхід;

9) науковий концепт який полягає у тому, що пропозицію укласти договір із невизначеним колом осіб у обгорткових ліцензійних договорах необхідно кваліфікувати як публічну оферту, а не як запрошення робити пропозиції укласти договір. Водночас визначено вимоги до оферти, з урахуванням специфіки обгорткових ліцензійних договорів, зокрема: 1) ліцензіат має бути належним чином повідомлений щодо запропонованих умов ліцензійного договору; 2) має бути технічно забезпечений простий перегляд умов ліцензійного договору; 3) можливість ліцензіата ознайомитися з умовами обгорткового ліцензійного

договору, що містяться в оферті, повинна мати сталий характер; 4) у пропозиції укласти обгортковий ліцензійний договір має бути роз'яснена інформація, що стосується прийняття оферти кінцевим користувачем;

10) наукові підходи щодо акцепту пропозиції укласти обгортковий ліцензійний договір. Для укладення клік-обгорткових ліцензійних договорів кінцеві користувачі здійснюють своє волевиявлення приєднатися до запропонованого договору шляхом вчинення активних дій, які були попередньо визначені ліцензіаром в оферті. Такі дії полягають у підписанні договору електронним підписом, оскільки становлять собою електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно пов'язуються з ними і використовуються як підпис. Акцепт пропозиції укласти браузер-обгортковий ліцензійний договір здійснюється кінцевим користувачем шляхом вчинення конклюдентних дій, оскільки завантаження об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, його інсталяція або подальше використання тощо засвідчують бажання ліцензіата укласти договір і спрямовані на безпосереднє виконання умов запропонованого ліцензійного договору;

набули подальшого розвитку:

11) правові висновки про комплексний характер юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів, яка проявляється у трьох аспектах: 1) досліджувані договірні конструкції належать до правочинів у сфері інтелектуальної власності, які є самостійною групою цивільно-правових договорів; 2) обгорткові ліцензійні договори є саме ліцензійними договорами; 3) обгорткові ліцензійні договори – договори із спрощеним порядком укладення, що полягає у використанні конструкції договору приєднання;

12) юридичні наукові підходи до визначення «предмета договору» як самодостатньої категорії при її застосуванні щодо договору у розумінні його як правочину. Обґрунтовано недоречність дихотомії предмета й об'єкта ліцензійного договору, яка присутня у деяких вітчизняних наукових роботах, як такої, що повністю спирається на ототожнення договору із зобов'язанням як правовідношенням, що виникає на підставі відповідного ліцензійного договору.

Сформульоване авторське визначення предмета обгорткового ліцензійного договору як дозволу на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав;

13) теоретичні положення щодо способів використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Підтверджено, що єдине право, яке надається за ліцензійним договором, – це право використовувати об'єкт права інтелектуальної власності;

14) наукове розуміння законодавчо закріплених правових категорій «строк ліцензійного договору» і «строк, на який надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності» як нетотожних за змістом. Строк ліцензійного договору не може бути коротшим за строк, на який за вказаним договором надається право використовувати об'єкт права інтелектуальної власності. Однак у більшості випадків у обгорткових ліцензійних договорах ці строки, у значенні проміжку часу, збігаються;

15) наукові уявлення щодо правових механізмів забезпечення справедливості та добросовісності умов обгорткового ліцензійного договору. На основі аналізу закордонного законодавства й судової практики необхідно виокремити наступні такі механізми: 1) заснована на недобросовісності умови недійсність, яка не потребує додаткової судової чи будь-якої іншої процедури оскарження (нікчемність); 2) недійсність недобросовісної умови у результаті її оскарження шляхом подання позову чи односторонньої заяви; 3) визнання за несправедливою умовою необов'язкового характеру для сторони, проти якої така умова спрямована; 4) відмова суду у примусовому збереженні несправедливої умови; 5) виникнення у слабкої сторони договору права на звернення до суду з вимогою адаптації спірної потенційно несправедливої умови. Водночас доведено, що правило тлумачення *contra proferentem* можливо застосовувати до незрозумілих умов обгорткових ліцензійних договорів у випадку, коли всі інші правила тлумачення виявилися непридатними.

Практичне значення одержаних результатів полягає у можливості використання висновків, пропозицій та рекомендацій у:

- науково-дослідній сфері – як основи для подальших наукових досліджень у сферах договірного права та права інтелектуальної власності;
- нормотворчій діяльності – як теоретичного матеріалу для удосконалення чинного вітчизняного цивільного законодавства;
- правозастосовній діяльності – шляхом їх застосування судами при розгляді відповідних категорій справ; адвокатами та іншими особами під час здійснення професійної діяльності, а також суб'єктами правореалізації;
- навчальному процесі – для викладання дисципліни «Цивільне право України», при підготовці відповідних методичних і навчальних посібників, а також підручників для студентів вищих юридичних навчальних закладів;
- договірній практиці – при підготовці умов ліцензійних договорів за участю кінцевих користувачів і розробці механізмів здійснення останніми акцепту пропозиції укласти відповідні договори;
- інформаційно-аналітичній сфері – для поширення знань про спрощений порядок укладення ліцензійних договорів серед широкого загалу.

Апробація результатів дисертації. Основні наукові положення і висновки, сформульовані в представленій науковій роботі, обговорювалися на засіданнях кафедри цивільно-правової політики, права інтелектуальної власності та інновацій Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, на міжнародних й всеукраїнських науково-практичних конференціях, зокрема: «Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав» (м. Харків, 29 листопада 2019 року), «Юридична осінь 2020 року» (м. Харків, 23 листопада 2020 року), «Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав» (м. Харків, 16 грудня 2020 року), «Юридична осінь 2021 року» (м. Харків, 18 листопада 2021 року), «Юридична осінь 2022 року» (м. Харків, 17 листопада 2022 року).

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, що містять 8 підрозділів, висновків, списку використаних джерел і додатка (список публікацій здобувача за темою дисертації та відомості про

апробацію її результатів). Загальний обсяг роботи – 216 сторінок, з яких основний текст становить 185 сторінок, список використаних джерел з 272 найменувань займає 29 сторінок, а додаток займає 2 сторінки.

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО ОБГОРТКОВИХ ЛІЦЕНЗІЙНИХ ДОГОВОРІВ

1.1. Становлення та розвиток обгорткових ліцензійних договорів у закордонному та вітчизняному цивільному обороті

На сьогодні обгорткові ліцензійні договори є досить поширеними у світі договірними конструкціями, що призначені для розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Дані конструкції відносно нові, а отже, вони знаходяться на стадії інституціоналізації. Це, безумовно, викликано тим, що генеза обгорткових ліцензійних договорів нерозривно пов'язана із стрімким розвитком сучасних технологій, сталою інформатизацією й диджиталізацією суспільних відносин. Відповідно, проведення комплексного дослідження цих договорів було б неповним без аналізу причин і передумов їх виникнення, а також висвітлення їх становлення.

Із зародженням масового ринку програмного забезпечення у США у 1980-х роках у його розробників виникла потреба у спрощеному юридичному оформленні широкого розповсюдження власної продукції. При цьому одним із ключових їх прагнень було бажання уникнути юридичних наслідків «first sale doctrine» – доктрини першого продажу [1, с. 1]. Відповідно до положень Закону США про авторське право 1976 року правоволоділець має виключне право поширювати або санкціонувати поширення копій або звукозаписів захищеної авторським правом роботи серед громадськості шляхом продажу чи іншої передачі права власності, або оренди, лізингу чи кредитування [2]. Проте доктрина першого продажу полягає у вичерпанні повноважень правоволодільца обмежувати подальше розповсюдження після того, як певна особа законно отримає копію захищеного авторським правом матеріалу [3, с.195].

Виникнення такої доктрини в американській науковій літературі пов'язується із рішенням Окружного суду Пенсильванії у справі *Stowe v. Thomas* у

1853 році [4]. Суть цієї справи полягала в тому, що відповідач – видавець із штату Філадельфія опублікував переклад німецькою мовою роману Н. В. Stowe «Uncle Tom's Cabin» без її дозволу у своїй газеті «Die Freie Presse». Однак суд заявив, що після того, як автор опублікував свою книгу і передав власні думки, почуття, знання чи відкриття світу, він вже не може продовжувати ексклюзивно володіти ними. Таке привласнення стає неможливим і суперечить самій цілі публікації книги. Концепції автора стають спільним надбанням його читачів, які не можуть бути позбавлені можливості використовувати їх в подальшому чи передавати їх іншим, які володіють рідною мовою таких читачів, шляхом, зокрема, видань, лекцій тощо. Також було підкреслено, що переклад, у його найбільш широкому розумінні, можна трактувати як певну розшифровку чи копію думок і концепцій автора, але у жодному разі це не є копією його книги. Саме тоді судом було застосовано вищезгаданий принцип вичерпання прав інтелектуальної власності та його межі, що продемонструвало необхідність дещо звуженого розуміння правомочностей правоволодільца, яке не дозволяло б йому здійснювати контроль за подальшим відчуженням [5, с. 245].

У 1908 році доктрина першого продажу була визнана на рівні Верховного суду у справі *Bobbs-Merrill Co. v. Straus* [6]. Позивач, *Bobbs-Merrill Company*, мав авторські права на книгу під назвою «*The Castaway*». У примірниках книги під повідомленням про авторські права було надруковано попередження про те, що її не можна продавати менше, ніж за один долар, оскільки такі дії становитимуть порушення авторських прав. Відповідачі, *Isidor Straus* і *Nathan Straus*, здійснювали роздрібну торгівлю через компанію *R. H. Macy & Company*. Вони придбали оптом примірники книги для подальшого перепродажу і продали їх за ціною, нижчою за один долар. Тоді *Bobbs-Merrill Company* звернулася з позовом до партнерів *Straus* з метою припинити в судовому порядку роздрібний продаж книги менш ніж за один долар за кожен примірник. Проте окружним судом позовні вимоги не були задоволені. Позивач оскаржив таке рішення, стверджуючи, що авторські права мають забезпечувати його належним захистом. Однак Верховний суд Сполучених Штатів підтвердив рішення округу, визнавши, що книги були продані відповідачам

оптом без будь-якої згоди щодо майбутньої ціни продажу. Через це, партнери Straus не були зобов'язані дотримуватися зобов'язання, що містилося у попередженні в книзі. Суд підкреслив, що законодавство у сфері авторського права має захищати права праволодільця помножувати і продавати свою продукцію, а не надавати право встановлювати обмеження ціни за допомогою попередження.

Наведене стало поштовхом до подальшого закріплення доктрини першого продажу спочатку у Законі США про авторське право 1909 року, а згодом у Законі США про авторське право 1976 року. Шляхом фактичного надання дозволу користувачам частково брати участь у розповсюдженні матеріалів, які захищаються авторським правом, була зроблена спроба досягти балансу між торговими інтересами суспільства й законними правами праволодільців [7, с. 4].

Проте для доктрини першого продажу ключовим є питання юридичної природи договору, який укладено між сторонами. На практиці, з метою унеможливлення застосування доктрини, американські компанії почали широко застосовувати ліцензійні договори для розповсюдження програмного забезпечення, а не договори купівлі-продажу чи інші подібні договірні конструкції. Традиційні засоби захисту за допомогою нормативних приписів авторського права, положень про комерційну таємницю чи за допомогою патентів більше не могли забезпечувати належний та ефективний захист прав на те ж саме програмне забезпечення [8, с. 1348-1349]. Використання ліцензійних договорів мало декілька очевидних переваг. По-перше, це сприяло скороченню загальної кількості випадків «піратства» і неавторизованого використання шляхом обмеження самої можливості перепродавати чи іншим чином передавати програмне забезпечення [9, с. 537]. По-друге, ліцензійні договори дають змогу розробникам програмного забезпечення здійснювати цінове регулювання для різних категорій користувачів. Так, якби програмне забезпечення продавалося, користувач, який купив його для домашнього використання, міг би вільно використовувати його у професійній діяльності. Проте завдяки ліцензійним договорам розробники значно збільшують кількість користувачів, що надає можливість пропонувати нижчі ціни приватним і корпоративним клієнтам, але отримувати той самий прибуток, як при співпраці з

однією групою клієнтів за вищою ціною [10]. Ліцензійні договори також дозволяють ліцензіару запропонувати певні додаткові умови, наприклад, обмеження на використання об'єкта права інтелектуальної власності, обмеження відповідальності за договірними зобов'язаннями тощо.

У цілому аналіз судової практики США, а саме рішень у справах *DSC Commc'ns Corp. v. Pulse Commc'ns, Inc.*, 170 F.3d 1354 (Fed. Cir. 1999) [11]; *S.O.S., Inc. v. Payday, Inc.*, 886 F.2d 1081 (9th Cir. 1989) [12]; *Davidson & Assocs. v. Internet Gateway*, 334 F. Supp. 2d 1164 (E.D. Mo. 2004), *aff'd*, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005) [13]; *Adobe Sys. Inc. v. Stargate Software Inc.*, 216 F. Supp. 2d 1051 (N.D. Cal. 2002) [14]; *Adobe Sys. Inc. v. One Stop Micro, Inc.*, 84 F. Supp. 2d 1086 (N.D. Cal. 2000) [15], вказує на те, що у більшості випадків у спорах щодо правової природи укладених між розробниками програмного забезпечення й користувачами договорів останні визнаються судами ліцензійними договорами. Окремого висвітлення при цьому потребує прецедентна справа *Vernor v. Autodesk, Inc.* [16]. Відповідач, компанія Autodesk, розповсюджував програмне забезпечення власної розробки під назвою AutoCAD. Користувачі, які придбали AutoCAD, для його використання мали прийняти умови коробкового обгорткового ліцензійного договору перед інсталяцією. Відповідно до положень договору ліцензіат отримує невиключну ліцензію, на нього накладається низка обмежень щодо передачі такої ліцензії. При цьому дозвіл на використання AutoCAD припиняється у разі, якщо ліцензіат не дотримується умов договору. Позивач, Timothy Vernor, придбав обладнання, що містило установлене програмне забезпечення AutoCAD, у ліцензіата Cardwell/Thomas & Associates, який був клієнтом Autodesk. Згодом він почав продавати AutoCAD на eBay. Компанія Autodesk звернулася до Т. Vernor з вимогою припинити такі дії, оскільки продаж ним програмного забезпечення становить собою порушення авторських прав його розробників. Окружний суд виніс рішення на користь Т. Vernor, але згодом Апеляційний суд дев'ятого округу США став на сторону компанії Autodesk. Щодо доктрини першого продажу Суд вказав, що така доктрина не може застосовуватися до ліцензіатів. Також було запропоновано триступеневий тест, який допомагає визначити, ким є користувач програмного

забезпечення – правоволодільцем чи ліцензіатом. Враховуючи попередні судові рішення за цією тематикою, судом були сформульовані наступні запитання для тесту: 1) чи вказує правоволоділець, що користувачу надається саме ліцензія; 2) чи обмежує суттєво така особа можливість користувача передавати програмне забезпечення третім особам; 3) чи накладає правоволоділець помітні обмеження на використання програмного забезпечення користувачем. Застосувавши цей тест до справи *Vernor v. Autodesk, Inc.*, Суд зробив висновок, що в цій справі Autodesk, Inc. є ліцензіаром, ліцензіат – Cardwell/Thomas & Associates, а отже, ні Cardwell/Thomas & Associates, ні T. Vernor не можуть посилатися на доктрину першого продажу.

Необхідно зазначити, що у 2001 році Бюро реєстрації авторських прав США відхилило розповсюдження застосовування доктрини першого продажу на цифрові твори. У офіційній заяві представники Бюро заявили, що вбачають основну ціль вищезгаданої доктрини у забезпеченні вільного обороту саме матеріальних копій і не вважають за доцільне реформування розділу 109 Закону США про авторське право 1976 року [17]. Також вони звернули увагу на те, що особа, яка продає матеріальний предмет, більше не має доступу до нього. Водночас при використанні цифрових технологій особа не матиме доступу до копії лише у тому разі, якщо така копія була видалена при продажу. Однак у Бюро підкреслили, що вкрай складно повірити в те, що користувач видалить цифрову копію при перепродажу, а ефективної технології, яка уможливила б автоматичне видалення, не існує [17].

Отже, у 1980-х роках у США саме ліцензійні договори набули поширення для розповсюдження програмного забезпечення й баз даних [3, с. 196]. Проте з поступовим поживленням економічного обороту виникла необхідність у пошуку шляхів модернізації інструментів розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, адже ліцензійні договори укладалися у традиційний спосіб, тобто індивідуально з кожним ліцензіатом і в письмовій формі. Аналітики провідних технологічних компаній, зокрема, Apple, IBM тощо, підрахували, що в майбутньому така практика використання юридичної конструкції ліцензійних договорів на індивідуальних засадах буде не тільки економічно невиправданою, а

й практично неможливою у контексті стрімкого підвищення загальної консюмеризації й формування масових ринків програмного забезпечення [18, с. 405]. Базуючись на утилітаристському розумінні добробуту, компанії почали впроваджувати укладення ліцензійних договорів у стандартних формах. Ці договори базуються на концепції «take it or leave it», яку доречно перекласти «або так, або ніяк», «все або нічого» [19, с. 317-318]. Ліцензіат приєднується до ліцензійного договору в цілому, без можливості вести перемовини і пропонувати власні умови. Такий механізм укладення цілком відповідає конструкції договорів приєднання – «contracts of adhesion», які у США також ще називають «boilerplate contracts», «standard form contracts», «mass market contracts» тощо [20, с. 378]. Згодом такі договори еволюціонували і утворили групу обгорткових ліцензійних договорів.

У юридичній практиці першим видом у зазначеній групі договорів стали коробкові обгорткові ліцензійні договори («shrink-wrap license agreements») [21, с. 365]. Вони отримали таку назву з огляду на пакування коробок із примірниками програмного забезпечення у прозору пластикову чи целофанову плівку, через яку ліцензіат-користувач програмного забезпечення може бачити копію умов ліцензійного договору чи посилання на такі умови, які ліцензіат-користувач приймає й визнає для себе обов'язковими для виконання шляхом розірвання обгортки чи почавши використовувати програмне забезпечення [22].

Однак укладення ліцензійних договорів у порядку «contracts of adhesion» було неоднозначно сприйняте як у американських правничих академічних колах, так і судовою практикою. Зокрема, дослідник Mark A. Lemley послідовно критикував обгорткові ліцензійні договори, оскільки вважав, що вони взагалі не можуть бути договорами у цивільно-правовому значенні [19, с. 317]. Свою позицію він обґрунтовував тим, що через неможливість вести перемовини й домовлятися при безпосередньому укладенні таких договірних конструкцій, їх умови ніколи прямо не визнаються його сторонами. Водночас він розглядав ліцензію, що міститься в таких договорах, як односторонню спробу розробників програмного забезпечення додати умови до вже у дійсності завершеної ринкової транзакції,

враховуючи той факт, що певні кошти за програмне забезпечення вже були сплачені і воно було отримано користувачем. На підставі цього М. А. Lemley стверджує, що згода користувача з умовами обгорткового ліцензійного договору, надана шляхом відкриття пакета і початком використання програмного забезпечення, є нічим іншим, як певною замаскованою фікцією.

Професорка Margaret Jane Radin також відстоює думку, що стандартні форми договорів на масових ринках прямо звужують права користувачів у сфері добровільної згоди з умовами договорів. У своїй роботі «*Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights And The Rule Of Law*» учена описує два архетипічних виміри існування договорів: вимір А («World A») і вимір Б («World B») [23, с. 3, 9-12, 14, 19]. Договори у вимірі А – це правочини між двома сторонами, засновані на принципі свободи договору й у яких кожна сторона погоджується добровільно. Типовою для цих договорів є наявність перемовин між сторонами, що сприяє задоволенню їх інтересів. Разом із цим дослідниця характеризує договори з виміру Б як такі, що укладаються без фактичної згоди, оскільки користувач не знає про таке укладення чи, як мінімум, не може нічого з цим зробити. Вимір Б – це вимір шаблонів і стандартних форм, які поступово звужують юридичні права до моменту їх повного зникнення. Таким чином, М. J. Radin стверджує, що стандартні договори приєднання, у тому числі й обгорткові ліцензійні договори, позбавлені необхідних елементів договірної правочину й вільного вибору за користувачем, а отже, є лише «ймовірним договором» («purported contracts»). Відсутність добровільної згоди вона називає «нормативною деградацією» («normative degradation»). Учена також критикує науковців і юристів-практиків, які захищають архетипічні договори виміру Б, за те, що вони включають ці договірні форми до парадигми договірної згоди виміру А. Крім того, вона звертає увагу на складність юридичної мови у досліджуваних договорах і пов'язані з цим несправедливі умови, які можуть тримати користувача в невіданні і цим створювати дисбаланс у сприянні іншій стороні, наприклад ліцензіату.

Науковець Robert P. Merges також був схвилюваний зростанням популярності коробкових обгорткових ліцензійних договорів серед розробників

програмного забезпечення, оскільки прогнозував, що в надалі ліцензіати зіткнуться з проблемою усічення свободи договору, яка полягатиме у відсутності реального вибору умов договору [24, с. 1609]. На його думку, стандартні форми договорів в індустрії детермінують подальшу уніфікацію й уподібнення умов договорів. Такі процеси у майбутньому можуть загрожувати поступовим формуванням «приватного законодавства».

Концепція «приватного законодавства» як негативна характеристика загальносвітової тенденції до поширення використання юридичної конструкції договорів приєднання у ХХ столітті була запроваджена Friedrich Kessler у 1943 році. Учений досліджував практику використання одноманітних договірних умов у різних галузях і зробив висновок, що різке підвищення ідентичності таких умов свідчить про регрес договірних прав. Це також є певного роду відправною точкою для початку домінування статусу і стандартної форми над самою суттю договору й узгодженістю волі його сторін [25, с. 631]. Крім того, F. Kessler вважав, що договори приєднання, стандартні форми й одноманітні договірні умови мають потужний потенціал для того, щоб стати дієвим і небезпечним механізмом у руках світових промислових і комерційних союзів, дозволятимуть їм у подальшому нав'язувати авторитарний порядок укладення договорів.

Проте необхідно усвідомлювати, що на той час чимало вчених поділяли іншу точку зору стосовно договорів приєднання і стандартних форм у цілому й коробкових обгорткових ліцензійних договорів зокрема. Передусім на увагу заслуговує позиція одного із розробників Єдиного комерційного кодексу США і видатного представника школи правового реалізму Karl N. Llewellyn щодо стандартних договорів. Він розробив концепцію «загальної згоди», яка полягає в тому, що сторона, яка приєднується до стандартного договору, майже ніколи і не погоджується з усіма його умовами, але поки такі умови не є явно несправедливими за змістом або за формою вираження, судова система має сприяти забезпеченню їх належного виконання, якщо сторони уклали договір [26].

Інший американський науковець David W. Slawson звертав увагу на те, що вже у 70-ті роки ХХ століття договори, які використовують юридичну конструкцію

приєднання, складають майже дев'яносто дев'ять відсотків усіх укладених договорів, а отже, абсолютній більшості людей буде важко згадати, коли вони уклали договір не у стандартній формі [27, с. 529]. Дослідники з Washington and Lee University з цього приводу зазначали, що коробкові обгорткові ліцензійні договори вже станом на 1985 рік були найбільш популярним методом ліцензування програмного забезпечення в комп'ютерній галузі саме з огляду на непрактичність отримання підпису від кожного кінцевого користувача [8, с. 1360]. У контексті розвитку ринку комп'ютерних програм та інших подібних об'єктів права інтелектуальної власності у 1980-х та 1990-х роках коробкові обгорткові ліцензійні договори ставали найбільш ефективним інструментом ліцензіара щодо формування умов, на яких надавалася конкретна ліцензія.

Аргументи критиків обгорткових ліцензійних договорів як таких, що можуть містити несправедливі умови через специфічну процедуру укладення, старший корпоративний юрист компанії Microsoft Robert W. Gomulkiewicz називає помилковими [28]. На його думку, такі договори слід оцінювати виходячи з величезних переваг, які вони надають розробникам і користувачам програмного забезпечення. Наприклад, обгорткові ліцензійні договори дозволяють ліцензіарам створювати високоякісне програмне забезпечення за відносно низькими цінами для ліцензіатів [29, с. 342]. Водночас сили ринку здатні протидіяти ліцензіарам, які застосовують несправедливі й жорсткі умови. Більш того, у всьому світі існують закони і доктрини, які захищають сторони від недобросовісності контрагентів, не дають можливості формувати умови договору проти сторони, запобігають зловживанням авторським правом тощо.

У будь-якому разі стандартизація форм договорів і використання договорів приєднання для укладення ліцензійних договорів виконують таку ж саму функцію як і стандартизація товарів і послуг у сучасному суспільстві, враховуючи те, що вони є невід'ємними складовими системи масового виробництва [30, с. 6-7].

Уже у 80-х ХХ століття американські суди, як правило, підтримували ліцензійні договори на програмне забезпечення як юридично найбільш ефективний засіб захисту прав інтелектуальної власності ліцензіарів. На це однозначно

вказують наступні судові рішення: *Allen v. Kaiser Aluminum & Chem. Corp.*, 585 F. Supp. (E.D.Mo. 1984) (у цій справі суд вказав на дійсність застереження про обмеження відповідальності в ліцензійному договорі на програмне забезпечення) [31]; *D'Antuono v. CCH Computax Sys., Inc.*, 570 F. Supp. (D.R.I. 1983) (підкреслено необхідність виконання положення ліцензійного договору про вибір юрисдикції) [32]; *S&H Computer Sys. v. SAS Inst., Inc.*, 568 F. Supp. (M.D. Tenn. 1983) (винесено рішення у спрощеному порядку судочинства щодо порушення ліцензіатом контрактних умов ліцензійного договору) [33]; *Hi Neighbor Enter., Inc. v. Burroughs Corp.*, 492 F. Supp. (N.D. Fla. 1980) (постановлено, що положення ліцензійного договору на програмне забезпечення мають бути виконані з огляду на дійсність такого договору) [34]. Однак судова практика щодо укладення й дійсності коробкових обгорткових ліцензійних договорів у США спочатку складалася негативно. До 1996 року окреслена проблема була предметом розгляду лише у трьох судових справах. У 1987–1988 роках у справі *Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.* ні суд першої інстанції, ні апеляційний суд не досліджували питань дійсності ліцензійного договору з огляду на його укладення як договору приєднання [35]. Суди встановили, що законодавство штату Луїзіани дозволяло ліцензіару за договором забороняти ліцензіату декомпіляцію програмного забезпечення, але такі положення суперечили федеральному законодавству. Через це суди визнали релевантні положення коробкового обгорткового ліцензійного договору недійсними. У справах *Step-Saver Data Systems v Wyse Technology* (1989-1991) та *Arizona Retail Sys. Inc. v Software Link Inc.* (1993) зазначені договори визнані такими, що не підлягають виконанню з огляду на те, що укладені в момент покупки примірника програмного забезпечення, а отже, умови, які були додані після укладення договору, не можуть бути дійсними [36; 37].

Проте ключовим для становлення й подальшого розвитку не тільки коробкових обгорткових ліцензійних договорів, а й всіх інших обгорткових ліцензійних договорів у всьому світі стало рішення Апеляційного суду сьомого округу США у справі *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* [38]. Позивач – компанія ProCD була розробником бази даних, яка складалася з домашніх і ділових телефонів. На

створення такого національного довідника витрачено декілька мільйонів доларів й оброблено інформацію з більше ніж 3 000 загальнодоступних телефонних книжок. База даних розповсюджувалася компанією ProCD під торговою маркою «Select Phone TM» на дисках CD-ROM. На таких дисках містилася сама база даних із списками телефонних номерів, а також допоміжне програмне забезпечення, яке опосередковувало доступ до даних. Диски були запаковані в пластикові коробки, які також містили «Єдиний ліцензійний договір користувача». Відповідно до його умов ліцензіат-користувач здійснював акцепт, коли починав використовувати диск за призначенням. Відповідач – приватна особа M. Zeidenberg після того, як придбав декілька примірників «Select Phone TM» у магазині роздрібної торгівлі, створив компанію під назвою Silken Mountain Web Services, Inc. (далі – «Silken»). Спочатку M. Zeidenberg вирішив зробити базу даних вільно доступною у мережі Інтернет. Однак у подальшому вже компанією «Silken» розроблена нова база даних, яка була компіляцією з телефонних номерів з «Select Phone TM» і продуктів інших компаній. Із цією метою «Silken» також створено програму, яка допомагала здійснювати пошук телефонних номерів. Згодом база даних із програмним забезпеченням була розміщена компанією в Інтернеті з метою здійснення комерційної діяльності. Відповідачем були проігноровані повідомлення з попередженнями, які з'являлися на екрані персонального комп'ютера при використанні «Select Phone TM». Він стверджував, що умови договору не є обов'язковими через використання конструкції коробкового обгорткового ліцензійного договору. Однак суд вказав на те, що ліцензіат мав дотримуватися умов коробкового обгорткового ліцензійного договору, адже згідно з положеннями Єдиного комерційного кодексу США сторони можуть побудувати свої відносини таким чином, щоб у ліцензіата була можливість прийняти пропозицію ліцензіара укласти договір після ознайомлення з умовами. Суд зазначив, що у випадку, коли ліцензіат оглянув коробку з примірником програмного забезпечення, випробував його, детально дізнався про умови ліцензійного договору і не відмовився від продукту, якщо він фактично міг це зробити, такий договір є укладеним і дійсним. Таким чином, у цій конкретній справі відповідач прийняв умови договору і зобов'язався їх дотримуватися.

Необхідно звернути увагу на те, що суддя Frank Easterbrook окремо також здійснив економічний аналіз релевантних правових норм у цій ситуації та підкріпив рішення суду такими аргументами. Визнання обгорткових ліцензійних договорів, на його думку, ставить ліцензіатів у краще становище, оскільки стандартизовані ліцензійні договори дозволяють уникнути дорогих і тривалих переговорів щодо практично однакових умов при повторних операціях одного і того ж типу [38]. Більш того, відмова від визнання таких договорів у майбутньому може призвести до того, що компанії-розробники програмного забезпечення та баз даних отримуватимуть розширені гарантійні умови і непрямі збитки. Так, у судовому рішенні знайшли своє відображення доктринальні нароби американських дослідників, про які мова йшла вище за текстом. Суддя також навів приклади квитків на літаки, на концерти, договорів страхування, оскільки у цих транзакціях грошові платежі також передують повідомленню повних умов [38]. Однак такі транзакції зазвичай приводять до укладення договорів, адже вимога явної згоди до оплати була б неефективною.

Водночас у 1995 році шотландський суд у схожій справі щодо дійсності коробкового обгорткового ліцензійного договору *Beta Computers (Europe) Limited v. Adobe Systems (Europe) Limited* зробив аналогічні висновки [39]. Верховний цивільний суд Шотландії встановив, що договір не був укладений до тих пір, поки ліцензіат не ознайомився з умовами договору й не почав використовувати програмне забезпечення. Лише після цього ліцензійний договір було укладено, він був дійсним і підлягав виконанню сторонами. Дане рішення вкрай важливе, оскільки сформувало цілісний підхід, який міг у подальшому використовуватися англійськими судами.

Продовжуючи розгляд питання, наголосимо, що в цей час відбувався бурхливий розвиток Інтернету. У 1990-ті р. про таку мережу ще мало хто знав, а на початку 2000-х у ній було вже понад 300 мільйонів активних користувачів [40, с. 32]. За цей період докорінно змінилася кон'юнктура ринку, що було спричинено величезною кількістю нових послуг і появою електронної комерції. Саме завдяки Інтернету змінювалося ставлення суспільства до цифрових продуктів, які

розповсюджувалися новими диджиталізованими способами. Так, саме в цей час з'явилися інші, більш технологічно прогресивні й ефективні різновиди обгорткових ліцензійних договорів, які активно використовуються на сьогодні. У цьому підрозділі далі буде представлено короткий огляд їх виникнення, водночас їх характеристика й більш детальний аналіз будуть проведені в наступних підрозділах цієї роботи.

Так, у контексті глобального загальносвітового розповсюдження мережі Інтернет і розвитку комп'ютерних технологій у юридичній практиці набули поширення «click-wrap license agreements» – клік-обгорткові ліцензійні договори. У перекладі з англійської мови «click» означає «клацати», «натискати», що у назві клік-обгорткових ліцензійних договорів вказує на особливість прийняття пропозиції укласти такий договір, адже вона виражається в багатьох випадках шляхом клацання ліцензіатом комп'ютерною мишкою на спеціальному полі, наприклад, «Я згоден», яке виводиться на екран комп'ютера [21, с. 365]. При цьому доступ до конкретного об'єкта права інтелектуальної власності залишається закритим доки ліцензіат не здійснить належного акцепту умов договору. У свою чергу, «wrap» у перекладі означає «обгортка», «плівка». Таким чином, у юридичній науці й судовій практиці підкреслюється особливий органічний зв'язок між клік-обгортковими (click-wrap) і коробковими обгортковими (shrink-wrap) ліцензійними договорами. Ще у проаналізованому вище рішенні у справі *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, яке було знаковим для коробкових обгорткових ліцензійних договорів, суд передбачив поширення практики застосування клік-обгорткових ліцензійних договорів і вказав на необхідність їх належного вивчення [38].

Однією із перших американських судових справ, що стосувалася саме клік-обгорткових ліцензійних договорів, стала *Hotmail Corporation v. Van\$ Money Pie Inc.* [41]. У 1998 році окружний суду США в Північному окрузі Каліфорнії у рішенні по цій справі визнав можливість укладення таких договорів, дослідив їх електронну форму укладення й підтвердив факт їх дійсності. За фактичними обставинами справи позивачем була компанія Hotmail Corporation. Ця компанія під власною торговою маркою Hotmail створила сервіс електронної пошти. Такий

сервіс був безкоштовним для користувачів, але вони мали погодитися з умовами обслуговування Hotmail перед тим, як почати користуватися послугами електронної пошти. Умови обслуговування Hotmail містилися в ліцензійному договорі, а для його укладення користувачі електронної пошти після перегляду умов на екрані свого комп'ютера мали клацнути мишкою на спеціальному вільному полі. Такі дії засвідчували згоду користувачів-ліцензіатів з умовами договору й прийняття відповідної пропозиції ліцензіара укласти цей договір. Відповідно до зазначених умов обслуговування Hotmail ліцензіати не могли використовувати своїх облікових записів для надсилання спаму, під яким у даному ліцензійному договорі розумілися будь-які небажані електронні повідомлення, що мають комерційний характер.

Водночас відповідач у цій справі – компанія Van\$ Money Pie Inc. розсилав спам. Задля цього він використовував третіх осіб, а зворотні адреси листів змінювалися таким чином, щоб створити враження їх розсилки з облікового запису Hotmail. Позивач оскаржив такі дії відповідача, оскільки, на його думку, вони порушували законодавство США щодо недобросовісної конкуренції та із запобігання комп'ютерному шахрайству. Більш того, такі дії завдавали репутаційні втрати компанії Hotmail Corporation, а також прямо порушували згадані вище умови обслуговування. При цьому позивач вимагав від відповідача відмовитися від використання облікових записів Hotmail і подальшої розсилки спаму.

Суд погодився із аргументами Hotmail Corporation і спочатку видав попередню судову заборону з метою припинення подальшої протиправної діяльності відповідача. Було встановлено, що дії Van\$ Money Pie Inc. цілком могли увести інших користувачів сервісу електронної пошти в оману щодо причетності Hotmail Corporation до розсилки спаму. Таким чином, підтверджено факт завдання шкоди репутації позивача й кваліфіковано дії відповідача як такі, що порушують законодавство США про запобігання комп'ютерному шахрайству.

На окрему увагу заслуговує частина рішення суду, яка стосується дійсності ліцензійного договору, який містив умови обслуговування. Суд дослідив зазначений ліцензійний договір у цілому, а також детально проаналізував «click-

wrap» специфіку його укладення. На основі цього клік-обгортковий ліцензійний договір було визнано таким, що має юридичну силу, а позивач і відповідач є контрагентами за цим договором – ліцензіаром і ліцензіатом відповідно. Суд звернув увагу на те, що на відміну від деяких коробкових обгорткових ліцензійних договорів у клік-обгортковому ліцензійному договорі ліцензіат явно погодився із його умовами і здійснив акцепт. Про це свідчить натискання ліцензіатом мишкою на кнопку «Я згоден» після ознайомлення із умовами договору на екрані комп'ютера. У даному випадку суд не вбачав підстав для визнання договору неукладеним чи недійсним.

Паралельно із клік-обгортковими ліцензійними договорами у 1990-х роках почали активно використовувати браузер-обгорткові ліцензійні договори («browse-wrap license agreement»). Такі договірні конструкції передусім були призначені для регулювання використання інформації та надання послуг, що знаходяться на веб-сайтах [42, с. 1173].

Сам термін «browse-wrap» набув загального поширення після того, як був застосований у 2000 році у рішенні окружного суду США у Східному окрузі Каліфорнії у справі *Pollstar v. Gigmania Ltd.*, 170 F. Supp. 2d 974 (E.D. Cal. 2000) [43]. Позивач – компанія Pollstar розробила базу даних з інформацією щодо запланованих концертів і наявних у продажу квитків на них. У подальшому така база даних була розміщена на офіційному веб-сайті компанії Pollstar. Вона знаходилася у вільному доступі і користувачі веб-сайту могли її завантажувати. У той саме час умови використання цієї бази даних були передбачені в ліцензійному договорі, який договір містився на окремій веб-сторінці, що була доступна за посиланням. Компанія Gigmania Ltd., яка була відповідачем у справі, завантажила базу даних й розмістила її на власному офіційному веб-сайті. Компанія Pollstar звернулася з позовом до суду, оскільки вважала, що такі дії порушують умови ліцензійного договору, насамперед обов'язок ліцензіата використовувати об'єкт права інтелектуальної власності виключно для персональних потреб. Відповідач же стверджував, що не отримувал пропозиції укласти такий договір, а отже, позивач не може посилається на його умови у своєму позові. Суд підтримав позицію

відповідача і встановив, що користувачі веб-сайту дійсно не були належним чином попереджені про те, що використання бази даних регулюється ліцензійним договором, адже за фактичними обставинами справи таке попередження, хоч і з'являлося на екрані комп'ютера, але було надруковано дрібним сірим шрифтом на сірому фоні. Як вже зазначалося вище, на веб-сторінку, де містився ліцензійний договір, можна було перейти за гіперпосиланням. Проте воно не було оформлене у звичний спосіб, а саме – не підкреслювалося. На думку суду, це порушувало «common Internet practice», тобто звичаї ділового обороту й попередню ділову практику контрагентів у мережі Інтернет. Безперечно, це викликало непорозуміння і заплутувало користувачів веб-сайту Pollstar. Таким чином, суд вирішив, що у цій справі браузер-обгортковий ліцензійний договір не має юридичної сили. Однак сама можливість укладати такі договори в подальшому судом не відкидалася.

Основна специфіка й одночасно з цим головне джерело правової невизначеності браузер-обгорткових ліцензійних договорів полягає в порядку їх укладення, адже потенційний ліцензіат фактично не має вчиняти акцепту таким чином, щоб його намір укласти ліцензійний договір був явно виражений [21, с. 365-366]. Хоча такі договірні конструкції і залишаються найбільш спірними серед інших обгорткових ліцензійних договорів, вони широко використовуються на масовому ринку програмного забезпечення і баз даних [3, с. 197].

Підсумовуючи, наголосимо, що визначення детермінант становлення обгорткових ліцензійних договорів, аналіз їх виникнення й розвитку крізь призму юридичної науки та судової практики створюють належне підґрунтя для подальшого дослідження юридичної природи таких договорів, проведення їх класифікації, більш детального вивчення й характеристики окремих їх видів у наступних підрозділах цієї роботи.

1.2. Правова природа обгорткових ліцензійних договорів

Подальше дослідження обгорткових ліцензійних договорів не видається можливим без належного висвітлення їх правової природи, а також формулювання

їх поняття як особливих договірних конструкцій. З цією метою у даному підрозділі представлено аналіз таких договорів на основі вітчизняного цивільного законодавства з урахуванням доктринальних підходів і концепцій українських та закордонних учених. Водночас всебічне вивчення юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів вимагає встановлення їх співвідношення з іншими цивільно-правовими договорами.

Перший аспект, який необхідно враховувати, це те, що обгорткові ліцензійні договори є насамперед ліцензійними. На сьогодні в академічних колах як вітчизняної цивілістики, так і закордонної точиться, хоч і не так активно, наукова дискусія щодо визначення юридичної природи останніх.

У цивільному законодавстві Федеративної Республіки Німеччина питання, що безпосередньо стосуються ліцензійних договорів, не були спеціально закріплені. Як показують результати аналізу нормативно-правового регулювання відносин інтелектуальної власності, лише певні права інтелектуальної власності можуть бути предметом ліцензій, про це, наприклад, йдеться у положеннях розділу 15 (2) Закону про патенти та розділу 30 Закону про торговельні марки [44; 45]. Водночас вимоги до змісту та укладення ліцензійних договорів врегульовані загальними положеннями про договори, які містяться у розділах 133 і 157 Німецького цивільного уложення [46]. Проте у німецькій доктрині цивільного права існує досить багато підходів до розуміння ліцензійного договору. Так, Герберт Штумпф вказує, що ліцензійні договори відносили до договорів купівлі-продажу, договорів найму, договорів оренди і до договорів простого товариства [47, с. 34]. Згідно з іншим підходом ліцензійні договори розглядалися не як самостійні договори, а як узагальнення різноманітних способів використання ліцензій із збереженням правоволодільцем свого статусу [47, с. 34]. У такому разі до конкретних відносин необхідно було застосовувати відповідні договірні конструкції з урахуванням фактичних обставин. На підставі аналізу наукових праць німецьких дослідників та релевантної судової практики зазначимо, що на сьогодні пануючою концепцією щодо юридичної природи ліцензійних договорів є їх розуміння як договорів *sui generis*, які при цьому містять елементи договору оренди прав. Така концепція

базується на тому, що правовідносини за ліцензійним договором як тривалі договірні відносини за своїм змістом найбільш подібні до передачі прав в оренду, а отже, для застосування аналогії найбільш прийнятними є норми щодо передачі прав в оренду [47, с. 175]. На думку А. А. Амангельди, така теоретична конструкція створена з метою забезпечення можливості настання відповідальності за недоліки переданої ліцензії, а прирівнювання майнового права, яке передає ліцензіар, до речового дозволяє задіяти інститут позадоговірної відповідальності [48, с. 77]. У контексті дослідження саме обгорткових ліцензійних договорів, об'єктами яких передусім є програмне забезпечення та бази даних, необхідно звернути увагу на наступне. У німецькій правозастосовній та судовій практиці до таких договірних конструкцій, якщо вони передбачають отримання безстрокової ліцензії, застосовуються загальні положення про купівлю-продаж [49]. Такий пропріетарний підхід до договорів у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності призводить до того, що, наприклад, ліцензійний договір не може бути розірвано в односторонньому порядку у разі істотного порушення умов договору без попереднього закріплення положення про це у відповідному договорі, адже німецьке законодавство щодо купівлі-продажу не передбачає такого розірвання. Ця проблема була, зокрема, висвітлена у судовій справі *LG Köln № 28 O 482/05*, у якій ліцензіат порушив умови ліцензійного договору шляхом інсталяції програмного забезпечення на більшій кількості пристроїв та його передачі більшій кількості користувачів, аніж це було передбачено змістом ліцензійного договору [50].

У цивільному праві Нідерландів, Швейцарії та Швеції застосовують схожі з німецьким підходи до розуміння й закріплення цих договірних конструкцій. Однак, незважаючи на те, що у Швейцарії правники стосовно ліцензійних договорів досить довго послуговувалися положеннями про купівлі-продажу, оренди, ренти та простого товариства, на сьогодні за ними визнано природу *sui generis*. Зокрема, таку наукову позицію активно відстоювали швейцарські вчені-правники Ерік Хомбургер та Ханс Дженні [51, с. 34]. Проте законодавчі положення, які

стосуються перелічених договорів, у певних випадках все ще можуть субсидіарно застосовуватися і до ліцензійних договорів.

Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у цивільному обороті Франції також опосередковується за допомогою ліцензійних договорів. Отримання ліцензій на використання об'єктів права інтелектуальної власності переважно регулюється Французьким кодексом інтелектуальної власності [52]. У цілому під ліцензійним договором розуміють домовленість сторін, за якою ліцензіар надає іншим особам дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності [53]. Що стосується сутності таких договорів, то вони французькими правниками розглядаються як договори оренди власності. Таким чином, на них поширюються загальні положення договірної права, закріплені у субтитулі I титулу III книги III Цивільного кодексу Франції, та положення, які стосуються договорів оренди власності, що містяться у титулі VIII книги III Цивільного кодексу Франції [54]. У низці інших країн, наприклад, Італії, Бельгії, Іспанії, також відсутні спеціальні положення щодо ліцензійних договорів, а отже, на них поширюються загальні норми щодо договорів у відповідному національному цивільному праві. Наприклад, згідно з положеннями статті 429 Цивільного кодексу Іспанії у разі відсутності спеціальних положень до відносин у сфері інтелектуальної власності застосовуються загальні правила щодо майна [55]. З огляду на те, що в іспанському законодавстві окремо не закріплені приписи стосовно ліцензійних договорів, на них поширюються положення Книги II «Про товари, майно та їх модифікації», Книги III «Про різноманітні способи набуття права власності» та Книги IV «Про зобов'язання та договори» Цивільного кодексу Іспанії.

У США, на відміну від країн континентального права, розуміння ліцензійного договору базується на негативному підході, побудованому на англо-американських доктринальних положеннях, згідно з якими договір – це обіцянка, яка спрямована в майбутнє з моменту укладення договору. Варто зазначити, що американський науковець П. Розенберг вказував, що ліцензія є нічим іншим, як обіцянкою однієї особи утриматися від судового переслідування іншої особи, яка

вчиняє такі дії, які без наявності ліцензії вважалися б порушенням прав інтелектуальної власності [56, с. 342]. Відповідно до цієї концепції розмивається чітка межа між ліцензійним договором і ліцензією, що притаманно вітчизняній цивілістиці, а ліцензійний договір може трактуватися як дозвіл, без якого користування об'єктом права інтелектуальної власності, є незаконним. Більш детально ця проблема з урахуванням реалій вітчизняної цивілістики буде проаналізована далі у цьому підрозділі. При цьому питання щодо сутності ліцензійного договору у США у контексті генезису підходів до його розуміння частково висвітлене в попередньому підрозділі. Водночас на сьогодні за загальною практикою передача ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності у Сполучених Штатах відбувається саме за ліцензійним договором, а не за договором купівлі-продажу чи будь-яким іншим.

У цьому контексті прецедентним стало рішення окружного суду США у Східному окрузі Нью-Йорка у справі *Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics, Inc.* від 11 лютого 1994 року [57]. Так, позивач – корпорація Microsoft подав позов проти Harmony Computers & Electronics за продаж захищених авторським правом програм MS-DOS та Windows без дозволу. Корпорація Microsoft зазначила, що компанія Harmony Computers & Electronics розповсюджувала таку продукцію, що було прямим порушенням ліцензійного договору, а також поширювала подробиці програмного забезпечення, про що свідчить двадцять один приклад підроблених примірників продукції Microsoft, які були придбані у відповідача приватним детективом. Однак представники компанії Harmony Computers & Electronics стверджували, що не можуть нести відповідальність за порушення авторських прав у цій справі, оскільки вони купували всю продукцію у Microsoft за договорами купівлі-продажу, а отже, захищені відповідно до доктрини першого продажу. Також відповідач спростовував твердження корпорації Microsoft щодо розповсюдження фальшивих примірників програмного забезпечення MS-DOS та Windows. Більш того, відповідач наполягав на тому, що всю продукцію купував у позивача та сумлінно переконувався, що вона справжня. У прагненні вирішити спір у досудовому

порядку корпорація Microsoft у період з квітня по вересень 1993 року надіслала компанії Harmony Computers & Electronics декілька листів з вимогою припинити протиправну поведінку. Незважаючи на це, відповідач продовжував незаконне розповсюдження відповідного програмного забезпечення. Через це корпорація Microsoft подала позов проти Harmony Computers & Electronics, стверджуючи, що компанія причетна до порушення авторських прав та умов ліцензійного договору.

Окружний суд зробив висновок, що корпорація Microsoft є дійсним праволодільцем програмного забезпечення. Крім того, суд встановив, що дії відповідача полягали у несанкціонованому розповсюдженні продуктів Microsoft. Твердження Harmony Computers & Electronics про те, що вони купували продукти Microsoft у офіційних дилерів і, отже, не несуть відповідальності, не було взяте до уваги, адже будь-яке розповсюдження продукції Microsoft відповідачем, незалежно від того, були такі положення передбачені у ліцензійному договорі чи ні, вважатиметься порушенням авторських прав, оскільки компанія Harmony Computers & Electronics ніколи не мала повноважень розповсюджувати таку продукцію. Водночас аргумент відповідача про те, що вони були захищені доктриною першого продажу, також було відхилено. Суд акцентував на тому факті, що корпорація Microsoft ніколи не продавала своє програмне забезпечення, вона ліцензувала всю свою продукцію, розповсюджувала її шляхом укладення саме ліцензійних договорів. Виходячи з цього, абсолютно неможливо вести мову про наявність у відповідача права власності на програмне забезпечення, що також вказує на неприйнятність доктрини першого продажу у цій справі та наступних подібних.

В українському законодавстві поняття «ліцензійний договір» закріплено в частині 1 статті 1109 Цивільного кодексу України. Так, за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності визначеним способом (способами) протягом певного строку на певній території, а ліцензіат зобов'язується вносити плату за використання об'єкта, якщо інше не встановлено договором [58]. Необхідно підкреслити, що наведені положення містяться в окремій главі 75

«Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» розділу III «Окремі види зобов'язань» книги п'ятої «Зобов'язальне право» ЦК України. Враховуючи цей факт, повністю поділяємо наукову позицію щодо того, що таким чином законодавець вказав на те, що на договори у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності поширюються загальні положення про зобов'язання; але до них не можуть застосовуватися спеціальні положення з інших глав розділу III, які регулюють розпорядження майновими правами у майновій сфері [59, с. 487].

У цілому ще у 1985 було висунуто тезу, що різноманітні теорії, які визначають ліцензійний договір як договір купівлі-продажу, договір оренди чи підряду, можна вважати подоланими [60, с. 161-162]. Проте на сьогодні така наукова дискусія все ще не закінчена з огляду на декілька причин. По-перше, деякі науковці все ще намагаються актуалізувати полеміку, яка мала місце у XX столітті. По-друге, це пов'язано із розширенням кола предметів договорів купівлі-продажу, дарування й найму (оренди) [59, с. 484]. Так, згідно з положеннями частини 2 статті 656 ЦК України предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права [58]. Проте уточнюється, що до договору купівлі-продажу майнових прав застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не випливає із змісту або характеру цих прав. У частині 2 статті 718 ЦК України закріплено, що дарунком, тобто предметом договору дарування, можуть бути майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у нього в майбутньому [58]. Відповідно до частини 2 статті 760 ЦК України предметом договору найму (оренди) також можуть бути майнові права [58]. Основна проблема при цьому, як принагідно зазначає В. М. Крижна, полягає в тому, що деякі науковці включають до предмета таких договорів майнові права інтелектуальної власності [59, с. 484-485].

Зауважимо, що в колективній монографії «Харьковская цивилистическая школа: о договоре» В. М. Крижна досліджує наукові підходи у сучасній вітчизняній цивілістиці до співвідношення договорів у сфері інтелектуальної власності і традиційних цивільно-правових договорів, а на основі проведеного аналізу вчена

виокремлює три основні концепції [59, с. 486-487]. Згідно із першою до договорів у сфері інтелектуальної власності мають застосовуватися ті саме норми, що й до традиційних цивільно-правових договорів. Так, на ліцензійний договір розповсюджуються положення стосовно договорів про найм (оренду). Відповідно до другої концепції допускається укладення таких договірних конструкцій щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, як-от договір купівлі-продажу, договір дарування і договір найму (оренди). Така позиція частково базується на тому, що згідно з положеннями пункту 5 частини 1 статті 1107 ЦК України перелік договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у статті 1107 ЦК України не є вичерпним. Насамкінець, третя концепція полягає в тому, що договори у сфері інтелектуальної власності є самостійною групою цивільно-правових договорів, а отже, на них поширюються лише загальні положення договірного права. Як й інші представники харківської цивілістичної школи, ми послідовно підтримуємо саме останній підхід, який відображає юридичну природу ліцензійного договору як самостійної договірної конструкції особливого роду щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, яка при цьому окремо закріплена в чинному цивільному законодавстві України.

Вбачається за доцільне трохи детальніше зупинитися на цьому. Так, у ХХ столітті ліцензійний договір дійсно досліджувався деякими радянськими цивілістами у контексті договорів купівлі-продажу. Наприклад, М. Л. Городисський писав, що за ліцензійним договором купуються права на використання об'єкта винаходу [51, с. 28]. Водночас позиція, що ліцензійні договори за своєю природою є договірними конструкціями, за якими купуються і продаються ліцензії, зустрічається і у сучасній науковій літературі. Проте між ліцензійними договорами та договорами купівлі-продажу існує суттєва різниця, і це очевидно. За договором купівлі-продажу відбувається передача майна, у тому числі майнових прав, у власність, що виключає можливість здійснення правомочностей власника іншими особами, а при укладенні ліцензійного договору відбувається добровільне звуження виключних майнових прав інтелектуальної

власності у правоволодільця через розширення кола осіб, які можуть правомірно використовувати результат його творчої діяльності [59, с. 483]. Необхідно підкреслити, що за договором купівлі-продажу передається право власності на майно, а за ліцензійним договором надається дозвіл використовувати об'єкт права інтелектуальної власності. Із цього випливає, що предметом ліцензійного договору є майнові права на об'єкти інтелектуальної власності, на які апріорі не можуть впливати цивільно-правові норми, що опосередковують перехід права власності та інших речових прав.

Більш поширеною концепцією юридичної природи ліцензійного договору було його розуміння як договору найму (оренди). Вище проаналізовані позиції закордонних цивілістів та названо низку країн ЄС, де на сьогодні в науці і практиці усталеним є саме такий підхід до ліцензійних договорів, а також звернуто увагу на зміни до Цивільного кодексу України, згідно з якими до предмета договорів найму (оренди) були включені майнові права. Як показують результати, у вітчизняній цивілістиці договори найму (оренди) дійсно відносно близькі до ліцензійних договорів. Однак варто виходити з того, що майже всі норми глави 58 «Найм (оренда)» Цивільного кодексу України сконструйовані з огляду на річ як основний предмет договору найму (оренди). Крім того, необхідно усвідомлювати специфіку права інтелектуальної власності в цілому й об'єктів права інтелектуальної власності зокрема. Так, наявність окремого закріплення положень щодо ліцензійного договору у главі 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» не лише змістовно, а й з суто з формальної точки зору не дає можливості застосовувати положення про найм (оренду) до ліцензійних договорів.

Не можемо погодитися із наведеними вище та іншими подібними позиціями також з огляду на наступне. Вони так чи інакше ґрунтуються суто на пропріетарному підході до розуміння права інтелектуальної власності. Однак чинний Цивільний кодекс України базується на певному науковому компромісі між пропріетарною теорією інтелектуальної власності й теорією виключних прав.

Зауважимо, що згідно з першою теорією права на результати творчої діяльності розглядаються як специфічний вид права власності – право інтелектуальної власності. Сутність пропрієтарної теорії прав на результати творчої діяльності полягає в тому, що автор, коли створює певний творчий об'єкт, стає власником і набуває права й обов'язки як і власник матеріальних предметів, тобто об'єктам інтелектуальної власності надається такий самий правовий режим, як і речам. За творцем визнаються особисті немайнові права й майнові права, а під останніми розуміють право володіння, право користування, право розпорядження [61, с. 145].

Теорія виключних прав полягає в тому, що не можна ототожнювати інститути права власності й інтелектуальної власності. Так, Г. Ф. Шершеневич зазначав, що виключні права займають місце у системі абсолютних прав поряд із речовими правами [62, с. 254]. Як речове право є юридичною можливістю користуватися матеріальними речами з усуненням всіх інших від користування тими ж об'єктами, так і виключне право являє собою юридичну можливість вчинення таких дій з усуненням всіх інших від наслідування [62, с. 254]. Дослідник вказує на те, що пасивними суб'єктами виключних прав є всі особи, право виникає незалежно від волі пасивних суб'єктів, а різниця між речовими й виключними правами полягає у їх об'єкті [62, с. 254]. Виключні права творця не є правами власника і полягають у праві дозволяти чи забороняти третім особам використання результатів творчої діяльності. Щодо цього В. А. Дозорцев писав, що під виключними правами необхідно розуміти абсолютне право на нематеріальний об'єкт із включенням до такого права більш широкого кола правомочностей і засобів захисту, ніж до абсолютного права для матеріальних речей [63, с. 14].

Водночас не можна стверджувати, що чинне вітчизняне цивільне законодавство побудоване лише на одній із описаних концепцій. Так, у 1991 році право інтелектуальної власності було закріплено в окремому розділі VI Закону України «Про власність» [64]. Більш того, згідно з положеннями пункту 2 статті 13 цього Закону твори науки, літератури й мистецтва, відкриття, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, знаки для товарів і

послуг та інші результати інтелектуальної праці були визнані об'єктами права власності. Проте згаданий Закон втратив чинність 20 червня 2007 у зв'язку з набуттям чинності Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України» [65]. У чинному Цивільному кодексі України право власності та інші речові права регулюються положеннями Книги третьої, а право інтелектуальної власності виділено в окрему Книгу четверту. У той самий час у статті 419 ЦК України закріплено, що право інтелектуальної власності й право власності на річ не залежать одне від одного. Більш того, дослідники звертають увагу на те, що у статтях 424, 440, 452, 464, 474, 487, 495, 506 ЦК України законодавець застосовує саме термін «виключне право», що можна розцінювати як один із аргументів на користь домінування теорії виключних прав [66, с. 59]. Повністю підтримуємо позицію, що зміст і сутність прав на результати інтелектуальної діяльності відповідно до положень ЦК України відрізняються від змісту і сутності речових прав власності, класичної тріади правомочностей [66, с. 59].

Проте у чинному ЦК України частково враховано і пропріетарну теорію права інтелектуальної власності. Передусім саме по собі алогічне словосполучення «право інтелектуальної власності», від якого не відмовився вітчизняний законодавець, вказує на певний зв'язок з інститутом права власності. Вбачається, що такий термін слід вважати умовним і таким, що має лише формальну термінологічну подібність до традиційного «права власності». Однак у ЦК України є і низка інших подібних моментів. Наприклад, використовується термін «розпорядження» щодо майнових прав інтелектуальної власності, що, вочевидь, також генетично пов'язано з речовими правами [59, с. 483]. Дослідження концептуальних засад права інтелектуальної власності все ж не становить предмет цієї дисертації, але проведений стислий аналіз дозволяє зробити однозначний висновок, що ліцензійні договори, а отже, і обгорткові ліцензійні договори, входять до цілком самостійної групи договірних конструкцій щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Другим аспектом, який має вирішальне значення при характеристиці юридичної природи обгорткових ліцензійних договорів, є те, що за своєю сутністю вони не ліцензії, а договори [30, с. 5-6]. На цьому акцентовано, оскільки вчені нерідко обгорткові ліцензійні договори називають ліцензіями, але розглядають їх як особливий вид ліцензійного договору [67, с. 43]. Так, В. Шаповал вивчає обгорткові ліцензійні договори як ліцензії, але при цьому ототожнює поняття «ліцензія» і «ліцензійний договір» [68]. У листі Державного департаменту інтелектуальної власності № 16-09/2127 від 16.05.2005 р. також використовується саме термін «обгорткова ліцензія» замість «обгортковий ліцензійний договір» [69].

У цілому подібні наукові позиції, на нашу думку, ґрунтуються на дослівному перекладі американської термінології щодо обгорткових ліцензійних договорів й буквальному тлумаченні положень англо-американського договірного права. Так, автором вище були проаналізовані деякі особливості розуміння договору в цілому й ліцензійного договору зокрема у США. Дійсно, до окремих видів обгорткових ліцензійних договорів застосовують наступні назви: «shrink-wrap license agreement» і «shrink-wrap license» як дефініції для коробкових обгорткових ліцензійних договорів; «click-wrap license» разом із «clickthrough license agreement» і «click-wrap license agreement» – для клік-обгорткових ліцензійних договорів; «browse-wrap license» і «browse-wrap license agreement» – для браузер-обгорткових ліцензійних договорів. Необхідно наголосити, що всі ці терміни є суто науковими чи такими, що використовуються в американській судовій практиці, тобто на законодавчому рівні вони не отримали належного закріплення, у чому, враховуючи особливості систем загального права, немає нагальної потреби. При цьому обгорткові ліцензійні договори досліджуються американськими науковцями як «license agreements», тобто «ліцензійні договори» [70].

При прийнятті нового Закону України № 2811-IX від 01.12.2022 р. «Про авторське право і суміжні права» законодавець взяв за основу законопроект 5552-1 [71]. Внаслідок цього у цивільному праві з'явилися публічні ліцензії, на підставі яких можна розпоряджатися майновими правами на об'єкти авторського права або суміжних прав. Відповідно до статті 51 під публічною

ліцензією необхідно розуміти дозвіл на використання об'єкта авторського права або об'єкта суміжних прав будь-якою особою на визначених ним умовах, тобто термін «ліцензія» вживається згідно з його розумінням у ч. 1 ст. 1108 ЦК України. Однак змістовно законодавець спробував охопити саме обгорткові ліцензійні договори і використав до них підхід як до односторонніх правочинів. Дійсно, обгорткові ліцензійні договори характеризуються спрощеним порядком укладення, що більш детально буде розглянуто далі у цій роботі. Проте принциповим для них залишається наявність узгодження волі двох сторін – ліцензіара і кінцевого користувача-ліцензіата, тобто за своєю правовою характеристикою такий правочин є двостороннім, а не одностороннім, адже без належного прийняття користувачем умов обгорткового ліцензійного договору такий правочин не може бути юридичним фактом у його цивільно-правовому розумінні.

Водночас, зважаючи на те, що відповідні зміни не були належним чином внесені до Цивільного кодексу України, вважаємо, що у вітчизняній цивілістиці залишається принциповим питання стосовно застосування до обгорткових ліцензійних договорів терміна «ліцензійні договори», а не «ліцензії», беручи до уваги їх абсолютно різне змістовне наповнення. У статті 1107 ЦК України передбачено, що розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких правочинів, як ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензійного договору тощо [58]. Детальне визначення ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності міститься у частині 1 статті 1108 ЦК України: «Особа, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіар), може надати іншій особі (ліцензіату) дозвіл на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері (ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності)» [58]. При цьому у частині 2 цієї ж статті є уточнення, що ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути оформлена як окремий документ або бути складовою ліцензійного договору [58]. Згідно з положеннями частини 1 статті 1109 ЦК України за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання

об'єкта права інтелектуальної власності визначеним способом (способами) протягом певного строку на певній території, а ліцензіат зобов'язується вносити плату за використання об'єкта, якщо інше не встановлено договором [58].

Зауважимо, що у попередніх редакціях статті 1107 ЦК України ліцензія називалася не правочином, а договором, на підставі якого можна розпоряджатися майновими правами інтелектуальної власності. Це було очевидною помилкою законодавця, на яку протягом багатьох років звертали увагу вітчизняні дослідники. Так, В. О. Бажанов послідовно обстоював те, що ліцензія за своєю сутністю є одностороннім правочином, а не договором [72, с. 93]. Дослідник також вважав, що ліцензія виступає невід'ємною частиною ліцензійного договору навіть тоді, коли вона оформлена як окремий документ [72, с. 93]. На підставі цього автор пропонував внести зміни до статті 1107 ЦК України і виключити ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності з переліку договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності [72, с. 93]. У своїй дисертації А. В. Кирилюк також звертала увагу на те, що згідно з положеннями 1108 ЦК України під ліцензією на використання об'єкта права інтелектуальної власності необхідно розуміти саме односторонній правочин, а не договір [73, с. 100]. Авторка зазначала з посиланням на згадану статтю ЦК України: «...саме «повноваження», під яким розуміють права, але не обов'язки, спотворює саму природу одностороннього договору» [73, с. 100].

Водночас у вітчизняній цивілістиці існують і протилежні позиції. Так, А. Є. Смородина переконана, що ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності все ж таки є цивільно-правовим договором. В обґрунтування цієї позиції авторка пише наступне: «...ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності є окремим видом договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, оскільки «у ліцензіата виникає зустрічний обов'язок погодитись та дотримуватись умов використання об'єкта права інтелектуальної власності» одночасно із отриманням права використання такого об'єкта» [74, с. 56]. Як аргумент на користь того, що ліцензія не є одностороннім правочином, дослідниця також вказує на те, що у статті

1107 ЦК України ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності визначена законодавцем як договір [74, с. 55]. У контексті плюралізму думок у сучасній науці така позиція, безумовно, заслуговує на увагу, проте не можемо з нею погодитися виходячи з наступного. По-перше, з наукової точки зору непереконливим є обґрунтування ліцензії як договору, яке ґрунтується більшою мірою на фактичному відсиланні до колізійної норми цивільного законодавства. На нашу думку, передусім необхідно виходити із суті певної правової норми та її відповідності базовим засадам та загальним положенням вітчизняного цивільного права. Як показує проведений нами та іншими фаховими дослідниками аналіз, положення статті 1107 ЦК України, які станом на сьогодні втратили чинність, щодо віднесення ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності до договорів змістовно й телеологічно протирічить логіці цивільного законодавства. По-друге, позиція авторки щодо виникнення зустрічного обов'язку сформульована таким чином, що нівелюється цивільно-правове розуміння договору як домовленості сторін, значення оферти та акцепту, а також такі аксіологічні засади цивільного права, як свобода договору та вільне волевиявлення його сторін. По-третє, згідно з останніми змінами у ЦК України законодавець все ж визнав свою помилку щодо включення ліцензії до переліку договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Вважаємо, що навіть якщо ліцензія укладена як окремий документ, у цьому випадку вона буде об'єктивним вираженням одностороннього правочину, згідно з яким ліцензіар надає право на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності. Водночас фактично в юридичній практиці при наданні права на використання об'єкта права інтелектуальної власності необхідно, щоб ліцензіат прийняв таку пропозицію ліцензіара, а у випадку обгорткових ліцензійних договорів використовується спрощений порядок прийняття ліцензіатом умов запропонованого ліцензійного договору, який буде висвітлено далі у цьому підрозділі, тобто потрібне укладення саме ліцензійного договору. У випадку, коли ліцензія є складовою ліцензійного договору, також неможна говорити про неї як про цивільно-правовий договір, адже абсолютно неможливо, щоб певний договір

був предметом іншого договору. Ліцензія є саме правом на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а для отримання такого права ліцензіатом має бути укладений ліцензійний договір із ліцензіаром.

Третій аспект, який формує повноцінне розуміння правової природи обгорткових ліцензійних договорів як особливої цивілістичної договірної конструкції, стосується того, що вони є ліцензійними договорами із спрощеним порядком укладення [30, с. 5]. У підрозділі 1.1. вже було зазначено, що із розвитком масового ринку програмного забезпечення у ХХ столітті при укладення ліцензійних договорів компанії-розробники почали застосовувати концепцію «take it or leave it», що виражалось у використанні «contracts of adhesion». На сьогодні така концепція багато в чому спирається на стандартизацію договірних форм і визнається характерною рисою при укладенні ліцензійних договорів. Загалом, це і стало певного роду спрощеним порядком укладення, який полягає в тому, що ліцензіар встановлює умови договору у певних стандартних формах, а ліцензіат може приєднатися до договору лише в цілому. Ліцензіат при цьому позбавлений можливості вести переговори і пропонувати власні умови [75, с. 266].

Вважаємо, що у вітчизняному цивільному законодавстві описаний спосіб укладення обгорткових ліцензійних договорів цілком відповідає конструкції договорів приєднання. Підтвердженням такої позиції є, зокрема, роз'яснення у вищезгаданому листі Державного департаменту інтелектуальної власності № 16-09/2127 від 16.05.2005 р., згідно з якими на обгорткові ліцензійних договори поширюються положення статті 634 ЦК України про договір приєднання [69]. Так, у частині 1 статті 634 ЦК України закріплено, що договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому, а друга сторона при цьому не може запропонувати свої умови договору [58]. Саме як договори приєднання розглядає обгорткові ліцензійні договори В. В. Камінський [67, с. 43]. Водночас М. Рустад принагідно підкреслює, що такі договори приєднання мають бути чітко регламентовані [76].

Варто додати, що у Цивільному кодексі України не встановлено переліку договорів, які можуть укладатися з використанням конструкції договору приєднання. Отже, теоретично шляхом приєднання до стандартних умов може бути укладений будь-який цивільно-правовий договір. Описану точку зору з цього питання поділяє О. В. Лехкар, яка договір приєднання розуміє як особливу цивільно-правову конструкцію, яка дозволяє кваліфікувати як договір приєднання фактично будь-який цивільний договір, що відповідає його характерним ознакам [77, с. 6]. На основі аналізу чинного вітчизняного законодавства і релевантної правової доктрини, а також враховуючи те, що обгорткові ліцензійні договори за своєю юридичною природою є передусім ліцензійними договорами, пропонуємо низку ознак обгорткових ліцензійних договорів, які характеризують їх як ліцензійні договори, що використовують конструкцію договору приєднання:

1. Обгортковий ліцензійний договір розробляється ліцензіаром з використанням стандартних форм, а ліцензіат не бере жодної участі у встановленні умов такого договору.

2. Ліцензіар самостійно й на власний розсуд розробляє стандартні форми, які містять умови ліцензійного договору.

3. Ліцензіар як сторона, що розробляла обгортковий ліцензійний договір, є оферентом.

4. Акцептом обгорткового ліцензійного договору визнається згода ліцензіата укласти такий договір шляхом вчинення дій, які виражають згоду з його умовами у спосіб, передбачений офертою.

5. Обгортковий ліцензійний договір зазвичай приймається ліцензіатом повністю, а у випадку незгоди ліцензіата відповідний обгортковий ліцензійний договір є неукладеним.

6. Умови обгорткового ліцензійного договору мають відповідати положенням цивільного законодавства, містити права й обов'язки, характерні зазвичай ліцензійним договорам.

Щодо пунктів 1, 2 і 4 необхідно наголосити, що різні види обгорткових ліцензійних договорів, а саме коробкові обгорткові, клік-обгорткові і браузер-

обгорткові ліцензійні договори, мають певні особливості й специфічні ознаки пропозиції укласти договір та прийняття такої пропозиції. Більш детально ці моменти будуть розкриті надалі у цій роботі.

Базуючись на вищевикладеному, не можемо погодитися із деякими позиціями вітчизняних цивілістів. Так, В. О. Бажанов стверджує, що необхідно розмежовувати ліцензію щодо комп'ютерних програм і ліцензійний договір [72, с. 12]. На його думку, ліцензія щодо комп'ютерних програм або ж «договір приєднання щодо використання комп'ютерних програм» є не договором щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а лише договором приєднання [72, с. 106]. Однак це абсолютно нелогічно і протирічить правовій природі договору приєднання, оскільки договір приєднання є окремим самостійним договірним типом, в рамках якого об'єднуються різні за характером опосередковуваних ним матеріальних відносин договори [77, с. 51]. Більш того, В. О. Бажанов не врахував, що згідно з ЦК України за ліцензійним договором, а отже, і за обгортковим ліцензійним договором ліцензіату надається право використання комп'ютерної програми або бази даних за призначенням, а не тільки виключне право на використання такого об'єкта права інтелектуальної власності. Очевидно, що таким шляхом дослідник прагнув вирішити проблему дотримання письмової форми для обгорткових ліцензійних договорів, але з цією метою більш виправданим є законодавче закріплення фікції письмової форми обгорткових ліцензійних договорів, що буде детально розібрано нами у наступних підрозділах дисертації.

Не погоджуємося також і з позицією А. Є. Смородини, яка пропонує розмежувати ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності і ліцензійний договір на основі порядку укладення, а саме: «ліцензійний договір укладається за допомогою загального порядку укладення, а ліцензія про використання об'єкта права інтелектуальної власності – приєднанням до її умов» [74, с. 181]. Вище ми вже писали про те, що ліцензія не може вважатися договором у цивільно-правовому значенні, а є одностороннім правочином. Також ми підкреслили, що навіть у разі, коли ліцензія дійсно була б договором, то предмет

такого договору був би тотожний до предмету ліцензійного договору. При цьому А. Є. Смородина усвідомлює цей факт і вважає, що тотожні договірні конструкції можна було б розрізнити за порядком укладення [74, с. 181-182]. Однак порядок укладення договору жодним чином не впливає на характер відносин, які регулюються договором. Отже, на нашу думку, така позиція дослідниці не є виваженою ні теоретично, оскільки мова радше має йти про законодавче закріплення звичайного і спрощеного порядку укладення ліцензійних договорів, ні практично, бо в юридичній практиці в умовах масового ринку програмного забезпечення й баз даних послуговуються саме обгортковими ліцензійними договорами як ліцензійними договорами із спрощеним порядком укладення.

Дійсно, що в останні роки була проведена ґрунтовна робота з оновлення спеціального законодавства у сфері інтелектуальної власності [78, с. 6]. Звісно, що наявний стан справ змусив законодавця все ж таки звернути увагу на проблему закріплення в Україні обгорткових ліцензійних договорів, що знайшло свій прояв у декількох пропозиціях з удосконалення чинного цивільного законодавства. Так, у проєкті Закону про авторське право і суміжні права № 10143 від 12.03.2019 р. була запропонована можливість укладати ліцензійний договір як публічний договір [79]. Не можемо погодитися з такою позицією законодавця, оскільки вважаємо, що необхідно закріплювати можливість укладати ліцензійний договори як договори приєднання, а не публічні договори. Дійсно, публічні договори і договори приєднання є відносно близькими за змістовним наповненням, але все ж мають дещо різне призначення та спрямування. Якщо у випадку із публічними договорами основною ознакою для розрізнення є характер діяльності однієї із сторін, то для договорів приєднання – це саме спосіб укладення.

Більш вдалимими у цьому плані були положення, запропоновані у проєкті Закону України «Про авторське право і суміжні права» № 5552-4 від 09.06.2021 [80]. Позитивним моментом було те, що у проєкті передбачалася можливість укладення ліцензійного договору як договору приєднання (ч. 4 ст. 52). У той самий час у статті 53 пропонувалося ввести в обіг поняття «публічний ліцензійний договір» і тим самим легалізувати обгорткові ліцензійні договори у

цивільному законодавстві. Так, за ліцензіаром і ліцензіатом визнається право укласти ліцензійний договір щодо використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав на основі публічної пропозиції (оферти), а поширенням публічної пропозиції є її оприлюднення ліцензіаром разом із копією об'єкта авторського права і (або) суміжних прав з наданням можливості дистанційного ознайомлення з нею необмеженому колу осіб з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем (ч. 1 ст. 53). Частина 2 цієї ж статті закріплює, що публічний ліцензійний договір вважається укладеним з моменту прийняття такої пропозиції іншою стороною (ліцензіатом); під прийняттям іншою стороною (ліцензіатом) публічної пропозиції вважається вчинення дій, які виражають згоду з її умовами у спосіб, передбачений публічною пропозицією, у тому числі за допомогою технічних засобів зв'язку.

Ці положення узгоджувалися із Концепцією оновлення Цивільного кодексу України, адже в ній окрема увага приділяється саме порядку укладення публічного ліцензійного договору [81, с. 33]. Автори Концепції зазначають, що у зв'язку з широким використанням в іноземних країнах ліцензій відкритого доступу до твору пропонується у главі 75 ЦК України передбачити можливість укладення правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в електронній формі, а також порядок укладення публічного ліцензійного договору.

Проте, як уже підкреслювалося вище, при прийнятті нового Закону України № 2811-IX від 01.12.2022 р. «Про авторське право і суміжні права» за основу було взято законопроект 5552-1, де обгорткові ліцензійні договори розглядаються законодавцем як односторонні правочини, а їх правова природа як договорів приєднання фактично нівелюється.

Підсумовуючи, підкреслимо, що обгорткові ліцензійні договори мають комплексну юридичну природу. По-перше, ця група договорів належить до договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. При цьому притримуємося позиції, що договори у сфері інтелектуальної власності – самостійна група цивільно-правових договорів. Отже, на них поширюються загальні положення про зобов'язання, проте до них не застосовуються спеціальні

положення з інших глав розділу III ЦК України, які регулюють розпорядження майновими правами у майновій сфері. Таким чином, для правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності можуть використовуватися виключно спеціальні договірні конструкції із сфери інтелектуальної власності.

По-друге, за своєю правовою природою обгорткові ліцензійні договори є передусім ліцензійними договорами. На основі аналізу різних наукових поглядів на співвідношення ліцензійних договорів і ліцензій, а також сучасного цивільного законодавства і проєкті законодавчих змін до нього доведено, що ліцензії все ж таки є односторонніми правочинами і не можуть ототожнюватися з обгортковими ліцензійними договорами. При цьому акцентовано саме на договірній природі останніх. Обгортковими ліцензійними договорами у юридичній практиці широко послуговуються для опосередкування надання дозволу ліцензіату на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, в основному програмного забезпечення і баз даних. Принагідно зазначити, що предмет та інші елементи обгорткових ліцензійних договорів будуть об'єктами всебічного дослідження у наступному розділі дисертації.

По-третє, висвітлена специфіка правової природи обгорткових ліцензійних договорів, пов'язана із особливостями їх укладення. Так, вони є договорами із спрощеним порядком укладення, під яким маємо на увазі використання конструкції договору приєднання, що стосовно обгорткових ліцензійних договорів полягає в наступному: 1) обгортковий ліцензійний договір розробляється ліцензіаром з використанням стандартних форм; 2) ліцензіар розробляє такі стандартні форми самостійно та на власний розсуд; 3) ліцензіар є оферентом; 4) акцептом обгорткового ліцензійного договору визнається згода ліцензіата укласти такий договір шляхом вчинення дій, які виражають його згоду з умовами у спосіб, передбачений офертою; 5) обгортковий ліцензійний договір зазвичай приймається ліцензіатом повністю, а у випадку незгоди ліцензіата відповідний обгортковий ліцензійний договір є неукладеним; 6) умови обгорткового

ліцензійного договору мають відповідати положенням цивільного законодавства, містити права й обов'язки, зазвичай характерні ліцензійним договорам.

По-четверте, спробу законодавця представити у Законі України «Про авторське право і суміжні права» № 2811-ІХ від 01.12.2022 р. обгорткові ліцензійні договори як «публічні ліцензії» вважаємо невдалою. Як вже було підкреслено вище, такі цивільно-правові конструкції мають суто договірну природу, що буде більш детально розкрито у наступних підрозділах цієї роботи.

Таким чином, обгорткові ліцензійні договори – це група ліцензійних договорів, за якими одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав на умовах, встановлених ліцензіаром у стандартних формах, а ліцензіат може приєднатися до запропонованого договору лише в цілому шляхом вчинення дій, які виражають його згоду з умовами у спосіб, передбачений офертою. Таке визначення обгорткових ліцензійних договорів найбільш повно відображає їх юридичну природу та загальні аспекти. Водночас у наступних розділах будуть детально досліджені й розкриті специфічні статичні елементи й динамічні аспекти обгорткових ліцензійних договорів.

1.3. Класифікація обгорткових ліцензійних договорів та оглядова характеристика окремих їх видів

Питання класифікації договорів завжди посідало важливе місце у вітчизняній науці цивільного права. Головним завданням її є комплексне й поглиблене дослідження і врахування правової природи договорів. На базі отриманих знань у подальшому відбувається моделювання ефективного вирішення проблем, що постають перед юридичною практикою; напрацювання рекомендацій для майбутнього реформування й удосконалення чинного законодавства тощо. Водночас основою для проведення класифікації є аналіз договору, що вивчається, і виокремлення таких його найбільш суттєвих особливостей, що у системному

баченні сприятимуть найбільш повному розумінню його змісту, сутності та специфіки.

У попередніх підрозділах цієї роботи нами було з'ясовано, що обгорткові ліцензійні договори є особливою групою ліцензійних договорів. Отже, вважаємо за доцільне розпочати їх класифікацію на основі вже існуючих у науці, які описують різні види ліцензійних договорів.

Однією із найпоширеніших є класифікація ліцензійних договорів відповідно до виду ліцензії, яка надається за конкретним ліцензійним договором. Варто відзначити, що вона закріплена у Цивільному кодексі України і досить часто зустрічається в наукових працях. Критерієм для її проведення в цілому вважають обсяг прав, які передаються [82, с. 100-101]. Відповідно до нього можна виокремити ліцензійні договори, за якими надаються: 1) виключна ліцензія; 2) одинична ліцензія; 3) невиключна ліцензія. При цьому постає питання щодо можливості використання такої класифікації для обгорткових ліцензійних договорів.

Згідно з положеннями абзацу 2 частини 3 статті 1108 ЦК України виключна ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, і видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері [58]. Відносно подібною до виключної ліцензії є одинична ліцензія. У абзаці 3 частини 3 статті 1108 ЦК України закріплено, що одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливість використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері, тобто різниця між виключною й одиничною ліцензіями полягає у правомочності ліцензіара використовувати об'єкт права інтелектуальною власності у сфері, що обмежена самою ліцензією.

Принагідно зазначити, що в юридичній практиці США активно використовують подібний поділ ліцензійних договорів. Стосовно цього

А. Є. Смородина вказує, що у країнах англо-американської правової системи застосовується поділ на ексклюзивну («exclusive») та не ексклюзивну ліцензії («non-exclusive») [74, с. 71]. Водночас дослідниця вважає, що за змістовним наповненням термін ексклюзивна ліцензія є тотожним одиничній ліцензії, а не виключній, оскільки «ексклюзивна ліцензія не означає, що «виключається можливість ліцензіара використовувати об'єкт права інтелектуальної власності», як зазначено в Україні» [74, с. 71]. Однак така думка є абсолютно хибною, оскільки базується на суб'єктивному припущенні авторки, яке протирічить і американській, і англійській теорії та практиці права інтелектуальної власності. Дійсно, американські дослідники виокремлюють «exclusive licenses» та «non-exclusive». Проте поряд з ними, як зауважують американські дослідники Michael A. Epstein та Frank L. Politano, існують «sole licenses» (у дослівному перекладі «єдина ліцензія») [83, розділ 1, с. 6-7]. Відповідно до ліцензійного договору з такою ліцензією ліцензіар надає право використовувати об'єкт права інтелектуальної власності лише одному ліцензіату, але при цьому залишає за собою право продовжувати використовувати такий об'єкт самостійно. Таким чином, і за перекладом, і за фактичним змістом одиничній ліцензії у вітчизняному цивільному праві відповідає «sole license». Більш того, термін «exclusive license» так само є тотожним виключній ліцензії. Американський дослідник і практикуючий адвокат К. Adams підкреслює, що за «exclusive license» лише ліцензіат може користуватися об'єктом права інтелектуальної власності [84]. Такий самий підхід і в англійських науковців. Як зазначають М. Anderson і V. Warner, в англійському праві різниця між «exclusive license» і «sole license» полягає у можливості ліцензіара за надання останньої ліцензії продовжувати використовувати об'єкт права інтелектуальної власності, а ексклюзивна ліцензія виключає таку можливість [85, с. 246-247].

У той самий час згідно з положеннями абзацу 4 частини 3 статті 1108 ЦК України невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, і видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері [58]. Як вдало підкреслює Н. Є. Яркіна, при видачі такої ліцензії

правомочність використовувати об'єкт права інтелектуальної власності належить одночасно і ліцензіару, і ліцензіату [66, с. 96]. При цьому для ліцензіара правомочності за своїм характером залишаються виключними, а для ліцензіата – невиключними, оскільки зостається можливість використовувати об'єкт права інтелектуальної власності іншими правомірними користувачами [66, с. 96]. У американському й англійському праві адекватним відповідником невиключній ліцензії є «non-exclusive license», яка надає ліцензіату право користування об'єктом права інтелектуальної власності, але при цьому ліцензіар залишається вільним у використанні того самого об'єкта і може дозволяти будь-якій кількості інших ліцензіатів також використовувати той самий об'єкт [86]. Ліцензійні договори, за якими передається невиключна ліцензія, найчастіше застосовуються при існуванні масового ринку певних об'єктів права інтелектуальної власності. Варто підкреслити, що відповідно до закордонної ділової практики та з урахуванням спрощеного порядку укладення за обгортковими ліцензійними договорами може передаватися лише невиключна ліцензія. Саме призначення цих договірних конструкцій полягає в тому, щоб надати право використання об'єкта права інтелектуальної власності щонайбільшій кількості ліцензіатів. При цьому послаблення певних формальних вимог і стандартизація порядку задля полегшення цивільного обороту має корелюватися із належністю захисту прав та інтересів учасників такого обороту. Підтримуємо позицію законодавця, який у положеннях проекту Закону України «Про авторське право і суміжні права» № 5552-4 від 09.06.2021 р. передбачив, що публічний ліцензійний договір, за яким надається виключна або одинична ліцензія, є нікчемним [80]. Таким чином, мусимо визнати, що одна із найбільш розповсюджених класифікацій ліцензійних договорів є неприйнятною для обгорткових ліцензійних договорів.

Наступною досить поширеною класифікацією ліцензійних договорів є їх поділ залежно від об'єкта, дозвіл на використання якого надається за ліцензійним договором [87, с. 19]. На основі такого критерію можемо виокремити ліцензійні договори на використання: 1) винаходу, корисної моделі, промислового зразка (патентні ліцензійні договори); 2) торговельної марки; 3) топографії інтегральних

мікросхем; 4) ноу-хау (комерційної таємниці); 5) селекційні досягнення (сортів рослин, породи тварин); 6) об'єктів авторського права. Проте класифікація саме в такому її вигляді також не може бути використана для обгорткових ліцензійних договорів, адже вони зазвичай застосовують для надання дозволу на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Водночас згідно із світовою практикою найчастіше у ролі таких об'єктів виступають комп'ютерні програми та бази даних. Певною мірою це пов'язано з великими тиражами окреслених продуктів, а отже, і нагальною потребою у застосуванні швидшого й ефективного способу надання дозволу на їх використання. Таким чином, передусім має бути врахована практична доцільність використання спрощеного порядку ліцензійного договору щодо конкретного об'єкта права інтелектуальної власності. Таким чином, базуючись на зазначеному вище критерії, можемо класифікувати досліджувані договори на такі, що надають дозвіл на використання: 1) об'єктів авторського права; 2) об'єктів суміжних права; 3) об'єктів авторського права і суміжних прав.

Досить важливою для потреб юридичної практики є класифікація обгорткових ліцензійних договорів за критерієм наявності у них зустрічного обов'язку ліцензіата надати певне благо ліцензіару. Відповідно до положень частини 5 статті 626 ЦК України договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору [58]. Таким чином, у вітчизняному Цивільному кодексі чітко закріплена презумпція оплатності договорів. Водночас мусимо погодитися, що сучасне українське законодавство не містить вичерпного визначення понять «оплатність» та «безоплатність» щодо договору [88, с. 92-93]. У частині 3 статті 1109 ЦК України закріплено, що у ліцензійному договорі, серед інших умов, визначаються розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а згідно з положеннями частини 4 статті 632 ЦК України, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору [58]. Однак це жодним чином не можна тлумачити

у тому сенсі, що обгортковий ліцензійний договір може бути тільки оплачуваним. На це однозначно вказує вітчизняна судова практика, наприклад, постанова Вищого господарського суду України від 10 жовтня 2006 року № 39/57 у спорі за позовом про визнання недійсним ліцензійного договору, відповідно до якого невиключна ліцензія на об'єкт права інтелектуальної власності була надана на безоплатній основі [89]. Суд зауважив, що згідно з частиною 4 статті 426 ЦК України умови надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності можуть бути визначені ліцензійним договором, який укладається з додержанням вимог цього Кодексу та іншого закону. При цьому самими сторонами договору було передбачене безоплатне надання ліцензіату права на використання об'єкта інтелектуальної власності. Спираючись на аналіз чинного законодавства України, суд підкреслив, що надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності лише на платній основі не встановлено. Таким чином, ліцензійний договір може укладатися в Україні як на оплатній, так і на безоплатній основі. На нього поширюється презумпція оплатності договору у тому разі, коли безоплатність прямо не встановлена договором, законом або не впливає із суті договору. Водночас питання щодо розповсюдження такої презумпції на обгорткові ліцензійні договори потребує більш детального висвітлення, а отже, йому буде присвячено окрему увагу у підрозділі 2.2. цієї роботи. Однак маємо констатувати, що за критерієм наявності в обгорткових ліцензійних договорах зустрічного обов'язку ліцензіата надати певне благо ліцензіару, такі договори поділяються на оплатні й безоплатні.

Наступним критерієм для класифікації обгорткових ліцензійних договорів є строк, на який вони укладаються. Американська правниця у сфері права інтелектуальної власності А. Brewer пише, що у США зазвичай виокремлюють строкові й безстрокові обгорткові ліцензійні договори [90]. При цьому під безстроковістю у цьому випадку розуміють можливість використання ліцензіатом об'єкта права інтелектуальної власності протягом усього свого життя. Водночас у деяких країнах ЄС, наприклад у Франції, безстрокові зобов'язання заборонені згідно з національним законодавством, а отже, безстрокові обгорткові ліцензійні

договори є нікчемними [53]. Однак у Німеччині безстрокові обгорткові ліцензійні договори, об'єктами яких, зокрема, є комп'ютерні програми та бази даних, визнаються дійсними і на практиці досить широко використовуються [49]. Відповідно до положень статті 1110 ЦК України ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен спливати не пізніше спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності [58], а в разі відсутності у ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на п'ять років [58]. Таким чином, фактично в обгортковому ліцензійному договорі сторони можуть передбачити умову про безстроковість використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав за цим договором. Проте таке використання все ж буде обмежене строком чинності виключного майнового права на цей об'єкт. Враховуючи таке обмеження, можемо також класифікувати обгорткові ліцензійні договори у вітчизняному цивільному праві залежно від строку, на який вони укладаються, на строкові й безстрокові.

Базуючись на поділі обгорткових ліцензійних договорів на строкові й безстрокові, необхідно звернути увагу на їх класифікацію залежно від порядку виплати плати за ними. Передусім виокремимо єдиноразовий платіж за користування об'єктом авторського права і (або) суміжних прав. Сума такого платежу фіксована й зазвичай передбачена в умовах договору. Він використовується для безстрокових обгорткових ліцензійних договорів, а отже, ліцензіат вносить єдиноразовий платіж і отримує право на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав безстроково, але у будь-якому разі не пізніше закінчення строку чинності виключного майнового права на такий об'єкт. Іншим видом виступає платіж за певний строк використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Очевидно, що цей порядок платежів передбачається у строкових обгорткових ліцензійних договорах. Ліцензіат вносить плату за певний строк й отримує від ліцензіара дозвіл на використання об'єкта авторського права і

(або) суміжних прав протягом такого строку. На сьогоднішній день саме такий порядок плати є найбільш поширеним у світовій діловій практиці щодо комп'ютерних програм і баз даних [90]. Останнім видом порядку виплати плати за обгортковим ліцензійним договором виступає плата за кожен раз використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав [91, с. 110]. Отже, на основі порядку виплати плати слід класифікувати обгорткові ліцензійні договори на такі, що за надання дозволу передбачають: 1) єдиноразовий платіж; 2) платіж за встановлений строк використання; 3) платіж за кожен раз використання.

Обгорткові ліцензійні договори можна поділити на основні й опціональні залежно від ступеня узгодженості намірів сторін. Хоча термін «опціональний договір» маловідомий вітчизняному цивільному законодавству, але опціональні обгорткові ліцензійні договори досить частко використовують на практиці. За умовами такого договору дозвіл на використання певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав надається на короткий строк. Після закінчення цього строку ліцензіат має або припинити користування, або укласти основний договір із ліцензіаром, якщо бажає надалі користуватися об'єктом авторського права і (або) суміжних прав. Найчастіше за опціонаним обгортковим ліцензійним договором надається демонстраційна версія програмного забезпечення. У цьому разі сутність такої демонстраційної версії полягає в тому, що вона виступає версією програмного забезпечення з обмеженим терміном дії чи обмеженою функціональністю, а отже, ліцензіар у такий спосіб спонукає ліцензіата до укладення основного обгорткового ліцензійного договору, за яким буде надано дозвіл на використання повноцінної версії програмного забезпечення.

Погоджуємося з науковим висновком про те, що об'єкти інтелектуальної власності є економічними рушіями сучасної світової економіки [92, с. 82]. Відповідно до мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав можна обгорткові ліцензійні договори поділити на такі, за якими надається: 1) некомерційна (інші назви – домашня, приватна, особиста) ліцензія і 2) комерційна (інші назви – професійна, корпоративна) ліцензія. Така класифікація спирається на загальносвітову політику ліцензіарів щодо того, яким чином і у якій

сфері ліцензіат використовує об'єкт права інтелектуальної власності. Некомерційна ліцензія є дозволом на використання об'єкта права інтелектуальної власності для приватних осіб із метою виключно особистого використання [93]. Комерційна ліцензія – це дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності у межах підприємницької чи професійної діяльності для відповідних суб'єктів. Зазначимо, що у випадку, коли ліцензіатом за обгортковим ліцензійним договором виступає певна юридична особа, то отриманим за комерційною ліцензією об'єктом авторського права і (або) суміжних прав може користуватися будь-яка особа в рамках та відповідно до цілей діяльності такої юридичної особи [28]. Така пов'язана особа при цьому не є ліцензіатом, а правомірність використання нею об'єкта авторського права і (або) суміжних прав ґрунтується суто на її зв'язку із юридичною особою, що є ліцензіатом. При втраті зв'язку з юридичною особою ліцензіатом втрачається і дозвіл на використання відповідного об'єкта. Описана класифікація обгорткових ліцензійних договорів, хоча і є відносно ускладненою через труднощі визначення універсальної та чіткої межі між особистим і комерційним використанням, але дозволяє ліцензіарам на ринку комп'ютерних програм і баз даних створювати найбільш економічно сприятливі умови для ліцензіатів, забезпечувати оптимальну й належну функціональність програмного забезпечення для конкретного користувача тощо.

Наступною класифікацією обгорткових ліцензійних договорів є їх поділ залежно від змісту умов договору на інформаційні й регулятивні. Найбільш поширеним видом є саме регулятивні обгорткові ліцензійні договори, адже вони містять детальну регламентацію прав і обов'язків сторін договору (ліцензіара й ліцензіата), відповідальність сторін за таким договором і можливі обмеження відповідальності, гарантії, застереження щодо права, яке застосовується до відносин, і щодо порядку вирішення можливих спорів між сторонами тощо. Водночас інформаційні обгорткові ліцензійні договори зазвичай містять повідомлення від ліцензіара для ліцензіата щодо прав на предмет інтелектуальної власності або щодо статусу ліцензіара. Останній використовує такі повідомлення й попередження з метою недопущення ілюзії потенціального ліцензіата щодо більш

розширеного використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, ніж дозволене законодавством чи запропоноване ліцензіаром з огляду на вільне розміщення такого об'єкта у мережі Інтернет і наявності безкоштовного доступу до нього. Інформаційні обгорткові ліцензійні договори у більшості випадків застосовують на веб-сайтах, наприклад, власники веб-сайту з метою попередження користувачів про їх статус. У цьому випадку основним завданням таких договорів виступає створення правил поведінки користувачів на веб-сайті [94, с. 528].

Залежно від способу укладення обгорткових ліцензійних договорів можемо виокремити такі, що укладаються у традиційний спосіб, та такі, що укладаються шляхом використання інформаційно-телекомунікаційних систем. Останні є електронними обгортковими ліцензійними договорами. Безперечно, вони на сьогодні в умовах диджиталізації різноманітних сфер діяльності й цифровізації суспільних відносин значно поширеніші за традиційні обгорткові ліцензійні договори. Через це досить часто постає питання про необхідність окремого юридичного оформлення таких договірних конструкцій. Однак стосовно цього підтримуємо точку зору американського науковця і практикуючого судді Lynn N. Hughes, який послідовно відстоює позицію щодо недоречності окремого законодавчого виокремлення права кіберпростору і права електронних договорів [95, с. 1602]. Це та інші пов'язані з ним питання будуть детально розглянуті у подальшому в підрозділах, які присвячені формі обгорткових ліцензійних договорів і порядку їх укладення. Водночас наведена класифікація дозволяє більш глибоко дослідити окреслені специфічні аспекти обгорткових ліцензійних договорів.

Наведені вище класифікації є простими з наукової точки зору, оскільки так чи інакше критерій поділу обгорткових ліцензійних договорів базується на певній ознаці договору. Такі класифікації, безумовно, корисні і теоретично, і практично, адже дають змогу повною мірою охарактеризувати конкретну ознаку, але вони не дають можливості сформулювати повноцінне уявлення про систему обгорткових ліцензійних договорів. Лише комплексний критерій, який спирається на специфіку досліджуваних договірних конструкцій та на прості кваліфікації за одним

критерієм-ознакою, може бути визнаний достатньою мірою універсальним для того, щоб охопити всі існуючі на сьогодні й такі, що можуть виникнути у найближчому майбутньому із подальшим розвитком технологій, обгорткові ліцензійні договори. І саме завдяки такому критерію можна структурувати обгорткові ліцензійні договори і вибудувати на цій основі їх цілісну систему.

На нашу думку, основною рисою обгорткових ліцензійних договорів є їх спрощений порядок укладення. Саме він накладає специфічні ознаки на статичні елементи обгорткових ліцензійних договорів, пропозицію укласти договір (оферту), прийняття такої пропозиції (акцепт), інші динамічні аспекти цих договорів. Таким чином, пропонуємо класифікувати обгорткові ліцензійні договори за комплексним критерієм, а саме за специфікою спрощеного порядку укладення [96, с. 16]. На цій основі можемо виокремити: 1) коробкові обгорткові ліцензійні договори; 2) клік-обгорткові ліцензійні договори; 3) браузер-обгорткові ліцензійні договори. Принагідно зазначити, що універсальність обраного критерія також полягає в тому, що окреслені види обгорткових ліцензійних договорів формувалися історично послідовно, про що було вказано у підрозділі 1.1. дисертації «Становлення та розвиток обгорткових ліцензійних договорів».

Коробкові обгорткові ліцензійні договори дійсно активно використовуються у світовій практиці щодо надання дозволу на користування об'єктами авторського права і (або) суміжних прав ще з 80-х років ХХ століття. Їх англійська назва «shrink-wrap license agreement» походить від конкретної практики укладення таких ліцензійних договорів. Так, коробки з примірниками програмного забезпечення пакуються в прозору пластикову обгортку чи целофанову плівку, через яку користувач програмного забезпечення (ліцензіат) може бачити копію умов ліцензійного договору чи посилання на такі умови [22, розділ 2, с. 35]. У свою чергу, ліцензіат визнає умови такого ліцензійного договору обов'язковими до виконання, коли порушує фізичну цілісність обгортки й печатки на ній або коли починає використовувати програмне забезпечення. Отже, згідно з умовами коробкового обгорткового ліцензійного договору відкриття коробки із примірником об'єкта авторського права і (або) суміжних прав фактично означає

прийняття ліцензіатом таких умов договору [8, с. 1350]. Відповідно до рішення Апеляційного суду другого округу США у справі *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004) від 23 січня 2004 р. коробкові обгорткові ліцензійні договори зазвичай передбачають: 1) повідомлення про ліцензійний договір на упаковці примірника об'єкта авторського права і (або) суміжних прав; 2) наявність документів усередині коробки з таким примірником, у яких передбачені всі умови ліцензійного договору; (3) заборону доступу до використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав без явного акцепту умов ліцензійного договору [97]. З огляду на це необхідно підкреслити, що коробкові обгорткові ліцензійні договори застосовують лише при наявності матеріального продукту, наприклад, програмного забезпечення на дискеті чи компакт-диску.

У підрозділі 1.1. ми вже вказали на те, що першим судовим рішенням, яке підтвердило можливість укладення коробкових обгорткових ліцензійних договорів, було рішення Апеляційного суду сьомого округу США у справі *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*. Саме після нього досліджувані договори отримали не тільки значне поширення у світі, а й почали визнаватися у судовій практиці інших країн. Водночас для більш детальної оглядової характеристики коробкових обгорткових ліцензійних договорів вважаємо за доцільне проаналізувати ще такі класичні справи з окресленої тематики, як *Hill v. Gateway 2000*, 105 F.3d 1147 та *M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp.*, No. 67796-4, 2000 WL 550845, адже в сукупності ці прецеденти утворюють найбільш повну на сьогоднішній день аргументацію щодо дійсності коробкових обгорткових ліцензійних договорів у США [98; 99].

Згідно з обставинами справи *Hill v. Gateway 2000*, 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997) позивач придбав комп'ютер у компанії Gateway 2000 (відповідача у цій справі), розмістивши замовлення по телефону. Відповідач надіслав позивачу коробку з комп'ютером, у якій також містилася документація з умовами ліцензійного договору щодо програмного забезпечення. За таким ліцензійним договором презюмувалося, що користувач погоджується з його умовами, якщо не повертає комп'ютер протягом 30 днів. Серед умов ліцензійного договору було

положення про арбітраж, яке вимагало вирішення всіх суперечок між ліцензіаром і ліцензіатом шляхом обов'язкового для сторін арбітражу. Однак такі умови не були попередньо озвучені позивачу по телефону, а отже, причиною спору між сторонами стало питання щодо дійсності положення про арбітраж як частини ліцензійного договору й такого коробкового обгорткового ліцензійного договору в цілому. Щодо цього суд підкреслив, що договір може мати юридичну силу, навіть якщо одна із сторін не ознайомила з його умовами, тобто контрагент, який приймає умови договору без належного з ними ознайомлення, бере на себе ризик того, що такі умови у подальшому будуть не вигідними для нього. У цій конкретній справі позивач міг ознайомитися з умовами ліцензійного договору і не укласти коробковий обгортковий ліцензійний договір, якби повернув комп'ютер у 30-денний строк. Тим не менш, він цього не зробив, а отже, суд постановив, що ліцензійний договір мав юридичну силу, а положення про обов'язковий арбітраж було дійсним.

У подібній справі *Brower v. Gateway 2000*, 246 A.D.2d 246, 676 N.Y.S.2d 569 (App. Div. 1st Dept. 1998) суд зробив такі саме висновки і постановив, що ліцензійний договір був укладений не шляхом розміщення телефонного замовлення, а рішенням користувача зберегти комп'ютер із програмним забезпеченням понад тридцять днів, як це було визначено умовами коробкового обгорткового ліцензійного договору [100]. Хоча сторони не вели перемовин щодо умов договору, але користувач мав можливість придбати продукт в іншому місці або не прийняти умови договору й повернути такий продукт. У цьому разі те, що користувач не читав умов коробкового обгорткового ліцензійного договору, не має братися до уваги.

Верховний суд штату Вашингтон у своєму рішенні у справі *M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp.*, No. 67796-4, 2000 WL 550845 також підтвердив дійсність таких договірних конструкцій, як коробкові обгорткові ліцензійні договори. Згідно з обставинами справи позивач – компанія M.A. Mortenson використовувала спеціалізоване програмне забезпечення від відповідача – Timberline Software Corporation. У липні 1993 року позивач придбав вісім копій

нового програмного забезпечення для підготовки заявок на будівництво «Precision». Компанія Timberline доставила всі примірники «Precision» на дискетах у закритих конвертах, які були розміщені у білих коробках. Повний текст ліцензійного договору був надрукований на зовнішній стороні кожного запечатаного конверта, а також містився на внутрішній обкладинці посібників для ліцензіата й виводився на екрані комп'ютера при вступному використанні програмного забезпечення. Після доставки співробітник компанії Timberline встановив програмне забезпечення на комп'ютери компанії Mortenson. При цьому позивач стверджував, що жоден із працівників Mortenson ніколи не бачив ні однієї умови ліцензійного договору, що стосується відповідальності та гарантій. Вже у грудні 1993 року позивач використав програму Precision для подання остаточної заявки на проєкт, який компанія Mortenson сподівалася виграти. Проте через нібито дефект програмного забезпечення компанія Mortenson перевищила суму проєкту майже на 2 мільйони доларів. У зв'язку з цим було подано позов проти компанії Timberline за порушення явних та/або прихованих гарантій.

Однак суд встав на сторону відповідача у цьому спорі. Через розміщення на конвертах із програмним забезпеченням і посібниках користувача коробковий обгортковий ліцензійний договір було визнано помітним і сумлінним. Більш того, суд вказав, що компанія Mortenson з огляду на характер діяльності мала усвідомлювати, що використання програмного забезпечення має регулюватися ліцензійним договором. Встановлення й використання програмного забезпечення в цій конкретній справі було достатнім для того, щоб продемонструвати згоду з умовами договору, а такі умови не були незаконними чи недобросовісними, а отже, були обов'язковими для позивача.

Іншим самостійним видом обгорткових ліцензійних договорів визнаються клік-обгорткові ліцензійні договори. Як вдало підкреслює А. Gatt, вони є своєрідною електронною адаптацією коробкових обгорткових ліцензійних договорів [18, с. 405]. З огляду на стрімку цифровізацію й інформатизацію суспільних відносин клік-обгорткові ліцензійні договори – це найпоширеніший на сьогодні вид обгорткових ліцензійних договорів. Пропозиція укласти клік-

обгорткові ліцензійні договори зазвичай встановлюється в електронних стандартних формах. Така оферта має містити істотні умови, які передбачаються у законодавстві для ліцензійних договорів, і виражати намір оферента вважати себе зобов'язаним у разі її прийняття. При цьому обов'язково має враховуватися специфіка укладення електронних договорів.

Акцепт же здійснюється шляхом натискання певної кнопки, кліку на спеціальному полі або шляхом інших подібних активних дій ліцензіата, які явно демонструють прийняття ним пропозиції ліцензіара й згоду з умовами конкретного ліцензійного договору [101, с. 7]. Американський дослідник Randy E. Barnett писав, що, коли хтось натискає «Я погоджуюся» з умовами відповідного ліцензійного договору, то він зазвичай знає й усвідомлює те, що робить [102, с. 635]. Поза жодним сумнівом залишається той факт, що ліцензіат явно демонструє свою згоду із запропонованими умовами, незалежно від того, читав він їх чи ні [102, с. 635]. Адже саме таке правило застосовується, коли акцептант ставить свій підпис на формулярах, бланках чи інших стандартних формах договорів. Натискання кнопки «Я погоджуюсь» чи інші подібні дії, не менше ніж власноручне підписання, свідчать про те, що особа погоджується бути юридично зобов'язаною відповідно до умов договору. Навіть у разі, якщо ліцензіат у дійсності не хоче бути зобов'язаним згідно з умовами договору, він має усвідомлювати, що ліцензіар буде сприймати його поведінку як таку, що спрямована на укладення клік-обгорткового ліцензійного договору [102, с. 635].

Третім видом обгорткових ліцензійних договорів є браузер-обгорткові ліцензійні договори. Так само як і клік-обгорткові ліцензійні договори вони на сьогодні дуже поширені у світовій юридичній практиці щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Водночас, як підкреслено у підрозділі 1.1. дисертації, браузер-обгорткові ліцензійні договори залишаються найбільш контроверсійним видом обгорткових ліцензійних договорів. Основним предметом наукової полеміки навколо цих договірних конструкцій є питання, пов'язані зі специфікою вираження оферти й здійснення акцепту. Як правило, пропозиція укласти браузер-обгортковий ліцензійний договір встановлюється в

електронних стандартних формах, як і у клік-обгорткових ліцензійних договорах. Наприклад, умови таких договорів можуть міститися на окремій веб-сторінці, яка доступна за гіперпосиланням в оферті. Проте особливою ознакою браузер-обгорткових ліцензійних договорів є те, що для здійснення акцепту ліцензіат не має вчиняти спеціальних активних дій, як у клік-обгорткових ліцензійних договорах. Зазвичай подальше використання визначеного договором об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, його завантаження або інсталяція тощо вважаються прийняттям пропозиції укласти договір [103, с. 6]. Ситуація також суттєво ускладнюється існуванням широкого кола варіативності таких попереджень і повідомлень із пропозицією укласти ліцензійний договір [104]. Ключовою ж проблемою залишається те, що без вимоги явного й беззаперечного акцепту ліцензіару іноді неможливо звернути належну увагу ліцензіата на саме існування ліцензійного договору. Очевидно, що користувач не може прийняти умови оферти, якщо він про неї навіть не знає.

У підрозділі 1.1. нами було проаналізовано рішення окружного суду США у Східному окрузі Каліфорнії у справі *Pollstar v. Gigmania Ltd.*, 170 F. Supp. 2d 974 (E.D. Cal. 2000). За результатами розгляду справи суд зробив висновок, що оскаржуваний браузер-обгортковий ліцензійний договір не має юридичної сили. При цьому сама можливість використання *browse-wrap* порядку укладення ліцензійного договору не заперечувалася, а отже, вважаємо за доречне дослідити інші знакові судові рішення, які дозволяють повною мірою висвітлити специфіку браузер-обгорткових ліцензійних договорів.

Так, окружний суд Південного округу Нью-Йорка у справі *Register.com, Inc. vs Verio, Inc.*, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004) вперше обґрунтував, що браузер-обгорткові ліцензійні договори можуть бути дійсними, якщо ліцензіат отримує чітку й явну оферту [97]. Відповідно до обставин справи компанія Verio, Inc. використовувала спеціальне програмне забезпечення для збору інформації про клієнтів компанії Register.com і розсилки ним спаму. Компанія Register.com вважала, що такі дії становлять порушення умов ліцензійного договору, згідно з якими будь-яке комерційне використання інформації з веб-сайту заборонене. У

браузер-обгортковому ліцензійному договорі було закріплено, що моментом його укладення є відправка запиту у бази даних Register.com. У свою чергу, відповідач вважав, що відправка запиту не є акцептом і не може призводити до укладення ліцензійного договору. Однак суд підтримав позицію позивача і вказав, що умови браузер-обгорткового ліцензійного договору були належним чином опубліковані на веб-сайті, адже спеціальне повідомлення чітко й явно попереджувало користувача про те, що відправка запиту до бази даних становить акцепт такого договору. Беручи до уваги положення Другого зводу норм договірних права, суд вказав, що навіть мовчання можна розглядати як згоду на укладення договору у разі, якщо користувач знає про умови договору, має можливість відмовитися від укладення і все одно користується благами, що надає укладення договору.

У країнах Європейського Союзу судова практика також досить обережно підходить до розгляду справ, які стосуються браузер-обгорткових ліцензійних договорів. Наприклад, Вищий регіональний суд вільного та ганзейського міста Гамбург не визнав наявності у браузер-обгорткового ліцензійного договору юридичної сили, оскільки його умови не були належним чином доведені до ліцензіата [105]. Водночас окружний суд Роттердама зробив висновок, що браузер-обгортковий ліцензійний договір у справі *Netwise v. NTS Computers* був дійсним [106]. Компанія Netwise розробила для загального користування базу даних – телефонний довідник, що працює в режимі он-лайн, і розмістила її на своєму веб-сайті. Умови використання бази даних були доступні за посиланням у верхньому лівому куті веб-сторінки. Ними задля запобігання розповсюдженню спаму заборонялося надсилання повідомлення одночасно декільком особам з бази даних. Проте компанія NTS Computers робила таку розсилку і стверджувала, що не здійснювала акцепт ліцензійного договору. Однак суд встановив, NTS Computers провадила професійну маркетингову діяльність і з огляду на це мала знати, що для ліцензіара використання бази даних із метою розсилки спаму небажане. При цьому компанія повинна була усвідомлювати, що за посиланням знаходяться конкретні умови ліцензійного договору. Отже, суд постановив, що умови договору були донесені належним чином, акцепт здійснено шляхом використання інформації в

довіднику, як наслідок, браузер-обгортковий ліцензійний договір був укладеним і дійсним.

Таким чином, хоча у світі судова практика щодо браузер-обгорткових ліцензійних договорів є досить неоднозначною, окремі рішення явно вказують на те, що такий вид обгорткових ліцензійних договорів може бути дійсним, а отже, надалі у цій роботі нами будуть представлені критерії, яким мають відповідати браузер-обгорткові ліцензійні договори задля того, щоб бути укладеними.

Підбиваючи підсумки, можемо виділити наступні класифікації обгорткових ліцензійних договорів:

1. Залежно від об'єкта, дозвіл на використання якого надається за договором:
 - 1.1. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів авторського права;
 - 1.2. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів суміжних прав;
 - 1.3. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів авторського права і суміжних прав.
2. За критерієм наявності зустрічного обов'язку ліцензіата надати певне благо ліцензіару:
 - 2.1. оплатні;
 - 2.2. безоплатні.
3. За строком, на який укладаються обгорткові ліцензійні договори:
 - 3.1. строкові;
 - 3.2. безстрокові.
4. Залежно від порядку виплати плати обгорткові ліцензійні договори з:
 - 4.1. єдиноразовим платежем;
 - 4.2. платежем за встановлений строк використання;
 - 4.3. платежем за кожний раз використання.
5. Залежно від ступеня узгодженості намірів сторін:
 - 5.1. основні;
 - 5.2. опціональні.

6. Відповідно до мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав:

6.1. некомерційні;

6.2. комерційні.

7. Залежно від змісту умов обгорткового ліцензійного договору:

7.1. інформаційні;

7.2. регулятивні.

8. Залежно від способу укладення:

8.1. такі, що укладаються у традиційний спосіб;

8.2. такі, що укладаються шляхом використання інформаційно-телекомунікаційних систем.

При цьому основною класифікацією, яка дозволяє сформувати цілісне уявлення про систему обгорткових ліцензійних договорів і закладає фундамент для ретельного їх дослідження, є їх поділ на види залежно від специфіки спрощеного порядку укладення. Це є комплексним критерієм, який враховує особливості статичних елементів обгорткових ліцензійних договорів, пропозиції укласти договір (оферти), прийняття такої пропозиції (акцепту), інших динамічних аспектів. Таким чином, на основі цього виокремлюємо: коробкові обгорткові ліцензійні договори; клік-обгорткові ліцензійні договори та браузер-обгорткові ліцензійні договори.

Висновки до розділу 1

Виникнення і подальший стрімкий розвиток обгорткових ліцензійних договорів детермінований зародженням масового ринку програмного забезпечення у 80-х роках ХХ століття. Процес їх становлення зумовлений передусім усвідомленням того, що традиційні юридичні конструкції більше не могли забезпечувати належний і ефективний захист права інтелектуальної власності.

У такому контексті одним із ключових прагнень розробників програмного забезпечення було бажання уникнути правових наслідків застосування доктрини

першого продажу, згідно з якою повноваження правоволодільця обмежувати розповсюдження вичерпувалися після законного набуття іншою особою копії захищеного авторським правом об'єкта. З огляду на це поширення для розповсюдження об'єктів авторського права і (або) суміжних прав набули ліцензійні договори. Їх використання дозволило подолати тенденцію неавторизованого використання таких об'єктів і загальну кількість випадків комп'ютерного піратства. Також це сприяло ефективному здійсненню диференційованого цінового регулювання для різних категорій користувачів.

Водночас вихід комп'ютерних програм і баз даних на масовий ринок зумовив необхідність пошуку нових способів укладення ліцензійних договорів, адже їх укладення у традиційний спосіб, тобто на індивідуальних засадах з кожним контрагентом, з урахуванням таких об'єктивних обставин, як всезагальна консюмеризація, було економічно невиправданим і практично неможливим. На основі цих факторів запропоновано використовувати концепцію «take it or leave it», відповідно до якої ліцензіат приєднується до ліцензійного договору в цілому, без можливості вести перемовини з ліцензіаром і пропонувати власні умови. Ліцензійні договори, які укладаються у такий спосіб, можна узагальнити під назвою «обгорткові ліцензійні договори».

Чимало правників послідовно критикували обгорткові ліцензійні договори. У більшості випадків вони обстоювали їх недоговірну природу через те, що сторони не ведуть перемовин і у дійсності ніколи повністю не погоджуються з умовами таких договорів. На їх думку, обгорткові ліцензійні договори поступово звужують юридичні права контрагентів до моменту їх повного зникнення, є нормативною деградацією й усіченням принципу свободи договору, а також загрожують формуванням приватного законодавства.

Однак розглянута судова практика і проаналізовані наукові роботи дозволяють зробити висновок про те, що обгорткові ліцензійні договори не суперечать загальним принципам цивільного права і відповідають сучасним запитам цивільного обороту й юридичної практики. Стандартизація форм договорів і використання договорів приєднання для укладення ліцензійних

договорів виконують таку саме функцію, як і стандартизація товарів і послуг у сучасному суспільстві. При цьому в усіх країнах світу існують нормативно-правові акти й наукові доктрини, що захищають сторони від недобросовісності контрагентів, не дають можливості формувати умови договору проти контрагента, запобігають зловживанням авторським правом тощо.

При дослідженні правової природи обгорткових ліцензійних договорів зроблено висновок про її комплексний характер, який виражається у трьох аспектах.

По-перше, обгорткові ліцензійні договори належать до договорів у сфері інтелектуальної власності, які є самостійною групою цивільно-правових договорів. Таким чином, на них поширюються загальні положення про договірні зобов'язання, проте до них не можуть застосовуватися спеціальні положення з інших глав розділу III «Окремі види зобов'язань» ЦК України, які регулюють розпорядження майновими правами у майновій сфері. Отже, для правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності можуть застосовуватися виключно спеціальні договірні конструкції із сфери інтелектуальної власності.

По-друге, обгорткові ліцензійні договори є ліцензійними договорами. Вони широко використовуються у юридичній практиці задля опосередкування надання дозволу ліцензіату на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, в основному програмного забезпечення та баз даних. При цьому доведено, що ліцензії є односторонніми правочинами і не можуть ототожнюватися з обгортковими ліцензійними договорами з огляду на договірну природу останніх.

Внаслідок цього, зроблено висновок про те, що підхід до обгорткових ліцензійних договорів як до «публічних ліцензій», який вітчизняний законодавець вжив у Законі України «Про авторське право і суміжні права» № 2811-IX від 01.12.2022 р., є неправильним з точки зору природи таких правочинів. Обґрунтування досліджуваних правочинів як односторонніх не вирішує проблем, які виникають у сучасній юридичній теорії та практиці, а навпаки, породжує низку нових. Таким чином, питання щодо закріплення обгорткових ліцензійних договорів

на рівні Цивільного кодексу України і внесення змін до ЗУ «Про авторське право і суміжні права» значною мірою актуалізується.

По-третє, обгорткові ліцензійні договори є договорами із спрощеним порядком укладення. У цьому контексті висвітлена специфіка їх укладення. Під спрощеним порядком укладення маємо на увазі використання конструкції договору приєднання, яка щодо обгорткових ліцензійних договорів полягає у наступному: 1) обгортковий ліцензійний договір розробляється ліцензіаром із використанням стандартних форм; 2) ліцензіар розробляє такі стандартні форми самостійно й на власний розсуд; 3) ліцензіар є оферентом; 4) акцептом обгорткового ліцензійного договору визнається згода ліцензіата укласти такий договір шляхом вчинення дій, які виражають його згоду з умовами у спосіб, передбачений офертою; 5) обгортковий ліцензійний договір зазвичай приймається ліцензіатом повністю, а у випадку незгоди ліцензіата відповідний обгортковий ліцензійний договір є неукладеним; 6) умови обгорткового ліцензійного договору мають відповідати положенням цивільного законодавства, містити права й обов'язки, характерні зазвичай ліцензійним договорам.

Запропоновано визначення обгорткових ліцензійних договорів як групи ліцензійних договорів, за якими одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав (в основному програмного забезпечення та баз даних) на умовах, встановлених ліцензіаром у стандартних формах, а ліцензіат може приєднатися до запропонованого договору лише в цілому шляхом вчинення дій, які виражають його згоду з умовами у спосіб, передбачений офертою.

Запропоновано наступні класифікації обгорткових ліцензійних договорів:

1. Залежно від об'єкта, дозвіл на використання якого надається за договором:
 - 1.1. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів авторського права;
 - 1.2. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів суміжних прав;
 - 1.3. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів авторського права і суміжних прав.

2. За критерієм наявності зустрічного обов'язку ліцензіата надати певне благо ліцензіару:

2.1. оплатні;

2.2. безоплатні.

3. За строком, на який укладаються обгорткові ліцензійні договори:

3.1. строкові;

3.2. безстрокові.

4. Залежно від порядку виплати плати обгорткові ліцензійні договори з:

4.1. єдиноразовим платежем;

4.2. платежем за встановлений строк використання;

4.3. платежем за кожний раз використання.

5. Залежно від ступеня узгодженості намірів сторін:

5.1. основні;

5.2. опціонні.

6. Відповідно до мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав:

6.1. некомерційні;

6.2. комерційні.

7. Залежно від змісту умов обгорткового ліцензійного договору:

7.1. інформаційні;

7.2. регулятивні.

8. Залежно від способу укладення:

8.1. такі, що укладаються у традиційний спосіб;

8.2. такі, що укладаються шляхом використання інформаційно-телекомунікаційних систем.

Зроблено висновок про те, що обгорткові ліцензійні договори недоцільно класифікувати за обсягом прав, які за ними передаються, оскільки відповідно до міжнародної ділової практики й з урахуванням спрощеного порядку укладення за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія.

При цьому основним критерієм класифікації, який дозволяє сформулювати цілісне уявлення про систему обгорткових ліцензійних договорів і закладає фундамент для повного їх дослідження, є поділ цих договорів на види залежно від специфіки спрощеного порядку укладення. Такий критерій є комплексним, враховує не тільки особливості статичних характеристик обгорткових ліцензійних договорів, а й пропозиції укласти договір (оферти), прийняття такої пропозиції (акцепту) та інших динамічних аспектів. У межах цього класифікаційного критерію доречно виокремити: коробкові обгорткові ліцензійні договори; клік-обгорткові ліцензійні договори та браузер-обгорткові ліцензійні договори.

Коробкові обгорткові ліцензійні договори («shrink-wrap license agreement») були першим історично сформованим видом обгорткових ліцензійних договорів. Їх укладення зазвичай відбувається наступним чином. Коробки з примірниками відповідних об'єктів авторського права пакуються в прозору пластикову обгортку чи целофанову плівку, через яку користувач програмного забезпечення (ліцензіат) може бачити копію умов ліцензійного договору чи посилання на такі умови. Коли ліцензіат порушує фізичну цілісність обгортки й печатки на ній або коли починає використовувати програмне забезпечення чи інший об'єкт авторського права і (або) суміжних прав, він приймає умови такого ліцензійного договору.

Клік-обгорткові ліцензійні договори («click-wrap license agreements») є найбільш поширеним на сьогодні видом обгорткових ліцензійних договорів. Пропозиція укласти такий договір зазвичай встановлюється в електронних стандартних формах. Акцепт же здійснюється шляхом натискання певної кнопки, кліку на спеціальному полі або шляхом інших подібних активних дій ліцензіата, які явно демонструють прийняття ним пропозиції ліцензіара і згоду з умовами конкретного ліцензійного договору.

Браузер-обгорткові ліцензійні договори («browse-wrap license agreements») також достатньо поширені у світовій юридичній практиці, хоча і залишаються найбільш контроверсійним видом обгорткових ліцензійних договорів. Як правило, пропозиція укласти браузер-обгортковий ліцензійний договір також встановлюється в електронних стандартних формах. Однак для здійснення акцепту

ліцензіат не має вчиняти спеціальних активних дій, спрямованих на підтвердження згоди з умовами ліцензійного договору. Зазвичай в ofertі міститься попередження про те, що завантаження або/і використання визначеного договором об'єкта авторського права і (або) суміжних прав вважається прийняттям пропозиції укласти договір.

РОЗДІЛ 2

ЕЛЕМЕНТИ ОБГОРТКОВИХ ЛІЦЕНЗІЙНИХ ДОГОВОРІВ

2.1. Предмет обгорткових ліцензійних договорів

Необхідно визнати, що предмет є найважливішою умовою будь-якого цивільно-правового договору. Відповідно до частини 1 статті 638 ЦК України предмет договору – істотна умова і без досягнення згоди щодо нього не може бути укладений жоден договір. Це законодавче положення спирається на те, що предмет великою мірою зумовлює специфіку договору й формує його юридичну природу. Так, він разом з іншими істотними умовами договору у сукупності складає видоутворюючі й найбільш суттєві ознаки для конкретної договірної конструкції [107, с. 444].

Варто підкреслити, що, хоча згідно з положеннями статті 638 ЦК України предмет договору виступає істотною умовою, цивільне законодавство не розкриває змісту цього поняття. Більш того, законодавець лише іноді використовує термін «предмет договору» у положеннях ЦК України, які стосуються окремих видів договорів. Наприклад, у статті 718 ЦК України передбачено, що предметом договору дарування можуть бути рухомі й нерухомі речі, гроші, цінні папери, майнові права, а відповідно до статті 760 ЦК України предметом договору найму може бути річ, визначена індивідуальними ознаками і яка зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні, а також майнові права. Проте у статтях ЦК України, присвячених ліцензійному договору, не приділяється належної уваги його предмету. Лише у частині 5 статті 1109 ЦК України міститься вказівка на те, що предметом ліцензійного договору не можуть бути права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, що на момент укладення договору не були чинними. Отже, якщо міркувати логічно, то на основі наведеного положення можна зробити висновок, що під предметом ліцензійного договору вітчизняний законодавець розуміє права на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Водночас існує низка наукових позицій, які, безперечно, заслуговують

на висвітлення з метою формування системного бачення такої важливої договірної умови, як предмет обгорткових ліцензійних договорів.

Деякі дослідники вважають, що предметом ліцензійного договору є об'єкт права інтелектуальної власності. Так, М. Л. Городисський писав, що зазвичай предметом ліцензійного договору є сам по собі винахід [51, с. 30]. При цьому, хоча науковець подекуди у своїй роботі й ототожнював винахід і право на його використання, але у цьому випадку він мав на увазі саме конкретний об'єкт, а не права [51, с. 33]. Натомість В. І. Микитин вважає, що предметом ліцензійного договору виступає результат інтелектуальної діяльності, але при цьому уточнює, що його можна розглядати як благо і як дії, що вчиняються щодо блага [108, с. 98]. У своїх ранніх роботах А. В. Кирилюк також зазначала, що предметом всіх договорів на використання об'єктів права інтелектуальної власності, а отже, і ліцензійного договору, є результати інтелектуальної діяльності, які визнані об'єктами правової охорони [109, с. 59].

Водночас ще у 1985 році існувала наукова позиція, що більш сучасним є розуміння предмета ліцензійного договору як права використання винаходів та інших науково-технічних досягнень у певних межах [110, с. 158]. У своїй дисертації А. В. Кирилюк уже вказувала на те, що предмет ліцензійного договору складають майнові права суб'єкта авторського права [73, с. 146]. На думку В. О. Бажанова, предметом ліцензійного договору виступають права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, що надаються ліцензіату [72, с. 88].

Існує також наукова позиція, відповідно до якої предметом ліцензійного договору вважають об'єкт права інтелектуальної власності й права, які надаються на цей об'єкт за договором. Наприклад, предметом ліцензійного договору можуть одночасно бути і права на винаходи, і безпосередньо винаходи, а також інші об'єкти [111, с. 42]. У рамках описаної позиції до предмета має бути включено не тільки твір, а й авторські права на його використання.

У той самий час було розроблено підхід, відповідно до якого в ліцензійних договорах складний предмет, який становлять, по-перше, дії зобов'язаних сторін,

виключні права, що передаються за договором, та, по-друге, охоронюваний результат інтелектуальної та прирівняної до неї діяльності як об'єкта виключних прав [112, с. 86].

Дещо інакше предмет ліцензійного договору розглядав В. О. Шуваєв, а саме вбачав його у діях сторін, спрямованих на надання права використання об'єкта ліцензійного договору [113, с. 10]. Дослідник вважав, що саме такі дії дозволяють індивідуалізувати ліцензійний договір [113, с. 19]. Також він підкреслював, що способи використання об'єкта права інтелектуальної власності мають розглядатися як самостійні договірні умови, а не як складова предмета ліцензійного договору [113, с. 20].

Схожу позицію у вітчизняній цивілістиці поділяє А. Є. Смородина й пропонує визначати його як «дії, спрямовані на надання виключного чи невиключного права використання визначеного об'єкта права інтелектуальної власності способом (способами), що визначеним в договорі» [74, с. 97]. На відміну від В. О. Шуваєва, вчена включає спосіб використання об'єкта права інтелектуальної власності до складу предмета ліцензійного договору.

На нашу думку, одночасне існування в науці цивільного права такої кількості підходів до розуміння предмета ліцензійного договору багато в чому зумовлено багатоаспектністю категорії «договір». Отже, це викликає неоднозначність у визначенні предмета ліцензійного договору, а також стає теоретичним базисом для побудови еkleктичної дихотомії «предмет ліцензійного договору» і «об'єкт ліцензійного договору».

Так, у вітчизняній цивілістиці категорія «договір» може використовуватися у трьох основних значеннях: як правочин (юридичний факт), як договірне зобов'язання та як документ [114, с. 83]. Підхід до розуміння договору як правочину отримав комплексне закріплення у положеннях Цивільного кодексу України. Згідно зі статтею 202 ЦК України правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, а договір є дво- або багатостороннім правочином, тобто погодженою дією двох чи більше сторін. Це узгоджується із запропонованою у статті 626 ЦК України дефініцією договору як

домовленості двох чи більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Водночас відповідно до частини 2 статті 11 ЦК України договір є підставою виникнення цивільних прав та обов'язків, а отже, й підставою виникнення зобов'язання, на що додатково вказано у частині 2 статті 509 ЦК України. Таким чином, договір-правочин як юридичний факт породжує зобов'язання, тобто правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію або утриматися від вчинення певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (частина 1 статті 509 ЦК України). Погоджуємося із позицією, що в такому випадку договір-правочин зумовлює зміст правовідносин [115, с. 95]. При цьому, як вже було зазначено вище, зобов'язання, що виникає на підставі договору-правочину, також розуміють як договір. На основі цього постає наступне питання: під терміном «предмет договору», а отже, і під предметом ліцензійного договору, необхідно розуміти предмет договору-правочину чи предмет договору-правовідношення?

Принагідно зазначити, що В. В. Вітрянський вважає предметом будь-якого договору, а точніше предметом зобов'язання, що випливає з договору, дію чи бездіяльність, яку має вчинити зобов'язана сторона чи від вчинення якої вона має утриматися [107, с. 444-445]. Таким чином, науковець розуміє предмет договору як предмет договірного зобов'язання, а не як предмет договору-правочину. У контексті предмета саме ліцензійного договору цей загальнотеоретичний підхід підтримує В. О. Шуваєв, про що вже було згадано вище. При цьому вчений у своїй дисертації неодноразово звертає увагу на те, що розглядає предмет ліцензійного договору як предмет зобов'язання, що індивідуалізує ліцензійний договір саме як самостійне цивільно-правове зобов'язання [113, с. 10]. Більш того, як і багато інших цивілістів із країн пострадянського простору, В. О. Шуваєв окремо виділяє об'єкт ліцензійного договору. Дослідник пише, що об'єктом ліцензійного договору, як і будь-яких інших правовідносин, є те, на що впливають суб'єктивні права й юридичні обов'язки учасників цих правовідносин, тобто безпосередньо результат інтелектуальної діяльності чи прирівняний до нього засіб індивідуалізації [113,

с. 19]. Серед вітчизняних цивілістів В. О. Бажанов і А. Є. Смородина підтримують одночасне існування предмета й об'єкта ліцензійного договору, а також обґрунтовують розмежування цих понять. Так, В. О. Бажанов стверджує, що предметом договору є майнові правовідносини, які виникають відповідно до договору, а об'єктом – конкретні об'єкти права інтелектуальної власності [72, с. 55]. Подібну позицію щодо об'єкта займає і А. Є. Смородина, на думку якої об'єктом ліцензійного договору виступає об'єкт права інтелектуальної власності, що виражений в об'єктивній формі, яка дає можливість його відтворювати й розмножувати [74, с. 94].

Така дихотомія предмета й об'єкта ліцензійного договору повністю спирається на його ототожнення із зобов'язанням, що виникає на підставі відповідного ліцензійного договору. При цьому відбувається спроба актуалізувати полеміку, яка мала місце у радянській цивілістиці щодо об'єкта зобов'язання. Тоді дискусія точилася навколо моністичного й плюралістичного підходів до його розуміння.

У рамках моністичного підходу існували дві паралельні ідеї, а саме: 1) бачення об'єктами зобов'язання дії та 2) розкриття кола об'єктів через речі. Так, Я. М. Магазінер послідовно дотримувався позиції, що об'єктом права є чужа дія [116, с. 174]. У свою чергу, О. С. Іоффе вибудував на основі цього концепцію об'єкта-дії: єдиним об'єктом правовідносин може бути лише дія зобов'язаного суб'єкта [117, с. 582-583]. Проте М. М. Агарков виступав із критикою такої позиції та зауважував, що об'єктом варто вважати те, на що спрямована поведінка зобов'язаної особи, а отже, об'єктом зобов'язання є речі [118, с. 195]. Водночас Р. О. Халфіна, яка була ученицею М. М. Агаркова, переконана, що об'єкт зобов'язання є лише передумовою для виникнення та розвитку правовідносин [119, с. 214], а дія зобов'язаної сторони – елемент структури правовідносин, а отже, не варто розширювати поняття «об'єкт» з метою охопити ним матеріальний зміст зобов'язання [119, с. 211].

Плюралістичні теорії були покликані забезпечити обґрунтування допустимості існування різноманітних об'єктів у різних правовідносинах. Серед

них також можна виокремити дві основні концепції: 1) і речі, і дії можуть бути об'єктами залежно від конкретного зобов'язання; 2) об'єктами зобов'язань можуть бути найрізноманітніші блага – об'єкти цивільних прав. Принагідно зазначити, що ідея вважати об'єктами цивільних правовідносин речі й дії чи не вперше була запропонована ще у ХІХ столітті Д. І. Мейером [120, с. 139]. Досить глибокої наукової розробки плюралістичний підхід набув у працях О. О. Красавчікова. Дослідник вбачав об'єкт правовідносин у всьому, щодо чого складаються правові зв'язки між особами, тобто у матеріальних і нематеріальних благах [121, с. 82-83].

Насамкінець, О. С. Іюффе згодом відмовився від описаної вище моністичної теорії, яку він розвинув на основі наукових поглядів свого вчителя Я. М. Магазінера, і запропонував нове бачення об'єктів зобов'язання, яке включало юридичний об'єкт і матеріальний об'єкт [122, с. 677-679]. Так, у будь-якому зобов'язанні існує юридичний об'єкт, яким визнаються дії зобов'язаної особи, і матеріальний об'єкт, яким є речі. Учений писав, що на юридичний об'єкт правовідносини впливають безпосередньо, а на матеріальний – через поведінку учасників правовідносин [123, с. 218]. Така концепція є певною адаптацією теорії об'єкта двох родів, вперше сформульованої німецьким дослідником Ернстом Бірлінгом. Подібність такої наукової думки до плюралістичних концепцій хибна, оскільки, як вже було зазначено, плюралістична теорія допускає різноманітність об'єктів зобов'язань, але для кожних правовідносин передбачає лише один можливий об'єкт. Окреслена позиція згодом була підтримана М. І. Брагінським і В. В. Вітрянським у циклі їх робіт із договірного права, а також на сьогодні є досить поширеною у цивілістичній науці деяких пострадянських країн. Саме на цій теорії вибудоване дуалістичне вчення про предмет й об'єкт договору. Категорія «договір» при цьому наповнюється змістом зобов'язання, що виникає на основі договору. Власне під предметом договору найчастіше розуміють юридичний об'єкт зобов'язання, а матеріальний об'єкт зобов'язання знаходить свій прояв у об'єкті договору. Наприклад, В. С. Вітко зауважує, що об'єктом ліцензійного договору є певний результат інтелектуальної діяльності, а предметом – дії сторін ліцензійного договору з надання права використання такого результату [124, с. 13].

Водночас вважаємо це вчення таким, що призводить до теоретичної колізійності у досліджуваному питанні, певною мірою протирічить вітчизняному цивільному законодавству, як наслідок, сприяє подальшому формуванню хибних наукових позицій. З огляду на це підтримуємо твердження М. М. Гудими, що «категорія «об'єкт» стосується здебільшого договору-правовідношення, а «предмет» більшою мірою дотичний до договору – юридичного факту, ніж до інших його проявів» [125, с. 184]. Дійсно, якщо враховувати наведений вище у цьому підрозділі аналіз окремих положень глав 16, 52 та 53 Цивільного кодексу України, то можна зробити однозначний висновок, що у вітчизняному цивільному законодавстві термін «договір» передусім необхідно розуміти у значенні договір-правочин. Щоб договір було укладено, сторони відповідно до положень статті 638 ЦК України мають досягти згоди щодо предмета такого договору. Очевидно, що на цей момент зобов'язання ще не виникає, а отже, не можна вести мову про існування договору-правовідношення. Досягнення згоди щодо предмета, таким чином, має принципове значення для можливості вчинити правочин – укласти договір, що вже буде підставою для виникнення зобов'язання. Безсумнівно, у такого зобов'язання має бути чітко визначений об'єкт, але це не дає підстави для виокремлення «об'єкта договору», адже, як було продемонстровано, ці категорії функціонують у різних вимірах. Їх ототожнення, хоча і можливе з огляду на плюралізм думок у сучасній науці, але позбавлене практичного сенсу і стає причиною колізій у цивілістичній теорії. Погоджуємося також із думкою, що «предмет» недоречно використовувати до зобов'язання через існування цілком реальної загрози змішування понять і виникнення в подальшому непорозумінь [126, с. 63]. Зокрема, наочним прикладом окреслених негативних наслідків є існування такої кількості підходів до трактування предмета ліцензійного договору.

Таким чином, при визначенні предмета обгорткового ліцензійного договору виходимо з того, що предметом договору є предмет договору-правочину, а отже, договір вживаємо у значенні юридичного факту. Виходячи з цього, не можна вважати предметом ліцензійного договору дії сторін, спрямовані на надання права використання об'єкта права інтелектуальної власності. Основною причиною

виступає те, що, оскільки зміст зобов'язання становлять права й обов'язки сторін, то дії останніх охоплюються змістом зобов'язання. Водночас, як вже неодноразово підкреслювалося вище, договірне зобов'язання виникає лише після укладення договору. Хоча і не погоджуємося з тим, що дії сторін можуть становити предмет ліцензійного договору, але визнаємо, що у предметі договору має бути вказівка на такі дії, адже саме договір встановлює модель майбутньої поведінки сторін.

Концепція, згідно з якою предметом ліцензійного договору виступають об'єкти права інтелектуальної власності, на нашу думку, не відповідає потребам сучасного цивільного обороту. На сьогодні під впливом процесів диджиталізації та інформатизації зростає кількість договорів у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Дотримуємо точку зору, що сенс визначення предмета договору полягає в його здатності бути достатнім критерієм для класифікації договорів [126, с. 62]. З огляду на це визнання предметом ліцензійного договору об'єкта права інтелектуальної власності не дає можливості відмежувати ліцензійний договір від інших договорів у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Наприклад, щодо комп'ютерної програми можуть бути укладені і ліцензійний договір, і договір про створення за замовленням і використання тощо.

Хоча досить близькими для нас є концепції, за якими предметом ліцензійного договору є право на використання об'єкта права інтелектуальної власності, але вважаємо їх такими, що також повною мірою не відображають специфіки ліцензійного договору.

Видатний цивіліст Г. Ф. Шершеневич наголошував, що предметом договору є той юридичний наслідок, на який направлена вільна воля двох чи більше осіб, а його досягнення передбачає передусім дійсність договору, тобто існування усіх умов, за наявності яких державна влада готова надати йому юридичну забезпеченість [127, с. 74]. Ця думка узгоджується з науковою позицією стосовно того, що предметом договору є така умова договору, яка відображає його сутність і зміст зобов'язання, яке виникає на підставі договору [128, с. 182-183]. Таким чином, предмет договору не тільки повною мірою характеризує договір сам по собі,

а й індивідуалізує предмет виконання відповідного договірної зобов'язання. На підтвердження цього наведемо також точку зору С. І. Шимон щодо предмета договору, яка полягає в тому, що «правильно визначений предмет договору містить вказівку на каузу (юридично значиму мету договірної правовідносини)» [126, с. 63].

На основі вищевикладеного, вважаємо, що наукові висновки стосовно предмета ліцензійного договору, отримані В. М. Крижною, є найбільш теоретично виваженими й такими, що реально відповідають потребам сучасної юридичної практики у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Так, дослідниця запропонувала визначати предмет ліцензійного договору як дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності [129, с. 96]. Це належним чином відображає сутність ліцензійного договору, а отже, може слугувати достатнім критерієм для відмежування ліцензійного договору від інших договірних конструкцій [130, с. 15]. У ньому відображена мета укладення ліцензійного договору – отримання права використання об'єкта права інтелектуальної власності. Водночас повною мірою розкривається і специфіка договірної зобов'язання, що виникає на підставі ліцензійного договору, оскільки наявна чітка вказівка на дії сторін договору. Проте виникає питання, чи тотожні предмети ліцензійного договору й обгорткового ліцензійного договору?

Вважаємо, що предмет обгорткового ліцензійного договору є вужчим, ніж предмет ліцензійного договору [130, с. 15]. Це викликано обмеженим колом об'єктів права інтелектуальної власності, дозвіл на використання яких надається за обгортковими ліцензійними договорами. Як вже неодноразово підкреслювалося у цій роботі, досліджувані договори в юридичній практиці США і країн – членів ЄС зазвичай використовуються для надання права на використання програмного забезпечення й баз даних. Таким чином, для належного висвітлення предмета обгорткових ліцензійних договорів необхідно встановити щодо яких об'єктів права інтелектуальної власності можна застосовувати ці договірні конструкції.

У вітчизняному цивільному законодавстві відсутній термін «програмне забезпечення». Натомість, у Законі України «Про авторське право і суміжні права»

№ 2811-ІХ від 01.12.2022 р. використовується термін «комп'ютерна програма». У згаданому Законі комп'ютерна програма визначена як набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату. Більш того, наявна примітка, що наведене поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах. З огляду на це постає питання щодо співвідношення понять «програмне забезпечення» і «комп'ютерна програма».

Передусім необхідно наголосити, що термін «програмне забезпечення» є перекладом з англійської терміна «software». Як вказує бібліотекар і викладач правових досліджень Єльської школи права Fred R. Shapiro, найперше вживання цього терміна зафіксовано у статті професора статистики Принстонського університету John W. Tukey під назвою «The Teaching of Concrete Mathematics», опублікованій у січні 1958 у журналі *American Mathematical Monthly* [131]. Так, J. W. Tukey писав, що програмне забезпечення (software), яке складається з ретельно спланованих аспектів програмування, настільки ж важливо для електронних обчислювальних машин, як і апаратне забезпечення (hardware), яке складається з ламп, транзисторів, стрічок тощо [132, с. 2].

У сучасній енциклопедії американського права видавництва West (*West's encyclopedia of American law*) програмне забезпечення трактується як загальний термін для різних процесів і процедур, які використовують обчислювальну потужність комп'ютера для створення, наприклад, загальної операційної системи, що координує основну роботу комп'ютера або комп'ютерних програм, які створюють базу даних, письмовий документ, гру чи інше [133]. Фактично, з технічної точки зору, програмне забезпечення є більш широким поняттям, ніж комп'ютерна програма, оскільки охоплює набір інструкцій, даних або програм, які використовують для роботи комп'ютерів і виконання конкретних завдань [134]. Більш того, програмне забезпечення може взагалі не включати в себе комп'ютерну програму. Цей підхід було закріплено у Кодексі федеральних нормативних актів США (*Code of Federal Regulations*). Так, у параграфі 2.101 титулу 48 цього Кодексу

встановлено, що програмне забезпечення означає: 1) комп'ютерні програми, які містять набір інструкцій, правил, процедур тощо, незалежно від носія, на якому записані, що дозволяють виконувати або змушують комп'ютер виконувати певну операцію чи серію операцій; або 2) записана інформація, що містить перелік вихідного коду, деталі дизайну, алгоритми, процеси, блок-схеми, формули і пов'язаний матеріал, яка дозволить виготовити, створити або скопіювати комп'ютерну програму [135].

Саме термін «software» широко використовується у практиці судів США щодо обгорткових ліцензійних договорів, яка детально аналізувалася у першому розділі цієї роботи. У класичній справі у сфері авторського права щодо захисту інтерфейсу комп'ютерної програми *Apple Computer v. Microsoft Corporation* (35 F.3d 1435) Апеляційний суд дев'ятого округу США переважно вживав термін «програмне забезпечення», а не «комп'ютерна програма» [136]. Зокрема, суд наголосив на тому, що програмне забезпечення Windows корпорації Microsoft дійсно містило графічний інтерфейс, який був схожий на графічний інтерфейс програмного забезпечення компанії Apple. Проте розробники ПЗ можуть вільно копіювати функціональні елементи графічного інтерфейсу, оскільки існує лише обмежена кількість способів вираження графічного інтерфейсу.

Водночас авторське право США все ж оперує терміном «комп'ютерна програма», який введено у законодавчий вжиток у 1980 році із наступною дефініцією: «набір виразів або інструкцій, які використовуються прямо чи опосередковано в комп'ютері для досягнення певного результату» [137]. У законодавстві Канади застосовується термін «комп'ютерна програма». Так, у Акті про авторське право 1985 року закріплено визначення комп'ютерної програми (computer program, programme d'ordinateur) як набору інструкцій або виразів, виражених, зафіксованих, втілених або збережених у будь-який спосіб, що використовуються прямо чи опосередковано в комп'ютері для досягнення конкретного результату [138].

Загалом, існує дві головні категорії програмного забезпечення: 1) прикладне програмне забезпечення і 2) системне програмне забезпечення [134]. Різниця між

ними полягає в тому, що перше задовольняє певну потребу або виконує конкретне завдання, а системне програмне забезпечення створене для роботи з апаратним забезпеченням комп'ютера і створює своєрідну платформу для запуску програм. Проте, хоча фактично програмне забезпечення охоплює своїм змістом не тільки комп'ютерну програму, а й супровідну документацію, схеми, діаграми тощо, у юридичній науці і практиці ці терміни у багатьох випадках є взаємозамінними [139, с. 734]. Це чітко відображено у вищезгаданому уточненні до визначення комп'ютерної програми у Законі України «Про авторське право та суміжні права», а саме: ним охоплюється як операційна система, так і прикладна програма, тобто дефініція комп'ютерної програми включає в себе дві основні категорії програмного забезпечення. Таким чином, у вітчизняному цивільному праві, як і у праві США та деяких інших країн, терміни «комп'ютерна програма» і «програмне забезпечення» ототожнюються, хоча з технічної точки зору мають дещо різне змістовне наповнення. З огляду на це уточнюємо, що у даній роботі наведені терміни вживаються також як взаємозамінні.

Іншим об'єктом права інтелектуальної власності, дозвіл на використання якого часто надається шляхом укладення обгорткових ліцензійних договорів, є бази даних. Відповідно до положень Закону України «Про авторське право і суміжні права» № 2811-IX від 01.12.2022 р. база даних (компіляція даних) – сукупність творів, даних або будь-якої іншої інформації у довільній формі, що розташовані у систематизованому або упорядкованому вигляді, що можуть бути доступні за допомогою спеціальної пошукової системи та/або на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів [140]. Досить схожі дефініції бази даних наведені у праві США і країн – членів ЄС.

При цьому у частини 3 статті 8 вказаного вище Закону уточняється, що бази даних, які не відповідають критеріям оригінальності, не є об'єктами авторського права і на них поширюється право «*sui generis*». Проте вітчизняний законодавець не став більш детально опрацьовувати неоригінальні бази даних і положення щодо їх охорони правом особливого роду [141]. Водночас у Директиві 96/9/ЄС «Про правовий захист баз даних» від 11.03.1996 р. встановлюється охорона баз даних у

рамках авторського права та правом *sui generis* [142]. Зокрема, у рамках авторського права охороняються бази даних, які відповідають критерію оригінальності, але неоригінальні бази даних, тобто такі, що не містять творчого внеску, також підлягають захисту, проте правом *sui generis*. Так, забезпечується захист змісту цих баз даних з метою захисту інвестицій, вкладених виробниками в їх створення та наповнення. Задля цього відповідно до статті 7 зазначеної Директиви виробник неоригінальної бази даних має продемонструвати інвестиції, вкладені в отримання, перевірку чи представлення змісту бази даних за кількісним та/чи якісним критерієм.

Необхідно зауважити, що ситуація на світовому масовому ринку об'єктів авторського права не є сталою та швидко змінюється через стрімкий розвиток інформаційних технологій. За таких умов правове регулювання досить часто не може встигнути за технічним прогресом. З огляду на це відсутня практична доцільність, особливо у такій галузі приватного права, як цивільне право, у надмірному обмеженні кола об'єктів авторського права, дозвіл на використання яких може надаватися шляхом укладення обгорткових ліцензійних договорів. На сьогодні цими договірними конструкціями також активно послуговуються для надання дозволу на використання веб-сайтів, які не є ні комп'ютерною програмою, ні базою даних, адже згідно з положеннями ЗУ «Про авторське право і суміжні права» це складний об'єкт авторського права, який є сукупністю даних, електронної (цифрової) інформації, інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав тощо, пов'язаних між собою і структурованих у межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту, доступ до яких здійснюється через адресу мережі Інтернет, що може складатися з доменного імені, записів про каталоги або виклики і (або) числової адреси за Інтернет-протоколом. Так, у проєкті Закону про авторське право і суміжні права № 5552-4 від 09.06.2021 р. було вказано, що ліцензіар і ліцензіат мають право укласти ліцензійний договір щодо використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав на основі публічної пропозиції (оферти) [80]. І хоча підґрунтям для нового ЗУ «Про авторське право і суміжні права» став законопроєкт № 5552-1, ми погоджуємося з

такою позицією щодо кола об'єктів і пропонуємо вважати предметом обгорткових ліцензійних договорів дозвіл на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а не обмежуватися тільки комп'ютерними програмами й базами даних (компіляціями даних).

Отже, вважаємо, що предметом обгорткових ліцензійних договорів є дозвіл на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Таке бачення предмета цих договорів належним чином відображає їх сутність, а також прямо вказує на специфіку їх юридичної природи як особливих договірних конструкцій. Із врахуванням цього предмета забезпечується достатній рівень індивідуалізації обгорткових ліцензійних договорів та їх диференціація серед інших договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

На основі проведеного аналізу, отримано висновки щодо самотності й самодостатності категорії «предмет договору» щодо розуміння договору як правочину. Таким чином, недоречно виокремлювати «об'єкт обгорткового ліцензійного договору» через його ототожнення з об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі обгорткового ліцензійного договору. Водночас, враховуючи спрощений порядок укладення досліджуваних договірних конструкцій, а також беручи до уваги необхідність забезпечення балансу між практичними потребами зростаючого масового ринку об'єктів авторського права, реалій сучасного цивільного обороту майнових прав інтелектуальної власності і забезпечення прав всіх учасників такого обороту, вважаємо за доцільне обмежити коло об'єктів права інтелектуальної власності, дозвіл на використання яких надається за обгортковими ліцензійними договорами, об'єктами авторського права і (або) суміжних прав.

2.2. Інші умови обгорткових ліцензійних договорів

Хоча найважливішою договірною умовою є предмет договору, оскільки він вказує на найбільш суттєві риси певної договірної конструкції, але формування цілісного уявлення неможливе без висвітлення інших договірних умов. Відповідно до частини 1 статті 628 Цивільного кодексу України існує два види умов:

1) визначені на розсуд сторін і погоджені ними; 2) обов'язкові відповідно до актів цивільного законодавства. При цьому сторони, враховуючи принцип свободи договору (ст. 627 ЦК України), вільні у визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності і справедливості. Указані положення прямо узгоджуються зі змістом статті 6 ЦК України щодо співвідношення актів цивільного законодавства і договору.

Водночас, як вже було зазначено у попередньому підрозділі, у вітчизняному цивільному праві також використовується термін «істотні умови договору». Згідно з частиною 2 статті 638 ЦК України під ними необхідно розуміти умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Погоджуємося із висновками представників харківської цивілістичної школи, що такий підхід до визначення істотних умов договору взятий з Цивільного кодексу 1963 року і певною мірою не узгоджується із вищезгаданими положеннями статті 628 ЦК України [114, с. 97], адже, хоча укладення договору за сучасним вітчизняним Цивільним кодексом нерозривно пов'язане із досягненням сторонами згоди щодо усіх істотних умов договору, але такі умови у більшості випадків визначаються сторонами самостійно.

У частині 3 статті 1109 ЦК України закріплено перелік умов ліцензійного договору, а саме: вид ліцензії, сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія і строк, на які надаються права тощо), розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити до договору. Проте не можемо погодитися з позицією А. В. Кирилук, що перелічені умови є істотними для ліцензійного договору з огляду на наступне [73, с. 145]. Без досягнення згоди щодо істотних умов ліцензійний договір не може бути укладено. Водночас у частині 4 статті 1109 ЦК України прямо вказано, що, якщо інше не встановлено ліцензійним договором, то за ним надається невиключна ліцензія.

Згідно з частиною 6 цієї ж статті права на використання об'єкта права інтелектуальної власності і способи його використання, не визначені ліцензійним договором, вважаються такими, що не надані ліцензіату. У разі відсутності умови про територію – дія дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, який надається за ліцензійним договором, обмежується територією України (ч. 7 ст. 1109 ЦК України). Отже, навіть якщо сторони не досягнуть згоди щодо цих умов, у ЦК України уже встановлена модель поведінки сторін за таких обставин. Таким чином, немає жодних підстав вважати ці умови істотними для ліцензійного договору у тому сенсі терміна «істотна умова договору», яким оперує вітчизняне цивільне законодавство й юридична наука.

На симпозіумі Всесвітньої організації інтелектуальної власності, присвяченому ліцензійним договорам, який проходив з 21 по 24 травня 2012 року, особлива увага була приділена умовам таких договорів. Зокрема, були детально розглянуті ключові умови ліцензійних договорів (у оригіналі англійською – «key terms of a licensing agreement»), тобто найважливіші елементи у структурі ліцензійного договору. До них, крім предмета ліцензійного договору, були віднесені: обсяг прав («scope of rights»), фінансові умови договору («financial terms») й умови, пов'язані з оновленням та обслуговуванням об'єкта права інтелектуальної власності («upgrades and maintenance») [143]. Обсяг прав як ключова умова ліцензійного договору включає в себе вид ліцензії («exclusivity of the rights»), сферу використання об'єкта права інтелектуальної власності («field of use of IP»), територію такого використання («territory»), строки («timelines») і субліцензування («sublicensing») [143]. Водночас фінансові умови ліцензійного договору мають охоплювати загальну вартість об'єкта права інтелектуальної власності, встановлення розміру якої нерозривно пов'язано з іншими ключовими умовами, і форму оплати, тобто конкретний механізм здійснення платежів за договором [143]. У Цивільному кодексі України під фінансові умови ліцензійного договору підпадають розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності. Проте фахівці ВОІВ все ж вказують на доцільність розширеного розуміння фінансових умов. Вони не мають

обмежуватися лише загальною вартістю об'єкта права інтелектуальної та формою оплати, а також повинні включати гарантію на об'єкт права інтелектуальної власності як захист ліцензіата від можливих дефектів або забезпечення належної специфікації, компенсацію, яка може становити або певну фіксовану суму, або загальну суму сплачених платежів за використання об'єкта права інтелектуальної власності [143]. Як бачимо, хоча описана архітектура умов дещо відрізняється від структури, яка запропонована у вітчизняному законодавстві, але в цілому самі по собі умови є подібними.

Необхідно брати до уваги те, що у вітчизняних актах цивільного законодавства відсутні не тільки положення щодо умов обгорткових ліцензійних договорів, а й будь-які положення щодо цих договорів взагалі. Під час висвітлення умов цих договірних конструкцій мають враховуватися чинні положення вітчизняного цивільного законодавства щодо ліцензійних договорів, а також релевантні наукові нароби. Однак при цьому принципово також враховувати декілька моментів. По-перше, обгорткові ліцензійні договори за одним із аспектів своєї юридичної природи є договорами приєднання. Отже, їх умови встановлюються ліцензіаром у певних стандартних формах, а ліцензіат позбавлений можливості пропонувати власні умови й може укласти договір лише шляхом приєднання до запропонованого ліцензійного договору в цілому. По-друге, полегшення укладення договору за рахунок використання конструкції договору приєднання тягне за собою певне обмеження прав ліцензіата [115, с. 452]. Так, в обгорткових ліцензійних договорах ліцензіат – слабка сторона договору. Більш детально це питання буде досліджене в наступному підрозділі даної роботи, а наразі підкреслимо, що з позицій окресленої проблеми посилена увага має бути приділена умовам обгорткового ліцензійного договору з точки зору забезпечення рівності учасників договірних відносин. При цьому, необхідно брати до уваги те, що, як влучно підкреслює І. Є. Якубівський, на сьогодні цивільно-правовий договір активно використовують, як правовий засіб на стадії захисту прав інтелектуальної власності [144, с. 92]. По-третє, не можна забувати і про необхідність балансу між правами сторін обгорткового ліцензійного договору і практичними потребами

цивільного обороту, адже основною причиною виникнення і стрімкого поширення обгорткових ліцензійних договорів є нагальна потреба в ефективності розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на масових ринках об'єктів авторського права і суміжних прав, зокрема, програмного забезпечення і баз даних.

Передусім розглянемо питання щодо виду ліцензії, яка надається за обгортковими ліцензійними договорами. Нагадаємо, що в підрозділі 1.3. «Класифікація обгорткових ліцензійних договорів та оглядова характеристики окремих їх видів» ми вже наголошували на тому, що обгорткові ліцензійні договори у США і країнах – членах ЄС використовуються для надання саме невиключних ліцензій. У вітчизняному цивільному законодавстві положення, які стосуються видів ліцензій, містяться у статті 1108 ЦК України. Так, ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності відповідно до частини 3 статті 1108 ЦК України може бути виключною, одиничною, невиключною або будь-якого іншого виду, який не суперечить закону. Найбільш поширеними у світі є виключні й невиключні ліцензії, менш популярні одиничні. Проте існують й інші види, наприклад, співвиключна ліцензія («co-exclusive license»). Британська правниця Т. Shkoriaк називає такий вид ліцензій золотою серединою між виключними й невиключними ліцензіями, оскільки відповідно до неї ліцензіар надає ліцензію більш ніж одному ліцензіату, але погоджується, що він надаватиме ліцензії лише обмеженій групі інших ліцензіатів [86]. Іноді в ліцензійних договорах у США може використовуватися формулювання «sole and exclusive license» (одночасно і одинична, і виключна ліцензія), але така практика є неоднозначною і обов'язковим для сторін стає опрацювання детального визначення змісту такого строку для конкретного договору [145]. В українському ж Цивільному кодексі, а саме у вже згаданій частині 3 статті 1108, наводяться вичерпні визначення виключної та одиничної ліцензій. Вони обидві надаються лише одному ліцензіату і виключають можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єктів права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, але якщо виключна ліцензія виключає можливість використання цього

об'єкта у визначеній сфері, то одинична ліцензія цього не передбачає. У той саме час невиключна ліцензія кардинально відрізняється від них тим, що не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, й видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері.

У підрозділі 1.1. «Становлення та розвиток обгорткових ліцензійних договорів» детально проаналізовано передумови і причини появи обгорткових ліцензійних договорів, які почали використовуватися у відповідь на запит нового масового ринку програмного забезпечення в ефективному механізмі розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Отже, основним завданням було і залишається до нині надати дозвіл на використання певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав власності якомога більшої кількості користувачів. За таких умов абсолютно позбавлене сенсу обмеження можливості ліцензіара видавати дозвіл на використання визначеного об'єкта іншим особам. У той саме час ліцензіати, які прагнуть отримати одиничну чи виключну ліцензію, малоімовірно, що будуть зацікавлені в укладенні обгорткового ліцензійного договору, адже таке укладення можливе лише шляхом приєднання до умов, які вже запропоновані ліцензіаром. Таким чином, ліцензіати позбавлені права пропонувати свої умови договору, а отже, суттєво обмежені в економічному й практичному аспекті. Водночас ліцензіари не мають зловживати своїм становищем шляхом уникнення традиційного укладення ліцензійних договорів і нав'язування конструкції договору приєднання [146, с. 1184-1186]. У більшості випадків така ситуація була б абсолютно неприйнятною, коли особа зацікавлена в отриманні саме виключної чи одиничної ліцензії щодо певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. З огляду на це підкреслимо, що використання обгорткових ліцензійних договорів має бути виправданим як для ліцензіара, так і для ліцензіата.

Отже, вважаємо, що за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія. Таким чином, на масовому ринку окремих об'єктів авторського права і суміжних прав буде забезпечений широкий доступ необмеженого кола ліцензіатів до певного об'єкта. Проте при цьому будуть

належним чином дотримані права як ліцензіата, так і ліцензіара, а також забезпечений баланс принципу свободи договору й економічних потреб цивільного обороту [147, с. 67]. На нашу думку, необхідно на рівні Цивільного кодексу України закріпити положення, що за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія, а обгорткові ліцензійні договори, за якими надається будь-який інший вид ліцензії, слід вважати нікчемними. Зауважимо, що конкретні пропозиції про внесення змін до чинного вітчизняного законодавства будуть комплексно запропоновані у висновках до цієї роботи.

При дослідженні питання щодо такої умови обгорткових ліцензійних договорів, як вид ліцензії, яка надається за договором, необхідно також приділити окрему увагу субліцензії на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, адже в частині 2 статті 1109 ЦК України встановлено, що ліцензіат може надати іншій особі субліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності, якщо це передбачено ліцензійним договором. При цьому важливо враховувати те, що обсяг субліцензії не може бути більшим за обсяг дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, який надається за ліцензійним договором ліцензіату.

Виходячи з положень чинного вітчизняного законодавства, немає підстав для висновку, що ліцензіат, який отримав невиключну ліцензію, не може надавати іншим особам субліцензії. Головне, щоб така можливість була передбачена у ліцензійному договорі між ліцензіаром і ліцензіатом. Однак на практиці щодо останнього моменту якраз і виникають складнощі. Як вже було нами зазначено, за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія. Крім того, умови цих договорів уже встановлені ліцензіарами у певних формах, а абсолютна більшість ліцензіарів не передбачає у досліджуваних договорах умови щодо можливості надання субліцензії. Це цілком логічна поведінка, оскільки обгорткові ліцензійні договори використовуються переважно на масових ринках об'єктів авторського права і суміжних прав, а за таких умов ліцензіари зацікавлені в укладенні договорів з якнайбільшою кількістю ліцензіатів і без можливості надання субліцензій. Отже, хоча теоретично в обгорткових

ліцензійних договорах може бути передбачена можливість для ліцензіата видавати іншим особам субліцензії, але така умова у більшості випадків не відповідала б меті, з якою ліцензіар розпоряджається майновими правами інтелектуальної власності. Проте, на нашу думку, немає сенсу у закріпленні на законодавчому рівні заборони на встановлення цієї умови, оскільки у будь-якому випадку це відбувається з волі ліцензіара.

Відповідно до частини 3 статті 1109 ЦК України у ліцензійному договорі мають бути передбачені конкретні права, що надаються за договором. При цьому необхідно враховувати, що ліцензійний договір належить до договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Згідно з положеннями частини 1 статті 424 ЦК України до майнових прав інтелектуальної власності належать: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, у тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Водночас, враховуючи приписи частини 2 статті 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ, право на використання об'єкта права інтелектуальної власності (у названому Законі – твору) дозволяє використовувати об'єкт права інтелектуальної власності у будь-якій формі та в будь-який спосіб.

Як випливає з наведеного, існують і різні способи використання. Проте варто зайвий раз наголосити на тому, що вони не є правами, які надаються за ліцензійним договором, а виступають конкретними способами використання визначеного об'єкта права інтелектуальної власності [147, с. 67]. Вважаємо за доцільне навести думку В. А. Дозорцева, яку ми підтримуємо, що право на використання результату інтелектуальної діяльності – це об'єкт розпорядження (а саме, розпорядження майновими правами інтелектуальної власності), а сам по собі такий результат є об'єктом використання [63, с. 349]. З огляду на вказане вбачається, що формулювання частини 6 статті 1109 ЦК України у частині «права на використання

об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, які не визначені у ліцензійному договорі» недосконале. За ліцензійним договором можна надати ліцензіату єдине право – право на використання об'єктів права інтелектуальної власності. У випадку обгорткового ліцензійного договору це буде право на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Таким чином, ліцензіар розпорядиться своїм майновим правом інтелектуальної власності. При цьому існують спроби пояснити наведене вище чинне формулювання частини 6 статті 1109 ЦК України «права на використання об'єкта права інтелектуальної власності» шляхом включення до його змісту права на надання субліцензії [74, с. 115]. Однак вони видаються нам досить сумнівними, оскільки мають на меті узгодити очевидну колізію у цивільному законодавстві, допущену при його оновленні, шляхом підміни та змішування понять, а не через безпосереднє її подолання шляхом виправлення.

Водночас у будь-якому ліцензійному договорі дійсно мають бути передбачені способи використання визначеного об'єкта права інтелектуальної власності, адже їх відсутність у договорі має наслідком неможливість їх надання ліцензіату. У частині 1 статті 441 ЦК України названі наступні способи використання твору: 1) опублікування (випуск у світ); 2) відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі; 3) переклад; 4) переклад, адаптація, аранжування та інші подібні зміни; 5) включення складовою частиною до збірників, баз даних, антологій, енциклопедій тощо; 6) публічне виконання; 7) продаж, передання в найм (оренду) тощо; 8) імпорт його примірників, примірників його перекладів, переробок тощо. При цьому відповідно до уточнення у частині 2 статті 441 ЦК України використанням твору є також інші дії, встановлені законом. До них, безумовно, необхідно відносити дії, перераховані у ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 01.12.2022 р. № 2811-IX. Саме завдяки встановленню переліку способів використання у обгортковому ліцензійному договорі розкривається зміст використання конкретного об'єкта.

Необхідно зупинитися на тому, що в науковій літературі окрема увага приділяється юридичному й фактичному розумінню використання об'єктів права

інтелектуальної власності. Беручи до уваги, що обгорткові ліцензійні договори здебільшого укладаються для надання дозволу на використання комп'ютерних програм, то зосередимо увагу саме на цих об'єктах авторського права. Так, проводиться розмежування таких понять, як «користування» комп'ютерною програмою і «використання» комп'ютерної програми. Загальновідомо, що під «користуванням» необхідно розуміти вилучення корисних властивостей. У деяких вітчизняних наукових статтях з окресленої проблеми послуговуються категорією «використання, обмежене функціональним призначенням» [148]. Водночас така категорія притаманна податковому праву, але аж ніяк не цивільному, і стосується безпосередньо податкових моментів щодо роялті. Безперечно, авторське право головним чином регулює обіг копій творів, у нашому випадку комп'ютерних програм, але звернемо увагу на наступне. Відповідно до пункту (а) частини 1 статті 4 Директиви 2009/24/ЕС Європейського Парламенту та Ради від 23 квітня 2009 року про правовий захист комп'ютерних програм такі дії, як завантаження в пам'ять комп'ютера, відображення на екрані, експлуатація, передача або зберігання комп'ютерної програми в пам'яті пристрою тягнуть за собою відтворення такої комп'ютерної програми [149]. Тобто всі перелічені дії є використанням комп'ютерної програми як твору власне у юридичному значенні. І хоча кінцевий користувач у більшості випадків використовує комп'ютерну програму за її функціональним призначенням, це неможливо без відповідного дозволу ліцензіара на використання у визначені способи. Отже, хоча і визнаємо різницю між «користуванням» і «використанням», але наголошуємо на важливості відокремлення податкових аспектів, які стосуються обгорткових ліцензійних договорів, від цивільного права.

Щодо конкретних способів використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, які ліцензіар встановлює в обгортковому ліцензійному договорі, то їх перелік цілком залежить від специфіки визначеного об'єкта. Проте, якщо враховувати орієнтацію досліджуваних договорів на масові ринки об'єктів авторського права і суміжних прав, то зазвичай ліцензіар найчастіше обмежує використання вказаних об'єктів їх відтворенням у спосіб та у формі, які

відповідають виду такого об'єкта. Так, в обгорткових ліцензійних договорах щодо програмного забезпечення ліцензіар дозволяє його використання переважно шляхом відтворення, яке полягає у інсталяції, копіюванні, запуску та експлуатації. Вважаємо за доцільне окремо закріпити положення стосовно того, що способи використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, які не визначені в обгортковому ліцензійному договорі, слід вважати такими, які не дозволені ліцензіату.

Досить часто в обгорткових ліцензійних договорах вказується умова щодо мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав [150]. Вона дозволяє авторизувати лише те використання, яке було закладено ліцензіаром. Сама по собі мета використання може закріплюватися у договорі по-різному: особиста, некомерційна чи комерційна, освітня, наукова тощо. Використання ліцензіатом об'єкта авторського права і (або) суміжних прав з будь-якою іншою метою, не встановленою у договорі, або не дозволяється законодавством, або забороняється.

Наступною умовою обгорткових ліцензійних договорів є територія, на яку поширюється наданий дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Згідно з усталеною світовою практикою під територією зазвичай розуміють певні географічні межі ліцензії [150]. Окремий об'єкт авторського права і (або) суміжних прав може бути дозволено використовувати у межах континенту, країни, області, регіону тощо. Водночас для об'єктів, які доступні для ліцензіатів он-лайн, звичним є всесвітній або ж глобальний дозвіл на використання [150].

У частині 7 статті 1109 ЦК України передбачено, що у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, дія ліцензії поширюється на територію України. Якщо проаналізувати обгорткові ліцензійні договори, які використовуються на сьогодні правоволодільцями для розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, то можна помітити, що у багатьох договорах немає умови щодо території. Таким чином, згідно з вищенаведеним положенням ЦК України ліцензіат буде обмежений у використанні певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, тобто може це робити лише на території України.

Проте постає питання щодо прийнятності такої ситуації в сучасних умовах та з огляду на стійку тенденцію до глобалізації [147, с. 68]. Описана проблема знаходить своє вирішення у деяких ліцензійних договорах. У них може бути передбачений дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав на певній території, а на додачу до нього – дозвіл на тимчасове використання поза межами такої території. Таке формулювання договірної умови в нинішньому світі дозволяє кінцевим користувачам найповніше використовувати об'єкти авторського права і (або) суміжних прав, але при цьому забезпечує достатній рівень захисту прав правоволодільців. Через це вважаємо, що подібна норма щодо обгорткових ліцензійних договорів має знайти своє відображення у вітчизняному цивільному законодавстві. Так, у разі відсутності у обгортковому ліцензійному договорі умови про територію, на яку розповсюджується дозвіл на використання права інтелектуальної власності, дія цього дозволу має поширюватися на територію України, а за умови тимчасового використання – і на інші території.

Ще однією умовою ліцензійного договору, передбаченою частиною 3 статті 1109 ЦК України, є строк, на який надаються права. Проте у статті 1110 ЦК України законодавець оперує терміном «строк ліцензійного договору». Отже, постає питання щодо розмежування понять «строк, на який надаються права за ліцензійним договором», «строк ліцензії» і «строк ліцензійного договору». Деякі вітчизняні дослідники при характеристиці умови щодо строку оминають увагою окреслену проблему та фактично ототожнюють ці поняття [91, с. 112]. У договірній практиці вищезгадані поняття досить часто збігаються і у більшості випадків це не тягне за собою негативних наслідків для сторін. Проте, звісно, вказане не означає, що вони дійсно тотожні за своїм змістовним наповненням.

Згідно з частиною 1 статті 631 ЦК України строк будь-якого цивільно-правового договору – це час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконувати свої обов'язки відповідно до договору. Ця норма цілком узгоджується з положеннями статті 1110 ЦК України «Строк ліцензійного договору». Водночас частиною 1 статті 1110 ЦК України закріплено, що ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен спливати не пізніше спливу

строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності. При цьому, очевидно, що «строк чинності виключного майнового права» не належить до строку, на який надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності за ліцензійним договором. Наведене обмеження строку ліцензійного договору є цілком логічним, оскільки безпосередньо пов'язане з виключними права ліцензіара дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності й перешкоджати неправомірному використанню такого об'єкта, адже із спливом строку чинності цих виключних майнових прав інтелектуальної власності з'являється можливість вільно використовувати певний об'єкт права інтелектуальної власності.

Наведене вище однозначно вказує на те, що строк ліцензійного договору не може бути коротшим за строк, на який за вказаним договором надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності. У той самий час теоретично можлива ситуація, коли строк ліцензії буде коротший за строк ліцензійного договору [147, с. 68]. Проте з точки зору потреб юридичної практики, особливо щодо обгорткових ліцензійних договорів, це не є доцільним і дійсно затребуваним. Отже, необхідно розуміти, що «строк ліцензійного договору» і «строк, на який надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності» – це різні за змістом поняття, бо обидва можуть бути передбачені у ліцензійному договорі, але проміжок часу за ними може бути різним. Однак у більшості випадків у обгорткових ліцензійних договорах ці строки, але саме у значенні проміжку часу, збігаються.

У світовій юридичній практиці ліцензіари найчастіше пропонують укласти обгорткові ліцензійні договори або на короткий проміжок часу з можливістю автоматичної пролонгації, або безстроково [147, с. 68-69]. У першому випадку автопродлонгацію у договорі найчастіше пов'язують із сплатою, наприклад, річної (квартальної, місячної тощо) плати. При цьому має бути забезпечена можливість і для ліцензіара, і для ліцензіата зупинити автоматичне продовження обгорткового ліцензійного договору. Більш того, канадські фахівці звертають увагу на те, що ліцензіар обов'язково має повідомляти ліцензіата про автопродлонгацію [150].

Наприклад, перед автопродлонгацією підписки на Apple Music шляхом списання визначеної у обгортковому ліцензійному договорі суми з рахунку ліцензіата система направляє на визначену електронну скриньку ліцензіата лист із відповідним попередженням. Отже, наведене зауваження є цілком доречним для обгорткових ліцензійних договорів з урахуванням їх специфіки, яка була описана на початку цього підрозділу.

У випадку, коли встановлюється умова щодо безстроковості обгорткового ліцензійного договору, то її необхідно тлумачити, беручи до уваги положення статті 1110 ЦК України. Зокрема, строк договору все одно буде обмежений строком чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт авторського права і (або) суміжних прав. Якщо ж у обгортковому ліцензійному договорі відсутня умова про строк, то згідно з частиною 3 вищезгаданої статті його слід вважати укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт авторського права і (або) суміжних прав, але не більше ніж на п'ять років. Проте законодавець також передбачив, що договір буде продовжений на невизначений час, якщо за шість місяців до спливу п'ятирічного строку жодна із сторін договору не повідомить письмово другу сторону про відмову від договору, тобто такий обгортковий ліцензійний договір буде фактично безстроковим, але, звісно ж, обмежуватиметься строком чинності виключного майнового права на визначений у цьому договорі об'єкт авторського права і (або) суміжних прав.

Насамкінець, розглянемо умову щодо плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав за обгортковими ліцензійними договорами. У підрозділі 1.3 цієї роботи «Класифікація обгорткових ліцензійних договорів та оглядова характеристика окремих їх видів» ми вже звернули увагу на те, що ліцензійні договори можуть бути як оплатні, так і безоплатні. При цьому на них розповсюджується дія презумпції оплатності договорів, закріплена у частині 5 статті 626 ЦК України, адже відповідно до її положень договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору. Отже, якщо сторони бажають укласти безоплатний ліцензійний договір, то вони мають

обов'язково передбачити це в тексті договору, адже без закріплення умови щодо оплатності (при цьому мають бути встановлені розмір, порядок і строки виплати) або безоплатності ліцензійний договір, зважаючи на унікальний характер об'єктів права інтелектуальної власності, у більшості випадків буде вважатися неукладеним.

Водночас відносно поширена практика, коли в обгорткових ліцензійних договорах взагалі відсутні положення щодо плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Зайвий раз наголосимо на тому, що обгорткові ліцензійні договори є договорами приєднання і ліцензіати позбавлені можливості пропонувати власні умови або вести перемови щодо запропонованих ліцензіарами. Ліцензіари ж, які досить часто є правоволодільцями, провадять професійну діяльність щодо масового розповсюдження програмного забезпечення та інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав кінцевим користувачам шляхом укладення досліджуваних договорів. Як писав видатний американський дослідник Edward Allan Farnsworth з посиланням на принципи договірної права, у випадках застосування подібних стандартизованих договорів необхідно враховувати стандарти справедливості у суспільстві, що, зокрема, проявляються у істотній еквівалентності у обороті [151, с. 860]. Вважаємо, що для забезпечення основоположного принципу юридичної рівності учасників цивільних відносин і дотримання адекватного балансу прав і обов'язків у цивільному обороті необхідно в цивільному законодавстві поряд з іншими положеннями щодо обгорткових ліцензійних договорів закріпити презумпцію їх безоплатності [147, с. 69]. Так, якщо у ліцензійному договорі із спрощеним порядком укладення відсутня умова щодо плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, то такий договір має вважатися безоплатним.

Що стосується оплатних обгорткових ліцензійних договорів, то серед їх умов мають бути передбачені розмір, порядок і строк виплати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Кожен перелічений аспект напряму пов'язаний з конкретним видом об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, способами його використання, що надаються за договором, територією такого

використання, строком дії договору тощо. З їх різноманітних комбінацій у юридичній практиці за останні десятиліття сформувалася велика кількість моделей, серед яких спробуємо виділити найбільш поширені саме в обгорткових ліцензійних договорах.

Передусім на сьогодні при формуванні умов обгорткових ліцензійних договорів ліцензіари найчастіше включають модель підписки (subscription model), яка полягає у передплаті за використання авторського права і (або) суміжних прав. Так, ліцензіар встановлює щорічні, щоквартальні, щомісячні чи інші платежі за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у фіксованому розмірі. При цьому в більшості випадків такі виплати прив'язуються до строку дії обгорткового ліцензійного договору, тобто пролонгація відбувається шляхом внесення ліцензіатом плати за встановлений строк використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Водночас залежно від виду об'єкта й ліцензії ліцензіаром можуть бути встановлені певні обмеження щодо його використання: 1) обмеження кількості одночасних користувачів; 2) обмеження щодо віддаленого доступу; 3) обмеження щодо кількості контенту, що доступний для завантажування, тощо [150].

Менш поширеною в сучасному світі є модель плати, яка передбачає єдиноразову виплату за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Такий платіж зазвичай здійснюється перед початком використання визначеного обгортковим ліцензійним договором об'єкта. Водночас така оплата іноді може здійснюватися не одним платежем, а у декілька етапів [152, с. 61].

Іншою досить поширеною моделлю є встановлена ліцензіаром оплата за кожне використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав (pay-per-use model). У рамках саме цієї моделі існують: 1) встановлена плата за кожен доступ до контенту; 2) встановлена плата за кожен пошук онлайн-контенту; 3) встановлена плата за кожне завантаження такого об'єкта авторського права і (або) суміжних прав; 4) комісія за тривалість онлайн-часу при використанні об'єкта авторського права і (або) суміжних прав тощо [150; 153, с. 110].

Підсумовуючи, зазначимо, що особливості умов обгорткових ліцензійних договорів викликані їх специфікою, тобто при їх характеристиці необхідно передусім враховувати, що обгорткові ліцензійні договори є договорами приєднання. Має місце певне обмеження прав ліцензіата і вираження ним своєї волі, оскільки він позбавлений можливості пропонувати власні умови договору або вести перемовини щодо запропонованих. Отже, умови обгорткових ліцензійних договорів мають сприяти забезпеченню рівності учасників договірних відносин. При цьому повинен дотримуватися баланс між правами сторін договору й потребами цивільного обороту, які детерміновані практичним становищем на масових ринках програмного забезпечення, баз даних, інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

З огляду на вищевказане вважаємо, що за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія. Більш того, пропонуємо закріпити на рівні Цивільного кодексу України, що за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія, а обгорткові ліцензійні договори, за якими надається будь-який інший вид ліцензії, слід вважати нікчемними. Таке обмеження умови щодо виду ліцензії цілком відповідає призначенню досліджуваних договорів – забезпечити широкий доступ необмеженого кола ліцензіатів до певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Водночас це сприяє дотриманню балансу між основоположним для цивільного права принципом свободи договору й економічними потребами цивільного обороту, оскільки ліцензіари в такому разі позбавлені можливості зловживати використанням конструкції договору приєднання.

Щодо права ліцензіата надавати субліцензії, то така умова не притаманна обгортковим ліцензійним договорам, адже в більшості випадків ліцензіатом виступає кінцевий користувач об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, а ліцензіари не зацікавлені в наданні такого права. Однак немає практичного сенсу забороняти таку умову в обгорткових ліцензійних договорах, оскільки на практиці ліцензіари самостійно не встановлюють її у договорах. Відповідно до чинного вітчизняного законодавства без згоди ліцензіара ліцензіат не може видати

повноваження на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав іншій особі.

За обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише одне майнове право інтелектуальної власності – право використовувати об'єкт авторського права і (або) суміжних прав у певній формі та визначеними у договорі способами. Підкреслимо, що такі способи не є самостійними правами. З огляду на це звернемо увагу на необхідність вдосконалення формулювання частини 6 статті 1109 ЦК України «права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, які не визначені у ліцензійному договорі», бо за ліцензійним договором надається єдине право, а саме право використовувати об'єкт права інтелектуальної власності.

Відсутність у обгорткових ліцензійних договорах умови щодо конкретних способів використання визначених об'єктів авторського права і (або) суміжних прав тягне за собою неможливість надання права використання ліцензіату об'єкта такими способами. Визнаємо, що існує певна різниця між «користуванням» і «використанням» об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Проте вважаємо, що, хоча кінцевий користувач у більшості випадків використовує комп'ютерну програму за її функціональним призначенням, таке використання неможливе без відповідного дозволу ліцензіара на використання у визначені способи. Перелік конкретних способів використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у обгортковому ліцензійному договорі залежить від специфіки об'єкта.

В обгорткових ліцензійних договорах, беручи до уваги договірну практику США та Канади, часто встановлюється умова щодо мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Її необхідність полягає в тому, що ліцензіар може встановити можливість використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав лише з певною метою: особистою, комерційною, освітньою тощо. Завдяки диференціації за метою, у ліцензіата з'являється можливість обрати найвигідніші умови залежно від цілі використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Водночас використання ліцензіатом такого об'єкта з будь-якою

іншою метою, яка не встановлена у договорі або не дозволяється законодавством, забороняється.

Умову щодо території використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав необхідно розуміти як географічні межі ліцензії. Основною проблемою є те, що у значній частині обгорткових ліцензійних договорів така умова може бути відсутня. Згідно з чинним українським законодавством у такому випадку дія ліцензії має поширюватися лише на територію України. Однак дана норма не враховує загальносвітової тенденції до глобалізації та не є адекватною саме для обгорткових ліцензійних договорів. Пропонуємо закріпити у вітчизняному законодавстві, що у разі відсутності в обгортковому ліцензійному договорі умови про територію, на яку розповсюджується дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, дія цього дозволу має поширюватися на територію України, а за умови тимчасового використання – і на інші території.

Вважаємо, що «строк ліцензійного договору» і «строк, на який надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності» – це різні за змістом поняття, обидва можуть бути передбачені у ліцензійному договорі, але проміжок часу за якими може бути різним (однак строк ліцензійного договору не може бути коротшим за строк, на який за вказаним договором надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності). У більшості випадків у обгорткових ліцензійних договорах ці строки, у значенні проміжку часу, збігаються. Виходячи з аналізу світової практики, наголосимо, що обгорткові ліцензійні договори укладаються або на короткий проміжок часу з можливістю автоматичної пролонгації, або безстроково.

Що стосується умови щодо розміру, порядку і строків виплати плати, то передусім зазначимо, що обгорткові ліцензійні договори можуть бути як оплатні, так і безоплатні. З огляду на стандарти справедливості й базові принципи цивільного права, пропонуємо встановити на законодавчому рівні презумпцію безоплатності обгорткових ліцензійних договорів, тобто якщо у ліцензійному договорі із спрощеним порядком укладення відсутня умова щодо плати за

використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, то такий договір має вважатися безоплатним. В оплатних же договорах мають бути передбачені розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. У випадку обгорткових ліцензійних договорів ці умови комплексно представлені в наступних моделях оплати: 1) модель підписки; 2) єдиноразова виплата; 3) оплата за кожне використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

2.3. Сторони обгорткових ліцензійних договорів

Згідно з положеннями статті 1109 Цивільного кодексу України за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності у визначений спосіб (способи) протягом певного строку на певній території, а ліцензіат зобов'язується вносити плату за використання об'єкта, якщо інше не встановлено договором. Отже, сторонами обгорткового ліцензійного договору, як і будь-якого іншого ліцензійного договору, є ліцензіар і ліцензіат.

Ліцензіару, зокрема, належать виключні майнові права інтелектуальної власності: право дозволяти використання об'єктів права інтелектуальної власності і право перешкоджати неправомірному використанню таких об'єктів. При цьому ліцензіар шляхом укладення досліджуваних договорів здійснює розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а саме надає ліцензіату право використовувати визначений об'єкт. Водночас уточнення потребує коло суб'єктів, які мають статус ліцензіара в обгорткових ліцензійних договорах.

Стаття 421 ЦК України відносить до суб'єктів права інтелектуальної власності творця об'єкта права інтелектуальної власності та інших осіб, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності відповідно до ЦК України, іншого закону чи договору. Оскільки предметом обгорткових ліцензійних договорів є дозвіл на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, то доречним буде навести і положення статті 435 ЦК

України. Так, автор твору є первинним суб'єктом авторського права, але суб'єктами авторського права є також інші фізичні та юридичні особи, які набули прав на твори відповідно до договору або закону. Звернемо увагу на те, що в Україні діє презумпція авторства, оскільки згідно з тією ж статтею 435 ЦК України за відсутності доказів іншого автором твору вважається фізична особа, зазначена звичайним способом як автор на оригіналі або примірнику твору. Така презумпція закріплена в законодавстві інших країн, зокрема, у параграфі 410 (с) Закону США про авторське право [137], статті 113-1 Кодексу інтелектуальної власності Франції [52], статті 10 Закону про авторські та суміжні права ФРН [154]. З огляду на вищезгадані законодавчі положення погоджуємося з позицією, що авторське право виникає передусім у творця – автора твору, який є фізичною особою.

Однак тут зайвий раз підкреслимо, що сторонами обгорткових ліцензійних договорів можуть бути всі учасники цивільних відносин, тобто не тільки фізичні особи, а й юридичні особи й різні публічні утворення. У більшості випадків ліцензіаром у обгорткових ліцензійних договорах є саме юридичні особи. Зазвичай, це компанії, професійна діяльність яких полягає в розробці програмного забезпечення, баз даних та інших об'єктів авторського права. При цьому такі об'єкти створюються фізичними особами у зв'язку з виконанням ними або трудового договору, або за замовленням. Відповідно до статті 429 ЦК України особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку із виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт. Лише у випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на створений об'єкт можуть належати працедавцю. Проте майнові права інтелектуальної власності належать працівнику й працедавцю спільно, якщо інше не було передбачено в договорі. Аналогічне правове регулювання закріплено у статті 430 ЦК України для відносин між творцем об'єкта права інтелектуальної власності та замовником цього об'єкта. Отже, можна зробити однозначний висновок, що за вітчизняним цивільним законодавством, хоча юридичній особі, яка є працедавцем або замовником, і можуть належати всі майнові права інтелектуальної власності на створений об'єкт права інтелектуальної

власності, але автором залишатиметься відповідна фізична особа, яка є творцем такого об'єкта.

Зазначимо, що подібне правове врегулювання досліджуваних відносин притаманне і країнам – членам ЄС. Так, Верховний суд Естонії у своєму рішенні від 19 березня 2012 року у справі № 3-2-1-155-11 *Herlitz PBS AG vs. Realister OÜ* підкреслив, що авторами можуть бути лише фізичні особи [155]. Суд детально проаналізував положення Закону про авторське право Естонії, які стосуються презумпції авторства, і зробив висновок, що саме поняття «авторство» передбачає наявність особистих немайнових прав автора. Передусім це право на визнання конкретної особи автором. І хоча за обставинами справи майнові права інтелектуальної власності на об'єкт авторського права належали юридичній особі, особисті немайнові права завжди були лише у творця, адже метою «авторства», як вказано у рішенні, є зв'язування автора як фізичної особи зі своїм твором.

Водночас естонська правниця у сфері інтелектуальної власності Elise Vasamäe висловила думку, що поняття «автор» на сьогодні необхідно тлумачити ширше, а не обмежуватися лише фізичною особою [156]. Вона посилалася на статтю 817 Цивільного кодексу Естонії, згідно з якою автор у випадку неправомірного використання твору чи об'єкта суміжних прав може, серед іншого, вимагати: 1) відшкодування майнової та немайнової шкоди, заподіяної незаконним використанням твору або об'єкта суміжних прав; 2) припинення незаконного використання твору чи об'єкта суміжних прав та утримання від подальшого порушення; 3) повернення того, що було отримано шляхом незаконного використання твору або об'єкта суміжних прав. Дослідниця вважає, що термін «автор» у цій статті ЦК Естонії вжито у ширшому значенні й може включати юридичну особу, якій належать майнові права інтелектуальної власності [156].

Інакша ситуація з окресленої проблеми склалася у США. Відповідно до роз'яснень Бюро авторського права США автором є особа або особи, які фактично створили твір [157]. Проте існує виняток із цього загального правила, який становлять твори, створені за наймом («works made for hire»). Згідно з розділом 101 Закону США про авторське право під поняттям «твір, який створений за наймом»

необхідно розуміти: 1) твір, який підготовлений працівником у рамках його трудової діяльності; або 2) твір, спеціально замовлений або замовлений для використання як внесок у колективний твір, як частина кінофільму чи іншого аудіовізуального твору, як переклад, як додатковий твір, як збірка, як навчальний текст, як тест, як матеріал для відповідей для тесту, або як атлас, якщо сторони прямо погодилися в підписаному ними письмовому документі, що твір вважатиметься твором, створеним за наймом [137]. У розділі 201 Закону США про авторське право закріплено, що у випадку твору, створеного за наймом, його автором є роботодавець або інша особа, для якої твір було створено [137]. Водночас, у положеннях глави 600 Збірника практики Бюро авторського права США, а саме у розділі 614, також встановлено, що у творах, створених за замовленням, автором має бути роботодавець або особа, яка замовила твір, а не особа, яка фактично його створила [158]. При цьому немає різниці, чи є роботодавець або сторона, яка замовила роботу, фізичною особою або юридичною особою. Таким чином, якщо твір створений працівником у рамках його трудової діяльності, то як автора слід вказувати роботодавця, а не працівника, а якщо твір було спеціально замовлено, то автором є замовник, тобто особа чи організація, яка замовила твір, а не особа-виконавець, яка фактично його створила.

Заслуговує на увагу те, що проблема визнання юридичної особи автором значною мірою була висвітлена у судовій практиці Сінгапуру. Як зазначають сінгапурські правники, вперше таке питання постало після винесення судом рішення у справі *Alteco Chemical Pte Ltd v Chong Yean Wah (trading as Yamayo Stationery Manufacturer)* 2 SLR(R) 91 у 1992 році [159]. У цій справі позивач звернувся до суду через порушення відповідачем його авторських прав на об'єкт права інтелектуальної власності. Такий об'єкт був створений дизайнерським агентством в Японії за дорученням материнської компанії, яка і є позивачем. Офіційної передачі авторських прав між дизайнерським агентством і материнською компанією не було, але остання сплатила винагороду дизайнерському агентству. Проте позивач здійснив переуступку авторських прав від материнської компанії. Питання полягало в тому, чи мав позивач авторські

права, а от другорядне питання було в тому, хто був автором об'єкта права інтелектуальної власності. І хоча суддя у цій справі чітко не вказував, що автором можуть бути юридичні особи, але у висновках постановив, що автором об'єкта права інтелектуальної власності була саме материнська компанія.

Описане судове рішення у контексті розширеного тлумачення терміна «автор» було неоднозначно сприйняте у наукових колах і серед юристів-практиків. Однак у 2010 році Високий Суд Сінгапуру у складі Верховного Суду у справі *Pioneers & Leaders (Publishers) Pte Ltd v Asia Pacific Publishing Pte Ltd [2010] SGHC 211* чітко вказав на те, що юридична особа може бути автором твору саме у розумінні авторського права [160]. Суддя Lai Siu Chiu J наголошувала на тому, що не вбачає жодних причин, які заважали б юридичній особі бути автором твору. Так, у параграфі 25 судового рішення у цій справі вона пише, що немає жодного законодавчого положення, яке вичерпно вказувало б на те, що відповідно до Закону про авторське право «автором» має бути фізична особа, а отже, під «особою» можна розуміти будь-яку компанію чи асоціацію тощо [160]. У 30–31 параграфі суддя звернула увагу на те, що у вищеописаній справі Alteco суддя дійсно прямо не проголошував, що юридична особа може бути автором, але судове рішення фактично призвело до появи такої практики. Суддя Lai Siu Chiu J вказала, що у сучасному світі співробітники різних підрозділів компаній – розробників програмного забезпечення беруть участь у створенні невеликих частин твору, а кожна створена невелика частина є практично незначущою сама по собі і не виступає об'єктом права інтелектуальної власності [160]. Далі вона підсумувала, що лише компанія як єдине ціле об'єднує всі частини для створення кінцевого продукту, який захищений авторським правом, а отже, вона в цій ситуації є безпосереднім творцем об'єкта права інтелектуальної власності – автором твору [160].

Проте вже через рік Апеляційний Суд Сінгапуру у складі Верховного Суду переглянув проаналізоване у попередньому параграфі рішення і зробив діаметрально протилежні висновки [161]. Колегія суддів зауважила, що Вищий Суд Сінгапуру у справі Alteco не заявляв про можливість юридичної особи бути

автором твору. Більш того, це рішення стерло відмінність між поняттями «автор» і «правоволоділець», бо суддя у справі не повинен був намагатися інтерпретувати «авторство» у сучасному розумінні, а провести розмежування між особистими немайновими правами автора і майновими правами інтелектуальної власності [161]. Апеляційний Суд зазначив, що «авторство» завжди було призначено для захисту прав авторів, які є фізичними особами, але аж ніяк не юридичними особами. У рішенні також була застосована європейська доктрина «*droit moral*», яка полягає в тому, що творчість автора – це своєрідне розширення його особистості, а також нерозривно пов'язана з його честю й репутацією [162]. Так, колегія суддів відхилила аргументи відповідача, що термін «автор» для цілей законодавства про авторське право може поширюватися на юридичні особи, оскільки це суперечило б публічному порядку й потенційно уможливило б безстрокову охорону авторських прав. Юридична особа може набути прав на твори, але таке набуття не може позбавляти авторства фізичну особу, яка зазначена автором твору. Отже, Апеляційний Суд Сінгапуру у складі Верховного Суду у справі *Asia Pacific Publishing Pte Ltd v Pioneers & Leaders (Publishers) Pte Ltd* [2011] SGCA 37 постановив, що автором має бути лише фізична особа, а без ідентифікації такої фізичної особи, навіть у випадках створення твору працівниками юридичної особи, слід вважати, що авторське права на твір не виникає [161].

У цілому практика США щодо авторства творів, які створені за наймом, не може бути на сьогодні імплементована в українське право інтелектуальної власності. Погоджуємося з висновками, що авторство юридичної особи на твори «*made for hire*» суперечить чинному вітчизняному законодавству [163, с. 11]. Більш того, враховуючи проаналізовану естонську й сінгапурську судову практику, вважаємо, що наші релевантні законодавчі положення наразі не потребують реформування у контексті досліджуваного питання, адже забезпечують належне і сучасне регулювання відносин авторства. Водночас необхідно брати до уваги, що США залишаються однією з країн-лідерів за кількістю компаній – розробників програмного забезпечення. Згідно з законодавством США й усталеною практикою Бюро авторського права США такі компанії у випадку творів, які створені за

наймом, не лише набувають майнові права інтелектуальної власності на них, а також є первинними суб'єктами авторського права – авторами. Таким чином, в обгорткових ліцензійних договорах, де ліцензіаром виступає американська компанія, ліцензіар може мати не лише майнові права інтелектуальної власності, а й особисті немайнові права автора. Зокрема, на у примірниках твору автором буде зазначена відповідна юридична особа.

В обгорткових ліцензійних договорах, як і у ліцензійних договорах, контрагентом ліцензіара є ліцензіат. Відповідно до частини 1 статті 1109 ЦК України ліцензіат – це сторона договору, якій ліцензіар надає дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог ЦК України та іншого закону. Безперечно, ліцензіатом може бути як фізична, так і юридична особа. Проте у випадку обгорткових ліцензійних договорів проблема полягає в ідентифікації самої особи ліцензіата. На прикладі обгорткових ліцензійних договорів щодо надання дозволу на використання програмного забезпечення теоретично можна виокремити декілька основних позицій з цього питання:

1) ліцензіатом є особа, яка фактично встановила програмне забезпечення на комп'ютер і під час інсталяції прийняла умови обгорткового ліцензійного договору;

2) ліцензіатом є будь-яка особа, яка фактично використовує програмне забезпечення;

3) ліцензіатом є особа, яка виступає власницею комп'ютера, на який встановлене відповідне програмне забезпечення.

Послідовно підтримуємо третю позицію, що ліцензіатом у обгортковому ліцензійному договорі визнається особа, яка є власником комп'ютера, на який на законних підставах інстальовано певний об'єкт авторського права і (або) суміжних прав. Передусім саме такий підхід надає можливість якнайповніше ідентифікувати особу ліцензіата у договорі. Водночас станом на сьогодні у багатьох випадках саме власник комп'ютера є тією особою, яка фактично інсталує об'єкт авторського права і (або) суміжних прав і використовує такий об'єкт. Більш того, ми вже

звертали увагу на те, що зазвичай в обгорткових ліцензійних договорах встановлюється умова щодо мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Отже, ліцензіар надає дозвіл на приватне, корпоративне тощо використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав конкретному ліцензіату. З урахуванням цього визначення ліцензіата як будь-якої особи, яка фактично використовує об'єкт авторського права і (або) суміжних прав, взагалі буде суперечити умовам переважної більшості обгорткових ліцензійних договорів.

Також, на нашу думку, лише вказане розуміння особи ліцензіата дозволяє належним чином визначити суб'єктний склад обгорткових ліцензійних договорів у випадку надання корпоративних ліцензій, адже, наприклад, юридична особа, яка є роботодавцем, не може ознайомитися з умовами обгорткового ліцензійного договору і самостійно інсталювати об'єкт авторського права і (або) суміжних прав. Найчастіше ці дії виконують працівники спеціальних відділів (наприклад, ІТ-спеціалісти), до професійної компетенції яких належать релевантні обов'язки. При цьому фактично використовують такі об'єкти інші працівники, а комп'ютери належать на праві власності юридичній особі. Враховуючи окреслену вище специфіку особи ліцензіата у обгорткових ліцензійних договорах, специфіку відносин між названими суб'єктами і характер дозволу на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, ліцензіатом у подібній ситуації є саме юридична особа.

Окремої дослідницької уваги потребує проблема ліцензіата як слабкої сторони обгорткового ліцензійного договору. Ще Й. О. Покровський визнавав, що цивільний закон, хоча і має забезпечувати рівноправність сторін, але також повинен захищати інтереси економічно слабкої сторони від експлуатації її скрути, легковажності, недосвідченості тощо [164, с. 4-6]. Проте на сьогодні потребує уточнення розуміння слабкої сторони саме в обгорткових ліцензійних договорах, а не лише як загальної категорії цивільного права.

Вважаємо, що спроби охарактеризувати слабку сторону договору на основі співвідношення прав і обов'язків сторін у зобов'язанні або позиції сторони у правовідносинах не спроможні вичерпно встановити зміст досліджуваного

поняття. Зокрема, до зазначених позицій досить критично ставився В. В. Вітрянський. Дослідник писав, що учасники майнового обороту, які вступають у договірні відносини, мають у своєму розпорядженні різні засоби і можливості впливу на формування зобов'язання, забезпечення його виконання тощо через різний професійний статус, матеріальне становище чи інші обставини [115, с. 619]. Далі він також наголошував на тому, що в деяких випадках вказані обставини настільки неспівставні, що одна із сторін договору не має жодної можливості впливати на контрагента з метою виконання зобов'язання, а друга розпоряджається реальними можливостями і диктує першій стороні власну волю [115, с. 619]. Так, підтримуємо концепцію, що слабку сторону договору можна належним чином визначити лише при врахуванні об'єктивно обумовлених можливостей контрагентів у конкретному виді договорів. Отже, слабкою є така сторона, яка володіє значно меншим запасом організаційних, матеріальних, професіональних, інформаційних та інших конкурентних ресурсів, які мають значення для формування, реалізації і захисту суб'єктивного права.

Як зазначає François Chénéde, французький дослідник Raymond Saleilles був одним із перших, хто розпочав вивчення слабкої сторони договору у приватному праві [165]. Саме він у 1901 році у своїй роботі «De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande», яка була присвячена аналізу Німецького цивільного уложення, вжив термін «le contrat d'adhésion», тобто «договір приєднання», а також вказав на слабкість положення контрагентів, яким нав'язується воля оферента [166, с. 229-231]. Одним із основних викликів сучасного французького цивільного права, на думку професора університету Роберта Шумана у Страсбурзі Y. Strickler, є забезпечення справедливого балансу між сторонами договору, особливо у контексті захисту слабкої сторони, щоб цивільно-правовий договір не ставав матеріалізацією закону найсильніших [167].

У цілому на сьогодні у французькій цивілістиці виокремлюють дві взаємопов'язані причини слабкості сторони договору. По-перше, суттєвий дисбаланс у можливостях контрагентів виникає у результаті «une asymétrie

informationnelle» – інформаційної асиметрії [168, с. 12]. Типовим прикладом є ситуація, коли оферентом виступає особа, яка займається своєю професійною діяльністю, а акцептант діє з метою реалізації власного приватного інтересу. Як принагідно підкреслює Н. Jacquemin, певна інформаційна асиметрія, а як наслідок, і виникнення слабкої сторони у договорі, спричиняється і особливостями порядку укладення договору, як-от укладення договору за допомогою інформаційно-телекомунікаційних технологій дистанційно [168, с. 12-13]. По-друге, суттєвий вплив на рівність сторін договору має рівень їх переговорних можливостей [168, с. 14]. Так, у слабкої сторони переговорні можливості або мінімальні, або взагалі відсутні. У випадку із використанням конструкції «le contrat d'adhésion» вони зазвичай обмежуються лише приєднанням акцептанта до запропонованої стандартизованої оферти [168, с. 14].

Німецькі дослідники зазвичай називають сильною стороною договору того контрагента, який в односторонньому порядку формулює і затверджує умови договору [169, с. 150]. Таким чином, найчастіше у німецькій цивілістиці слабкою стороною визнається особа, яка приєднується до запропонованих умов договору в цілому і без можливості вести перемови. При цьому зауважимо, що така позиція аргументується не самим по собі процесом одностороннього формулювання умов договору, а можливістю нав'язувати не вигідні або несправедливі умови контрагенту внаслідок специфіки укладення договору приєднанням.

У юридичній науці і практиці США зазвичай використовується вчення «bargaining power». Як підкреслює Daniel D. Barnhizer, воно включає в себе взаємопов'язані практичний, реальний феномен та юридичний концепт [170, с. 92-93]. Так, сам по собі практичний феномен існує незалежно від права і полягає в тому, що суб'єкт використовує будь-які засоби, наявні в його розпорядженні, з метою досягнення бажаного результату у відносинах, що складаються щодо певного обміну [170, с. 92-93]. Проте цей феномен зазнає юридичного впливу, який корегує наявні відносини шляхом надання певної влади одній чи іншій стороні. Отже, юридичний концепт «bargaining power» полягає у врегулюванні відносин обміну, створенні належних моделей таких відносин і розробці відповідних

юридичних наслідків [170, с. 92-93]. З огляду на збереження змістовного наповнення вважаємо, що «bargaining power» можна перекласти як вчення про «силу переговорної влади», «переговорні можливості» або «влада, яка дозволяє відстоювати свої інтереси».

У цілому усталеною є позиція, що сторона має переговорну владу у тому випадку, якщо вона може розсудливо досягти бажаного результату у відносинах [171, с. 150]. Без переговорної влади не можливе саме існування довірчих відносин, адже тоді сторони позбавлені змоги укласти договір у значенні, яке закладене в це поняття у цивільному праві [172, с. 577]. Таким чином, переговорна влада, у її практичному аспекті, є утворюючою для договору і у цьому разі схожа за змістом із поняттям «здатність» [170, с. 102-103].

Водночас американські дослідники визнають, що іноді очевидною є абсолютна нерівність у силі переговорної влади контрагентів [173, с. 97]. У такій ситуації, зокрема, слабка сторона не просто не здатна вплинути на умови взаємодії з сильною стороною, а й не може ніяк примусити такого контрагента «сісти за стіл переговорів» [170, с. 98]. Якщо відсутній паритет у силі переговорної влади, то сильна сторона змусить слабку прийняти умови, на які вона не воліла б погоджуватися [174, с. 10]. З огляду на це в юридичній науці та практиці США поступово була вибудована доктрина переговорної влади, яка призначена виявляти випадки асиметрії переговорних можливостей сторін і створювати відповідні правові наслідки. Зазвичай, виокремлюють два рівні її застосування: 1) як основоположний принцип права; 2) як структурний елемент низки доктрин у довірчому праві [170, с. 101-102].

Як основоположний принцип доктрина переговорної влади дозволяє втручання у довірні відносини за відсутності рівності переговорних можливостей з метою захисту слабкої сторони. Більш того, вона є своєрідним втіленням справедливості у праві й базою для юридичних норм щодо недійсності несправедливих договорів. Необхідно також звернути увагу на бачення американських науковців взаємодії переговорної влади і свободи договору. Так, якщо доктрина свободи договору передбачає, що контрагенти повинні мати

свободу в питанні врегулювання взаємних відносин без втручання держави, то доктрина нерівності переговорної влади діє на загальному, дозаконодавчому рівні як моральна вимога проти виконання зобов'язань, які були нав'язані слабкій стороні сильною [170, с. 101].

Проте водночас переговорна влада як концепт може бути елементом у архітектоніці інших доктрин у договірному праві. Наприклад, вона зазвичай аналізується з метою дослідження фактичних відносин, які склалися між сторонами, і виявлення асиметричних проявів влади в контексті доктрин недобросовісності, тлумачення договорів, про вибір «forum necessitates» і форми правочину тощо [170, с. 102].

Вже неодноразово у цій роботі зазначалося, що при укладенні обгорткових ліцензійних договорів використовується конструкція договору приєднання. Так, ліцензіат приєднується до запропонованих ліцензіаром умов договору в цілому і позбавлений можливості пропонувати власні умови. Цілком погоджуємося з думкою О. С. Яворської, що в такому разі має місце порушення балансу інтересів, а «сторона, що приєднується, повинна мати законодавчі гарантії своїх інтересів» [175, с. 207]. Така ж позиція була висловлена В. В. Вітрянським, який вважає, що можливість сторони приєднатися до договору в цілому або не приєднуватися зовсім значно полегшує процес укладення договору й оформлення договірних відносин, але й істотно обмежує права такої сторони [115, с. 621]. Зокрема, цілком очевидною у випадку обгорткових ліцензійних договорів є асиметрія інформаційних і професійних ресурсів, які викликані специфікою укладення і становищем контрагентів на масових ринках об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, адже ліцензіар у більшості випадків є компанією-фахівцем із істотно більшими відповідними можливостями, ніж ліцензіат, який є кінцевим користувачем.

Безперечно, що однією із основоположних засад вітчизняного цивільного права є свобода договору. Водночас воно також базується на принципі справедливості, добросовісності й розумності. При цьому цивільне законодавство регулює особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній

рівності, вільному волевиявленні й майновій самостійності їх учасників. Підтримуємо думку С. І. Максимова, що «призначенням справедливості традиційно вважається підтримка і відтворення рівноваги, чи рівної міри» [176, с. 97]. Таким чином, має бути забезпечений баланс інтересів сторін обгорткових ліцензійних договорів, під яким розуміємо узаконене справедливе співвідношення їх гарантованих цивільних прав і обов'язків. Отже, відтворення рівноваги контрагентів можливо досягнути різними шляхами, як-от: посилення прав слабкої сторони і збільшення обов'язків сильної сторони; посилення цивільно-правової відповідальності сильної сторони за невиконання або неналежне виконання договору; обмеження цивільно-правової відповідальності слабкої сторони; встановлення спеціального порядку укладення, зміни та розірвання договору тощо [177, с. 42; 115, с. 619-620]. Зокрема, у підрозділі присвяченому умовам обгорткових ліцензійних договорів, напрацьовані конкретні рішення, покликані забезпечувати баланс інтересів сторін досліджуваних договорів, а проблемні питання захисту ліцензіата як слабкої сторони обгорткових ліцензійних договорів у контексті динамічних аспектів договорів будуть детально проаналізовані у третьому розділі цієї роботи.

Наступне проблемне питання, яке потребує належного висвітлення, чи є дистриб'ютори, реселери та інші партнери стороною обгорткових ліцензійних договорів? Дійсно, чимало правоволодільців реалізують об'єкти авторського права і (або) суміжних прав, а особливо пропрієтарне програмне забезпечення, через мережу посередників у зв'язку з відсутністю достатньої кількості власних ресурсів для надання свого продукту щонайбільшій кількості нових користувачів. Підкреслимо, що це актуально в переважній більшості для коробкових обгорткових ліцензійних договорів, оскільки вони передбачають розповсюдження примірників об'єктів авторського права і (або) суміжних прав на матеріальних носіях. Значно поширеніші на сьогодні клік-обгорткові й браузер-обгорткові ліцензійні договори, їх застосовують щодо об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, які можна, наприклад, завантажити безпосередньо з веб-сайту компанії-розробника. У випадку ж із матеріальними примірниками використання партнерської мережі

дійсно дозволяє ефективно виходити на нові ринки об'єктів авторського права, уникнути необхідності комплаєнсу із закордонним законодавством у відповідних сферах, оптимізувати фінансові ресурси. Однак чи є договір між правоволодільцем і різноманітними партнерами ліцензійним?

Вважаємо, що правова природа відносин між вищеназваними суб'єктами не дає підстав називати договір між ними ліцензійним, а отже, не можемо вважати дистриб'юторів, реселерів та інших партнерів стороною обгорткових ліцензійних договорів. На сьогодні в юридичній практиці паралельно існують два суб'єктних ланцюги: 1) ліцензіар – дистриб'ютор – реселер – кінцевий користувач (ліцензіат) і 2) ліцензіар – ліцензіат (кінцевий користувач). Ланки ланцюгів не завжди є сталими, наприклад, дистриб'ютор і реселер можуть об'єднуватися в одному суб'єкті. Проте відносини між суб'єктами в першому ланцюгу не опосередковуються ліцензійними договорами, адже їх суть зводиться до того, щоб розповсюдити примірники об'єктів авторського права і (або) суміжних прав і створити можливість для кінцевого користувача отримати дозвіл на використання таких об'єктів. Такі договори можуть називатися по-різному, зокрема, партнерські договори, дистриб'юторські договори, реселерські договори, договори з перепродавцем тощо. Однак їх юридична природа при цьому буде незмінною. Водночас між суб'єктами другого ланцюга укладається ліцензійний договір, а точніше – ліцензіат, який є кінцевим користувачем, приєднується до коробкового обгорткового ліцензійного договору. Саме цей ліцензійний договір буде передбачати конкретні умови й межі використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

Отже, необхідно визнати, що дистриб'ютори, реселери та інші партнери можуть відігравати значну роль у ліцензійних відносинах. Правоволоділець укладає з ними відповідні договори з метою розповсюдження об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, надання кінцевим користувачам реальної можливості отримати дозвіл на використання цих об'єктів й отримання плати за таке використання. Немає жодних підстав вважати вищезазначених суб'єктів стороною обгорткових ліцензійних договорів, оскільки їх учасниками є тільки

правоволодільці і користувачі об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, які виступають відповідно ліцензіарами та ліцензіатами. Водночас погоджуємося з науковими висновками І. Є. Якубівського про ліцензійну природу відносин між організаціями колективного управління і користувачами [178, с. 84].

Підсумовуючи, зазначимо, що сторонами обгорткових ліцензійних договорів є ліцензіар і ліцензіат. Шляхом укладення досліджуваних договорів ліцензіар розпоряджується своїми майновими правами інтелектуальної власності на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав, тобто надає ліцензіату дозвіл на використання такого об'єкта. Ліцензіарами можуть бути як первинні суб'єкти авторського права, а саме автори, так і вторинні суб'єкти – фізичні та юридичні особи, які набули права на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав на підставі договору чи закону. Найчастіше ліцензіарами в обгорткових ліцензійних договорах виступають юридичні особи, а саме компанії-правоволодільці, компанії – розробники програмного забезпечення і баз даних тощо.

Відповідно до правової доктрини й цивільного законодавства України і більшості країн – членів ЄС автором можуть бути виключно фізичні особи. Водночас на сьогодні існують наукові пропозиції щодо розширеного тлумачення цивільно-правової категорії «авторство», а саме до визнання можливості юридичної особи бути автором. Більш того, згідно з законодавством США і практикою Бюро авторського права США у випадку із створенням творів за наймом («work made for hire») автором є роботодавець або інша особа, яка замовила твір, незалежно від того, чи це фізична, чи юридична особа. Однак на основі аналізу праць європейських науковців, а також естонської та сінгапурської судової практики зроблено висновок, що вітчизняне законодавче регулювання відносин авторства не потребує реформування в окресленому питанні, відсутня практична необхідність у розширеному тлумаченні поняття «автор». При цьому маємо враховувати американську практику, оскільки у випадку, коли ліцензіаром за обгортковим ліцензійним договором є американська компанія, то вона цілком може бути автором об'єкта права інтелектуальної власності й мати не тільки майнові, а й особисті немайнові права інтелектуальної власності.

Ліцензіатом у обгорткових ліцензійних договорах можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. На прикладі обгорткового ліцензійного договору щодо надання дозволу на використання програмного забезпечення вважаємо, що ліцензіатом є особа, яка виступає власницею комп'ютера, на який інстальоване таке ПЗ. Такий підхід щодо визначення ліцензіата дозволяє повною мірою ідентифікувати конкретну особу, а також узгоджується із сталою практикою конкретизації мети використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Звісно, що залежно від виду обгорткових ліцензійних договорів чи від конкретного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав можливі певні уточнення щодо особи ліцензіата на базі описаної позиції.

Головна особливість суб'єктного складу обгорткових ліцензійних договорів – це те, що ліцензіат є слабкою стороною договору. Зокрема, на це однозначно вказує досліджений вітчизняний, французький та американський досвід. Через використання конструкції договору приєднання досягається необхідне спрощення процедури укладення ліцензійного договору, але при цьому порушується баланс інтересів сторін, відбувається істотне посилення влади ліцензіара й обмеження прав ліцензіата. Так, чітко прослідковується виникнення асиметрії об'єктивно обумовлених можливостей контрагентів, особливо професійних та інформаційних ресурсів. Забезпечення рівноваги сторін обгорткових ліцензійних договорів у такому випадку можливе, наприклад, шляхом: посилення прав слабкої сторони і збільшення обов'язків сильної сторони; посилення цивільно-правової відповідальності сильної сторони за невиконання або неналежне виконання договору; обмеження цивільно-правової відповідальності слабкої сторони; встановлення спеціального порядку укладення, зміни та розірвання договору тощо.

Насамкінець додамо, що відстоюємо позицію, що, хоча дистриб'ютори, реселери, інші подібні партнери відіграють певну роль у ліцензійних відносинах, вони не можуть бути суб'єктами обгорткових ліцензійних договорів. Як би на практиці не називалися договори між переліченими партнерами та правоволодільцями, за своєю юридичною природою вони опосередковують лише розповсюдження примірників об'єктів авторського права і (або) суміжних прав,

тобто дистриб'ютори, реселери тощо не є кінцевими користувачами об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а їх діяльність спрямована на створення можливості для такого користувача отримати дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав шляхом укладення обгорткового ліцензійного договору з правоволодільцем.

Висновки до розділу 2

Предмет обгорткових ліцензійних договорів має прямо вказувати на специфіку їх юридичної природи як особливих договірних конструкцій. Так, визначення предмета дозволяє індивідуалізувати обгорткові ліцензійні договори й відмежувати їх від інших правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Отже, вважаємо, що предметом обгорткових ліцензійних договорів є дозвіл на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. При цьому обмеження кола об'єктів права інтелектуальності у визначенні предмета обгорткових ліцензійних договорів саме об'єктами авторського права і (або) суміжних прав є обґрунтованим. Таке обмеження пояснюється необхідністю забезпечення балансу між практичними потребами зростаючого масового ринку об'єктів авторського права і суміжних прав, а також забезпечення прав усіх учасників цивільного обороту з урахуванням тенденцій сьогодення і реалій сучасного обороту майнових прав інтелектуальної власності.

Проведення аналізу цивільно-правової категорії «предмет договору» дозволило зробити наступні висновки. Дихотомія предмета й об'єкта ліцензійного договору повністю спирається на ототожнення договору із зобов'язанням, яке виникає на підставі відповідного ліцензійного договору. На нашу думку, таке ототожнення позбавлене практичного сенсу та є причиною окремих колізій у цивілістичній теорії. Враховуючи зазначене, підтримуємо висновки про цілковиту самобутність і самодостатність категорії «предмет договору» при її застосуванні щодо договору-правочину. Недоречним є виокремлення категорії «об'єкт договору», а отже, і об'єкта обгорткових ліцензійних договорів, через її

ототоження з об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі укладення обгорткового ліцензійного договору.

Особливості умов обгорткових ліцензійних договорів значною мірою обумовлені специфікою таких договірних конструкцій, а тому передусім необхідно враховувати, що обгорткові ліцензійні договори – це договори приєднання. Оскільки кінцеві користувачі позбавлені можливості пропонувати власні умови договору або вести перемовини щодо запропонованих, то умови обгорткових ліцензійних договорів мають забезпечувати врахування прав та інтересів учасників договірних відносин.

У питанні щодо виду ліцензії, яка може надаватися за обгортковими ліцензійними договорами, послідовно відстоюємо позицію, що це може бути лише невиключна ліцензія. Таке обмеження цілком відповідає призначенню досліджуваних договорів – забезпечити широкий доступ необмеженого кола кінцевих користувачів до певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. За цих умов ліцензіари фактично позбавлені можливості зловживати використанням конструкції договору приєднання, а баланс між основоположним для цивільного права принципом свободи договору й економічними потребами цивільного обороту не порушується. Водночас обгорткові ліцензійні договори, за якими надається будь-який інший вид ліцензії, слід вважати нікчемними. Відповідні положення мають знайти своє відображення на рівні цивільного законодавства.

Умова про надання субліцензії не притаманна обгортковим ліцензійним договорам, оскільки ліцензіат є кінцевим користувачем об'єкта авторського права або суміжних прав. Ліцензіари на практиці не зацікавлені у закріпленні в умовах договору права надавати субліцензії, а отже, і не встановлюють її у досліджуваних договорах. Враховуючи зазначене, немає жодного сенсу забороняти таку умову обгорткових ліцензійних договорів на законодавчому рівні.

За обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише право використовувати об'єкт авторського права і (або) суміжних прав у певній формі і

визначеними у договорі способами. При цьому способи використання об'єктів – це не окремі права.

Відсутність у обгорткових ліцензійних договорах умови щодо конкретних способів використання визначених об'єктів авторського права і (або) суміжних прав тягне за собою неможливість надання права використання ліцензіату об'єкта в такі способи. Безумовно, «користування» і «використання» об'єкта авторського права і (або) суміжних не тотожні категорії. Кінцевий користувач зацікавлений у способах використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, що охоплюються категорією «користування». Проте таке користування неможливе без дозволу ліцензіара на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав у визначені способи. Перелік конкретних способів використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у обгортковому ліцензійному договорі залежить від специфіки такого об'єкта.

Виходячи з аналізу договірної практики США та Канади, у обгорткових ліцензійних договорах часто передбачена умова щодо мети використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Отже, ліцензіар може встановити можливість використання об'єкта лише з певною метою: особистою, комерційною, освітньою тощо. Така диференціація важлива, оскільки ліцензіат забезпечується змогою обрати для себе найвигідніші умови залежно від власної цілі використання об'єктів авторського права і (або) суміжних. Підкреслимо, що використання кінцевими користувачами такого об'єкта з метою, яка не встановлена у договорі або не дозволена законодавством, забороняється.

У значній кількості обгорткових ліцензійних договорів умова щодо території використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, тобто географічні межі ліцензії, не передбачена. Згідно з чинним вітчизняним цивільним законодавством у такому випадку дія ліцензії має поширюватися лише на територію України. Проте необхідно брати до уваги загальносвітову тенденцію до глобалізації та специфіку обгорткових ліцензійних договорів. Тому вважаємо за доцільне закріпити у чинному вітчизняному цивільному законодавстві правило про те, що у разі відсутності в обгортковому ліцензійному договорі умови про

територію, на яку розповсюджується дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, дія цього дозволу має поширюватися на територію України, а за умови тимчасового використання – і на інші території.

У договірній практиці США і багатьох країн – членів ЄС обгорткові ліцензійні договори укладаються або на короткий проміжок часу з можливістю автоматичної пролонгації, або безстроково. При цьому «строк ліцензійного договору» і «строк, на який надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності» – це різні за змістом поняття. Так, строк ліцензійного договору не може бути коротшим за строк, на який за досліджуваним договором надається право використовувати об'єкт авторського права і (або) суміжних прав. Однак у більшості випадків у обгорткових ліцензійних договорах ці строки, у значенні проміжку часу, збігаються.

Обгорткові ліцензійні договори можуть бути оплатні й безоплатні. Пропонуємо встановити на законодавчому рівні презумпцію безоплатності ліцензійних договорів із спрощеним порядком укладення. Отже, якщо у обгортковому ліцензійному договорі відсутня умова щодо плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, то такий договір має вважатися безоплатним. Якщо ж договір є оплатним, то в ньому мають бути передбачені розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Такі умови комплексно представлені в наступних моделях плати: 1) підписка; 2) єдиноразова виплата; 3) оплата за кожне використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

Сторонами обгорткових ліцензійних договорів, як і класичних ліцензійних договорів, є ліцензіар і ліцензіат. Ліцензіарами можуть бути як первинні суб'єкти авторського права, а саме автори, так і вторинні суб'єкти – фізичні й юридичні особи, які набули права на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав на підставі договору чи закону. Найчастіше ліцензіарами в обгорткових ліцензійних договорах виступають юридичні особи, а саме компанії-правоволодільці, компанії – розробники програмного забезпечення і баз даних тощо.

Відповідно до цивілістичної доктрини й цивільного законодавства України і більшості країн – членів ЄС авторами можуть бути виключно фізичні особи. Однак згідно із законодавством США і практикою Бюро авторського права США при створенні творів за наймом («work made for hire») автором є роботодавець або інша особа, яка замовила твір, тобто фізична чи юридична особа. Водночас на сьогодні існують наукові пропозиції щодо розширеного тлумачення цивільно-правової категорії «авторство» і в Україні. Однак, виходячи з аналізу наукових здобутків правників країн – членів ЄС, а також низки естонських та сінгапурських судових рішень, вважаємо, що вітчизняне законодавче регулювання відносин авторства не потребує відповідних змін, бо відсутня практична необхідність у розширеному тлумаченні поняття «автор». Проте маємо враховувати, що у випадку, коли ліцензіаром за обгортковим ліцензійним договором є американська компанія, вона цілком може бути автором і мати не тільки майнові, а й особисті немайнові права інтелектуальної власності.

Ліцензіатами в обгорткових ліцензійних договорах можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. На прикладі обгорткового ліцензійного договору щодо надання дозволу на використання програмного забезпечення вважаємо, що ліцензіатом є особа, яка виступає власницею комп'ютера, на який інстальоване таке ПЗ. Такий підхід щодо визначення ліцензіата дозволяє повною мірою ідентифікувати конкретну особу, а також узгоджується із сталою практикою конкретизації мети використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Зауважимо, що на базі описаної позиції можливі певні уточнення щодо особи ліцензіата залежно від виду обгорткових ліцензійних договорів чи від конкретного об'єкта авторського права або суміжних прав.

Основною особливістю суб'єктного складу обгорткових ліцензійних договорів є те, що ліцензіат є слабкою стороною договору. Через використання конструкції договору приєднання забезпечується необхідне для масових ринків спрощення процедури укладення ліцензійного договору, але порушується баланс інтересів сторін, відбувається істотне посилення становища ліцензіара й обмеження прав ліцензіата. У цьому випадку виникає асиметрія об'єктивно

обумовлених можливостей контрагентів, а особливо – професійних та інформаційних ресурсів. Вважаємо, що рівновага між сторонами обгорткових ліцензійних договорів може бути досягнута шляхом: розширення прав слабкої сторони і збільшення обов'язків сильної сторони; посилення цивільно-правової відповідальності сильної сторони за невиконання або неналежне виконання договору; обмеження цивільно-правової відповідальності слабкої сторони; встановлення спеціального порядку укладення, зміни і розірвання договору тощо. Наголосимо, що це питання буде більш детально розкрито в наступному розділі цієї роботи.

Безумовно, дистриб'ютори, реселери та інші подібні суб'єкти беруть певну участь у ліцензійних відносинах. Проте вони не є суб'єктами обгорткових ліцензійних договорів. Де-факто договори між переліченими партнерами і правоволодільцями можуть називатися по-різному, але де-юре вони лише опосередковують розповсюдження примірників об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, тобто дистриб'ютори, реселери та інші суб'єкти не можуть вважатися кінцевими користувачами об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, адже їх діяльність направлена на створення можливості для кінцевого користувача отримати дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних шляхом укладення обгорткового ліцензійного договору з правоволодільцем.

РОЗДІЛ 3

ДИНАМІЧНІ АСПЕКТИ ОБГОРТКОВИХ ЛІЦЕНЗІЙНИХ ДОГОВОРІВ

3.1. Порядок укладення та форма обгорткових ліцензійних договорів

Як вже було вказано в попередніх підрозділах, розвиток технологій і поява масових ринків програмного забезпечення і баз даних значною мірою вплинули на механізми укладення договорів. Зокрема, на сьогодні у юридичній практиці набуло поширення використання ліцензійних договорів із спрощеним порядком укладення. Однак відсутність окремого закріплення групи обгорткових ліцензійних договорів на рівні вітчизняного цивільного законодавства зумовлює використання базових положень договірного права й загальних положень щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

У цілому засадничим атрибутом такої цивільно-правової категорії, як «договір» є згода сторін. Відповідне положення знайшло свій прояв у частині 1 статті 626 ЦК України, де вказано, що договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. При цьому досягнення згоди як кінцевого продукту узгодження волі сторін не видається можливим без відповідних волевиявлень контрагентів. Такими волевиявленнями є пропозиція укласти договір (оферта) і прийняття пропозиції (акцепт). Водночас задля того, щоб цивільно-правовий договір можна було вважати укладеним, волевиявлення сторін має бути здійснене в певній формі. Зазначимо, що відповідно до цивільного законодавства Ірландії, Іспанії, Італії, Нідерландів, Німеччини та Швейцарії ліцензійний договір може укладатися в письмовій або усній формі, тоді як у Франції недотримання письмової форми ліцензійного договору призводить до його недійсності [103, с. 8]. Натомість у англійському праві додатково передбачена можливість укладення ліцензійного договору шляхом вчинення конклюдентних дій. Згідно з положеннями частини 2 статті 1107 ЦК України правочин щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності укладається у письмовій (електронній) формі, за винятком випадків,

визначених законом. Тим часом у разі недодержання письмової (електронної) форми такої правочин є нікчемним. З огляду на це вважаємо, що порядок укладення обгорткових ліцензійних договорів має бути досліджений комплексно з формою таких договірних конструкцій.

У частині 1 статті 205 ЦК України передбачено наступні можливі форми вчинення правочину: усна й письмова (електронна). Якщо детально проаналізувати положення глави 16 «Правочини» і глави 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» ЦК України, то можна зробити висновок, що в українському цивільному законодавстві для електронних договорів передбачена фікція письмової форми. Зокрема, на це однозначно вказує припис абзацу 2 частини 2 статті 639 ЦК України, а саме, якщо сторони домовилися укласти договір за допомогою інформаційно-комунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі. Проте у частині 2 статті 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ законодавець поряд із письмовою формою договору окремо виділяє електронну. Однак виходимо з того, що основним актом цивільного законодавства є Цивільний кодекс України, а його норми мають ієрархічний пріоритет над нормами інших нормативно-правових актів у відповідних сферах [179]. Зазначене твердження цілком відповідає позиції, висвітленій у мотиваційній частині рішення Конституційного Суду України від 13 березня 2012 року № 5-рп/2012 [180].

Вважаємо за доцільне навести декілька рішень Верховного Суду, які демонструють усталену практику щодо досліджуваного питання. Так, відповідно до постанови КЦС ВС від 17.11.2021 р. у справі №172/1159/20 на сьогодні передбачені усна й письмова (електронна) форми правочинів [181]. Принагідно зазначити, що у цій постанові КЦС ВС надав визначення категорії «форма правочину» і пояснив, що «під формою правочину розуміється спосіб вираження волі сторони (сторін) та/або його фіксація» [181]. Наведені позиції були підтримані в постанові ОП КЦС ВС від 18.05.2022 р. у справі №393/126/20 [182]. При цьому вони також доповнені тезами, що «правочин оформлюється шляхом фіксації волі

сторони (сторін) та його змісту» і «така фіксація здійснюється різними способами» [182].

Відзначимо, що у вітчизняній науці цивільного права традиційно виділяють усну й письмову форму договору. Так, І. В. Спасибо-Фатєєва однією з перших обґрунтувала, що електронна форма правочинів є «різновидом письмової форми з урахуванням специфіки мережі Інтернет» [183, с. 32]. Водночас Н. Ю. Філатова звернула увагу на необхідність розрізнення таких понять, як «форма правочину» і «форма представлення інформації» [184, с. 44]. Далі на підтвердження своєї тези про існування електронної форми представлення інформації, а не електронної форми правочину дослідниця зауважила, що «форма представлення інформації в цьому контексті – поняття, тотожне поняттю «способи вчинення», яке згадується у ст. 205 ЦК України» [184, с. 44]. Наголосимо, що у статті 205 ЦК України відсутнє поняття «способи вчинення». Натомість вітчизняний законодавець оперує поняттям «способи волевиявлення», яке аж ніяк не схоже на «способи вчинення» та точно не є тотожним йому. А от вже конкретний спосіб волевиявлення сторони правочину згідно з проаналізованою вище усталеною судовою практикою можна вважати формою вчинення відповідного правочину.

Однак і на сьогодні питання щодо співвідношення письмової та електронної форм, ступеня самостійності останньої залишаються відкритими. Так, авторський колектив Концепції оновлення Цивільного кодексу України запропонував переглянути загальні підходи до форми правочину, а саме: «щодо визначення кола правочинів, які належить вчиняти у письмовій формі, електронній формі (з урахуванням її специфіки і ролі ЕЦП) і в усній формі (зважаючи на технічні досягнення у передачі даних)» [81, с. 11-12]. Далі дослідники наголошують на необхідності «уточнення форми правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності та порядку укладення публічного ліцензійного договору» [81, с. 33]. З огляду на це пропонують передбачити у главі 75 ЦК України «можливість укладення правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в електронній формі, а також правила про порядок укладення публічного ліцензійного договору» [81, с. 33].

У своїй дисертації Л. Р. Катинська звернула увагу на те, що український законодавець при внесенні змін до статті 205 ЦК України заклав розширений підхід до розуміння письмової форми правочину, який не узгоджується з поширеним у країнах –членах ЄС дворівневим підходом [185, с. 43-44]. Відповідного до останнього до письмової форми прирівнюється лише кваліфіковане електронне волевиявлення, тобто таке, що підписане цифровим підписом з чинним кваліфікованим сертифікатом ключа [185, с. 43-44].

На продовження цієї думки вкажемо, що загальна фікція письмової форми, встановлена у абзаці 2 частини 2 статті 639 ЦК України для договорів, які укладені за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, та імперативна вимога абзацу 1 частини 2 статті 207 ЦК України щодо підписання правочину його сторонами для того, щоб правочин вважався укладеним у письмовій формі, певною мірою не узгоджуються. Отже, обов'язковим реквізитом договору, укладеного в письмовій формі, є підписи контрагентів. Разом із цим відповідно до частини 3 статті 207 ЦК України при вчиненні правочинів можливе використання факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного, електронного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису. Таке використання допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їх власноручних підписів, або іншим чином врегульовується порядок його використання сторонами.

Звернемо увагу на Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. № 851-IV [186]. Згідно із статтею 6 згаданого Закону накладенням електронного підпису, який може використовуватися для ідентифікації автора електронного документа, завершується створення такого документа. При цьому відносини, пов'язані з використанням удосконалених і кваліфікованих електронних підписів, регулюються Законом України «Про електронні довірчі послуги», а використання інших видів електронних підписів в електронному документообігу здійснюється суб'єктами електронного документообігу на договірних засадах. Водночас у статті 8 ЗУ «Про електронні

документи та електронний документообіг» закріплено положення, що юридична сила електронного документа не може бути заперечена виключно через те, що він має електронну форму.

Вважаємо, що доцільно також проаналізувати деякі положення Закону України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 р. № 675-VIII [187]. Проте маємо зробити застереження, що Закон регулює правові відносини у сфері електронної комерції під час вчинення електронних правочинів, що ставить під сумнів можливість беззастережного використання його норм для регулювання відносин щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Дослідницький інтерес викликає стаття 12 цього Закону. Згідно з її приписами, якщо відповідно до акта цивільного законодавства або за домовленістю сторін електронний правочин має бути підписаний сторонами, моментом його підписання є використання: 1) електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину; 2) електронного підпису одноразовим ідентифікатором, визначеним цим Законом; 3) аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів.

Під електронним підписом одноразовим ідентифікатором у ЗУ «Про електронну комерцію» необхідно розуміти дані в електронній формі у вигляді алфавітно-цифрової послідовності, що додаються до інших електронних даних особою, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір, та надсилаються іншій стороні цього договору. Однак щодо терміна «електронний підпис» наявна примітка, що він вживається у значенні, наведеному в Законі України «Про електронний цифровий підпис».

По-перше, зауважимо, що Закон України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р. № 852-IV втратив чинність на підставі Закону України «Про електронні довірчі послуги» від 05.10.2017 р. № 2155-VIII. По-друге, хоча у

ЗУ «Про електронний цифровий підпис» було надано визначення електронного підпису, але цей Закон встановлював лише правовий статус електронного цифрового підпису (зокрема, перелік умов, коли електронний цифровий підпис за правовим статусом прирівнюється до власноручного підпису) і регулював відносини, що виникають при використанні лише електронного цифрового підпису. Насамкінець додамо, що очевидною є недосконалість законодавчого формулювання абзацу 2 статті 12 ЗУ «Про електронну комерцію», на що вже звертали увагу вітчизняні дослідники. Згадані положення можна трактувати як фактичне зрівняння юридичної сили і правового статусу електронного підпису й електронного цифрового підпису, і як визнання лише за електронним цифровим підписом можливості бути аналогом власноручного підпису за юридичними наслідками [184, с. 50-51].

Одним із основних принципів, на яких базується вищезгаданий Закон України «Про електронні довірчі послуги», є створення сприятливих і конкурентних умов для розвитку й функціонування сфери електронної ідентифікації [188]. Під електронною ідентифікацією у цьому Законі мається на увазі процедура використання ідентифікаційних даних особи в електронній формі, які однозначно визначають фізичну, юридичну особу або представника юридичної особи. Крім того, у Законі наведена дефініція поняття «електронний підпис» – електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно з ними пов'язуються і використовуються ним як підпис. Водночас законодавець більше не використовує терміна «електронний цифровий підпис». Натомість запроваджені поняття «удосконалений електронний підпис» і «кваліфікований електронний підпис». Удосконалений електронний підпис – це електронний підпис, створений за результатом криптографічного перетворення електронних даних, з якими пов'язаний цей електронний підпис, з використанням засобу удосконаленого електронного підпису й особистого ключа, однозначно пов'язаного з підписувачем, і який дає змогу здійснити електронну ідентифікацію підписувача та виявити порушення цілісності електронних даних, з якими пов'язаний цей електронний підпис. У свою чергу, кваліфікований електронний

підпис – це удосконалений електронний підпис, який створюється з використанням засобу кваліфікованого електронного підпису і базується на кваліфікованому сертифікаті відкритого ключа.

Вважаємо за доцільне звернути увагу на релевантні положення Типового закону про електронну торгівлю ЮНСІТРАЛ щодо форми й порядку укладення договорів [189]. Так, відповідно до статті 11 Типового закону оферта й акцепт оферти можуть проводитися за допомогою повідомлень даних, якщо сторони не домовилися про інше. У тому випадку, коли при укладенні контракту використовується повідомлення даних, він не може бути позбавлений дійсності або позовної сили лише на тій підставі, що для цієї мети використовувалося повідомлення даних. При цьому під повідомленням даних необхідно розуміти інформацію, яка підготовлена, відправлена, отримана або збережена за допомогою електронних, оптичних або аналогічних засобів, включаючи електронний обмін даними, електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс, але не обмежуючись ними. Водночас у статті 6 запропоновано, що при наявності у законодавстві вимоги, щоб інформація була представлена в письмовій формі, ця вимога вважається виконаною шляхом представлення повідомлення даних, якщо інформація у ньому є доступною для її подальшого використання.

Зазначимо, що у Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах закріплені досить схожі за змістом юридичні норми [190]. Передусім відповідно до статті 8 Конвенції повідомлення або договір не можуть бути позбавлені дійсності або позовної сили на тій лише підставі, що вони складені у формі електронного повідомлення. У частині 2 статті 9 прописано, що у випадках, коли законодавство вимагає, щоб повідомлення або договір були представлені в письмовій формі, або передбачає настання певних наслідків у разі відсутності письмової форми, ця вимога вважається виконаною шляхом подання електронного повідомлення, якщо інформація, що в ньому міститься, є доступною для її подальшого використання. При цьому згідно з частиною 3 статті 9, якщо у законодавстві наявна вимога щодо підписання договору стороною, то вона вважається виконаною в наступних

випадках: а) використано якийсь спосіб для ідентифікації цієї сторони і вказівки на її наміри щодо інформації, яка міститься в електронному повідомленні, і b) цей спосіб: і) або є настільки надійним, наскільки це відповідає меті, задля якої електронне повідомлення було підготовлене чи передане, з урахуванням усіх обставин, включно з будь-якими відповідними домовленостями; ii) або, як це фактично продемонстровано на основі самого способу чи за допомогою інших додаткових доказів, дозволив виконати функції, які описані в підпункті (а).

Для повноти висвітлення питання варто розглянути релевантний закордонний досвід. Так, у США на сучасне законодавство, яке стосується форми правочинів, істотно вплинув англійський закон 1677 року «Statute of Frauds» («Статут про шахрайство»). Зауважимо, що у цьому нормативно-правовому акті були висунуті вимоги щодо письмової форми та обов'язкової наявності підписів сторін для деяких видів договорів задля уникнення шахрайства в суді через неправдиві свідчення [191]. Така практична мета письмової форми договору і підпису і на сьогодні залишається незмінною. З огляду на це положення statute of frauds були введені у Єдиний комерційний кодекс США (UCC), який прийняли всі штати, крім Нью-Йорка та Південної Кароліни.

Однак у США для електронних правочинів Національною конференцією уповноважених з питань єдиних державних законів (NCCUSL) були підготовлені Єдиний закон про електронні транзакції (далі – «UETA») та Єдиний закон про комп'ютерні інформаційні транзакції (далі – «UCITA»). Зауважимо, що єдині закони NCCUSL самі по собі не мають юридичної сили до тих пір, поки у штаті вони не будуть прийняті шляхом визначеної процедури.

У цілому UETA охоплює широке коло правочинів і призначений суттєво полегшити процедуру укладання договорів в електронній формі [192]. Згідно з параграфом 102(8) UETA під електронним підписом для цілей Закону мається на увазі електронний звук, символ або процес, доданий або логічно пов'язаний з електронними даними і виконаний або прийнятий особою з наміром підписати електронні дані. Юридичне значення такого підпису встановлюється з урахуванням контексту і об'єктивних обставин на час його створення, виконання або прийняття,

тобто для електронного підпису не створюється окремий паралельний режим існування. Так, електронна форма договору вважається належною для всіх випадків, коли у законодавстві наявна вимога щодо письмової форми.

Водночас UCITA стосується лише договорів і правочинів щодо «комп'ютерної інформації», але при цьому регулює всі пов'язані з ними аспекти [193]. У питанні підписання договору в UCITA вживається термін «автентифікувати» (параграф 102(b)(4)), а не «електронний підпис». Для автентифікації необхідно (1) підписати або (2) іншим чином виконати чи прийняти символ або звук, або використовувати шифрування чи інший процес щодо даних, з наміром автентифікуючої особи: а) ідентифікувати цю особу; б) прийняти умови, що відображені в даних, або в) підтвердити зміст інформації в даних. При цьому у параграфі 119(c) фактично встановлюється презумпція наявності наміру автентифікації особи. Передусім така норма була спрямована на інтенсивне стимулювання розвитку масових ринків об'єктів авторського права і (або) суміжних прав через подальше спрощення підписання договорів в електронній формі.

Відзначимо, що положення UCITA суттєво критикувалися американськими науковцями як такі, що надають надмірний захист ліцензіарам, істотно порушують баланс прав і обов'язків контрагентів, адже використаний в UETA однаковий підхід щодо різних видів електронних підписів і відсутність технічних вимог до них вже значною мірою спрощували укладення договорів в електронній формі [194, с. 461]. Більш того, як підкреслює G. L. Founds, UCITA не здатен був розв'язати колізії між федеральним законодавством США про авторське право й договірним законодавством окремих штатів [195, с. 100-101]. Як наслідок, якщо UETA був прийнятий 48 штатами, округом Колумбія і Віргінськими островами Сполучених Штатів, то UCITA – лише штатами Вірджинія та Меріленд.

Рамкові правила щодо використання електронного підпису державами – членами ЄС були представлені у Директиві 1999/93/ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» від 13 грудня 1999 року [196]. Окремо

наголосимо, що відповідно до положень Директиви простий електронний підпис має юридичну силу, оскільки правовий ефект його застосування при підписанні документа не може бути знівельовано через здійснення волевиявлення в електронній формі. Водночас у разі висування вимоги щодо обов'язкового власноручного підписання певного договору у національному законодавстві, згідно зі статтею 5(1)(а) така вимога має вважатися виконаною за наявності удосконаленого електронного підпису, заснованого на чинному сертифікаті і створеного за допомогою безпечних механізмів створення підпису. Отже, виходячи з аналізу положень цієї Директиви можна зробити висновок, що в ній, як і у розглянутій вище Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, було закладено досить гнучкий на той час підхід до підписання договорів електронними підписами.

Однак Директива 1999/93/ЄС втратила юридичну силу у зв'язку з тим, що набув чинності Регламент № 910/2014 Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу від 23 липня 2014 року про електронну ідентифікацію та довірчі послуги для електронних транзакцій на внутрішньому ринку та про скасування Директиви 1999/93/ЄС [197]. Підкреслимо, що відповідно до статті 288 Договору про функціонування ЄС норми Регламенту мають пряму дію на території ЄС, а положення національного законодавства країн – членів ЄС не застосовуються у частині, що суперечить Регламенту [198]. Водночас у частині 3 статті 2 Регламенту зауважено, що він не впливає на національне право або право Союзу, пов'язане з укладанням та чинністю договорів або інших юридичних чи процесуальних обов'язків, пов'язаних із формою. Загалом у Регламенті № 910/2014 встановлюються умови, на яких держави-члени визнають засоби електронної ідентифікації фізичних та юридичних осіб, що їх охоплює нотифікована схема електронної ідентифікації іншої держави-члена; правила щодо довірчих послуг; правові рамки для електронних підписів тощо. Так, закріплено наступні види електронних підписів: електронний підпис, удосконалений електронний підпис та кваліфікований електронний підпис. Варто відзначити, що багато положень Регламенту № 910/2014 покладено в основу Закону України «Про електронні

довірчі послуги» з метою гармонізації відповідного українського законодавства з правом ЄС.

Вихідними для релевантного національного законодавства країн – членів ЄС залишаються положення Директиви 2000/31/ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію») від 8 червня 2000 року [199]. Так, однією з основних вимог Директиви є гарантування державами – членами ЄС у їх правових системах можливості укладення контрактів за допомогою електронних засобів (стаття 9). Сам процес укладення має бути забезпечено таким чином, щоб не створювати перешкод сторонам при використанні контрактів в електронній формі, а укладення контракту в електронній формі не може бути наслідком для втрати ним законної сили. Зазначимо, що у Директиві встановлено мінімальний перелік інформації, яка має бути надана при укладенні контракту в електронній формі, а саме: різні технічні заходи на шляху до укладення контракту; чи буде укладений контракт прийнятий постачальником послуг та чи буде він доступним; технічні засоби ідентифікації та виправлення помилок вводу до розміщення запиту; мови, запропоновані для укладення контракту (стаття 10).

Як справедливо підкреслюють Jane K. Winn та Jens Haubold, в основу Директиви покладено принцип «нейтральності договірних прав» («contract law neutrality») [200, с. 574]. Тобто Директива створювалася як правовий інструмент, який не контролює процес укладення договору повністю, а передбачає такі правила, які не будуть суттєво зачіпати існуючих норм національного договірних прав країн – членів ЄС щодо, зокрема, форми договору й порядку його укладення [201, с. 7]. Наприклад, у положеннях Директиви відсутні терміни «оферта» та «акцепт», адже те, що у датському чи іспанському цивільному праві є повноцінною пропозицією укласти договір з усіма відповідними юридичними наслідками, як влучно пояснює Sylvia Kierkegaard, у англійському праві – лише запрошення зробити оферту [202]. Водночас Arno R. Lodder пише про те, що спочатку текст проєкту пропозиції стосувався саме процесу укладання контрактів в електронній формі, але згодом від цього формулювання відмовилися через

об'єктивну неможливість швидко досягти консенсусу з такого питання [203]. У цілому європейські дослідники схиляються до думки, що це рішення було обґрунтоване не стільки юридичними потребами, а радше політичною стратегією ЄС, яка полягала в навмисному утриманні через труднощі в гармонізації національного договірної права країн – членів ЄС [200, с. 574].

В аспекті досліджуваного питання зазначимо, що Резолюцією від 26 травня 1989 року було проголошено, що існує необхідність поступового приведення у відповідність приватного права країн – членів ЄС [204]. З огляду на це в останні десятиліття в ЄС здійснено чимало спроб уніфікації цивільного права. Одним із найамбітніших проєктів було напрацювання Цивільного кодексу Європейського Союзу. Визначальною в цьому плані була робота «Towards a European civil code» («До Європейського цивільного кодексу»), вперше видана у 1994 році і яка включала в себе здобутки провідних дослідників щодо соціальних проблем, економічного аналізу приватного права, майбутнього електронної комерції, аргументацію на користь і проти єдиного Європейського цивільного кодексу [205, с. v-vi]. Знаковою подією стало те, що у тому ж 1994 році були опубліковані Принципи міжнародних комерційних контрактів або Принципи УНІДРУА. Згодом Commission on European Contract Law (Комісія з європейського договірної права, відома також як Комісія Ландо), яка була створена Ole Lando, представила європейській юридичній спільноті Principles of European Contract Law (Принципи європейського контрактного права) [206]. Водночас приблизно у ці часові межі розпочали свою роботу Study Group on a European Civil Code (Дослідницька група з Європейського цивільного кодексу), Research Group on EC Private Law (Дослідницька група з приватного права ЄС) або Acquis Group (Група Acquis) тощо. Так, результатом понад двадцятирічної праці й одним із найвагоміших наукових досягнень у сфері уніфікації європейського приватного права на сьогодні є Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (далі – «DCFR») [207].

Звісно, проєкт Модельних правил не містить норм прямої дії, але в ньому сконцентровані положення, які містять узагальнення найкращих правових практик

європейських держав та низку нововведень. Передусім у DCFR встановлено, що у тому разі, коли договір укладається за допомогою електронних засобів, сторона, яка запропонувала умови, що не були узгоджені спеціально, може посилатися на них у відносинах з іншою стороною, коли вони доведені до відома такої сторони у формі тексту. При цьому умови мають бути доступні для ознайомлення у майбутньому протягом розумного періоду часу. Однак найбільш важливими для договорів із спрощеним порядком укладення, а саме для обгорткових ліцензійних договорів, є положення DCFR, що стосуються підпису. Так, висунута теза про те, що для дотримання письмової форми договору не є обов'язковою наявність підпису. Водночас встановлено, що посилання на підпис особи включає посилання на власноручний підпис цієї особи, електронний підпис або удосконалений електронний підпис, а також посилання на будь-що, що підписане особою, слід тлумачити відповідно. Підкреслимо також, що у DCFR визнається, що різні види підписів забезпечують різні види ідентифікації контрагентів. Проте підпис не є обов'язковим реквізитом письмової форми договору, а при висуванні загальної вимоги щодо необхідності підпису (без вказівки на конкретний вид) прийнятними як власноручний підпис особи, так і простий електронний підпис.

У німецькій цивілістиці електронна форма є окремим самостійним видом форми, у якій може вчинятися правочин. Якщо положення щодо письмової форми закріплені у параграфі 126 Німецького цивільного уложення, то відповідні положення щодо електронної форми – у параграфі 126а [46]. Водночас згідно з параграфом 126а Німецького цивільного уложення електронна форма може замінити письмову, передбачену законом, якщо особа, яка зробила повідомлення, вказує своє ім'я та скріплює електронний документ кваліфікованим електронним підписом відповідно до Закону про електронний підпис (Signaturgesetz). Таким чином, бачимо, що письмова й електронна форми чітко розмежовуються, але при наявності законодавчої вимоги щодо обов'язковості письмової форми договору електронна форма є прийнятною за дотримання певних умов.

Заслуговує на увагу й те, що відповідно до параграфу 126b Німецького цивільного уложення виокремлюють текстову форму правочину. Так, розбірливе

повідомлення із зазначенням імені особи, яка його робить, має бути на довговічному носії. Закон визначає довговічний носій як такий, що 1) дозволяє одержувачу зберігати повідомлення, адресоване йому особисто, протягом усього періоду часу, поки воно буде актуальне, і 2) дозволяє відтворювати таке повідомлення без змін. Звідси можна зробити однозначний висновок, що повідомлення не має бути обов'язково матеріалізоване на папері, а може бути відображене за допомогою різних технічних засобів, зокрема, інформаційно-телекомунікаційних систем. На підтвердження цього зазначимо, що згідно з параграфом 312с Німецького цивільного уложення текстова форма передбачена для договорів, які укладаються дистанційно. У цілому текстова форма є достатньою для договорів, у яких переважає інформаційна складова, та може виконувати роль простої письмової форми без обов'язкового підпису сторонами. Однак при укладенні договору у текстовій формі має бути забезпечена можливість: 1) ідентифікації сторін і 2) з'ясувати предмет договору та його зміст [208]. Окремий порядок ідентифікації контрагента при цьому не встановлено, а отже, належними даними для фізичної особи є її ім'я, а для юридичної особи – найменування.

Як зазначив американський дослідник М. А. Eisenberg, у XXI столітті обґрунтування договірного права має бути індивідуалізованим, а не стандартизованим; суб'єктивним, а не об'єктивним; багатограним, а не бінарним; і динамічним, а не статичним [209, с. 1744-1745]. Цілком погоджуємося з такою думкою і вважаємо, що подальше реформування українського приватного права повинно базуватися саме на таких засадах, адже, як показав проведений вище аналіз чинних положень вітчизняного цивільного права, на сьогодні залишається чимало колізій і прогалин у питаннях, що стосуються форми договору. Своєрідним дороговказом можуть виступати положення DCFR. Дійсно, вони значною мірою залишаються досить компромісними з огляду на різноманітність і численні відмінності європейських національних правових систем, але при цьому DCFR застаються прогресивною моделлю, що демонструє належний рівень гнучкості, динамічності та ефективності правового регулювання, зокрема, щодо підпису як цивільно-правової категорії.

При подальших наукових дослідженнях окресленої проблеми необхідно усвідомлювати, що значення письмової форми й підпису в цивілістиці, хоча і взаємопов'язані, але певним чином відрізняються. Якщо письмова форма передусім забезпечує достатню формалізацію змісту правочину, щодо якого сторони домовилися, то підпис ідентифікує контрагентів, забезпечує визначеність їх особистої участі при вчиненні акту підписання і демонструє їх згоду із змістом договору. У Посібнику з прийняття Типового закону ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю окремо наголошується на тому, що представлення даних у письмовій формі є своєрідною початковою вимогою і не має змішуватися з представленням підписаного письмового документа [210, с. 35-36].

Отже, якщо сконцентруватися саме на обгорткових ліцензійних договорах, то, безумовно, при їх укладенні має бути дотримана проста письмова або електронна форма. Водночас у питанні щодо підпису має бути застосований гнучкий підхід, який враховує характер діяльності сторін, торгові звичаї та звичаї ділового обороту, наявність альтернативних способів ідентифікації контрагентів і визнання таких способів на практиці у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, баланс між надійністю й реальними потребами ринку об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а також інші правові, комерційні й технічні чинники. Узагалі-то, описані вище функції підпису у випадку обгорткових ліцензійних договорів цілком можуть бути виконані за допомогою простого електронного підпису або шляхом вчинення конклюдентних дій, що буде більш детально описано далі у цьому підрозділі.

При подальшому аналізі порядку укладення обгорткових ліцензійних договорів зосередимося на спільних для цієї групи договорів базових засадах. При цьому присвятимо окрему увагу особливостям клік-обгорткових ліцензійних договорів і браузер-обгорткових ліцензійних договорів як найбільш поширених на сьогоднішній день ліцензійних договорів із спрощеним порядком укладення.

З огляду на те, що при укладенні обгорткових ліцензійних договорів використовується конструкція договору приєднання, ліцензіат позбавлений можливості запропонувати укласти договір. Більш того, ліцензіат також не може

будь-яким чином вести переговори з ліцензіаром і пропонувати свої умови щодо договору. Таким чином, лише ліцензіар може робити оферту, а ліцензіат у змозі прийняти її шляхом приєднання до обгорткового ліцензійного договору в цілому.

Необхідно звернути увагу на те, що відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 641 ЦК України пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Відзначимо, що через використання конструкції договору приєднання зазначені умови встановлюються у стандартних формах. Однак у вітчизняному законодавстві відсутнє визначення терміна «стандартна форма». Тому виходимо з того, що це форма, яка «розрахована на багаторазове її використання, умови договору в якій сформульовані загальним чином (є однаковими для всіх контрагентів), і яка використовується для укладення однотипних правочинів» [77, с. 111]. Водночас на основі судової практики та доктринальних наробок вважаємо за доцільне виокремити низку специфічних вимог, які висуваються до розміщених у оферті умов обгорткових ліцензійних договорів.

По-перше, ліцензіат має бути належним чином повідомлений щодо запропонованих умов ліцензійного договору. У цьому контексті безперечно важливою у США стала справа *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.* [211]. Компанія Ticketmaster мала власний веб-сайт, на якому відвідувачам були доступні білети на різні масові заходи. На домашній веб-сторінці були інструкції з використання такого сайту, а також каталог актуальних масових заходів. На цій сторінці внизу також містилися умови ліцензійного договору. Такий договір регулював використання самого веб-сайту компанії та електронного каталогу масових заходів. Серед іншого, за цим ліцензійним договором були заборонені прямі URL-посилання та використання веб-сайту з комерційною метою. Згідно з його положеннями, акт використання веб-сайту мав трактуватися як згода користувача із умовами ліцензійного договору. Компанія Tickets.com також мала власний веб-сайт, через який продавала квитки на різні заходи. Крім того, на веб-сайті також була представлена інформація щодо можливості купити квитки на інших веб-сайтах. З цією метою були розміщені посилання, які перенаправляли

користувачів на веб-сайт компанії Ticketmaster. Такі посилання супроводжувалися попередженням про те, що квитки продаються іншою компанією. Тоді компанія Ticketmaster звернулася до суду з позовом, оскільки вбачала у поведінці компанії Tickets.com порушення умов ліцензійного договору, недобросовісну конкуренцію й безпідставне збагачення. Проте суд зробив висновок, що обгортковий ліцензійний договір не мав юридичної сили через невдале розміщення умов договору на веб-сайті. Після цього судового процесу компанія Ticketmaster провела роботи щодо вдосконалення веб-сайту. Так, попередження про умови ліцензійного договору із посиланням на них з'являлися на домашній веб-сторінці зверху на яскравому фоні. У подальшому суд оцінив нове оформлення веб-сайту як таке, що належним чином інформує користувача про можливість використання об'єкта права інтелектуальної власності після укладення договору [212].

Виходячи з наведеного, слід з'ясувати, чи є повідомлення про умови обгорткового ліцензійного договору в ofertі належним оцінюється за формальним та змістовним критеріями [213, с. 291]. Згідно з формальним критерієм оферта має бути розміщена так, щоб бути очевидною для пересічного користувача. Якщо виходити із рішення суду у справі *Forrest v. Verizon Communications*, то у інформаційно-телекомунікаційній системі ліцензіат може отримати формально належне сповіщення про запропоновані умови за допомогою вікна, яке показує частину умов, або добре розміщеної фрази, речення тощо у такому форматі, щоб бути очевидним для типового користувача цієї системи [214]. Відповідно до змістовного критерію повідомлення має бути максимально інформативним і сформульовано так, щоб у ліцензіата не залишалось сумнівів, що йому пропонують укласти цивільно-правовий договір. Наприклад, у справі *Rudder v. Microsoft Corp.* Вищий суд Онтаріо окремо звернув увагу на те, що пропозиція укласти клік-обгортковий ліцензійний договір була зроблена належним чином, оскільки ліцензіат використовував у ofertі просту і зрозумілу мову [215].

По-друге, перегляд умов обгорткового ліцензійного договору має бути простим [101, с. 9-10]. Умови повинні з'являтися або автоматично, або після того, як ліцензіат натискає на певний чітко позначений значок, гіперпосилання тощо. У

разі перенаправлення або відсилання до електронного документа, який містить такі умови, ліцензіар зобов'язаний надати до нього безперешкодний доступ. Ліцензіат при цьому забезпечується можливістю ознайомлюватися з умовами у зручних для нього темпі й форматі. Наприклад, якщо певні умови займають більше місця, ніж може бути відображено на екрані комп'ютера, то має передбачатися можливість переміщатися вперед/назад, прокручувати і змінювати сторінки тощо [216, с. 407]. Водночас, як зазначено судом у рішенні у справі *Caspi v. The Microsoft Network*, з технічного боку ліцензіат має бути повністю позбавлений можливості отримати доступ до об'єкта авторського права і (або) суміжних прав без попереднього ознайомлення з умовами договору й акцепту [217]. Зокрема, американські дослідники рекомендують використовувати текстові або візуальні сигнали з метою спонукання користувача прокрутити відображені на екрані умови ліцензійного договору вниз, коли це необхідно для перегляду інформації [216, с. 403].

По-третє, можливість ознайомлення з умовами обгорткових ліцензійних договорів повинна мати сталий характер [101, с. 10]. Так, пропозиція укласти договір, а також умови цього договору не можуть зникати після первинного перегляду ліцензіатом, а мають бути доступні для ознайомлення у подальшому [216, с. 407-408]. Описана вимога виконує функцію фіксації саме тих умов обгорткового ліцензійного договору, з якими користувач ознайомився й погодився. Вочевидь, це також запобігає зловживанням ліцензіара як сильної сторони, яка цілком теоретично може односторонніми діями змінювати умови договору. Підкреслимо, що у вітчизняній судовій практиці також наголошується на необхідності сталого характеру умов договору, щоб їх можна було вважати складовою конкретного договору [218].

Істотним підґрунтям для подальшого запровадження в українське цивільне законодавство обгорткових ліцензійних договорів стало внесення змін до ч. 1 ст. 641 ЦК України згідно з Законом України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» № 1667-IX від 15.07.2021 р., а саме доповнення ч. 1 статті 641 абзацом 3 такого змісту: «Пропозицією укласти договір є, зокрема, документи (інформація), розміщені у відкритому доступі в мережі Інтернет, які

містять істотні умови договору і пропозицію укласти договір на зазначених умовах з кожним, хто звернеться, незалежно від наявності в таких документах (інформації) електронного підпису». По-перше, запропоноване формулювання щодо електронного підпису значною мірою спрощує процес ідентифікації сторін договору, сприяє зменшенню надмірної формалізації процесу укладення договорів у мережі Інтернет. По-друге, прямо передбачається можливість адресації пропозиції укласти договір невизначеному колу осіб – «з кожним, хто звернеться». Таким чином, фактично вирішується питання щодо кваліфікації пропозиції укласти договір з невизначеним колом осіб у обгорткових ліцензійних договорах саме як оферти, а не як запрошення робити пропозиції укласти договір.

Відзначимо, що такий підхід в цілому відповідає поширеним у світі практикам. Зокрема, у англійській прецедентній справі *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.* суд висловив позицію, що оферта може бути зроблена окремій особі, групі осіб або цілому світові [219]. Безперечно, що при цьому в оферті мають бути передбачені умови договору, а також намір оферента вважати себе зобов'язаним у разі прийняття пропозиції укласти договір акцептантом. Саме на основі цих аспектів, як вказано в судовому рішенні у справі *Gibson v Manchester City Council*, можна провести різницю між офертою та запрошенням робити оферту [220]. У французькому цивільному праві оферта також може бути зроблена як конкретній особі, так і публічно. Так, Касаційний Суд в одному із рішень пояснив, що оферта, зроблена публічно, є обов'язковою для оферента стосовно акцептанта на тих самих умовах, що й пропозиція, яка зроблена конкретній особі [221].

Насамкінець звернемо увагу на те, що у пропозиції укласти обгортковий ліцензійний договір ліцензіар має роз'яснити користувачу інформацію, що стосується прийняття ним такої пропозиції [103, с. 9]. Передусім, після ознайомлення з офертою й умовами договору ліцензіату має бути наданий зрозумілий вибір між акцептом і відмовою від пропозиції укласти ліцензійний договір [216, с. 410]. Наприклад, у справі *Specht v. Netscape Communications Corp.* суд зробив висновок, що кінцевий користувач не укладав ліцензійного договору з компанією Netscape Communications через те, зокрема, що була відсутня

можливість відхилити умови договору [222], адже ліцензіату було запропоновано або просто натиснути «Завантажити», або ознайомитися з умовами ліцензійного договору і натиснути «Завантажити». На думку суду, такий вибір дій не міг, безумовно, продемонструвати згоду користувача укласти ліцензійний договір. Натомість у справі *Caspi v. Microsoft Network, L.L.C.* суд звернув увагу на те, що ліцензіат був забезпечений зрозумілим вибором між акцептом і відмовою, оскільки під час ознайомлення з пропозицією укласти договір міг відхилити оферту шляхом натискання на клавіші «Я не згоден» [217].

Зрозумілим для пересічного ліцензіата також має бути сам по собі спосіб акцепту, запропонований йому ліцензіаром. У цілому в судовій практиці США застосовано неформальний підхід до способів акцепту, а саме будь-який знак, символ, дія, яка однозначно належить до прийняття пропозиції укласти договір, можуть утворити договір між сторонами [222]. Погоджуємося також з позицією американських дослідників, які наполягають на необхідності використання ліцензіарами чітких і зрозумілих слів для позначення згоди користувачів з офертою або її відхилення [216, с. 411-412]. Більш того, беручи до уваги згадані вище судові справи, обов'язковим є роз'яснення наслідків прийняття пропозиції укласти обгортковий ліцензійний договір або відмови від укладення. Так, безпосередньо перед можливістю для ліцензіата здійснити власне волевиявлення, має з'являтися відповідне повідомлення, яке привертає увагу користувача, з попередженням про наслідки його дій [216, с. 415-416]. Наприклад, для прийняття пропозиції укласти договір може бути вказано: «Натиснувши «Так» нижче, Ви підтверджуєте, що прочитали, зрозуміли наведені вище умови та погоджуєтеся їх дотримуватися ». Водночас для відмови цілком прийнятним може бути наступне повідомлення: «Якщо Ви відхилите викладені вище умови, Вам буде відмовлено в доступі до запропонованого Вам програмного забезпечення».

Відповідно до ч. 1 ст. 642 ЦК України відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною. Отже, прийняття пропозиції є другою обов'язковою стадією укладення будь-якого цивільного-правового договору. У контексті дослідження

обгорткових ліцензійних договорів особливу увагу необхідно звернути на специфіку вираження акцепту, адже вони не є однаковими для всієї групи таких договорів.

Як вже було неодноразово вказано у цій роботі, у разі укладення клік-обгорткових ліцензійних договорів ліцензіати здійснюють своє волевиявлення приєднатися до запропонованого договору шляхом вчинення активних дій, які були попередньо визначені ліцензіаром в оферті. Зазвичай такі дії полягають у натисканні користувачем кнопки «Я згоден» (чи «Я приймаю») або ж виконанні інших подібних дій [223, с. 587]. Зауважимо, що досить ґрунтовний аналіз специфіки акцепту у клік-обгорткових ліцензійних договорах було здійснено Верховним Судом Род-Айленду у справі *Groff v. America Online, Inc. (1998 W.L. 307001)* [224]. На той час America Online Incorporation була найбільшим американським медійним конгломератом і постачальником онлайн-сервісів. Відповідно до фактичних обставин справи задля того, щоб отримати доступ до системи America Online, користувач повинен був прийняти пропозицію укласти ліцензійний договір з America Online Incorporation і погодитися виконувати обов'язки відповідно до умов обслуговування America Online шляхом натискання кнопки «Я згоден». Така кнопка спочатку з'являлася у вікні на екрані комп'ютера, де також варто було обрати, ознайомитися або погодитися з умовами ліцензійного договору. Надалі така кнопка знов з'являлася в нижній частині умов договору, де ліцензіату було запропоновано зробити вибір шляхом натискання на кнопки «Я згоден» або «Я не згоден». Залежно від дій ліцензіата, він або приймав, або відхиляв пропозицію укласти ліцензійний договір. У процесі розгляду справи суд встановив, що, натиснувши кнопку «Я згоден», позивач уклав ліцензійний договір із відповідачем, а отже, позивач і відповідач були сторонами договору, який має юридичну силу. Більш того, Верховний Суд Род-Айленду за результатами розгляду цієї справи встановив загальне правило, згідно з яким сторона, яка підписує договір «кліком», тим самим виражає свою згоду з його умовами. При цьому така сторона не може згодом скаржитися на те, що вона не ознайомила з умовами договору або що вона не розуміла його змісту. У цій конкретній справі суд наголосив також

на тому, що позивач фактично підписав клік-обгортковий ліцензійний договір, натиснувши кнопку «Я згоден» навіть не один, а два рази.

У цілому констатуємо, що у судовій практиці США зробили висновок, що «клік» може становити собою повноцінний акцепт у його класичному цивільно-правовому розумінні [225]. При цьому укладення клік-обгорткових ліцензійних договорів більшою чи меншою мірою визнається у судовій практиці Англії, а також Італії, Німеччини, Франції, інших країн Європейського Союзу. Дійсно, у деяких юрисдикціях ще існують сумніви, чи достатньо просто натиснути кнопку «Я згоден» для того, щоб прийняти пропозицію укласти договір. Проте у світі поступово складається позитивна практика визнання клік-обгорткових ліцензійних договорів.

Водночас наголосимо, що згідно з проаналізованими вище положеннями вітчизняного цивільного законодавства щодо форми договору, враховуючи вимогу обов'язкової письмової форми для договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, на сьогодні виникає обґрунтований сумнів щодо дійсності клік-обгорткових ліцензійних договорів в Україні. З огляду на це з'являється нагальна потреба у внесенні відповідних змін до Цивільного кодексу України. Проте перед цим необхідно надати належну юридичну кваліфікацію зазначеному способу акцепту ліцензійного договору.

Так, існує позиція, що натискання певної кнопки, клік на спеціальному полі тощо є конклюдентними діями [226, с. 53-54]. У вітчизняному цивільному праві вона частково спирається на положення ч. 6 ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію», а саме, що відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття може бути надана шляхом вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, де розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею. Однак погоджуємося з думкою Н. Ю. Філатової, що такі дії не можна ототожнювати з конклюдентними діями у контексті ч. 2 ст. 624 ЦКУ тому, що вони «спрямовані на укладення договору», а не на «виконання умов договору» [227, с. 71].

Вважаємо, що вчинення активних дій, які були попередньо визначені ліцензіаром в оферті клік-обгорткового ліцензійного договору, як-от натискання користувачем кнопки «Я згоден» тощо, є підписанням договору електронним підписом, адже електронний підпис – це електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно пов'язуються з ними і використовуються ним як підпис. Водночас варто розуміти, що «клік» або інші подібні дії ліцензіата дійсно можуть бути кваліфіковані як електронний підпис за дотримання низки вимог до оферти й акцепту, що були описані вище. При цьому ідентифікація особи користувача за потреби може бути належним чином досягнута за допомогою його попередньої реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі, активації об'єкта авторського права і (або) суміжних прав в такій системі чи в інші способи.

Відзначимо, що у браузер-обгорткових ліцензійних договорах акцепт насправді вчиняється шляхом конклюдентних дій ліцензіата [103, с. 9]. Так, користувач не повинен виконувати спеціальні дії, які попередньо передбачені в оферті ліцензіаром, щоб акцептувати пропозицію укласти ліцензійний договір. Акцептом можуть бути такі дії, як завантаження об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, його інсталяція або подальше використання, оплата за використання об'єкта тощо. Відстоюємо позицію, що перелічені дії цілком підпадають під характер дій, описаних у ч. 2 ст. 642 ЦК України, тобто вони засвідчують бажання укласти договір, а також у багатьох випадках є діями, спрямованими на безпосереднє виконання умов запропонованого ліцензійного договору.

Основною проблемою для браузер-обгорткових ліцензійних договорів залишається те, що згода сторін, без якої жоден цивільно-правовий договір не може бути укладений, має бути належно продемонстрована контрагентами. Така демонстрація повинна мати певний об'єктивний вияв, який проявляється у поведінці, діях тощо [104, с. 231-232]. У цілому, хоча цей вид обгорткових ліцензійних договорів залишається найбільш контроверсійним, але при дотриманні контрагентами вимог до оферти й акцепту, які описані у цьому підрозділі, у

світовій юридичній практиці такий договір може бути укладений. Підкреслимо, що на це однозначно вказують проаналізовані рішення судів США, а також деяких країн – членів ЄС (наприклад, розглянуте у підрозділі 1.3. рішення окружного суду Роттердама у справі *Netwise v. NTS Computers*). Водночас для ефективного використання цих договірних конструкцій в Україні, як і в ситуації з клік-обгортковими ліцензійними договорами, необхідним є внесення змін до Цивільного кодексу України, що будуть запропоновані у висновках до цієї роботи.

3.2. Захист слабкої сторони обгорткових ліцензійних договорів

У підрозділі 2.3. цієї дисертації було обґрунтовано, що в обгорткових ліцензійних договорах ліцензіат, який є кінцевим користувачем об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, – слабка сторона договору. Це зумовлено використанням правоволодільцями-ліцензіарами конструкції договору приєднання для укладення ліцензійних договорів, що, з одного боку, значною мірою спрощує процес укладення таких договорів і сприяє задоволенню потреб на ринку об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а з іншого – спричиняє порушення балансу інтересів сторін і виникнення асиметрії об'єктивно обумовлених можливостей контрагентів, професійних та інформаційних ресурсів. У частині цієї роботи, яка присвячена статичним елементам обгорткових ліцензійних договорів, була опрацьована низка пропозицій, що здатні забезпечувати баланс інтересів між сторонами. Водночас наразі належного наукового висвітлення потребують шляхи захисту ліцензіата як слабкої сторони у контексті динамічних аспектів обгорткових ліцензійних договорів.

У юридичній практиці нерідко виникають ситуації, коли певні умови договору незрозумілі. Відповідно до ч. 2 ст. 213 ЦК України у таких випадках на вимогу однієї або обох сторін суд може постановити рішення про тлумачення змісту правочину. Виходячи з аналізу ч. 3 ст. 213 ЦК України, у вітчизняному цивільному праві перевага надається буквальному тлумаченню умов договору, оскільки при трактуванні змісту правочину беруться до уваги однаково для всього

змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Якщо буквальне тлумачення не дозволяє з'ясувати змісту, то слід використовувати порівняння визначеної частини правочину зі змістом інших його частин, усім його змістом, намірами сторін. Однак необхідно усвідомлювати, що порівняльне тлумачення далеко не завжди дозволяє однозначно встановити зміст договірної умови. Така ситуація може мати місце через низку причин: від використання недосконалої техніки укладачами договору до цілеспрямованого введення у договір незрозумілої умови з певною метою. Згідно з ч. 4 ст. 213 ЦК України, якщо за правилами, встановленими ч. 3 цієї статті, немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, ustalена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення. Проте і внаслідок такого тлумачення досить часто важко з'ясувати справжній зміст незрозумілої умови договору. Більш того, у цьому випадку відбувається не стільки з'ясування справжньої волі сторін, скільки їх найбільш вірогідної волі. Насамкінець зауважимо, що спеціальні правила щодо тлумачення змісту договорів приєднання в українському цивільному законодавстві відсутні.

З огляду на вищевказане вагомим значення набуває дослідження практики застосування принципу тлумачення *contra proferentem*. Як справедливо відзначає науковець Péter Cserne, на сьогодні серед дослідників історії приватного права немає консенсусу щодо його походження або однозначного первинного обґрунтування [228]. Як відомо, витоки цього принципу прослідковуються з правила «*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*», сформульованого давньоримським юристом Цельсом. Воно безпосередньо стосувалося формального усного контракту *stipulatio* й полягало в тому, що у випадку незрозумілості умов цього контракту, вони мали б тлумачитися проти стипулятора. Із появою і поширенням у римському приватному праві договорів *emptio-venditio* (договір купівлі-продажу) і *locatio-conductio* (договір найму) юристами Павлом і Папініаном сформульовані подібні за змістом правила

тлумачення *contra venditorem* (проти продавця) і *contra locatorem* (проти наймодавця). Однак саме як загальний принцип тлумачення незрозумілих умов договорів у цивільному праві, на думку Reinhard Zimmermann, *contra proferentem* виник у процесі діяльності середньовічних європейських юристів з рецепції римського права [229, с. 240-241]. Таким чином, формувалося сучасне його розуміння як правила тлумачення незрозумілої умови договору проти сторони, яка включила цю умову в договір. Водночас якнайширшого застосування такий принцип набув із розповсюдженням практики використання в цивільному обороті конструкції договорів приєднання і стандартних умов договору.

На сьогодні принцип тлумачення *contra proferentem* закріплено на законодавчому рівні у низці країн, правові системи яких належать до романо-германської правової сім'ї. Згідно з положеннями частини 2 параграфу 305с Німецького цивільного уложення будь-які сумніви щодо тлумачення стандартних ділових умов вирішуються проти сторони, яка їх надала [46]. Під стандартними діловими умовами в німецькій цивілістиці необхідно розуміти всі умови договору, що попередньо сформульовані для більш ніж двох договорів, які одна сторона договору надає іншій стороні під час його укладення. При цьому принцип *contra proferentem* не може застосовуватися до індивідуально узгоджених умов договору. Принагідно зазначити, що цей принцип активно використовувався в судовій практиці ще до його закріплення у Німецькому цивільному уложенні у 1977 році. Так, суди наголошували на обов'язку контрагентів діяти відповідно до вимог добросовісності з урахуванням звичаїв і посилалися на максимум приватного римського права, що укладач мав сформулювати умови договору більш чітко [230, с. 40, 53]. Використання тлумачення *contra proferentem* щодо стандартних умов договорів встановлено і в Цивільному кодексі Італії. Так, відповідно до статті 1370 ЦК Італії умови договорів приєднання, підготовлені однією зі сторін, у випадку, коли виникають сумніви щодо їх змісту, мають тлумачитися на користь іншої [231].

У Цивільному кодексі Франції досліджуваний принцип тлумачення був закріплений у статті 1162 до 2016 року. Так, відповідно до редакції Кодексу, яка вже втратила чинність, у разі сумніву договір має тлумачитися проти того, хто його

передбачив, і на користь того, хто взяв на себе зобов'язання [232]. При цьому необхідно підкреслити, що у французькій судовій практиці тлумачення *contra proferentem* має факультативний та субсидіарний характер. Базовим же визнається принцип пошуку «la commune intention des parties contractantes» – спільного наміру сторін договору. Така позиція вперше була висловлена у 1975 році Палатою з соціальних справ Касаційного суду Франції у рішенні у справі № 74-40.455 від 20.02.1975 [233]. У подальшому вона залишилася незмінною у практиці апеляційних судів [234]. Внаслідок реформи договірного права у 2016 році принцип тлумачення *contra proferentem* було перенесено до статті 1190 Цивільного кодексу Франції, а сферу його застосування обмежено договорами приєднання і споживчими договорами [54].

Доречно зауважити, що станом на сьогодні у деяких країнах принцип *contra proferentem* застосовують для тлумачення незрозумілих умов у необмеженому колі цивільно-правових договорів. Наприклад, у статті 915 Цивільного кодексу Австрії передбачено, що у правочинах незрозуміла умова має тлумачитися проти того, хто її вжив [235]. Згідно з статтею 1288 Цивільного кодексу Іспанії тлумачення незрозумілих умов договору не повинно здійснюватися на користь сторони, яка спричинила виникнення таких умов [55]. Відповідно до статті 1432 Цивільного кодексу провінції Квебек у разі сумнівів договір має тлумачитися на користь особи, яка взяла на себе зобов'язання, і проти особи, яка його сформулювала [236]. При цьому у всіх випадках договір тлумачиться на користь сторони, яка приєдналася до договору, або споживача. Аналогічні положення закріплені у частині 4 статті 6.193 Цивільного кодексу Литви [237].

У правових системах скандинавських країн також широко використовується принцип тлумачення договорів *contra proferentem*. Зауважимо, що для його позначення здебільшого використовують термін «koncipistreglen», що дослівно можна перекласти як «правило укладача» [238, с. 72]. У датській юридичній практиці даний принцип застосовують для тлумачення неоднозначних і обтяжливих умов [239]. Так, названі умови тлумачать проти сторони, яка їх сформулювала. Однак у випадках, коли в узгодженні договірних умов беруть

участь обидві сторони, правило «*koncipistreglen*» не використовують, тобто сфера його вжитку фактично обмежується договорами приєднання та іншими подібними договірними конструкціями. Відзначимо, що у Швеції щодо тлумачення *contra proferentem* склалася аналогічна судова практика [240, с. 248].

Не менш розповсюдженим принцип *contra proferentem* є у договірному праві країн з англо-американської правової сім'ї. Заслуговує на увагу ретроспективний аналіз еволюції такого принципу, зроблений Апеляційним судом штату Міннесота у рішенні у справі *Economy Premier Assurance Co. v. Western National Mutual Insurance Co.*, 839 N.W.2d 749 (2013). Так, було вказано, що теоретико-філософським базисом тлумачення незрозумілих умов договору *contra proferentem* стали ідеї сера Френсіса Бекона, зокрема, його думка, що вчинки та слова людини мають найсуворіше сприйматися проти неї самої, а також обґрунтування сера Едварда Коука, що сприйняття діяння людини проти неї самої за допомогою закону є максимою права [241]. Судді також звернулися до «*Commentaries of Laws of England*» («Коментарі до англійських законів») Уільяма Блекстона – одного із засновників англійської юриспруденції, де він відстоював доктрину застосування *contra proferentem* як механізму, який змушував би людей діяти обережніше та не завдавати шкоди власним інтересам через надто широкий зміст їх слів, але зауважував, що до описуваного правила необхідно вдаватися в останню чергу, коли всі інші правила тлумачення виявилися неспроможними [241].

На сьогодні у США незрозумілі умови будь-якого договору приєднання або договору, який укладений без реальних переговорів стороною з меншою переговорною силою, з високою вірогідністю тлумачитимуться судами проти сторони, що їх запропонувала [242, с. 1121]. Відповідно до параграфу 206 Другого оновленого викладу договірного права (*Restatement (Second) of Contracts*), впливової наукової праці Американського інституту права, при здійсненні вибору серед прийнятних тлумачень обіцянки чи договору, чи їх умов, як правило, перевага надається тому тлумаченню, що діє проти сторони, яка будь-яким чином їх формулює [243]. До речі, правило тлумачення незрозумілих умов договору *contra proferentem* закріплено у законодавстві деяких штатів. Наприклад, згідно з

положеннями статті 1654 Цивільного кодексу Каліфорнії у випадках невизначеності, яка не була усунута попередніми правилами тлумачення, формулювання договору слід трактувати найсуворіше проти сторони, яка спричинила виникнення невизначеності [244]. Отже, можемо зробити висновок, що у юридичній практиці США принцип *contra proferentem* використовують для тлумачення суто незрозумілих умов договорів у тому випадку, коли інші правила не дали змоги досягнути належного результату.

У Великій Британії досліджуваний принцип зазвичай застосовується для тлумачення договорів у тому випадку, коли контрагент, який посилається на необхідність трактування *contra proferentem*, доведе, що певна умова була фактично нав'язана в односторонньому порядку. Так, Високий суд Англії та Уельсу у справі *Oxonica Energy Ltd v Neuftec Ltd* вказав на те, що така максима найбільш пристосована для договорів приєднання, де одна сторона пропонує іншій укласти договір на умовах «take-it-or-leave-it», а у випадку індивідуального узгодження умов договору його сторонами можливість застосування тлумачення *contra proferentem* значною мірою обмежується [245]. У 2011 році суддя Апеляційного суду Англії та Уельсу David E. Neuberger у справі *K/S Victoria Street v House of Fraser Ltd and Others* сформулював позицію, що на сьогодні правило тлумачення *contra proferentem* рідко допомагає при трактуванні комерційних договорів, натомість достатніми для з'ясування значення незрозумілого положення є буквально тлумачення, тлумачення відповідно до комерційних звичаїв тощо [246]. Ця точка зору додатково обґрунтована у 2017 році у справі *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup and Partners Ltd*. Апеляційним судом Англії та Уельсу було підкреслено, що принцип *contra proferentem* однозначно не може використовуватися у випадках, коли сторонами договору є особи, які укладають договір у зв'язку із веденням підприємницької діяльності і мають рівні переговірні можливості [247].

Зауважимо, що описані судові рішення зумовили наукову полеміку щодо існування правила *contra proferentem* у майбутньому. Однак дослідниця Joanna McCunn принагідно зазначила, що в англійському договірному праві наразі відбувається чергова реконцептуалізація цього принципу у відповідь на глобальні

зміни у договірній інтерпретації у XXI столітті [248, с. 505-506]. При цьому *contra proferentem* залишається ефективним правилом тлумачення незрозумілих умов договорів приєднання, коли всі інші правила виявилися непридатними, а також надійним способом захисту слабкої сторони від надмірного тиску з боку контрагента з більшими переговірними можливостями.

Насамкінець звернемо увагу на міжнародні стандарти тлумачення умов договорів. Відповідно до статті 4.6. Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, якщо умови договору, представлені однією стороною, є незрозумілими, перевага надається тлумаченню проти цієї сторони. Водночас у офіційному коментарі до цієї статті наголошено, що ступінь застосування правила *contra proferentem* залежить від обставин кожної конкретної справи: що меншою мірою незрозуміла умова була предметом переговорів між сторонами, тим більше підстав для її тлумачення проти сторони, яка її включила у договір [249]. Згідно з положеннями статті 5:103 Принципів європейського контрактного права перевага тлумаченню *contra proferentem* надається у разі виникнення сумнівів щодо значення умов договору, які не були обговорені індивідуально [206]. Під впливом групи оцінки Draft Common Frame of Reference у складі Association Henri Capitant (Асоціації Анрі Капітана) та Société de Législation Comparée (Товариства порівняльного правознавства) досліджувана максима була сформульована у статті II.-8:103 DCFR більш широко. У частині 1 цієї статті передбачено, що у випадку наявності сумнівів щодо значення індивідуально неузгодженої умови, перевага надається тлумаченню умови проти сторони, яка її запропонувала [250]. У той же час у частині 2 закріплено, що при виникненні сумнівів щодо значення будь-якої іншої умови, якщо така умова була встановлена під домінуючим впливом однієї сторони, перевага надається тлумаченню умови проти цієї сторони [250].

Хоча правило тлумачення *contra proferentem* не передбачене у вітчизняному цивільному законодавстві, воно активно використовується у судовій практиці з 2018 року. У постанові Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду від 18 квітня 2018 року у справі № 753/11000/14-ц зроблено висновок про необхідність застосування тлумачення *contra proferentem* з огляду на

те, що правила тлумачення правочинів, встановлені у статті 213 ЦК України, не дали змоги визначити справжній зміст умови договору. Необхідно підкреслити, що використаний підхід до розуміння принципу *contra proferentem* аналогічний підходу, який висвітлений, зокрема, у статті II.-8:103 DCFR. Так, судом було наголошено: «Це правило підлягає застосуванню не тільки щодо умов, які «не були індивідуально узгоджені» (*no individually negotiated*), а також і щодо умов, які, хоча і були індивідуально узгоджені, проте були включені в договір «під переважним впливом однієї зі сторін» (*under the dominant influence of the party*)» [251]. Вважаємо описану позицію суду такою, що відповідає сучасним загальносвітовим тенденціям у сфері тлумачення умов договору, адже, по-перше, Верховний Суд використав тлумачення *contra proferentem* тоді, коли інші правила виявилися неефективними, а по-друге, було окреслено, що таке тлумачення застосовуються до умов, які не були індивідуально узгоджені або включені у договір під переважним впливом однієї з сторін.

Однак, на нашу думку, наразі все ж існує потреба у проведенні окремого наукового дослідження принципу тлумачення *contra proferentem* та напрацювання належного теоретичного підґрунтя для його застосування у вітчизняному цивільному праві з метою подальшого закріплення на законодавчому рівні. Зауважимо, що Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у постанові від 2 травня 2018 року у справі № 910/16011/17 також послався на необхідність використання тлумачення *contra proferentem* з огляду на неможливість однозначно з'ясувати зміст умови договору шляхом дотримання правил, встановлених статтею 213 ЦК України. Проте, виходячи з наявних у рішенні фактичних обставин справи, такий принцип було застосовано до індивідуально узгодженої умови договору поставки між двома юридичними особами, які здійснюють професійну підприємницьку діяльність і мають рівні переговорні можливості. Однак Суд все одно обґрунтував, що незрозуміла умова має тлумачитися проти сторони, яка її запропонувала, оскільки «спірний пункт 2.1 був включений у договір поставки саме в редакції відповідача» [252]. Вважаємо таку аргументацію досить сумнівною в контексті підходу до розуміння принципу

тлумачення *contra proferentem*, який висвітлено у проаналізованій постанові Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду від 18 квітня 2018 року у справі № 753/11000/14-ц. Більш того, до уваги мають бути взяті описані вище міжнародні стандарти договірного тлумачення, релевантні законодавче регулювання і судова практика Німеччини, Франції, США, Великої Британії тощо, адже вони чітко демонструють необхідність у подальшій лібералізації цивільного права і захисті свободи договору й автономної волі сторін від зовнішнього втручання. Послідовно обстоюємо думку, що принцип *contra proferentem* має функціонувати як ефективне правило тлумачення незрозумілих умов договору, які є або індивідуально неузгодженими, або встановлені під домінуючим впливом однієї сторони, у випадку, коли всі інші правила виявилися непридатними. У той саме час такий принцип у цивільному праві не має перетворюватися на інструмент надмірного правового патерналізму ані з боку законодавця, ані суду.

З огляду на вищезазначене, констатуємо, що правило тлумачення *contra proferentem* можна беззастережно застосовувати для тлумачення незрозумілих умов обгорткових ліцензійних договорів у випадку неспроможності встановити їх зміст відповідно до статті 213 ЦК України. Цей принцип певною мірою здатен компенсувати використання конструкції договору приєднання і породжену нею асиметрію об'єктивно зумовлених можливостей сторін, професійних та інформаційних ресурсів [253, с. 7]. Водночас, базуючись на висновках, які отримані з аналізу закордонного законодавства та судової практики, можна стверджувати, що таке тлумачення не становить надмірного втручання у сферу автономії волі сторін договору і не порушує основоположних принципів цивільного права – юридичну рівність учасників цивільних правовідносин і свободу договору. Усталення практики використання принципу *contra proferentem* до умов обгорткових ліцензійних договорів, беззаперечно, має істотні превентивний та стимулюючий ефекти. Так, погоджуємося з думкою представника чиказької школи права Eric A. Posner, який вважає, що застосування *contra proferentem* спонукає розробника договору бути чіткішим у формулюваннях і більшою мірою

деталізувати умови щодо зобов'язань, а отже, зменшується ймовірність того, що контрагент неправильно зрозуміє умову; полегшується процес тлумачення договору судом [254, с. 580]. Додамо, що такий ефект оптимізації умов ліцензіарами, безсумнівно, має позитивне значення з огляду на загальнопоширену проблему складності для розуміння обгорткових ліцензійних договорів пересічними кінцевими користувачами.

У контексті проблеми, що досліджується у цьому підрозділі, необхідно звернути увагу на питання зміни й розірвання обгорткових ліцензійних договорів. Відповідно до положень ч. 1 ст. 651 ЦК України зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому у абз. 1 ч. 2 статті 651 ЦК України передбачено, що договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом.

У цивільному праві також допускається одностороння відмова від договору в повному обсязі або частково у випадках, коли право на таку відмову встановлено договором або законом. У разі односторонньої відмови у повному обсязі або частково згідно з ч. 3 ст. 651 договір є розірваним або зміненим відповідно. Вважаємо, що законодавче закріплення можливості застосування цієї відмови є досить актуальним для обгорткових ліцензійних договорів, адже такий правовий інструмент здатен врівноважити баланс прав та інтересів ліцензіара й ліцензіата, який, як це вже було обґрунтовано у цій роботі, порушується внаслідок використання конструкції договору приєднання. Однак подібне втручання у сферу свободи договору не має бути надмірним і викривляти основоположних принципів цивільного права, негативно впливати на права й інтереси правоволодільців об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Отже, на нашу думку, ліцензіат має бути забезпечений правом відмовитися від обгорткового ліцензійного договору в цілому шляхом припинення використання визначеного у договорі об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. За цих обставин при подальшому законодавчому закріпленні ліцензійних договорів із спрощеним порядком

укладення необхідно передбачити нікчемність умови щодо заборони ліцензіату відмовитися від обгорткового ліцензійного договору в цілому. Зауважимо, що подібні пропозиції були представлені у проєкті Закону про авторське право і суміжні права № 5552-4 від 09.06.2021 р., але, на жаль, при прийнятті нового Закону України «Про авторське право і суміжні права» за основу було взято альтернативний законопроєкт.

Водночас у ч. 2, 3 ст. 634 ЦК України передбачені спеціальні підстави зміни й розірвання договорів приєднання. Так, згідно з ч. 2 ст. 654 ЦК України договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. При цьому сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. Якщо ж сторона приєдналася до договору у зв'язку із веденням нею підприємницької діяльності, то, як вказано у ч. 3 ст. 634 ЦК України, сторона, що надала договір для приєднання, може відмовити в задоволенні цих вимог, якщо доведе, що сторона, яка приєдналася, знала або могла знати, на яких умовах вона приєдналася до договору.

Безперечно, описані вище спеціальні підстави для зміни й розірвання договорів приєднання застосовуються і до обгорткових ліцензійних договорів. Проте виникають сумніви в тому, наскільки ефективним є подібний механізм захисту прав ліцензіата, який приєднується до ліцензійного договору, адже нерідко у юридичній практиці на масових ринках об'єктів авторського права і (або) суміжних прав трапляються випадки, коли ліцензійні договори містять несправедливі, недобросовісні, обтяжливі чи інші явно негативні для ліцензіата умови. При цьому ліцензіати як кінцеві користувачі зацікавлені не у відмові від договору як такого, а у ліцензійному договорі без несправедливих умов. Як у країнах-членах ЄС, так і в США на сьогодні існують правові норми, які забезпечують захист слабких сторін договору від несправедливих умов і сприяють

належному функціонуванню масових ринків. З огляду на це вважаємо за доцільне звернути більш детальну увагу на релевантний досвід іноземних країн.

Істотну теоретичну й практичну значущість для вітчизняної цивілістики мають відповідні німецькі нароби. Так, за частиною 1 параграфу 138 Німецького цивільного уложення правочин, який суперечить основам добросовісності, є нікчемним [46]. При цьому у параграфі 242 закріплено, що зобов'язання мають виконуватися згідно з вимогами добросовісності і з урахуванням звичаїв ділового обороту [46]. Саме ці статті, як принагідно зазначають R. Zimmermann та S. Whittaker, стали теоретичною основою для німецьких судів у XX столітті при вирішенні питань щодо обмеження свободи договору й визнання недійсними договірних умов, які спричиняли дисбаланс інтересів сторін договору [255, с. 30]. Водночас у 1976 році було прийнято Закон про загальні умови правочинів [256]. Історичним тлом для його розробки стало стрімке зростання кількості масових ринків, а також поширення практики використання конструкції договору приєднання, а отже, виникла необхідність у запровадженні такого правового регулювання, яке забезпечувало б дійсність лише таких стандартних умов договору, що співвідносяться із загальними уявленнями про справедливість. Унаслідок реформи німецького цивільного права 2002 року цей Закон втратив чинність, але його положення, які становлять дослідницький інтерес у цьому питанні, були інкорпоровані у параграфи 305–310 Німецького цивільного уложення.

Особливу увагу у контексті визнання недійсними окремих умов обгорткових ліцензійних договорів необхідно звернути на параграф 307. У ньому закріплена процедура перевірки розумності змісту стандартної умови договору. Зокрема, згідно з частиною 1 зазначено параграфу положення стандартних комерційних умов є недійсними, якщо вони, всупереч вимозі добросовісності, необґрунтовано ставлять у невідгідне становище сторону, яка приєдналася до договору. Окремо підкреслено, що необґрунтоване невідгідне становище також може виникнути через те, що умова не є чіткою і зрозумілою. Вважаємо, що така норма є вкрай актуальною і для українського цивільного права, якщо брати до увагу

загальносвітову тенденцію до формулювання умов у обгорткових ліцензійних договорах у такий спосіб, що унеможлиблює або значною мірою ускладнює її сприйняття кінцевими користувачами, які не є фахівцями у сфері права. Відповідно ж до частини 2 параграфу 307 у разі виникнення сумніву необґрунтовано невігідне становище вважається наявним, якщо положення: 1) не сумісне з основними принципами нормативно-правового акта, від якого воно відступає; або 2) обмежує істотні права або обов'язки, що випливають з природи договору, до такої міри, що це ставить під загрозу досягнення мети договору. Таким чином, для німецьких судів при оцінці справедливості, добросовісності стандартних умов договору орієнтиром будуть диспозитивні умови, які містить цивільне законодавство [257, с. 164].

Водночас у параграфах 308 та 309 Німецького цивільного уложення законодавцем встановлено переліки заборонених умов договору з можливістю оцінки й без можливості оцінки відповідно. У науковій літературі досить часто їх називають «сірим» і «чорним» списками. Якщо «чорний» список (стаття 309) – це перелік заборонених умов, які є недійсними за будь-яких обставин, то «сірий» (стаття 308) – це перелік умов, які можуть бути несправедливими, але остаточне рішення суду залежить від обставин конкретної справи [258, с. 130]. При цьому необхідно підкреслити, що, хоча ці статті *de jure* стосуються індивідуально неузгоджених умов з споживачами, кінцевими користувачами тощо, але *de facto* німецькі суди часто застосовують ці норми за аналогією, як певний правовий орієнтир, до стандартизованих договорів між підприємцями [259, с. 304].

Переконані, що заслуговує на висвітлення досвід скандинавських країн у досліджуваних питаннях. Необхідно зробити уточнення, що у Данії, Фінляндії та Швеції договірне право досить уніфіковане. Отже, розділи 36 національних законів про контракти містять норми, які значною мірою подібні за змістом [260; 261; 262]. Згідно з ними умови договору, які не відповідають принципам добросовісності і справедливості, суд може визнавати недійсними або модифікувати. Якщо у датському законі така норма сформульована стисло, то у фінському наявне уточнення, що при оцінці несправедливості договору мають бути враховані зміст

такого договору в цілому, становище сторін та інші суттєві обставини. У шведській версії закону спеціально наголошено на тому, що суди при здійсненні оцінки мають брати до уваги необхідність захисту слабкої сторони договору. Згадані положення досить гнучкі у застосуванні, адже їх можна використовувати як щодо стандартних умов договору, так і до індивідуально узгоджених. Більш того, вони широко застосовуються не лише у договорах із споживачами чи кінцевими користувачами, а й у комерційних контрактах. Насамкінець відзначимо, що у фінській та датській версії розділу 36 суди мають право коригувати зміст оскаржуваної умови договору й адаптувати її до правових стандартів добросовісності і справедливості.

Однак найбільш універсальним й ефективним правовим інструментом, який захищає слабку сторону договору від несправедливих і недобросовісних умов договору, на сьогодні є американська «doctrine of unconscionability» – доктрина недобросовісності.

Саме по собі поняття «недобросовісність» було вперше використано у рішенні у справі *Campbell Soup Co. vs. Wentz* [263]. У мотиваційній частині суд послався на «недобросовісність» і зазначив, що сторона, яка запропонувала і домоглася укладення недобросовісної угоди, не має приходити до суду і просити про допомогу у виконанні її умов. При цьому суд наголосив на тому, що той факт, що право не забезпечує виконання недобросовісних угод, є настільки загальновідомим, що не потребує більш детального обґрунтування. Водночас поняття «недобросовісність» ніколи не було закріплене на законодавчому рівні у США. Традиційно важливу роль у встановленні його змісту відіграла судова практика. Так, відповідно до роз'яснень суду у рішенні *Williams vs. Walker-Thomas Furniture Co.* недобросовісність вважається такою, що включає в себе відсутність осмисленого вибору з боку однієї зі сторін, а також умови договору, які є необґрунтовано сприятливими для іншої сторони [264]. Істотний внесок у розробку підходів до розуміння недобросовісності зробив американський дослідник Arthur A. Leff, який виокремив змістовну й процедурну складові доктрини [265, с. 487]. Якщо матеріальна складова зосереджена на питанні, чи є умови договору необґрунтовано несприятливими, то процесуальна складова охоплює сам по собі

процес ведення переговорів [265, с. 489-490, 509-510]. Зауважимо, що саме по собі використання конструкції «take it or leave it» може трактуватися американськими судами як нерівні переговорні можливості, які можуть призвести до процедурної недобросовісності [266].

Наразі доктрина недобросовісності знайшла відображення у розділі 2-302 Єдиного комерційного кодексу США, що значною мірою спростило для судів аргументацію рішень у релевантній категорії справ [267]. Отже, якщо суд на підставі закону визнає, що будь-яке положення договору було недобросовісним на момент його укладення, він може: 1) відмовити у примусовому виконанні договору, або 2) визнати решту договору без недобросовісного положення, або 3) обмежити застосування будь-якого недобросовісного положення таким чином, щоб уникнути будь-якого недобросовісного результату [268, с. 12]. Зауважимо, що цей розділ міститься у главі, присвяченій договорам купівлі-продажу. Проте доктрина недобросовісності застосовується судами однаково і до інших договорів. Чималу роль у цьому відіграло її закріплення у Другому зводі норм договірної права («Restatement second on contracts»), який, хоч є і не нормативно-правовим актом, але визнається дуже впливовим науковим наробком Американського інституту права («American Law Institute»). Розділ 208 цієї роботи тотожний параграфу 1 розділу 2-302 Єдиного комерційного кодексу США [269].

Згідно з статтею 1:102 Принципів європейського договірної права сторони є вільними в укладенні договору й визначенні його змісту за умови дотримання вимог добросовісності і справедливості, а також обов'язкових правил, які встановлені Принципами [206]. При цьому у статті 4:110 передбачено спеціальний режим контролю справедливості індивідуально неузгоджених умов договору. Так, сторона договору може відмовитися від такої умови, якщо вона, всупереч вимогам добросовісності і справедливості, призводить до значного дисбалансу прав і обов'язків сторін, що випливають з договору, на шкоду цій стороні, беручи до уваги характер виконання, яке має бути здійснене за договором, всі інші умови договору й обставини, що склалися на момент укладення договору.

Принципи міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА у досліджуваному питанні спираються не на «індивідуальну узгодженість» умов договору, а на «типові умови». Під типовими умовами згідно з статтею 2.1.19 Принципів УНІДРУА необхідно розуміти положення, які заздалегідь підготовлені для загального й багаторазового використання однією зі сторін і які фактично використовуються без переговорів з іншою стороною [249]. Відзначимо, що важливе теоретичне значення у контексті особливостей захисту слабкої сторони обгорткових ліцензійних договорів мають положення статті 2.1.20 Принципів УНІДРУА, адже у параграфі 1 передбачено, що умова, яка входить до складу типових умов договорів, і має такий характер, що інша сторона не могла б розсудливо її передбачити, є недійсною, крім випадку, коли вона була прямо прийнята цією стороною [249]. У параграфі 2 наявне уточнення, що для визначення такого характеру необхідно враховувати зміст умови, формулювання та її спосіб викладення [249]. Зауважимо, що ця низка аспектів була детально висвітлена у попередньому підрозділі.

Водночас у статті 3.2.7 Принципів УНІДРУА встановлено право сторони відмовитися від договору або конкретної його умови, якщо на момент укладення договору весь договір або окрема його умова нечесно давали другій стороні занадто великі переваги. Серед можливих обставин розробники УНІДРУА виокремили: (а) той факт, що одна сторона нечесно скористалася своєю перевагою над другою стороною, яка перебувала у залежності від неї, або у важкому економічному становищі, або ж мала надзвичайні потреби, або через її непередбачливість, незнання, недосвідченість і відсутність вміння ведення переговорів, і (б) характер і мету договору [249]. При цьому це не означає, що до уваги не можуть братися інші фактори, як-от звичаї ділового обороту, договірна практика тощо.

Згідно з положеннями статті 9:408 книги II проекту Модульних правил DCFR умова договору, яка є несправедливою, не обов'язкова для контрагента сторони, яка її надала [250]. При цьому, якщо договір може розумно виконуватися без несправедливої умови, то інші умови залишаються обов'язковими для сторін. Однак підходи до розуміння несправедливих умов у DCFR відрізняються залежно

від суб'єктного складу сторін договору. Так, відповідно до статі II. – 9:403 у договорі між суб'єктом підприємницької діяльності і споживачем умова, яка не була індивідуально узгоджена, є несправедливою для цілей цього розділу, якщо вона запропонована суб'єктом підприємницької діяльності і якщо вона ставить споживача у суттєво невігідне становище всупереч добросовісності і справедливості у взаємовідносинах. Якщо ж договір укладено між сторонами, жодна з яких не є суб'єктом підприємницької діяльності, то у статті II. – 9:404 передбачено, що умова може бути несправедливою лише тоді, коли вона є частиною стандартних умов, наданих однією стороною, і ставить іншу сторону в істотно невігідне становище, що суперечить принципам добросовісності та справедливості у взаємовідносинах. У випадку, коли сторонами у договорі є суб'єкти підприємницької, стаття II. – 9:405 закріплює, що умова може бути несправедливою лише тоді, коли вона є частиною стандартних умов, наданих однією стороною, і має такий характер, що її використання суттєво порушує належну комерційну практику, суперечить добросовісності і справедливості в ділових відносинах. Відзначимо, що, хоча, на нашу думку, така диференціація і не забезпечує найгнучкішого підходу до захисту слабкої сторони договору, але є цілком адекватним правовим механізмом для захисту кінцевих користувачів об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Таким чином, у світі існують наступні правові механізми забезпечення справедливості умов договору: 1) недійсність, яка не потребує додаткової судової чи будь-якої іншої процедури оскарження (нікчемність); 2) недійсність умови у результаті її оскарження шляхом подання позову чи односторонньої заяви; 3) визнання за несправедливою умовою необов'язкового характеру для сторони, проти якої така умова спрямована; 4) відмова суду у примусовому збереженні несправедливої умови; 5) виникнення у слабкої сторони договору права на звернення до суду з вимогою адаптації спірної умови.

Зауважимо, що на сьогодні досить гостро стоїть питання модернізації вітчизняного договірного права. Дослідження юридичної природи принципу добросовісності проведено у працях низки вітчизняних науковців [270; 271;

272, с. 154]. Водночас українські дослідники вже наголошували на необхідності вироблення єдиного підходу до несправедливих і недобросовісних умов договору, а не фрагментарних рішень у законодавстві [77, с. 173]. На прикладі скандинавських країн бачимо позитивний досвід запровадження можливості невизнання судами за такої необхідності несправедливих і недобросовісних умов у будь-яких договорах. У Німеччині ж суди успішно використовують наукові доктрини щодо добросовісності, а звернення національних судів до основоположних принципів права не вважається чимось екстраординарним. У цілому тенденція до універсалізації інструментів для контролю за справедливістю умов договору з часом стає все очевиднішою. Запровадження на законодавчому рівні доктрини недобросовісності у США також супроводжувалося полемікою в наукових і суддівських колах через занадто широке поле для вільного розсуду для суддів. Проте на сьогодні можна із впевненістю сказати, що побоювання опонентів цієї реформи не виправдалися. Найбільш вдалий приклад імплементації такого досвіду у континентальне право з урахування його специфіки, на нашу думку, було продемонстровано у Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. При цьому додамо, що впровадження правових механізмів контролю за справедливістю й добросовістю умов договору лише щодо обгорткових ліцензійних договорів або навіть договорів приєднання є неефективним і у перспективі здатне завдати більше шкоди, аніж принести користь цивільним правовідносинам. Отже, ця проблема потребує подальших наукових розробок і формулювання конкретних пропозицій щодо реалізації на практиці універсального й гнучкого правового інструментарію з урахуванням релевантного закордонного досвіду.

Висновки до розділу 3

На сьогодні відсутність належного закріплення на рівні вітчизняного цивільного законодавства групи обгорткових ліцензійних договорів зумовлює використання базових положень договірного права і загальних положень щодо

розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. З огляду на засадничість для цивільно-правової категорії «договір» таких атрибутів, як волевиявлення сторін, узгодження волі сторін і форма закріплення такого волевиявлення, а також беручи до уваги спрощений порядок укладення ліцензійних договорів з кінцевими користувачами, порядок укладення й форма обгорткових ліцензійних договорів мають досліджуватися комплексно.

На основі проведеного аналізу закордонного законодавства і доктрини, що стосується форми договору, доцільно підкреслити тенденцію до того, що для дотримання простої письмової форми договору наявність підпису сторін не є обов'язковою. Так, хоча значення письмової форми й підпису в цивілістиці тісно взаємопов'язані, але аж ніяк не збігаються. Загальновідомо, що вимога письмової форми покликана забезпечити достатню формалізацію й об'єктивне вираження змісту договору. Значення підпису як реквізиту договору полягає в ідентифікації сторони договору, засвідченні її особистої участі при підписання і демонстрації її згоди із змістом договору. Тому представлення даних у письмовій формі може цілком існувати окремо, а вимога простої письмової форми не має означати вимогу проставлення підписів.

Більш того, на сьогодні при укладенні електронних договорів функції ідентифікації сторони, демонстрації її згоди тощо можуть бути виражені автентифікацією при укладенні договору. При цьому ступінь такої автентифікації може бути різним і залежати від виду договору, необхідності забезпечити захист прав і інтересів учасників цивільних правовідносин тощо. Безперечно, власноручний підпис й удосконалений електронний підпис встановлюють більш високий рівень ідентифікації, ніж електронний підпис. Проте в багатьох випадках рівень ідентифікації сторони при використанні електронного підпису є цілком достатнім для потреб цивільного обороту.

Вважаємо, що при укладенні обгорткових ліцензійних договорів має бути дотримана проста письмова або електронна форма. Таким чином, до підпису має бути застосований гнучкий підхід, який враховує характер діяльності сторін; торгові звичаї та звичаї ділового обороту; наявність альтернативних способів

ідентифікації контрагентів і визнання таких способів на практиці у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; баланс між надійністю й реальними потребами ринку об'єктів авторського права і (або) суміжних прав; інші правові, комерційні й технічні чинники.

Використання конструкції договору приєднання у сфері укладення договору є спільною особливістю всіх обгорткових ліцензійних договорів. Відзначимо, що пропозицію укласти договір з невизначеним колом осіб у обгорткових ліцензійних договорах необхідно кваліфікувати як публічну оферту. Неможливість для ліцензіатів вести переговори з ліцензіарами і пропонувати свої умови, а отже, прийняття пропозиції укласти договір в цілому накладають на таку оферту певну специфіку.

По-перше, ліцензіат має бути належним чином повідомлений щодо запропонованих умов ліцензійного договору. Таке повідомлення має оцінюватися за двома критеріями: формальним і змістовним. Відповідно до формального критерію розміщення оферти має бути зрозумілим для пересічного кінцевого користувача. Змістовний критерій полягає в тому, що повідомлення має бути максимально інформативним і сформульовано так, щоб у ліцензіата не залишалося сумнівів, що йому пропонують укласти цивільно-правовий договір.

По-друге, має бути технічно забезпечений простий перегляд умов ліцензійного договору. Умови повинні з'являтися або автоматично, або після того, як ліцензіат натискає на певний чітко позначений значок, гіперпосилання тощо. Якщо присутнє перенаправлення або відсилання до електронного документа, який містить такі умови, ліцензіар зобов'язаний забезпечити безперешкодний доступ до нього. При цьому важливо, щоб ліцензіат міг ознайомлюватися з умовами досліджуваного договору у зручні для нього темп і формат.

По-третє, можливість ознайомлення з умовами обгорткового ліцензійного договору, що містяться в оферті, повинна мати сталий характер, тобто кінцеві користувачі мають бути забезпечені можливістю доступу до них у будь-який час, а самі умови мають бути чітко зафіксовані й незмінні.

По-четверте, у пропозиції укласти обгортковий ліцензійний договір має бути роз'яснена інформація, що стосується правових наслідків прийняття оферти кінцевим користувачем. Передусім після ознайомлення з офертою й умовами договору ліцензіат повинен мати можливість здійснення вибору між акцептом і відмовою від пропозиції укласти договір. Сам по собі спосіб запропонованого у оферті акцепту також має бути зрозумілим для пересічного кінцевого користувача.

Акцепт у обгорткових ліцензійних договорах має бути повний і безумовний. Водночас, як вже було зазначено у цій роботі, його вираження не є однаковим для всіх різновидів обгорткових ліцензійних договорів.

Для укладення клік-обгорткових ліцензійних договорів кінцеві користувачі здійснюють своє волевиявлення приєднатися до запропонованого договору шляхом вчинення активних дій, які були попередньо визначені ліцензіаром в оферті. Послідовно вважаємо, що вчинення таких дій є підписанням договору електронним підписом, оскільки це становить собою електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно пов'язуються з ними і використовуються як підпис. Ідентифікація особи користувача за потреби може бути належним чином досягнута за допомогою його попередньої реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі, активації об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у такій системі чи в інші способи.

Акцепт пропозиції укласти браузер-обгортковий ліцензійний договір здійснюється кінцевим користувачем шляхом вчинення конклюдентних дій. Він не повинен виконувати спеціальні дії, які попередньо передбачені в оферті ліцензіаром, щоб акцептувати пропозицію укласти ліцензійний договір, бо акцептом можуть бути такі дії, як завантаження об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, його інсталяція або подальше використання, оплата за використання тощо. Вважаємо, що такі дії не тільки засвідчують бажання ліцензіата укласти досліджуваний договір, а й спрямовані на безпосереднє виконання умов укладеного ліцензійного договору.

Оскільки використання конструкції договору приєднання для укладення обгорткових ліцензійних договорів спричиняє порушення балансу інтересів сторін

і виникнення асиметрії об'єктивно обумовлених можливостей контрагентів, професійних та інформаційних ресурсів, то виникає необхідність у забезпеченні балансу сторін договору й захисту кінцевого користувача в контексті динамічних аспектів досліджуваних договорів.

Так, при тлумаченні змісту ліцензійних договорів із кінцевими користувачами ефективним є використання правила тлумачення *contra proferentem*, адже цей принцип певною мірою здатен компенсувати використання конструкції договору приєднання і породжену нею асиметрію об'єктивно зумовлених можливостей сторін, професійних та інформаційних ресурсів. Таку максиму можна застосовувати до незрозумілих умов договору, які є або індивідуально неузгодженими, або були встановлені під домінуючим впливом однієї сторони (у випадку обгорткових ліцензійних договорів – ліцензіара), у випадку, коли всі інші правила виявилися непридатними. Отже, у цих випадках виникає можливість тлумачити незрозумілу умову договору проти ліцензіара, який включив цю умову в договір.

При цьому на основі висновків, отриманих нами з аналізу закордонного законодавства, доктрини та судової практики, вважаємо, що таке тлумачення не становить надмірного втручання у сферу автономії волі сторін договору й не порушує основоположних принципів цивільного права – юридичну рівність учасників цивільних правовідносин і свободу договору. Більш того, поступове усталення практики використання принципу *contra proferentem* до умов обгорткових ліцензійних договорів, беззаперечно, має істотні превентивний і стимулюючий ефекти у договірній практиці на масових ринках об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

На нашу думку, ліцензіат має бути забезпечений правом односторонньої відмови від обгорткового ліцензійного договору. Так, кінцевий користувач у змозі відмовитися від обгорткового ліцензійного договору в цілому шляхом припинення використання визначеного у договорі об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Водночас для захисту такого права необхідно передбачити нікчемність умови щодо заборони ліцензіату відмовитися від обгорткового ліцензійного договору в

цілому при подальшому законодавчому закріпленні ліцензійних договорів із спрощеним порядком укладення.

Спеціальні підстави для зміни й розірвання договорів приєднання застосовуються і до обгорткових ліцензійних договорів, але подібний механізм захисту прав ліцензіата, який приєднується до ліцензійного договору, на сьогодні не є ефективним. На основі дослідження закордонного законодавства і доктрини можемо виокремити наступні правові механізми забезпечення справедливості і добросовісності умов обгорткового ліцензійного договору: 1) недійсність, яка не потребує додаткової судової чи будь-якої іншої процедури оскарження (нікчемність); 2) недійсність умови у результаті її оскарження шляхом подання позову чи односторонньої заяви; 3) визнання за несправедливою умовою необов'язкового характеру для сторони, проти якої така умова спрямована; 4) відмова суду у примусовому збереженні несправедливої умови; 5) виникнення у слабкої сторони договору права на звернення до суду з вимогою адаптації спірної умови.

Однак запровадження подібних механізмів у вітчизняне цивільне право має носити комплексний характер, тобто не є доцільним їх закріплення для застосування лише щодо обгорткових ліцензійних договорів. Мінімальним діапазоном застосування мають бути усі договори, що використовують конструкцію договору приєднання, а в ідеальному варіанті такі положення мають поширюватися на всі цивільно-правові договори. Таким чином, при реформуванні українського цивільного права має бути врахована загальносвітова тенденція до універсалізації інструментів для здійснення контролю справедливості умов договору. Отримані у цій роботі висновки й узагальнення є актуальними для подальших вузьконаправлених досліджень і можуть бути враховані при створенні науково-теоретичного базису для рекодифікації вітчизняного цивільного законодавства.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення і вирішення наукового завдання, яке полягає у визначенні правової природи обгорткових ліцензійних договорів, з'ясуванні комплексу особливостей таких договорів як правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності із спрощеним порядком укладення, а також розробці механізмів охорони і захисту прав та інтересів кінцевих користувачів як слабких сторін договору.

Основні наукові результати дисертації мають теоретичне, методологічне і практичне значення. Проведене дослідження дозволило сформулювати такі висновки і пропозиції.

1. Зародження масового ринку програмного забезпечення у 80-х роках ХХ століття та його подальший стрімкий розвиток зумовили необхідність пошуку нових юридичних механізмів здійснення розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. З огляду на сталу консюмеризацію відносин укладення ліцензійних договорів у традиційний спосіб, а саме на індивідуальних засадах з кожним кінцевим користувачем, стало економічно невиправданим і практично неможливим. Через це згодом було запропоновано використовувати концепцію «take it or leave it» до таких ліцензійних договорів, тобто ліцензіат приєднується до договору в цілому, без можливості вести перемовини з ліцензіаром і пропонувати власні умови. У цілому ліцензійні договори, які укладаються у цей спосіб, можна розглядати як «обгорткові ліцензійні договори», «ліцензійні договори з кінцевими користувачами» або «ліцензійні договори із спрощеним порядком укладення».

2. Використання обгорткових ліцензійних договорів чимало дослідників із США і низки країн Європи вважали небезпечною практикою, яка є прикладом нормативної деградації, ігнорування принципу свободи договору, звуження суб'єктивних прав контрагентів, а також загрозою формування «приватного законодавства». Проте аналіз релевантної закордонної судової практики і наукових робіт дозволяє зробити висновок про те, що обгорткові ліцензійні договори самі по собі не суперечать загальним принципам цивільного права. Вони також

відповідають сучасним запитам цивільного обороту і юридичної практики, оскільки стандартизація форм договорів і використання договорів приєднання для укладення ліцензійних договорів виконують таку ж саму функцію, як і стандартизація товарів і послуг. При цьому в переважній більшості досліджуваних правопорядків існують юридичні інструменти, які захищають кінцевого користувача від недобросовісності контрагентів, несправедливих умов договору, не дають можливості формувати умови договору, що порушують права контрагента, тощо.

3. Правова природа обгорткових ліцензійних договорів має комплексний характер, який виражається у трьох аспектах.

По-перше, досліджувана договірна конструкція належить до правочинів у сфері інтелектуальної власності, які є самостійною групою цивільно-правових договорів.

По-друге, досліджувані договірні конструкції є передусім ліцензійними договорами. Їх неможна ототожнювати з ліцензіями саме через їх суто договірну природу. Виходячи з цього, зроблено висновок про те, що підхід до обгорткових ліцензійних договорів як до «публічних ліцензій», який вітчизняний законодавець застосував у Законі України «Про авторське право і суміжні права» № 2811-IX від 01.12.2022 р., хибний з урахуванням правової сутності таких правочинів. Обґрунтування досліджуваних договорів як односторонніх не вирішує проблем, які виникають у сучасній юридичній теорії та практиці, а навпаки, породжує низку нових.

По-третє, обгорткові ліцензійні договори – це договори із спрощеним порядком укладення. Під спрощеним порядком укладення необхідно розуміти використання конструкції договору приєднання, яка у випадку з обгортковими ліцензійними договорами полягає в наступному: 1) обгортковий ліцензійний договір розробляється ліцензіаром із використанням стандартних форм і реквізитів; 2) ліцензіар розробляє такі стандартні форми самостійно й на власний розсуд; 3) ліцензіар є оферентом; 4) акцептом обгорткового ліцензійного договору визнається згода ліцензіата укласти такий договір шляхом вчинення дій, які

виражають його згоду з умовами у спосіб, передбачений офертою; 5) обгортковий ліцензійний договір зазвичай приймається ліцензіатом повністю, а у випадку незгоди ліцензіата хоча б з однією з його умов відповідний обгортковий ліцензійний договір вважається неукладеним; 6) умови обгорткового ліцензійного договору мають відповідати положенням чинного цивільного законодавства, містити суб'єктивні цивільні права й обов'язки, зазвичай характерні для ліцензійних договорів.

4. На основі дослідження правової природи обгорткових ліцензійних договорів надано їх визначення як групи ліцензійних договорів, за якими одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав на умовах, встановлених ліцензіаром у стандартних формах, а ліцензіат може приєднатися до запропонованого договору лише в цілому шляхом вчинення дій, які виражають його згоду з умовами договору у спосіб, передбачений офертою.

5. Пропонується наступна класифікація обгорткових ліцензійних договорів:

1. Залежно від об'єкта, дозвіл на використання якого надається за договором:

1.1. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів авторського права;

1.2. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів суміжних прав;

1.3. обгорткові ліцензійні договори щодо об'єктів авторського права і суміжних прав.

2. За критерієм наявності зустрічного обов'язку ліцензіата надати певне благо ліцензіару:

2.1. оплатні;

2.2. безоплатні.

3. За строком, на який укладаються обгорткові ліцензійні договори:

3.1. строкові;

3.2. безстрокові.

4. Залежно від порядку виплати плати обгорткові ліцензійні договори з:

4.1. єдиноразовим платежем;

4.2. платежем за встановлений строк використання;

4.3. платежем за кожен раз використання.

5. Залежно від ступеня узгодженості намірів сторін:

5.1. основні;

5.2. опціонні.

6. Відповідно до мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав:

6.1. некомерційні;

6.2. комерційні.

7. Залежно від змісту умов обгорткового ліцензійного договору:

7.1. інформаційні;

7.2. регулятивні.

8. Залежно від способу укладення:

8.1. такі, що укладаються у традиційний спосіб;

8.2. такі, що укладаються шляхом використання інформаційно-телекомунікаційних систем.

Доведено, що обгорткові ліцензійні договори недоцільно класифікувати за обсягом прав, які за ними передаються, оскільки відповідно до закордонної ділової практики та з урахуванням спрощеного порядку укладення за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія.

Основним критерієм класифікації, який дозволяє сформувати цілісне уявлення про систему обгорткових ліцензійних договорів і закладає фундамент для повного комплексного дослідження таких договірних конструкцій, є їх поділ на види залежно від специфіки спрощеного порядку укладення. У межах цього критерію виокремлюємо: коробкові обгорткові ліцензійні договори; клік-обгорткові ліцензійні договори і браузер-обгорткові ліцензійні договори.

6. Належне визначення предмета договору має індивідуалізувати обгорткові ліцензійні договори і відмежувати їх від інших правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Вважаємо, що предметом обгорткових ліцензійних договорів є дозвіл на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. При цьому обмеження кола об'єктів права

інтелектуальності у визначенні предмета обгорткових ліцензійних договорів саме об'єктами авторського права і (або) суміжних прав обґрунтовано необхідністю дотримання балансу між практичними потребами зростаючого масового ринку об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а також забезпечення прав усіх учасників цивільного обороту з урахуванням сучасних тенденцій і реалій сучасного цивільного обороту.

7. На основі отриманих висновків про самодостатність такої цивільно-правової категорії, як «предмет договору», доведено, що виокремлювати об'єкт обгорткового ліцензійного договору недоречно.

8. Обґрунтовано позицію, що через неможливість для кінцевих користувачів пропонувати власні умови договору або вести перемовини щодо запропонованих, умови обгорткових ліцензійних договорів є одним із інструментів забезпечення рівності учасників досліджуваних договірних відносин.

9. Аргументовано, що за обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише невиключна ліцензія, оскільки основне призначення таких договірних конструкцій – забезпечити широкий доступ необмеженого кола кінцевих користувачів до певного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. У такому випадку ліцензіари фактично позбавлені можливості зловживати використанням конструкції договору приєднання, а баланс між основоположним для цивільного права принципом свободи договору й економічними потребами цивільного обороту не порушується. Водночас обгорткові ліцензійні договори, за якими надається будь-який інший вид ліцензії, слід вважати нікчемними, що необхідно закріпити на рівні цивільного законодавства.

10. За обгортковими ліцензійними договорами може надаватися лише право використовувати об'єкт авторського права і (або) суміжних прав у певній формі й у визначені в договорі способи. Разом із цим способи використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав не є окремими правами.

11. Підтверджено, що у разі відсутності в обгорткових ліцензійних договорах умови щодо певних способів використання визначених об'єктів авторського права і (або) суміжних кінцевий користувач не може використовувати об'єкт у такі

способи. При цьому «користування» і «використання» об'єкта авторського права і (або) суміжних прав неоднакові за змістом категорії. Способи використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, у яких зацікавлений кінцевий користувач, охоплюються категорію «користування». Водночас таке «користування» неможливе без дозволу ліцензіара на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у визначені способи. Перелік конкретних способів використання об'єкта права інтелектуальної власності в обгортковому ліцензійному договорі залежить від специфіки такого об'єкта.

12. Для обгорткових ліцензійних договорів притаманна умова щодо мети використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Так, його використання кінцевим користувачем може бути обмежене певною метою: особистою, комерційною, освітньою тощо. Використання об'єкта з метою, яка не встановлена у договорі або заборонена законодавством, відповідно, забороняється. Ця диференціація дозволяє ліцензіату обрати найвигідніші для себе умови залежно від цілей використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

13. Враховуючи сучасні загальносвітові тенденції до глобалізації та власне специфіку обгорткових ліцензійних договорів, у вітчизняному законодавстві доцільно закріпити, що у разі відсутності в обгортковому ліцензійному договорі умови про територію, на яку розповсюджується дозвіл на використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, дія цього дозволу має поширюватися на територію України, а за умови тимчасового використання – й на інші території.

14. На основі аналізу договірної практики США і країн – членів ЄС зроблено висновок про те, що обгорткові ліцензійні договори укладаються або на короткий проміжок часу з можливістю автоматичної пролонгації, або безстроково. Водночас у чинному вітчизняному цивільному законодавстві необхідно розмежувати такі категорії, як «строк ліцензійного договору» і «строк, на який надається право використання об'єкта права інтелектуальної власності», адже строк ліцензійного договору не може бути коротшим за строк, на який за досліджуваним договором надається право використовувати об'єкт права інтелектуальної власності. Однак у

випадку обгорткових ліцензійних договорів такі строки, у значенні проміжку часу, досить часто збігаються.

15. Хоча обгорткові ліцензійні договори можуть бути як оплатними, так і безоплатними, необхідно на законодавчому рівні встановити презумпцію безоплатності ліцензійних договорів із спрощеним порядком укладення, тобто за відсутності в таких договорах умови щодо плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав договір повинен вважатися безоплатним. Якщо ж договір є оплатним, то в ньому мають бути передбачені розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Такі умови комплексно представлені в наступних моделях плати: 1) підписка; 2) єдиноразова виплата; 3) оплата за кожне використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

16. Сторонами обгорткових ліцензійних договорів, як і класичних ліцензійних договорів, є ліцензіар і ліцензіат.

При цьому ліцензіарами можуть бути як первинні суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав, так і вторинні. Відповідно до цивілістичної доктрини, а також цивільного законодавства України і більшості країн – членів ЄС автором можуть бути виключно фізичні особи. Однак маємо враховувати, що, коли за обгортковим ліцензійним договором ліцензіаром виступає американська юридична особа і має місце створення творів за наймом («work made for hire»), то вона цілком може бути автором об'єкта права інтелектуальної власності й мати не тільки майнові, а й особисті немайнові права інтелектуальної власності. Водночас вважаємо, що чинне вітчизняне цивільне законодавство не потребує відповідних змін із метою розширення цивільно-правової категорії «авторство».

Ліцензіатами в обгорткових ліцензійних договорах також можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. На прикладі обгорткового ліцензійного договору щодо надання дозволу на використання програмного забезпечення доведено, що ліцензіатом вважається особа, яка є власницею комп'ютера, на який на законних підставах інстальоване таке ПЗ. На основі цього підходу можливі певні уточнення

щодо ідентифікації особи ліцензіата залежно від різновиду досліджуваних договорів чи від конкретного об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

17. Доведено, що ліцензіат у обгорткових ліцензійних договорах є слабкою стороною договору, адже внаслідок використання спрощеної процедури укладення обгорткових ліцензійних договорів може мати місце порушення балансу інтересів сторін і виникнути асиметрія об'єктивно обумовлених можливостей контрагентів, професійних та інформаційних ресурсів.

Отже, запропоновано наступні шляхи відновлення рівноваги між сторонами обгорткових ліцензійних договорів: розширення прав слабкої сторони і збільшення обов'язків сильної сторони; посилення цивільно-правової відповідальності сильної сторони за невиконання або неналежне виконання договору; обмеження цивільно-правової відповідальності слабкої сторони; встановлення спеціального порядку укладення, зміни і розірвання договору тощо.

18. Хоча дистриб'ютори, реселери та інші подібні суб'єкти відіграють свою роль у ліцензійних відносинах, вони не є суб'єктами обгорткових ліцензійних договорів. Договори між переліченими партнерами і правоволодільцями лише опосередковують розповсюдження примірників об'єктів права інтелектуальної власності. Виходячи з цього, дистриб'ютори, реселери та інших подібні суб'єкти не можуть бути кінцевими користувачами об'єктів авторського права і суміжних прав.

19. На основі проведеного аналізу закордонного законодавства і доктрини, що стосується форми правочинів, відзначено тенденцію до того, що для дотримання простої письмової форми наявність підпису сторін не обов'язкова. Якщо значення письмової форми полягає в забезпеченні достатньої формалізації та об'єктивному вираженні змісту правочину, то значення підпису – це ідентифікація сторін договору, засвідчення їх особистої участі при його підписанні і демонстрація їх згоди зі змістом договору. Отже, зроблено висновки про те, що представлення даних у письмовій формі може існувати окремо, а вимога простої письмової форми не має означати вимогу проставлення підписів.

В електронних договорах функції підпису можуть бути виконані шляхом автентифікації сторони договору. Відповідний ступінь автентифікації повинен залежати від виду договору, необхідності забезпечити захист прав та інтересів учасників цивільних правовідносин тощо.

Таким чином, вважаємо, що при укладенні обгорткових ліцензійних договорів має бути дотримана проста письмова або електронна форма, а до підпису має бути застосований гнучкий підхід, який враховує характер діяльності сторін; торгові звичаї та звичаї ділового обороту; наявність альтернативних способів ідентифікації контрагентів і визнання таких способів на практиці у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; баланс між надійністю й реальними потребами ринку об'єктів авторського права і суміжних прав; інші правові, комерційні й технічні чинники.

20. Пропозицію укласти договір з невизначеним колом осіб у обгорткових ліцензійних договорах необхідно кваліфікувати як публічну оферту, а не як запрошення робити пропозиції укласти договір.

Виокремлено низку специфічних аспектів такої оферти. По-перше, ліцензіат має бути належним чином повідомлений щодо запропонованих умов ліцензійного договору. Таке повідомлення повинно оцінюватися за двома критеріями: формальним і змістовним. По-друге, має бути технічно забезпечений простий перегляд умов ліцензійного договору. По-третє, можливість ознайомлення з умовами обгорткового ліцензійного договору, що містяться в оферті, повинна мати сталий характер, тобто кінцеві користувачі мають бути забезпечені можливістю доступу до них у будь-який час, а самі умови повинні бути чітко зафіксовані та незмінні. По-четверте, у пропозиції укласти обгортковий ліцензійний договір слід роз'яснити інформацію, що стосується прийняття кінцевим користувачем оферти. Отже, спосіб запропонованого у оферті акцепту також повинен бути зрозумілим для пересічного кінцевого користувача.

21. Акцепт у обгорткових ліцензійних договорах має бути повний і безумовний. Однак його вираження не є однакоvim для окремих видів обгорткових ліцензійних договорів.

Для укладення клік-обгорткових ліцензійних договорів кінцеві користувачі здійснюють своє волевиявлення приєднатися до запропонованого договору шляхом вчинення активних дій, які були попередньо визначені ліцензіаром в оферті. Доведено, що вчинення таких дій слід вважати підписанням договору електронним підписом, адже технічно ці дії становлять собою електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно пов'язуються з ними і використовуються як підпис. Водночас ідентифікація особи ліцензіата за потреби може бути належним чином досягнута за допомогою його попередньої реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі, активації об'єкта авторського права і (або) суміжних прав у такій системі чи в інші способи.

Для укладення браузер-обгорткових ліцензійних договорів кінцеві користувачі здійснюють своє волевиявлення шляхом вчинення конклюдентних дій. Акцепт може становити завантаження об'єкта права інтелектуальної власності, його інсталяція або подальше використання, оплата за використання об'єкта тощо. Оскільки такі дії спрямовані на безпосереднє виконання умов досліджуваного договору, це дозволяє кваліфікувати їх саме як конклюдентні дії.

22. Встановлено, що правило тлумачення *contra proferentem* є ефективним при тлумаченні змісту ліцензійних договорів із кінцевими користувачами. У випадках, коли незрозумілі умови договору є або індивідуально неузгодженими, або встановлені під домінуючим впливом однієї сторони, а всі інші правила виявилися непридатними, таке правило не становитиме надмірного втручання у сферу автономії волі сторін договору і не порушуватиме основоположних принципів цивільного права. Зроблено висновок про превентивний та стимулюючий ефекти усталення практики використання правила тлумачення *contra proferentem* у договірній практиці на масових ринках об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

23. Доведено, що ліцензіат має бути забезпечений правом односторонньої відмови від обгорткового ліцензійного договору в цілому шляхом припинення використання визначеного у договорі об'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Водночас вважаємо, що існує потреба в закріпленні на рівні чинного

вітчизняного цивільного законодавства нікчемності умови щодо заборони ліцензіату відмовитися від обгорткового ліцензійного договору в цілому.

24. Спеціальні підстави для зміни й розірвання договорів приєднання не є ефективним юридичним механізмом захисту прав ліцензіата, який приєднується до обгорткового ліцензійного договору. З огляду на це на основі дослідження закордонного законодавства й доктрини виокремлюємо наступні правові механізми забезпечення справедливості та добросовісності умов обгорткового ліцензійного договору: 1) недійсність, яка не потребує додаткової судової чи будь-якої іншої процедури оскарження (нікчемність); 2) недійсність умови у результаті її оскарження шляхом подання позову чи односторонньої заяви; 3) визнання за несправедливою умовою необов'язкового характеру для сторони, проти якої така умова направлена; 4) відмова суду у примусовому збереженні несправедливої умови; 5) виникнення у слабкої сторони договору права на звернення до суду з вимогою адаптації спірної умови.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Hayes D. L. The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-Line and Off-Line. Mountain View, California: Fenwick & West LLP, 1997. 16 p. URL: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf>
2. The Copyright Act of 1976: Pub. L. No. 94-533, 90 Stat. 2541. URL: <https://www.copyright.gov/title17/92appa.html>
3. Анісімов К. Г. Світовий досвід використання обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав*: матеріали Наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків, 16 грудня 2020 р.). Харків: Право, 2019. С. 194-197.
4. Stowe v. Thomas, 23 F. Cas. 201 (C.C.E.D.Pa. 1853): Judgement of United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania. 1853. URL: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0023.f.cas/0023.f.cas.0201.2.pdf>
5. Mosley C. T. Mourning the Loss of Copyright's Unsung Hero: Destruction of the First Sale Doctrine. *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*. 2014. Vol. 14, Iss. 1, Art. 8. P. 235-262. URL: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1135&context=ckjip>
6. Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908): Judgement of U.S. Supreme Court. June 1, 1908. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/210/339/>
7. Calaba V. F. Quibbles'n Bits: Making a Digital First Sale Doctrine Feasible. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*. 2002. Vol. 9, Iss. 1. P. 1-34. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=mttlr>
8. The Protection of Computer Software Through Shrink-Wrap License Agreements. *Washington and Lee Law Review*. 1985. Vol. 42, Iss. 4, Art. 11. P. 1347-1382. URL: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol42/iss4/11/>
9. Cobb K. The Implications of Licensing Agreements and the First Sale Doctrine on U.S. and EU Secondary Markets for Digital Goods. *Duke Journal of*

Comparative & International Law. 2014. Vol. 24. P. 529-556. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1408&context=djcil>

10. Hackett T. A. Where *Vernor v. Autodesk* Fits into First Sale Decisions. *Washington Journal of Law, Technology & Arts*. 2019. Vol. 5, Iss. 4, Art. 3. URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1089&context=wjlta>

11. DSC Commc'ns Corp. v. Pulse Commc'ns, Inc., 170 F.3d 1354 (Fed. Cir. 1999): Judgement of United States Court of Appeals, Federal Circuit. Mar 11, 1999. URL: <https://casetext.com/case/dsc-comm-corp-v-pulse-comm-inc>

12. S.O.S., Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081 (9th Cir. 1989): Judgement of United States Court of Appeals for the *Ninth Circuit*. 1989. URL: <https://casetext.com/case/sos-inc-v-payday-inc>

13. Davidson & Assocs. v. Internet Gateway, 334 F. Supp. 2d 1164 (E.D. Mo. 2004): Judgement of United States District Court for the Eastern District of Missouri. September 30, 2004. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/334/1164/2520607/>

14. Adobe Sys. Inc. v. Stargate Software Inc., 216 F. Supp. 2d 1051 (N.D. Cal. 2002): Judgement of United States District Court for the Northern District of California. August 16, 2002. URL: <https://casetext.com/case/adobe-systems-inc-v-stargate-software-inc-2>

15. Adobe Sys. Inc. v. One Stop Micro, Inc., 84 F. Supp. 2d 1086 (N.D. Cal. 2000): Judgement of United States District Court for the Northern District of California. February 2, 2000. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/84/1086/2497665/>

16. *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010): Judgement of United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. September 10, 2010. URL: <https://casetext.com/case/vernor-v-autodesk-inc-2>

17. DMCA Section 104 Report: a Report of the Register of Copyrights Pursuant to §104 of the Digital Millennium Copyright Act. U.S. Copyright Office. 2001. URL: <https://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>

18. Gatt A. Electronic commerce – click-wrap agreements: The enforceability of click-wrap agreements. *Computer Law & Security Report*. 2002. Vol. 18, No. 6. P. 404–410. URL: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056275/mod_resource/content/1/enforceability%20of%20clickwrap%20%28Adam%20Gatt%29.pdf
19. Lemley M. A. Shrinkwraps in cyberspace. *Jurimetrics Journal*. 1995. Vol. 35. P. 311–324. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba35&div=31&id=&page>
20. Feldman S. W. Mutual Assent, Normative Degradation, and Mass Market Standard Form Contracts – A Two-Part Critique of Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights and the Rule of Law (Part I). *Cleveland State Law Review*. 2014. Vol. 62, Iss. 2. P. 373-436. URL: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3810&context=clevstlrev> (last accessed:)
21. Анісімов К. Г. Оглядова характеристика обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч.Н. Азімова та 20-річчю з дня створення каф. цив. права № 2 (Харків, 29 листоп. 2019 р.)*. Харків: Право, 2019. С. 364-367.
22. Raysman R., Pisacreta E. A., Adler K. A., Ostrow S. H. Intellectual property licensing: forms and analysis. 8th ed. New York: Law Journal Press, 2006. URL: https://books.google.com.ua/books?id=OCGсутgMdPIC&pg=SA2-PA35&lpg=SA2-PA35&dq=use+of+wrap+license&source=bl&ots=JUTo2bgEOq&sig=ACfU3U1KOTnvtl3_wz5KT4x93Wq45WLTJA&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKEwiSyfrE4_fpAhUCkMMKHarICBcQ6AEwFHoECAkQAQ#v=onepage&q=use%20of%20wrap%20license&f=false
23. Radin M. J. Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights and the Rule of Law. Princeton: Princeton University Press, 2013. 240 p.

24. Merges R. P. The commercial law of intellectual property. *Michigan Law Review*. 1995. Vol. 93. P. 1570-1666. URL: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1115383>
25. Kessler F. The contracts of adhesion – some thoughts about freedom of contract role of compulsion in economic transactions. *Columbia Law Review*. 1943. Vol. 43. P. 629-642. URL: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11639&context=journal_articles#:~:text=Friedrich%20Kessler%2C%20%22The%20Contracts%20of,Law%20Review%20629%20\(1943\)](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11639&context=journal_articles#:~:text=Friedrich%20Kessler%2C%20%22The%20Contracts%20of,Law%20Review%20629%20(1943))
26. Llewellyn K. N. What Price Contract? - An Essay in Perspective. *The Yale Law Journal*. 1931. Vol. 40, No. 5. P. 704-751. URL: <https://www.jstor.org/stable/790659>
27. Slawson W. D. Standard form contracts and democratic control of lawmaking power. *Harvard Law Review*. 1971. Vol. 84, No. 3. P. 529-566. URL: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1339552.pdf?seq=1>
28. Gomulkiewicz R. W. The License Is the Product: Comments on the Promise of Article 2B for Software and Information Licensing. *Berkeley Technology Law Journal*. 1998. Vol. 13. URL: <https://cyber.harvard.edu/property00/alternatives/reading1a.html>
29. Gomulkiewicz R. W. A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements. *University of Washington School of Law*. 1996. Vol. 22. P. 336-367. URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1685&context=faculty-articles>
30. Анісімов К. Г. Юридична природа обгорткових ліцензійних договорів. *Recht der Osteuropäischen Staaten*. 2020. № 3. С. 4-8. URL: <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/96ebf2f0737007635b6cc20eed979f7d.pdf/ReOS%2003%20aus%202020.pdf>
31. Allen v. Kaiser Aluminum & Chem. Corp., 585 F. Supp. (E.D.Mo. 1984): Judgement of US District Court for the Eastern District of Missouri. March 26, 1984. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/585/154/1406506/>

32. D'Antuono v. CCH Computax Sys., Inc., 570 F. Supp. (D.R.I. 1983): Judgement of United States District Court for the District of Rhode Island. September 19, 1983. URL: <https://casetext.com/case/dantuono-v-cch-computax-systems-inc>
33. S&H Computer Sys. v. SAS Inst., Inc., 568 F. Supp. (M.D. Tenn. 1983): Judgement of U.S. District Court for the Middle District of Tennessee. July 25, 1983. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/568/416/2375301/>
34. Hi Neighbor Enter., Inc. v. Burroughs Corp., 492 F. Supp. (N.D. Fla. 1980): Judgement of United States District Court for the Northern District of Florida. June 13, 1980. URL: <https://casetext.com/case/hi-neighbor-enterprises-inc-v-burroughs-corp>
35. Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 655 F. Supp. 750 (E.D. La. 1987): Judgement of US District Court for the Eastern District of Louisiana. February 12, 1987. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/655/750/1423472/>
36. Step-Saver Data Systems v. Wyse Technology (939 F.2d 91): Judgement of US Court of Appeals for the Third Circuit. July 29, 1991. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/939/91/31795/>
37. Arizona Retail Sys. Inc. v Software Link Inc. (831 F. Supp. 759): Judgement of US District Court for the District of Arizona. July 27, 1993. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/831/759/1802265/>
38. ProCD, Inc. v. Zeidenberg (86 F.3d 1447): Judgement of US Court of Appeals for the Seventh Circuit. 20 June 1996. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/86/1447/538242/>
39. Beta Computers (Europe) Limited v. Adobe Systems (Europe) Limited: Judgement of Court of Session (Outer House). 14 December 1995. URL: <https://vlex.co.uk/vid/beta-computers-europe-ltd-807188269>
40. Brown K. The Interactive Marketplace. New York: McGraw-Hill, Inc., 2001. 240 p.
41. Hotmail Corporation v. Van\$ Money Pie (C 98-20064, 1998 WL 388389): Judgement of US District Court for the Northern District of California. April 16, 1998. URL: <https://cyber.harvard.edu/property00/alternatives/hotmail.html>

42. Davidson D. Comment, Click and Commit: What Terms are Users Bound to When They Enter Web-Sites? *William Mitchell Law Review*. 2000. Vol. 26, Iss. 4, Art. 9. P. 1171-1204. URL:

<https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1869&context=wmlr>

43. Pollstar v. Gigmania Ltd. (170 F. Supp. 2d 974): Judgement of United States District Court for the Eastern District of California. October 17, 2000. URL: <http://www.ecases.us/case/caed/c2402361/pollstar-v-gigmania-ltd>

44. Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. August 2021 (BGBl. I S. 4074) geändert worden ist. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/patg/BJNR201170936.html>

45. Markengesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082; 1995 I S. 156); 1996 I S. 682), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3490) geändert worden ist. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/BJNR308210994.html>

46. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 72) geändert worden ist. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>

47. Штумпф Г. Лицензионный договор / пер. с нем. А.К. Кудряшова; под ред. и со вступ. ст. М. М. Богуславского. Москва: Прогресс, 1988. 478 с.

48. Амангельды А. А. Лицензионный договор. *Університетські наукові записки*. 2008. № 3. С. 74-81.

49. Christof K. Licensing in Germany. *Lexology*. January 4, 2019. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0231e141-ccc0-4609-b634-6861b18ca717>

50. LG Köln: Urteil vom 14.09.2011, Az. 28 O 482/05. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20K%F6ln&Datum=14.09.2011&Aktenzeichen=28%20O%20482/05>

51. Городисский М. Л. Лицензии во внешней торговле СССР. Москва: Международные отношения. 1972. 198 с.
52. Code de la propriété intellectuelle. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414/
53. Poirson C. Licensing in France. *Lexology*. January 4, 2019. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=493eb957-b808-47f6-abf0-8addfd18199c>
54. Code civil. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/
55. Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*. 1889. Núm. 206. URL: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)
56. Розенберг П. Основы патентного права США / пер. с англ. В.П. Мозолин. Москва: Прогресс. 1979. 462 с.
57. Microsoft v. Harmony Computers & Electronics, 846 F. Supp. 208 (E.D.N.Y. 1994): Judgement of US District Court for the Eastern District of New York. February 11, 1994. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/846/208/1687655/>
58. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. No 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
59. Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография / И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Крат, О. П. Печеный и др.; под. общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. 576 с.
60. Международная передача технологии: правовое регулирование / отв. ред. М. М. Богуславский. Москва, 1985. 279 с.
61. Харитоновна О. І. Правова природа права інтелектуальної власності. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. 2008. Т. VII. С. 144-151. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/531/Haritonova_O_I_Pravova_pryroda_da_prava_intel_vlasnosti.pdf?sequence=1&isAllowed=y

62. Шершеневич Г. Ф. Учебник гражданского права (по изданию 1907 г.). Москва: Спарк, 1995. 556 с.
63. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие; Система; Задачи кодификации: Сборник статей. 416 с. URL: <http://intellect21.cdu.edu.ua/wp-content/uploads/2012/02/Дозорцев%20В.А.%20Интеллектуальны%20права.pdf>
64. Про власність: Закон України від 07.02.1991 № 697-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12#Text>
65. Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України: Закон України від 27.04.2007 р. № 997-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997-16#Text>
66. Харьковская цивилистическая школа: осуществление и защита права интеллектуальной собственности: монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Жуков, Н.Е. Яркина и др.; под. общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2018. 696 с.
67. Каминский В. В. Оберточная лицензия. *Патенты и лицензии*. 2006. No 2. С. 41-46.
68. Шаповал В. Лицензия на использование компьютерной программы. *Юридична практика*. 2003. №22 (284). URL: <https://pravo.ua/articles/licenzija-na-ispolzovanie-kompjuternoj-programmy/>
69. Щодо дотримання авторських прав на комп'ютерні програми: лист Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти та науки України від 16.05.2005 р. № 16-09/2127. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/415344_415409
70. Winters D. K. Contract Formation and Enforcement on the Internet. Mealey's Litigation Report: Cyber Tech & E-Commerce. April 2003. URL: <https://www.lawinsider.com/documents/gDfQFLzBDEq>
71. Проект Закону про авторське право і суміжні права: від 09.06.2021 р. № 5552-1. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72183

72. Бажанов В. О. Договірні правовідносини в авторському праві України: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2013. 184 с.
73. Кирилюк А. В. Ліцензійний договір на використання літературних творів (цивільно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2010. 199 с.
74. Смородина А.Є. Ліцензійний договір у цивільному праві України: дис. ... д-ра філос. Київ, 2021. 286 с.
75. Robertson M. Is Assent Still a Prerequisite for Contract Formation in Today's Economy. *Washington Law Review*. 2003. Vol. 78, No. 1. P. 265-296. URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4413&context=wlr>
76. Rustad M. An Empirical Analysis of Software Licensing Law & Practices (Part 2). *Computer Law Ass'n Bull.* 1995. Vol. 10. URL: <https://www.suffolk.edu/academics/faculty/m/r/mrustad>
77. Лехкар О. В. Договір приєднання у цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2008. 215 с.
78. Кодинець А. Нормативні засади правової охорони інтелектуальної власності в умовах дії воєнного стану в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2022. №4. С. 5-11.
79. Проект Закону про авторське право і суміжні права: від 12.03.2019 р. № 10143. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65661
80. Проект Закону про авторське право і суміжні права: від 09.06.2021 № 5552-4. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72188
81. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видав. дім "АртЕк", 2020. 128 с. URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Projekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf>
82. Право інтелектуальної власності України: Конспект лекцій / авт. : В. М. Крижна, Н. Є. Яркіна.; за ред. В. І. Борисової. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2008. 112 с.
83. Drafting license agreements / Michael A. Epstein, Frank L. Politano, editors. 4th ed. p. cm. New York: Wolters Kluwer, 2002. 1932 p. URL:

<https://books.google.dm/books?id=u70A10i-o4AC&printsec=copyright#v=onepage&q&f=false>

84. Adams K. Revisiting “Sole” and “Exclusive”. *Adams on Contract Drafting*. July 20, 2012. <https://www.adamsdrafting.com/revisiting-sole-and-exclusive/>

85. Anderson M., Warner V. A–Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses. 2nd edition. London: Bloomsbury Professional, 2006. 576 p.

86. Shkopiak T. Licensing – Exclusive/Non-Exclusive/Sole. *Synapse: Law for Life Sciences*. 2020. URL: https://www.taylorwessing.com/synapse/commerical_exclusive_nonexclusive.html

87. Дмитришин В. С. Правова природа та класифікація ліцензій на використання об’єктів права інтелектуальної власності. *Адвокат*. 2010. № 6 (117). С. 18-23.

88. Гончаренко В. О. Безоплатні договори за цивільним законодавством України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 66. С. 92-98. URL: <http://www.apdp.in.ua/v66/14.pdf>

89. Постанова Вищого господарського суду України від 10 жовтня 2006 року у справі № 39/57. URL: http://arbitr.gov.ua/docs/28_1371968.html

90. Brewer A. Types of Licensing Agreements. *Business Law*. October 24, 2019. URL: <https://brewerlong.com/information/types-of-licensing-agreements/>

91. Чорна Ж. Л. До питання про істотні умови ліцензійного договору. *Університетські наукові записки*. 2017. № 63. С. 106-116. URL: <http://old.univer.km.ua/visnyk/1649.pdf>

92. Kodynetz A., Maidanyk L.. Commercialization of Intellectual Property Rights as Foundation for Innovation. *Science and Innovation*. 2019. Vol. 15, Iss. 4. P. 81–92.

93. Defining “Noncommercial”: a Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009. URL: http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf

94. Sandeen S. The Sense and Nonsense of Web-site terms of Use Agreements. *Hamline Law Review*. 2003. Vol. 26. P. 499-553. URL: <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1313&context=facsch>

95. Hughes L. N. Contacts, custom and courts in cyberspace. *Northwestern University Law Review*. Vol. 96, No. 4. 2002. P. 1599-1605. URL: https://www.txs.uscourts.gov/sites/txs/files/contracts_custom_courts_cyberspace.pdf

96. Анісімов К. Г. Класифікація обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2020 року: зб. тез доп. та наук. повідом. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 23 листоп. 2020 р.)*. Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2020. С. 15-18.

97. Register.com, Inc. vs Verio, Inc. (126 F. Supp. 2d 238): Judgement of US District Court for the Southern District of New York. Dec 8, 2000. URL: https://casetext.com/case/registercom-inc-v-verio-inc?q=Register.com,%20Inc.%20vs%20Verio,%20Inc.%20&PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case&resultsNav=false

98. Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997): Judgement of United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. January 6, 1997. URL: <https://casetext.com/case/hill-v-gateway-2000-inc>

99. M. A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp., No. 67796-4, 2000 WL 550845 (998 P.2d 305 (2000) 140 Wash. 2d 568): Judgement of Supreme Court of Washington. May 4, 2000. URL: <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/2000/67796-4-1.html>

100. Brower v. Gateway 2000, 246 A.D.2d 246, 676 N.Y.S.2d 569 (App. Div. 1st Dept. 1998): Judgement of Appellate Division of Supreme Court of New York, First Department. August 13, 1998. URL: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914bb95add7b049347976a7>

101. Анісімов К. Г. Клік-обгортковий ліцензійний договір як вид обгорткового ліцензійного договору. *Теорія і практика правознавства: електрон.*

наук. фахове вид. 2020. Вип. 2 (18). DOI: <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2020.18.215650>

102. Barnett R. E. Consenting to Form Contracts. *Fordham Law Review*. Vol. 71, Iss. 3, Art. 2. 2002. P. 627-646. URL: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3861&context=flr>

103. Анісімов К. Г. Браузер-обгортковий ліцензійний договір: сутність та зміст. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. Вип. 3 (301). С. 5-12. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.01>

104. Block D. CAVEAT SURFER: Recent Developments in the Law Surrounding Browse-Wrap Agreements, and the Future of Consumer Interaction with Websites. *Loyola Consumer Law Review*. Vol. 14, Iss. 2, Art. 6. URL: <https://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=lclr>

105. Rechtsprechung (3 U 168/00): Oberlandesgericht Hamburg. 13.06.2002. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Hamburg&Datum=13.06.2002&Aktenzeichen=3%20U%20168/00>

106. Netwise Publications v. NTS Computers (nr. 185313/KGZA02-1068): Rechtbank Rotterdam. 05.12.2002. URL: <https://www.navigator.nl/document/id99220021205185313kgza021068computerrecht2003dosred/ecli-nl-rbrot-2002-af2059-computerrecht-2003-p-149-rb-rotterdam-vzr-05-12-2002-nr-185313-kgza02-1068-netwise-publications-nts-computers>

107. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Москва: Статут, 2004. 800 с.

108. Микитин В. І. Цивільно-правова відповідальність за порушення майнових прав інтелектуальної власності: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. 224 с.

109. Кирилюк А. В. Ліцензійний договір на використання літературних творів за законодавством України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. № 42. С. 58–65.

110. Богуславский М. М., Воробьева О. В., Светланов А. Г. Международная передача технологии: правовое регулирование. Москва: Наука, 1985. 279 с.

111. Вольнец-Руссет Э. Я. Коммерческая реализация изобретений и ноу-хау (на внешних и внутренних рынках). Москва: Юристъ, 1999. 326 с.

112. Рузакова О. А. Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2007. 497 с.

113. Шуваев В. А. Гражданско-правовое регулирование лицензионного договора на использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. 29 с.

114. Цивільне право: підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. Т. 2. 816 с.

115. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 1: Общие положения. 3-е изд., стереотип. Москва: Статут, 2001. 848 с.

116. Магази́нер Я. М. Советское хозяйственное право. Ленинград: Издание кассы взаимопомощи студентов Лгр. Инст. Нар. Хозяйства им. Фр. Энгельса, 1928. 489 с.

117. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. *Избранные труды по гражданскому праву*. Москва: Статут, 2000. 777 с.

118. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. *Избранные труды по гражданскому праву*: в 2 т. Москва: ЦентрЮрИнфоР, 2002. Т. 1. 490 с.

119. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. Москва: Юрид. лит., 1974. 345 с.

120. Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2-х ч. По исправл. и дополн. 8-му изд., 1902 г. Ч. 1. Москва: Статут, 1997. 290 с.

121. Советское гражданское право: учебник: в 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. Москва: Высш. шк., 1985. Т. 1. 544 с.

122. Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении. *Избранные труды по гражданскому праву*. Москва: Статут, 2000. 777 с.
123. Иоффе О. С. Советское гражданское прав. Москва: Юрид. лит., 1967. 494 с.
124. Витко В. Лицензионный договор: правовая природа, существенные условия, конструкция, форма. *Хозяйство и право*. 2009. № 1. С. 3–48.
125. Гудима М. М. До питання про поняття предмета цивільного договору. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2013. Вип. 23, Ч. 1, Т. 1. С. 182–186.
126. Шимон С. І. Об'єкт і предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*. 2011. № 4. С. 58–64.
127. Шершеневич Г. Ф. Курс русского гражданского права. Москва: Статут, 2005. 461 с.
128. Замотаева Т. Б. Соотношение предмета договора, предмета и объекта договорного обязательства. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2005. № 2. С. 179-184
129. Крижна В. М. Ліцензійний договір – форма реалізації патентних прав: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 1999. 216 с.
130. Анісімов К. Г. Науково-теоретичні аспекти визначення предмета обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2021 року*: зб. тез доп. та наук. повідом. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 18 листоп. 2021 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2021. С. 12-16.
131. Shapiro F. R. Origin of the Term Software: Evidence from the JSTOR Electronic Journal Archive. URL: <https://web.archive.org/web/20030605004419/http://computer.org/annals/an2000/pdf/a2069.pdf>
132. Tukey J. W. The Teaching of Concrete Mathematics. *American Mathematical Monthly*. 1958. Vol. 65. P 1–9.
133. Software. *West's Encyclopedia of American Law*. 2nd edition. 2008. URL: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Software>

134. Rosencrance L. Software. *TechTarget Internet Blog*. URL: <https://searcharchitecture.techtarget.com/definition/software>
135. Code of Federal Regulations. URL: <https://www.ecfr.gov>
136. Apple Computer v. Microsoft Corporation (35 F.3d 1435): Judgement of United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. September 19, 1994. URL: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK-Ewiotd6V4vCAAxU8JBAIHcO-BCUQFnoECBMQAQ&url=https%3A%2F%2Fcasetext.com%2Fcase%2Fapple-computer-inc-v-microsoft-corp&usg=AOvVaw185klvwor1wGpAfzcf8z4&opi=89978449>
137. Copyright Law of the United States (Title 17) and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. URL: <https://www.copyright.gov/title17/>
138. Copyright Act. R.S.C., 1985, c. C-42. URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/page-1.html#h-102551>
139. Nimmer R. T., Krauthaus P. Classification of Computer Software for Legal Protection: International Perspectives. *The International Lawyer*. 1987. Vol. 21, Num. 3. P. 733-754. URL: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2494&context=til>
140. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 01.12.2022 р. № 2811-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20/conv#n187>
141. Якубівський І. Є., Оприско М. В. Проблеми правової охорони комп'ютерних програм і баз даних: окремі зауваги в контексті реформування законодавства України. *Нове українське право*. 2021. № 6. С. 40–47. URL: <http://newukrainianlaw.in.ua/index.php/journal/article/view/155>
142. Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases. Current consolidated version: 06/06/2019. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj>
143. Key Terms of a Licensing Agreement. *Advanced TTO s Meet Early - Stage TTO s*: WIPO - HEP Tech Workshop. Koprivstiza. 2012. URL: https://indico.cern.ch/event/182857/contributions/1450764/attachments/248411/347476/Key_Terms_T6_CERN.pdf

144. Якубівський І. Є. Договір у механізмі правового регулювання відносин інтелектуальної власності. *Вісник Національної академії правових наук України*. Харків: Право, 2020. Т. 27. № 2. С. 81–98.
145. Himmelrich N. T. A Sole License and an Exclusive License Are Not the Same. *IP Tech Knowledge*. July 16, 2020. URL: <https://www.gfrlaw.com/what-we-do/insights/sole-license-and-exclusive-license-are-not-same>
146. Rakoff T. D. Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. *Harvard Law Review*. 1983. Vol. 96, No. 6. P. 1173–1284. URL: <https://www.jstor.org/stable/1341009>
147. Анісімов К. Г. Цивільно-правова характеристика умов обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми законності*. 2022. Вип. 157. С. 60–73. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.157.256922>
148. Терсіна О. Ліцензійний договір чи щось інше? Сплата роялті за об'єкт авторського права (комп'ютерну програму): податковий аспект. *Юридична газета*. 2016. №6 (504). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/podatkova-praktika/licenziyniy-dogovir-chi-shchos-inshe.html>
149. Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version). URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/24/oj>
150. Harris, L. E. *Licensing Digital Content*: 3rd edition. 2018. URL: <https://www.canada.ca/en/heritage-information-network/services/intellectual-property-copyright/guide-developing-digital-licensing-agreement-strategy.html>
151. Farnsworth E. A. Disputes over Omission in Contracts. *Columbia Law Review*. 1968. Vol. 68, No. 5. P. 860–891. URL: <https://www.jstor.org/stable/1121035>
152. Вовк І. А. Плата за користування нематеріальними активами. *Економіка інтелектуальної власності: наук.-метод. матеріали для підготовки докторантів, аспірантів і магістрів за напрямом «Інтелектуальна власність»* / Л. С. Шевченко, О. А. Гриценко, Т. М. Камінська та ін.; за ред. Л. С. Шевченко. Харків: Право, 2015. С. 58–63.

153. Kodynets A., Kokhanovska E. Protection of intellectual property in development conditions of the information society. *Science and Innovation*. 2021. No 17 (1). P. 103–112.

154. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte: Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 25 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/BJNR012730965.html>

155. Herlitz PBS AG vs. Realister OÜ: Riigikohus Tsiviilkolleegium, No. 3-2-1-155-11. Tartu, 7. veebruar 2012. URL: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/wp-content/uploads/sites/49/2012/03/Realister-Estonian-Supreme-Court-.pdf>

156. Vasamäe E. Presumption of authorship: only natural persons. *Kluwer Copyright Blog*. March 19, 2012. URL: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2012/03/19/presumption-of-authorship-only-natural-persons/>

157. Works Made for Hire: Circular 30. *The US Copyright Office Circulars: Copyright Concepts*. URL: <https://www.copyright.gov/circs/circ30.pdf>

158. Compendium of U.S. Copyright Office Practices. 3rd edition. 2021. URL: <https://www.copyright.gov/comp3/>

159. Mohd Reeza Abnass H. B. The author of a copyright work can be an incorporated entity. *Lexology*. December 30, 2010. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1469ba77-8f3a-4281-8f5b-97ceabd370fa>

160. Pioneers & Leaders (Publishers) Pte Ltd v Asia Pacific Publishing Pte Ltd [2010] SGHC 211: Judgement of High Court, suit No 866 of 2008. July 30, 2010. URL: [https://www.singaporelawwatch.sg/Portals/0/Docs/Judgments/\[2010\]%20SGHC%20211.pdf](https://www.singaporelawwatch.sg/Portals/0/Docs/Judgments/[2010]%20SGHC%20211.pdf)

161. Asia Pacific Publishing Pte Ltd v Pioneers & Leaders (Publishers) Pte Ltd [2011] SGCA 37: Judgement of Court of Appeal, civil appeal No 147 of 2010. July 27, 2011. URL:

[https://www.singaporelawwatch.sg/Portals/0/Docs/Judgments/\[2011\]%20SGCA%2037.pdf](https://www.singaporelawwatch.sg/Portals/0/Docs/Judgments/[2011]%20SGCA%2037.pdf)

162. Loo J. P., Tow S. L. S. Singapore: A Company Can Own... But Can It Author? *Mondaq: Intellectual Property*. February 13, 2012. URL: <https://www.mondaq.com/copyright/163114/a-company-can-own-but-can-it-author>

163. Довбиш О. Застосування доктрини США «work made for hire» у сфері інформаційно-комунікаційних технологій в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. № 4 (2020). С. 5-16. DOI: <https://doi.org/10.33731/42020.216936>

164. Покровский И. А. Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека. Дилеммы современного гражданского права в области договоров. Доклад члена Общества И. А. Покровского, читанный в собрании Общества 2 октября 1899 г. (Приложение к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 г.). Киев: Типография император. ун-та св. Владимира, 1901 год. 26 с.

165. Chénéde F. Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1re partie). *Revue des contrats*. Janvier 2012. No 1. URL: <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDCO2012-1-038>

166. Saleilles R. De la declaration de volonté, contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande. Paris: F. Pichon, 1901. 421 p.

167. Strickler Y. La protection de la partie faible en droit civil. *Petites affiches*. 2004. 25 Octobre. No 21. URL: <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA200421301>

168. Jacquemin H. Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel. *Annales de Droit de Louvain*. 2010. Vol. 70, No.1. P. 3-42.

169. Schmid W. Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. 219 s.

170. Barnhizer D. D. Bargaining Power in Contract Theory. *Visions of Contract Theory: Rationality, Bargaining and Interpretation: Legal Studies Research Paper / L. A. DiMatteo, R. A. Prentice, B. D. Morant and Daniel D. Barnhizer, eds. Durham, North*

Carolina: Carolina Academic Press, 2007. P. 85-148. URL: <https://ssrn.com/abstract=578578>

171. Fisher R. Negotiating Power: Getting and Using Influence. *American Behavioral Scientist*. 1983. Vol. 27. P. 149-166.

172. Kennedy D. Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*. 1982. Vol. 41. Issue 4. P. 563-658.

173. Fisher R., Ury W., Patton B. Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In. 2nd ed. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 1991. 200 p.

174. Wrong D. H. Power: Its Forms, Bases and Uses. New York: Harper and Row Publishers, 1980. 326 p.

175. Яворська О. С. Проблеми захисту прав особи, що приєднується до договору. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XVII Регіонал. наук.-практ. конф.(м. Львів, 3-4 лютого 2011 р.)*. Львів. 2011. С. 206-208.

176. Максимов С. І. Універсальне і національне у ціннісному вимірі права. *Актуальні проблеми держав і права*. Одеса, 2008. Вип. 40. С. 97-101.

177. Вавилин Е. В. Осуществление и защита гражданских прав. Москва: Волтерс Клувер, 2009. 338 с.

178. Якубівський І. Є. Проблеми правового регулювання колективного управління майновими авторськими та суміжними правами в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. Ужгород: УЖНУ, 2021. Вип. 68. С. 80–85.

179. Крат В. Значення договору в приватному праві крізь призму практики ВС. *Закон і Бізнес*. 13 червня 2022 року. URL: <https://zib.com.ua/ua/151729.html>

180. Рішення Конституційного Суду України від 13 березня 2012 року № 5-рп/2012, Справа № 1-7/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-12#Text>

181. Постанова КЦС ВС від 17.11.2021 р., справа №172/1159/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/101240426>

182. Постанова ОП КЦС ВС від 18.05.2022 р., справа №393/126/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/104580342>
183. Спасибо-Фатєєва І. В. Актуальні питання форми правочинів (теоретико-практичний аспект). *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 8. С. 32–36.
184. Філатова Н. Ю. Правочини з використанням електронної форми представлення інформації. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 136. С. 40-55.
185. Катинська Л. Р. Електронна форма правочину (порівняльний аналіз правового регулювання в Україні та Польщі): дис. ... канд. юрид. наук. Тернопіль, 2017. 193 с.
186. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 р. № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text>
187. Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>
188. Про електронні довірчі послуги: Закон України від 05.10.2017 № 2155-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#Text>
189. UNCITRAL: Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-04970_ebook.pdf
190. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. United Nations publication. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-57452_ebook.pdf
191. Statute of Frauds: 1677 Chapter 3 29 Cha 2. URL: <https://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/29/3/contents>
192. Uniform Electronic Transaction Act: Uniform Act proposed by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1999. URL: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=2c04b76c-2b7d-4399-977e-d5876ba7e034>

193. Uniform Computer Information Transactions Act: Uniform Act proposed by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1999. URL: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=d2a85b09-3e51-99b9-afd2-b6f1e43eff13&forceDialog=0>

194. Macdonald B. D. Contract Enforceability: The Uniform Computer Information Transaction Act. *Berkeley Technology Law Journal*. 2001. Vol. 16. P. 461–484. URL: www.jstor.org/stable/24119932

195. Founds G. L. Shrinkwrap and Clickwrap Agreements: 2B or Not 2B? *Federal Communications Law Journal*. 1999. Vol. 52, Iss. 1. P. 99-123. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol52/iss1/5>

196. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/93/oj>

197. Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. URL: <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/910/oj>

198. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj

199. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>

200. Winn J. K., Haubold J. Electronic promises: contract law reform and e-commerce in a comparative perspective. *European Law Review*. 2002. Vol. 27. P. 567-588.

201. Riefa C. The reform of electronic consumer contracts in Europe: towards an effective legal framework? *Lex Electronica*. 2009. Vol. 14, No. 2. URL: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/14-2_riefa.pdf

202. Kierkegaard S. M. E-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives. *Washington Journal of Law, Technology & Arts*. 2007. Vol. 3, Iss. 3. URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wjlta/vol3/iss3/5/>

203. Lodder A. R. European Union E-Commerce Directive – Article by Article Comments: Guide to European Union Law on E-Commerce. Update from 2016 (published 2017) of the 2001 (published 2002) version, published in EU Regulation of E-Commerce. Camberley, Surrey: Edward Elgar Publishing, 2017. Vol. 4. URL: <https://ssrn.com/abstract=1009945>

204. Resolution on action to bring into line the private law of the Member States. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A51989IP0157>

205. Hesselink M., Hartkamp A., Hondius E., Perron E., Veldman M., Joustra, C. et. al. Towards a European civil code. 3rd ed. Amsterdam: Kluwer Law International, 2004. 868 p. URL: https://www.researchgate.net/publication/254746752_Towards_a_European_civil_code_3rd_ed

206. Principles of European Contract Law – PECL. URL: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/

207. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf

208. Breuer F. Der Unterschied zwischen Schriftform und Textform. URL: <https://www.dbsv.de/en/node/351>

209. Eisenberg M. A. The Emergence of Dynamic Contract Law. *California Law Review*. 2000. Vol. 88, No. 6. P. 1743–1814.

210. ЮНСИТРАЛ: Типовой закон об электронной торговле и Руководство по принятию 1996 год с дополнительной статьей 5 *бис*, принятой в 1998 году. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/v1504119_ebook.pdf

211. Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. (CV 99-7654 HLH (BQRx)): Judgement of US District Court for the Central District of California. March 27, 2000. URL: <https://casetext.com/case/ticketmaster-corp-v-ticketscom-inc-2>

212. Ticketmaster Corp. v. Tickets. com, Inc. (Case No. CV99-7654-HLH (VBKx)): Judgement of US District Court for the Central District of California. March 7, 2003. URL: https://casetext.com/case/ticketmaster-corp-v-ticketscom-inc-cdcal-2003?q=Ticketmaster%20Corp.%20v.%20Tickets.com,%20Inc.%20&PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case&resultsNav=false

213. Debrow J. C., Kunz C. L., Moringiello J. M., Ottaviani J. E., Porter K. M., Ziff E. D. Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements. *The Business Lawyer*. 2003. Vol. 59, No. 1. P. 279-312.

214. Forrest v. Verizon Communications Inc., 805 A.2d 1007 (D.C. App. 2002): Judgement of District of Columbia Court of Appeals. August 29, 2002. URL: <https://caselaw.findlaw.com/dc-court-of-appeals/1454388.html>

215. Rudder v. Microsoft Corp. [1999] OJ No 3778 (Sup Ct J): Judgment of Ontario Superior Court. October 8, 1999. URL: http://www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/legalaspects/digital_signatures/Contracting/readings/Rudder%20v_%20Microsoft%20Corp.htm

216. Kunz C. L., Del Duca M., Thayer H., Debrow J. Click-Through Agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent (November 1, 2001). *Business Lawyer*. 2001. Vol. 57, No. 1. P. 400–429.

217. Steven J. Caspi, Ronald W. Jonas, Arden Jeffrey Cone III and Laurel Barrie v. the Microsoft Network, L.L.C. and Microsoft Corporation (A-2182-97T5): Judgement of Appellate Division of the Superior Court of New Jersey. July 2, 1999. URL: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1999/a2182-97-opn.html>

218. Постанова ВП ВС від 03.07.2019 р., справа № 342/180/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/82998244>

219. Carlill v Carbolic Smoke Ball Co [1893] 1 QB 256: Judgement of Court of Appeal. 1893. URL: <https://www.e-lawresources.co.uk/Carlill-v-Carbolic-Smoke-Ball-Co.php>

220. Gibson v Manchester City Council [1979] 1 WLR 294: Judgement of House of Lords. 1979. URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1979/6.html>

221. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 28 novembre 1968, Publié au bulletin. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006979330/>

222. Specht v. Netscape Communications Corp. (150 F. Supp. 2d 585): Judgement of US District Court for the Southern District of New York. July 5, 2001. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/150/585/2468233/>

223. Davis N. J. Presumed assent: the judicial acceptance of clickwrap. *Berkeley Technology Law Journal*. 2007. Vol. 22, No. 1. P. 577–598. URL: <https://www.jstor.org/stable/24118246>

224. Groff v. America Online, Inc. (1998 W.L. 307001): Judgement of Rhode Island Superior Court. May 27, 1998. URL: <https://casetext.com/case/groff-v-america-online-inc>

225. Winter C. S. The Rap on Clickwrap: How Procedural Unconscionability is Threatening the E-Commerce Marketplace. *Widener Law Journal*. 2008. Vol. 18. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wjpl18&div=11&id=&page>

226. Елин В. М. Правовая характеристика договоров, заключаемых в Интернет-среде. *Государство и право*. 2012. № 12. С. 52–58. <https://publications.hse.ru/pubs/share/folder/oi5hobmjst/69714869.pdf>

227. Філатова Н. Ю. Регулювання особливостей укладення електронних договорів: порівняльно-правовий аналіз. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 63–77.

228. Cserne P. Policy considerations in contract interpretation: the contra proferentem rule from a comparative law and economics perspective. URL: https://www.researchgate.net/publication/39729212_Policy_considerations_in_contract

[interpretation the contra proferentem rule from a comparative law and economic s perspective](#)

229. Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Oxford University Press, 1996. 1241 p.

230. Krampe C. Die Unklarheitenregel: Bürgerliches und römisches Recht. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. 79 S.

231. Il Codice Civile italiano: REGIO DECRETO 16 marzo 1942-XX, n. 262. URL: <https://www.codice-civile-online.it/codice-civile/articolo-1370-del-codice-civile>

232. Code civil: version en vigueur au 30 décembre 2015. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2015-12-30

233. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 20 février 1975, 74-40.455, Publié au bulletin. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006993903>

234. Stoffel-Munck P. Interprétation des contrats. *Revue des contrats*. 2004. No. 4. URL: <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDCO2004-4-007>

235. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch: erückichtigter Stand der Gesetzgebung: 26.08.2023. URL: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/915>

236. Civil Code of Québec: CCQ-1991. URL: https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/CCQ-1991?langCont=en#ga:l_five-h1

237. Civil Code of The Republic of Lithuania: 2000-07-18, VIII-1864. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.245495>

238. Møllmann A. Delivery of Goods under Bills of Lading. New York, NY: Routledge, 2017. 230 p.

239. Terkildsen D. Commercial contract interpretation in Denmark. *Lexology*. December 14, 2021. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f085bef7-63b2-4494-abc0-0158a938564c> (дата звернення:)

240. Munukka J. Transnational Contract Law Principles in Swedish Case Law – PICC, PECL and DCFR. *Scandinavian Studies in Law*. 2012. Vol. 57. P. 229-252.

241. Economy Premier Assurance Co. v. Western National Mutual Insurance Co., 839 N.W.2d 749 (2013): Judgement of Minnesota Court of Appeals. November 25, 2013. URL: <https://cite.case.law/nw2d/839/749/>

242. Boardman M. E. Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate. *Michigan Law Review*. 2006. Vol. 104, Iss. 5. P. 1105-1128. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1536&context=mlr>

243. Restatement Second of Contracts: § 206. URL: <https://matthewminer.name/law/outlines/1L/2nd+Semester/LAW+506-002+-+Contracts+II/R2C+§+206>

244. The Civil Code of California. URL: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=3.&title=3.&part=2.&chapter=&article=

245. Oxonica Energy Ltd v Neuftec Ltd: PatC 5 Sep 2008. URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7d160d03e7f57eb2488>

246. K/S Victoria Street v House of Fraser Ltd and Others (EWCA Civ 904): Judgment of England and Wales Court of Appeal (Civil Division). July 27, 2011. URL: <https://vlex.co.uk/vid/k-s-victoria-street-793403537>

247. Persimmon Homes Ltd v Ove Arup and Partners Ltd (EWCA Civ 373): Judgment of England and Wales Court of Appeal (Civil Division). URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897fd2c94e06b9e19eb36>

248. McCunn J. The Contra Proferentem Rule: Contract Law's Great Survivor. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2019. Vol. 39, No. 3. P. 483–506. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqz002>

249. Unidroit Principles Of International Commercial Contracts – 2016. URL: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>

250. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Outline Edition. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

251. Постанова КЦС ВС від 18.04.2018 р., справа № 753/11000/14-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73500675>
252. Постанова КГС ВС від 02.05.2018 р., справа № 910/16011/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73761508>
253. Анісімов К. Г. Застосування принципу contra proferentem при тлумаченні умов обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2022 року*: зб. тез доповід. та наук. повідом. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 17 листоп. 2022 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2022. С. 6-10.
254. Posner Eric A. There Are No Penalty Default Rules in Contract Law. *Florida State University Law Review*. 2006. Vol. 33. P. 563-588.
255. Zimmermann R., Whittaker S. Good Faith in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. 720 p.
256. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: in der Fassung der Bekanntmachung vom 29.06.2000 (BGBl. I S. 946) aufgehoben durch Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) m.W.v. 01.01.2002. URL: <https://dejure.org/gesetze/AGBG>
257. Markesinis, B., Unberath, H., & Johnston, A. The German Law of Contract: A Comparative Treatise. 2nd edition. London: Hart Publishing, 2006. 1040 p. URL: <https://www.bloomsburycollections.com/book/the-german-law-of-contract-a-comparative-treatise/>
258. Naudé T. The Use of Black And Grey Lists In Unfair Contract Terms Legislation In Comparative Perspective. *The South African Law Journal*. 2007. Vol. 124, No. 1. P. 128-164. URL: <http://hdl.handle.net/10019.1/104058>
259. Marsh P. D. V. Comparative Contract Law: England, France, Germany. Aldershot, UK: Gower Publishing Ltd, 1994. 356 p.
260. Contracts Act: 228/1929, amendments up to 449/1999 included. Unofficial translation by Ministry of Justice, Finland. URL: https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1929/en19290228_19990449.pdf

261. Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. URL: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1915218-om-avtal-och-andra-rattshandlingar_sfs-1915-218/

262. Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område: LBK nr 193 af 02/03/2016. URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2016/193>

263. Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F.2d 80 (3d Cir. 1948): Judgement of US Court of Appeals for the Third Circuit. December 23, 1948. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/172/80/1546344/>

264. Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965): Judgement of United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. August 11, 1965. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/350/445/74531/>

265. Leff A. A. Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause. *University of Pennsylvania Law Review*. 1967. Vol. 115, No. 4. P. 485-559. URL: https://www.jstor.org/stable/3310882?read-now=1#page_scan_tab_contents

266. Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 161 A.2d 69 (32 N.J. 358 1960): Judgement of the Supreme Court of New Jersey. May 9, 1960. URL: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html>

267. Uniform Commercial Code. URL: <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>

268. Goldberg G. Arbitration of Claims of Contract Unconscionability. *North Dakota Law Review*. 1979. Vol. 56, No. 1, Article 1. P. 7-30. URL: https://commons.und.edu/ndlr/vol56/iss1/1?utm_source=commons.und.edu%2Fndlr%2Fvol56%2Fiss1%2F1&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

269. Restatement Second of Contracts: § 208. URL: <https://matthewminer.name/law/outlines/1L/1st+Semester/LAW+505-002+-+Contracts+I/R2C+§+208>

270. Колісникова Г. В. Тупицька Є. О. Принцип добросовісності в регулюванні споживчих договорів у цивільному праві України. *Право України*. 2021. № 9. С. 174-182. URL: https://www.pravoua.com.ua/ua/store/pravoukr/pravo_2021_9/pravo_2021_9-s3/

271. Надьон В. В. Роль принципу добросовісності на стадії укладення договору прокату. *Право.UA*. 2023. № 1. С. 178-184. URL: http://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2023-1/Pravo_ua_2023_1.pdf

272. Піддубна В.Ф. Підстави припинення шлюбного договору. *Наше право*. 2022. № 1. С. 152-157.

ДОДАТОК
СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА
ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ ЇЇ РЕЗУЛЬТАТІВ

Наукові праці, в яких відображені основні результати дослідження:

1. Анісімов К. Г. Юридична природа обгорткових ліцензійних договорів. *Recht der Osteuropäischen Staaten*. 2020. № 3. С. 4–8. URL: <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/96ebf2f0737007635b6cc20eed979f7d.pdf/ReOS%2003%20aus%202020.pdf>

2. Анісімов К. Г. Клік-обгортковий ліцензійний договір як вид обгорткового ліцензійного договору. *Теорія і практика правознавства*: електрон. наук. фахове вид. 2020. Вип. 2 (18). DOI: <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2020.18.215650>

3. Анісімов К. Г. Браузер-обгортковий ліцензійний договір: сутність та зміст. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. Вип. 3 (301). С. 5–12. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.01>

4. Анісімов К. Г. Цивільно-правова характеристика умов обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми законності*. 2022. Вип. 157. С. 60–73. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.157.256922>

Наукові праці, в яких засвідчено апробацію матеріалів дослідження:

5. Анісімов К. Г. Оглядова характеристика обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав*: матеріали Наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова та 20-річчю з дня створення каф. цив. права № 2 (Харків, 29 листоп. 2019 р.). Харків: Право, 2019. С. 364–367.

6. Анісімов К. Г. Класифікація обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2020 року*: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників Міжнар.

наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 23 листоп. 2020 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2020. С. 15–18.

7. Анісімов К. Г. Світовий досвід використання обгорткових ліцензійних договорів. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав*: матеріали Наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків, 16 грудня 2020 р.). Харків: Право, 2019. С. 194–197.

8. Анісімов К. Г. Науково-теоретичні аспекти визначення предмета обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2021 року*: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 18 листоп. 2021 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2021. С. 12–16.

9. Анісімов К. Г. Застосування принципу *contra proferentem* при тлумаченні умов обгорткових ліцензійних договорів. *Юридична осінь 2022 року*: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників Міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених (Харків, 17 листоп. 2022 р.). Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2022. С. 6–10.