

Б.М. АСФАНДИАРОВ, П.Н. СИЛЕНКО, В.В. РАЛЬКО

Особенности правовой охраны компьютерных произведений (программ для ЭВМ и баз данных) как объектов авторского права

опубликовано в журнале " В мире права " № 3, 2001 г.

(часть 2)

Особый вид договора о передаче неисключительных авторских прав

В соответствии с пунктом 3 статьи 14 Закона РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» при продаже и предоставлении массовым пользователям доступа к программам для ЭВМ и базам данных допускается применение особого порядка заключения договоров, например, путем изложения типовых условий договора на передаваемых экземплярах программ для ЭВМ и баз данных.

Такой вид договоров называют «оберточными» лицензиями. В отличие от традиционных лицензионных договоров на объекты авторского права, заключаемых в предписанной законодательством письменной форме, данные договоры являются разновидностью конклюдентных сделок, при которых лицо выражает свою волю установить правоотношение не в форме устного или письменного волеизъявления, а своим поведением (действиями), по которому можно сделать заключение о таком намерении.

Широко распространенная зарубежная практика применения подобных лицензий предусматривает визуально воспринимаемое расположение такой лицензии на внешней стороне запечатанных прозрачной пленкой упаковок массово распространяемых экземпляров компьютерных произведений (программ для ЭВМ или базы данных), если объем лицензии допускает возможность такого размещения. В противном случае рекомендуется включать такую лицензию внутрь запечатанной упаковки с предпродажным ознакомлением покупателя о ее содержании и нанесением на упаковку соответствующего предупреждения. Вскрытие покупателем упаковки экземпляра программы для ЭВМ или базы данных (например, путем распечатывания или разрыва прозрачной пленки упаковки) и является конклюдентным действием, осуществляя которое покупатель выражает свое согласие с условиями «оберточной» лицензии.

Ввиду широкого использования данного способа распространения компьютерных произведений целесообразно рассмотреть примерное содержание такой лицензии. Все существенные условия можно разделить на две группы: предписываемые законодательством и устанавливаемые по желанию правообладателя. В соответствии с пунктом 1 статьи 31 Закона РФ «Об авторском праве

и смежных правах» авторский договор (в том числе и рассматриваемого вида) должен предусматривать:

- способы использования произведения (конкретные права, передаваемые по данному договору);
- срок и территорию, на которые передается право;
- размер вознаграждения и (или) порядок определения размера вознаграждения за каждый способ использования произведения, порядок и сроки его выплаты.

Данные условия следует считать существенными, отсутствие их в договоре делает его недействительным.

Какие же условия наиболее часто указываются на «оберточных» лицензиях?

Прежде всего, в ее начале указывают, часто выделенным шрифтом, что вскрытием упаковки экземпляра программы для ЭВМ или базы данных пользователь выражает свое согласие с условиями данной лицензии. Поэтому пользователю предлагается перед ее вскрытием внимательно с ней ознакомиться. В случае же несогласия пользователя с ее условиями целесообразно вернуть продавцу нераспечатанную упаковку экземпляра программы для ЭВМ или базы данных вместе с соответствующей документацией для изъятия желания прекращения отношений с продавцом.

В качестве условий, характеризующих способ использования произведения, обычно указывают возможность использования данного экземпляра произведения (одной его копии) на одной ЭВМ (одном терминале, связанном с ЭВМ), отмечая при этом недопустимость его использования более, чем на одной ЭВМ (более, чем одним пользователем в сети одновременно). При этом, оговаривается и возможность свободного (по желанию пользователя) использования результатов, полученных с помощью лицензируемой программы для ЭВМ или базы данных. Иногда устанавливают дополнительное условие о том, что распространять такие результаты пользователю надлежит с уведомлением об их получении с помощью лицензируемой программы для ЭВМ или базы данных, имущественные права на которую принадлежат такому-то лицу. В том случае, когда лицензируемая программа для ЭВМ или база данных по условиям, содержащихся в сопроводительной документации, может включаться в состав иных создаваемых их пользователем программ для ЭВМ и баз данных, в «оберточной» лицензии оговаривается этот факт, а также дополнительные связанные с ним условия (в частности, указание знака охраны составной части нового произведения на всех выпускаемых в свет его экземплярах).

В лицензии оговаривается также, что обладателем всех имущественных прав на лицензируемую программу для ЭВМ или базу данных является конкретный правообладатель, а пользователь обладает имущественными правами на нее в объеме, указанном в лицензии. Устанавливаются конкретные ограничения права пользователя на использование лицензируемой программы для ЭВМ или базы данных: допустимость адаптации, установки на жесткий диск, записи и хранения в памяти, а также изготовления лишь одной архивной копии (применяемой для замены правомерно приобретенного экземпляра в случае, когда оригинал произведения утерян, уничтожен или стал непригодным для использования. При этом, должно соблюдаться условие, что такая копия не может использоваться для иных целей и подлежит уничтожению в случае, когда дальнейшее использование произведения перестает быть правомерным) (согласно пункту 1 статьи 25 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Отмечается, что передавать законно приобретенный экземпляр программы для ЭВМ или базы данных третьим лицам пользователь может также, соблюдая определенные условия (в частности, необходимо убедиться в согласии этих лиц с условиями «оберточной» лицензии, самому прекратить использование данной

программы или базы данных и уничтожить все свои копии, включая архивную). Оговаривается, что пользователь имеет или не имеет права модифицировать лицензируемую программу для ЭВМ или базу данных, а декомпилировать программу для ЭВМ он может лишь для достижения способности к взаимодействию независимо созданной им программы с другими программами, с которыми может взаимодействовать лицензируемая программа при соблюдении условий, установленных пунктом 2 статьи 25 упомянутого выше Закона.

В «оберточной» лицензии приводятся и условия, предоставления пользователю конкретной гарантии на оговоренный там же срок. Например, гарантию о том, что магнитные носители, на которых распространяется лицензируемая программа для ЭВМ или база данных, не содержат дефектов, обуславливающих их неработоспособность; что на этих магнитных носителях лицензируемая программа для ЭВМ или база данных зафиксирована в полном объеме; что характеристики и свойства лицензируемой программы для ЭВМ или базы данных соответствуют установленным в сопроводительной документации. В течение гарантийного срока лицензиар берет на себя обязательство замены дефектного экземпляра на новый или возврата уплаченной за его приобретение денежной суммы в обмен на возврат пользователем дефектного экземпляра, если обнаруженный дефект не был вызван нарушением пользователем оговоренных в документации условий использования лицензируемой программы для ЭВМ или базы данных или является следствием действия непреодолимой силы (при «форс-мажорных» обстоятельствах). Отмечается, что данная гарантия является единственной предоставляемой пользователю лицензиаром в отношении лицензируемой программы для ЭВМ или базы данных, что она не передается иному лицу (даже при правомерной передаче ему пользователем экземпляра данного произведения). Оговаривается, что в любых случаях ответственность правообладателя перед пользователем не может превышать размера выплаченной за приобретение соответствующего экземпляра произведения.

В конце «оберточной» лицензии приводится адрес, телефон, факс и иные сведения для связи пользователя с правообладателем по вопросам, связанным с действием этой лицензии.

Отечественная и зарубежная практика свидетельствует о том, что многие фирмы одновременно с «оберточными» лицензиями применяют регистрационные карты конечных пользователей программ для ЭВМ и баз данных, в которых указывается полное наименование обладателя всех имущественных прав на эту программу для ЭВМ или базу данных, какие преимущества дает заполнение пользователем регистрационной карты и ее отправление правообладателю (в частности, бесплатное информационное обслуживание по вопросам, связанным с последующими модификациями и усовершенствованиями, организуемыми выставками, семинарами, курсами и т.д., иные льготы). Далее, в карте предусматриваются заполняемые пользователем графы: фамилия, имя и отчество пользователя; его адрес; телефон; факс; дата заполнения и его подпись.

Следует отметить, что несмотря на привлекательность названия «оберточная» лицензия, целесообразно данный вид договора назвать «договором о получении авторских прав на программу для ЭВМ (БД) конечным пользователем» для обеспечения соответствия положению Закона об НДС, устанавливающего льготу по данному налогу в отношении действий связанных с «получением авторских прав».

Авторское вознаграждение

Вознаграждение авторам за использование программ для ЭВМ и баз данных может иметь следующие формы:

1. разовое (паушальное) вознаграждение;
2. вознаграждение за фактические случаи использования;
3. иное, например, смешанное вознаграждение.

В качестве базы для исчисления размера вознаграждения могут быть взяты:

1. затраты на создание программы для ЭВМ или базы данных;
2. объем использования;
3. экспертные оценки их рыночной стоимости.

При определении размера вознаграждения следует учитывать также срок, в течение которого произведение намечается для использования.

Наконец, размер вознаграждения зависит от того, какое право - исключительное или неисключительное, приобретает работодатель по договору с автором.

Можно с большой долей уверенности утверждать, что в настоящее время, в начальный период становления свободного рынка на программы для ЭВМ и базы данных в России, цены на эти объекты будут неравномерными, они будут разными. Эти цены за аналогичные объекты могут различаться в несколько раз или даже в несколько десятков раз. Но это обстоятельство не влечет недействительности заключаемых договоров.

Стороны - автор и работодатель - могут предусмотреть в договоре, что вознаграждение за предоставление права использования (характер, срок, пределы этого права определяются сразу, в виде фиксированной, единовременно выплачиваемой (паушально) суммы, и не зависит уже от самого использования произведения и от объема использования.

Такой способ определения размера вознаграждения возможен всегда, однако он таит в себе определенные опасности, как для автора, так и для работодателя.

Если произведение, оплаченное таким образом, вообще не будет использовано, то договор оказывается невыгодным работодателю; однако, если оплаченное таким образом произведение будет широко и успешно использоваться, то договор может оказаться несправедливым для автора.

Поэтому разовое вознаграждение может быть рекомендовано к применению лишь при наличии следующих условий:

1. работодатель хорошо ознакомился с приобретаемым объектом, убедился в его достоинствах;
2. заранее известна, с большой степенью вероятности, сфера применения объекта и ее масштабы.

Договор сторон может предусматривать, что автор уступает работодателю право на использование программы для ЭВМ или базы данных, а вознаграждение он получает только за фактическое использование произведения. Если использование не состоялось, то не платится и вознаграждение.

Очевидно что такой договор наиболее полно и адекватно будет охранять интересы как автора, так и работодателя, если только использование состоится, причем в достаточно большом объеме. Но если использование не состоялось, то права автора оказываются ущемленными.

Вознаграждение автора за фактическое использование произведения может определяться самыми различными способами, в частности:

1. за каждый случай использования программы для ЭВМ или базы данных;
2. за каждый реализованный экземпляр программы для ЭВМ или базы данных;
3. в виде определенного процента от дохода (прибыли), полученного за использование и т.п.

Иногда на практике вознаграждение за каждый случай использования произведения постепенно снижают по мере увеличения числа случаев использования. Например, указывают, что за изготовление первых десяти экземпляров программы для ЭВМ ее автору выплачивается по 10% от стоимости программы для ЭВМ (за каждый экземпляр), за изготовление второго десятка экземпляров - по 5% от стоимости программы для ЭВМ (за каждый экземпляр) и т.д.

Указанные выше недостатки систем разового вознаграждения и вознаграждения за фактическое использование в значительной степени уменьшаются и взаимоуничтожаются в тех случаях, когда применяется смешанная система выплаты авторам вознаграждения.

Эта система состоит в том, что автор получает определенное вознаграждение за само предоставление права на использование (его можно считать и вознаграждением за создание произведения), а также дополнительное вознаграждение за каждый случай использования произведения.

Размер, форма и порядок выплаты вознаграждения может базироваться и на следующих достаточно распространенных моделях их осуществления.

1. Минимальный платеж по фактической реализации, суть которого заключается в том, что, независимо от объема реализации, автору выплачивается фиксированная, установленная договором сторон сумма.
2. Расчет размера выплачиваемого вознаграждения осуществляется с учетом того, что продажная цена экземпляра может изменяться либо по своему усмотрению продавцом, либо в следствии изменения конъюнктуры рынка.
3. Фиксированный платеж с продажи, суть которого заключается в том, что, независимо от продажной цены экземпляра, автору выплачивается фиксированная сумма, размер которой определяется соглашением сторон, а продажная цена экземпляра является коммерческой тайной продавца.
4. Премияльная выплата, суть которой заключается в том, что автору с определенного числа продаж выплачивается некоторая фиксированная сумма. При этом размер премияльной выплаты и число продаж определяются соглашением сторон по договору.
5. Размер вознаграждения определяется исходя из одной из следующих сумм:
 - продажная цена;
 - доход;

- прибыль;
- чистая прибыль.

В тех случаях, когда работодатель впервые знакомится с разработанным объектом, для определения его ценности и, соответственно, размера вознаграждения, может назначаться экспертиза. Экспертами могут выступать либо представители работодателя, либо третьи лица со стороны.

При определении вознаграждения может учитываться также вина сторон в неиспользовании объекта.

Если использование не состоялось по вине автора, то он не должен получать вознаграждения.

Если же объект не был использован по вине работодателя, то автору должно выплачиваться вознаграждение, как если бы использование имело место полным объемом, предусмотренном договором.

Стороны должны также предусмотреть случаи использования объекта в объеме, меньшем предусмотренного договором, и определить в формы и порядок выплаты вознаграждения, а также санкции за ненадлежащее исполнение обязательств по договору.

Эти положения следует отражать в существенных условиях договора.

Если вознаграждение выплачивается в течение короткого срока после заключения договора (например, в течение одного года), то оно может быть выражено любым способом. Если же вознаграждение должно выплачиваться через несколько лет после заключения договора, то, учитывая инфляционные процессы, лучше выражать его в процентном отношении или с учетом индексации минимального размера заработной платы. Пример отражения в договоре условий, касающихся выплаты вознаграждения:

Например, статья 10. Размер и порядок выплаты вознаграждения

10.1. Вознаграждение за создание, за продажу Работодателем экземпляров программы для ЭВМ третьим лицам и за ее использование самим Работодателем в течение пяти лет с момента передачи программы для ЭВМ не выплачивается.

10.2. По истечении указанного пяти летнего срока вознаграждение будет составлять за каждый реализованный экземпляр программы для ЭВМ 15% от продажной цены при годовом объеме продаж не менее 200 экземпляров.

10.3. В случае передачи Работодателем прав на использование программы для ЭВМ третьим лицам Автор получает вознаграждение в размере 40% полученного дохода с момента заключения соответствующего договора.

10.4. В том случае, если в течение первых пяти лет после передачи программы для ЭВМ будет продано более 1000 экземпляров программы для ЭВМ, то с даты продажи 1000-го экземпляра вступает в силу положение о выплате вознаграждения в размере 15% от продажной цены за каждый реализованный экземпляр программы для ЭВМ.

10.5. В случае, если программа для ЭВМ не будет использована по вине Работодателя по истечении пяти лет с момента ее передачи Работодателю, Автору выплачивается вознаграждение в размере 15 % от продажной цены, исходя из годового объема продаж - 200 экземпляров.

10.6. В случае, если по истечении пяти лет с момента передачи программы для ЭВМ Работодателю, объем продаж по вине Работодателя составит менее 200 экземпляров в год. Автору выплачивается вознаграждение в двукратном размере, предусмотренном п. 10.2. настоящего договора, но не превышающее его в сумме.

10.7. По истечении пяти лет с момента передачи программы для ЭВМ Работодателю, последний гарантирует выплату Автору вознаграждения в размере пятисот тысяч рублей в год, независимо от фактического объема продаж в течение последующих пяти лет.

10.8. В случае, если по истечении пяти лет с момента передачи программы для ЭВМ Работодателю, ежегодный объем продаж превысит 200 экземпляров в год. Автору дополнительно выплачивается премия в размере двухсот тысяч рублей в год.

10.9. Размеры выплачиваемого Автору вознаграждения подлежат индексации одновременно с индексацией установленного минимального размера оплаты труда.

10.10. Выплаты вознаграждения осуществляются ежеквартально не позднее 5 числа месяца, следующего за месяцем окончания квартала, независимо от объема продаж за квартал путем перечисления сумм на личный счет № _____ в отделении Сбербанка РФ г. Москвы.

Следует иметь в виду, что приведенные выше формы и порядок выплаты вознаграждения могут варьироваться как по составу пунктов статьи, так и по содержанию самих пунктов. Так, стороны могут исключить п. 10.8. или предусмотреть иной размер компенсации, чем указанный в п. 10.7., или предусмотреть платеж в фиксированной сумме за продажу лицензии, вместо предусмотренного п. 10.3. процентного отчисления от дохода, полученного от продажи лицензии, и т.д.

Для дальнейшей проработки вопросов выплаты вознаграждения авторам необходимо точно установить все случаи возможного фактического использования программ для ЭВМ и баз данных, а также установить в договоре вознаграждение за каждый такой случай. Следует учитывать и косвенные выгоды, получаемые пользователем, приобретающим экземпляр произведения (возможность использовать его для создания новых произведений и т.п.).

Защита прав

За защитой своих прав авторы и иные правообладатели в соответствии с пунктом 2 статьи 18 Закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» вправе обратиться в суд, арбитражный или третейский суд. В соответствии с Законом РФ автор программы для ЭВМ или базы данных и иные правообладатели вправе требовать:

- признания прав;
- восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и прекращения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения;
- возмещения причиненных убытков, в размер которых включается сумма доходов, неправомерно полученных нарушителем;
- выплаты нарушителем компенсации в определяемой по усмотрению суда, арбитражного или третейского суда сумме от 5000-кратного до 50000-кратного установленного законом размера минимальной месячной оплаты труда в случаях нарушения с целью извлечения прибыли вместо возмещения убытков;

- помимо возмещения убытков или выплаты компенсации по усмотрению суда или арбитражного суда может быть взыскан штраф в размере десяти процентов от суммы, присужденной судом или арбитражным судом в пользу истца, в доход республиканского бюджета Российской Федерации;
- принятия иных, предусмотренных законодательными актами мер, связанных с защитой их прав.

Суд или арбитражный суд может вынести решение о конфискации контрафактных экземпляров программы для ЭВМ или базы данных, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения, и об их уничтожении либо о передаче их в доход республиканского бюджета Российской Федерации либо истцу по его просьбе в счет возмещения убытков.

Таким образом, помимо традиционных мер ответственности за правонарушения, в случаях нарушений с целью извлечения прибыли, указанным Законом предусматривается возможность замены судебными органами возмещения причиненных убытков выплатой фиксированной суммы (определяемой судом в пределах от 5000-кратного до 50000-кратного установленного законом размера минимальной месячной оплаты труда), а также взыскание с нарушителя штрафа в размере 10 процентов присужденной судом в пользу истца суммы.

Положения статьи 50 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», касающиеся способов обеспечения иска по делам о нарушении авторских и смежных прав, дополняют положения статьи 19 Закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» об аресте контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных, устанавливая порядок его осуществления. Согласно новым положениям суд или судья единолично может вынести определение о запрещении ответчику либо лицу, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что оно является нарушителем авторских и смежных прав, совершать определенные действия.

В перечень этих действий входят изготовление, воспроизведение, продажа, сдача в прокат, импорт или иное предусмотренное Законом об авторском праве использование, а также транспортировка, хранение или владение с целью выпуска в гражданский оборот экземпляров произведений и фонограмм, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными.

Суд или судья единолично может также вынести определение о наложении ареста и изъятии всех экземпляров произведений и фонограмм, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, а также материалов и оборудования, предназначенных для их изготовления и воспроизведения. При наличии достаточных данных о нарушении авторских и смежных прав, за которые в соответствии с законодательством предусмотрена уголовная ответственность, орган дознания, следователь или суд обязаны принять меры для обеспечения предъявленного или возможного в будущем гражданского иска путем розыска и наложения ареста на экземпляры произведений и фонограмм, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, а также на материалы и оборудование, предназначенные для их изготовления и воспроизведения, а в необходимых случаях - путем изъятия и передачи их на ответственное хранение.

Законом РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» установлена уголовная ответственность за выпуск под своим именем чужой программы для ЭВМ или базы данных либо незаконное воспроизведение или распространение таких произведений (ст.20 Закона).

Уголовным Кодексом РФ за нарушение авторских и смежных прав предусмотрено уголовное наказание по ст.146 «Нарушение авторских и смежных прав».

В соответствии с данной статьей незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно присвоение авторства, если эти деяния причинили крупный ущерб, - наказывается штрафом в размере от 200 до 400 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до четырех месяцев либо обязательными работами на срок от 180 до 240 часов, либо лишением свободы на срок до двух лет.

Те же деяния, совершенные неоднократно либо группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, - наказываются штрафом в размере от 400 до 800 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от четырех до восьми месяцев, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до пяти лет.