

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 1)

Источник права

20 октября 1992 года в Российской Федерации вступил в силу Закон РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных».

3 августа 1993 года в России вступил в силу Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах», целый ряд норм которого затрагивает вопросы правовой охраны программ для ЭВМ и баз данных, отнесенных к объектам авторского права вступившим в силу в октябре 1992 г. Законом РФ оПрЭВМиБД.

Следует отметить, что согласно статье 2 Закона об АП и СП, Закон о ПрЭВМ и БД входит в законодательство РФ об авторском праве и смежных правах. Таким образом, новые нормы Закона об АП дополняют нормы Закона ПрЭВМ и БД в тех вопросах, которые не были урегулированы ранее действующими нормами, и частично изменяют их в ряде вопросов (в частности, в отношении свободного использования и декомпилирования), ими урегулированных. Указанные Законы создали хорошую нормативно-правовую базу для регулирования отношений, возникающих в связи с созданием и использованием программ для ЭВМ и баз данных.

В статье 2 Закона «Об авторском праве и смежных правах» упоминается Закон «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» Закона Российской Федерации «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных», принятый Верховным Советом Российской Федерации 23 сентября 1992 года и вступивший в силу 20 октября 1992 года, как источник авторского права. В свою очередь, статья 2 Закона о ПрЭВМ установлено, что Y9jRiP\$a!№№A ww. ЭВМ и базы данных относятся к объектам авторского права. Таким образом. Закон «Об авторском праве и смежных правах» выполняет роль общего закона по отношению к Закону об охране программ для ЭВМ как закону специальному.

Регистрация программ для ЭВМ и баз данных в РФ

В соответствии со статьей 13 Закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» автор программы для ЭВМ и базы данных или его правопреемник непосредственно или через

своего представителя в течение срока действия авторского права по своему желанию могут зарегистрировать его в Российском агентстве по правовой охране программ для ЭВМ и баз данных путем подачи в установленном Законом порядке депонируемой заявки.

Как уже было отмечено, предусмотренная Законом РФ официальная регистрация программ для ЭВМ и баз данных носит сугубо факультативный характер.

Анализируя место предусмотренной статьей 13 Закона «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» официальной регистрации в Агентстве в системе мер по обеспечению правовой охраны программ для электронных вычислительных машин и баз данных, можно выделить ряд положений, которые переводят процедуру официальной регистрации из категории желательной в категорию практически необходимую:

1. Регистрация является способом документирования отношений, возникающих в процессе создания, использования и ввода в хозяйственный оборот объектов авторского права.
2. Материалы заявки на регистрацию рассматриваются судом в качестве первоначальных доказательств в спорах по вопросам авторства, имущественных прав, способам ввода в хозяйственный оборот объектов авторского права.
3. Свидетельства об официальной регистрации являются официальными документами, подтверждающими правомочия конкретного лица при заключении договоров на передачу прав на объект авторского права.
4. В процессе подготовки материалов заявки автор и правообладатель (правопреемник) имеют возможность открытого и цивилизованного обсуждения вопросов, связанных с передачей прав, авторским вознаграждением и т. д.

Таким образом, система официальной регистрации являясь по сути процедурой формальной, вместе с тем позволяет субъектам, участвующим в сложном процессе создания, использования и передаче прав на компьютерное произведение, закладывать в основу своих отношений правоотношения в соответствии с законодательством РФ об авторском праве.

С учетом сложившейся практики тех стран, где регистрация данных объектов имеет место (в частности, США), можно отметить следующие преимущества такой системы. Она является официальным уведомлением общественности о своих правах в отношении данных объектов. Законом РФ это обеспечивается путем публикации соответствующих сведений в официальном бюллетене Агентства.

Та же публикация выполняет роль оперативной рекламы, поскольку содержит информацию, представленную правообладателем.

Регистрация содействует защите прав при возникновении конфликтных ситуаций. Депонированные материалы могут рассматриваться судом при сборе доказательств в качестве первоочередного свидетельства наличия соответствующих прав и знания у лица, подавшего заявку на регистрацию, сведений, содержащихся в заявлении на регистрацию.

Обеспечивается возможность использования соответствующего реестра Агентства в качестве независимого депозитария исходных текстов программ для ЭВМ, доступ к которому предоставляется в строго ограниченных случаях чрезвычайного характера (банкротство правообладателя, смерть автора и т.п.). Положения о месте депонирования исходных кодов

характерны для большинства договоров на программы для ЭВМ, применяемых в зарубежных странах и на международном уровне.

Создание и ведение централизованных реестров программ для ЭВМ и баз данных в отличие от ранее существовавшего децентрализованного Государственного фонда алгоритмов и программ (ГосФАП) позволит на их основе делать прогнозные исследования, подобные проводимым в настоящее время на основе анализа патентных фондов.

В Агентстве также регистрируются договоры о передаче имущественных прав на программу для ЭВМ или базу данных. При этом договоры о полной уступке всех имущественных прав на зарегистрированные программы для ЭВМ или базы данных подлежат обязательной регистрации, отсутствие регистрации такого договора приводит к его недействительности. Остальные регистрируются по согласованию сторон, отражаемому в самом договоре либо в отдельном протоколе.

Таким образом, регистрация программных продуктов в Агентстве позволяет решать некоторые практические задачи, возникающие в процессе введения компьютерных произведений в доказательной базы при рассмотрении споров об авторском праве в судах, обоснование наличия прав на предоставление льготы по налогу на добавленную стоимость, возникает возможность документального подтверждения наличия прав при проведении работ по оценке интеллектуальной собственности для ее последующего гражданского оборота и т.д.

Некоторые способы получения авторских прав на компьютерные произведения

По содержанию передаваемых прав можно выделить несколько видов авторских договоров:

- авторский договор о передаче исключительных прав;
- авторский договор о полной уступке всех имущественных прав;
- авторский договор о передаче неисключительных прав;
- особый вид авторского договора о передаче неисключительных прав «оберточная» лицензия).

Передача имущественных прав на объекты авторского права, к которым принадлежат программы для ЭВМ и базы данных, по авторскому договору о передаче исключительных прав разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются и дает право такому лицу право запрещать подобное использование произведения другим лицам.

Как правило, договором устанавливаются объем и способ использования произведения, срок действия договора, территории действия договора, размер и способ выплаты вознаграждения. В соответствии с договором правопреемник становится единственным лицом, имеющим права на использование произведения, и вправе запрещать или разрешать третьим лицам использование объекта авторского права способом, полученным им по договору.

Договор о передаче всех исключительных прав получил в Законе РФ название договора о полной уступке имущественных прав. В случае заключения такого договора у автора остаются только личные неимущественные права, а правообладателем становится правопреемник по договору.

Следует отметить, что если договором о полной уступке прав установлен срок действия договора, то по завершении срока, обусловленного договором, все права на произведение возвращаются к автору.

Служебные произведения

Компьютерное произведение (ПрЭВМ или БД) создается в рамках служебного задания, если работник состоит с работодателем (физическим лицом или организацией) в трудовых отношениях.

Согласно статье 12 Закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» (далее - Закон о ПрЭВМ), имущественные права на программу для ЭВМ или БД, созданные в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя, принадлежат работодателю, если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное. При этом порядок выплаты и размер вознаграждения устанавливаются договором между автором и работодателем.

Согласно статье 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» (далее - Закон об АП), авторское право на произведение, созданное в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя (служебное произведение), принадлежит автору служебного произведения. Исключительные права на использование служебного произведения при этом принадлежит лицу, с которым автор состоит в трудовых отношениях (работодателю), если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное. Размер же авторского вознаграждения за каждый вид использования служебного произведения и порядок его выплаты устанавливаются договором между автором и работодателем. Установлено также, что работодатель вправе при любом использовании служебного произведения указывать свое наименование либо требовать такого указания.

Следует сразу отметить необходимость для работодателя четкой и однозначной документальной фиксации либо конкретных служебных обязанностей своего работника (автора программ для ЭВМ и/или баз данных) по созданию таких произведений, либо выдачи ему служебного задания (в частности, технического задания), причем обязательно в письменной форме. Служебные обязанности работника могут быть установлены или утвержденной должностной инструкцией, или закреплены в одном из указанных ниже видов договоров, заключаемых работодателем со своим работником. Как подтверждается уже имеющейся в России судебной практикой, особо важным моментом является надлежащее оформление служебного (технического) задания на конкретную разработку. В частности, в нем обязательно следует указывать полные имена всех исполнителей (авторов) данной разработки, и должны быть подписи каждого из них, свидетельствующие о том, что все они знакомы с содержанием этого задания.

И со стороны работодателей, и со стороны их работников, занимающихся разработкой программ для ЭВМ и баз данных часто возникают вопросы, прежде всего, относительно того, является ли заключение такого договора обязательным для работодателя, желательным, как для программиста, так и для работодателя, и вообще, имеет ли смысл такой договор заключать и что конкретно это может дать обеим сторонам.

Прежде всего следует обратить внимание на то, что упомянутую выше норму, по видимому, не следует трактовать, как накладывающую на работодателя обязанность заключить такой договор. При отсутствии же договора - имущественные права на такую программу для ЭВМ или базу данных принадлежат работодателю в соответствии с двумя упомянутыми выше законами.

Совокупность имущественных прав определена статьей 10 Закона о ПрЭВМ, в соответствии с которой автору программы для ЭВМ или иному правообладателю принадлежит исключительное право осуществлять и (или) разрешать осуществление следующих действий: выпуск в свет программы для ЭВМ или базы данных;

Воспроизведение программы для ЭВМ или базы данных (полное или частичное) в любой форме, любыми способами; распространение программы для ЭВМ или базы данных; модификацию программы для ЭВМ или базы данных, в том числе перевод программы для ЭВМ или базы данных с одного языка на другой; иное использование программы для ЭВМ или базы данных.

Это означает, что ни одно из указанных имущественных прав не может быть реализовано другими лицами без согласия автора (соавторов) или иного правообладателя (в частности, работодателя). Таким образом, при отсутствии договора между работником (автором) и работодателем, предусматривающего закрепления каких-либо имущественных прав за работником, ни одно из упомянутых выше имущественных прав не может быть им реализовано без предварительного получения на это разрешения работодателя на это в письменной форме. Поскольку указанное обстоятельство распространяется и в отношении реализации имущественного права на модификацию программы для ЭВМ или базы данных, то модифицировать любой из этих объектов работник (автор) сможет, лишь получив на это право от работодателя на основании договора, заключаемого в письменной форме (пункт 1 статьи 11 Закона о ПрЭВМ и пункт 1 статьи 30 Закона об АП). Следует отметить, что ни техническое задание, ни какой-либо ведомственный акт (например, приказ по предприятию) к таким договорам не относятся в соответствии с нормами гражданского законодательства.

В то же время, в соответствии со статьей 9 Закона о ПрЭВМ, автору программы для ЭВМ или базы данных независимо от его имущественных прав (т.е. и в тех случаях, когда имущественными правами на данные объекты обладает иное лицо) принадлежат следующие личные права: право авторства - то есть право считаться автором программы для ЭВМ или базы данных; право на имя - то есть право определять форму указания имени автора в программе для ЭВМ или базе данных: под своим именем, под условным именем (псевдонимом) или анонимно; право на неприкосновенность (целостность) - то есть право на защиту как самой программы для ЭВМ или базы данных, так и их названий от всякого рода искажений или иных посягательств, способных нанести ущерб чести и достоинству автора. При этом личные права являются непередаваемыми, неотторжимыми от автора и охраняются бессрочно (в отличие от имущественных прав).

Кроме того, согласно статье 15 Закона об АП автору принадлежит также еще одно личное неимущественное право обнародовать или разрешать обнародовать произведение в любой форме (право на обнародование), включая право на отзыв. Однако установлено, что при создании служебных произведений (в том числе, программ для ЭВМ и баз данных) не действует норма, установленная пунктом 2 упомянутой статьи, в соответствии с которой, автор имеет право отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения при условии возмещения пользователю причиненных таким решением убытков, включая упущенную выгоду, а, если произведение уже было обнародовано, то он вправе изъять за свой счет из обращения ранее изготовленные экземпляры произведения.

Возникает вполне естественный вопрос о том, а целесообразно ли работодателю заключать такой договор со своим работником, если считать, что само заключение для него не является обязательным, какие преимущества заключение подобного договора может ему обеспечить. Отметим основные из них. Во-первых, и как представляется, одно из основных, состоит в том,

что заключение подобного договора может лишить работника оснований (прежде всего, экономического характера) искать (как правило, безуспешно) путей распространения созданной им для работодателя разработки третьим лицам или через третьих лиц, естественно, без уведомления работодателя об этом. На практике, это обеспечивается включением в договор условий о выплате автору в качестве вознаграждения определенного процента с дохода (прибыли), полученного работодателем от реализации его разработки третьим лицам, дополнительно к его заработной плате. Во-вторых, это даст гарантии для работодателя выполнить все обязательства перед заказчиками, покупателями, пользователями и иными лицами в части сопровождения программ для ЭВМ и баз данных, доступности исходного кода, последующих модификациях и усовершенствованиях, обучении и т.п. Эти вопросы также могут быть оговорены в договоре с работником. В-третьих, появляется дополнительная возможность стимулировать разработчика создать оригинальную конкурентоспособную разработку, поскольку он становится лично заинтересован в ее дальнейшей реализации работодателем, если он будет уверен в том, что с каждой ее продажи работодателем третьим лицам он будет получать определенное вознаграждение. В-четвертых, следует отметить и то, что вопросы, связанные с соблюдением работником условий конфиденциальности в отношении информации, затрагивающей интересы работодателя и ставшей доступной работнику в процессе его работы по заданию работодателя, также могут быть отражены именно в таком договоре. Кроме того, работодателю предоставляется законный способ сокращения бремени налогообложения, поскольку заключение с автором (работником) авторского договора (в частности, договора заказа) позволяет часть заработной платы работника выплачивать в форме авторского вознаграждения, что уменьшает объем фонда заработной платы со всеми вытекающими из этого последствиями.

Работник, как правило, также бывает заинтересован в заключении подобного договора, естественно, если тот не содержит «кабальных» условий, а, наоборот, предусматривает упомянутые выше положения о вознаграждении с четким указанием его размеров и сроков и порядка выплаты.

Практической формой реализации договорных отношений является договор разработчика программ для ЭВМ и БД с работодателем.

Законодательством не установлена конкретная форма такого договора. Из этого следует, что он может заключаться в любой предусмотренной законодательством форме.

Договоры могут заключаться, в частности, при выдаче работнику работодателем очередного задания на разработку конкретных программ для ЭВМ или БД.

При приеме разработчика программ для ЭВМ или БД на работу между ним и работодателем может быть заключен договор в форме трудового договора (контракта), включающего, в том числе, положения, касающиеся принадлежности имущественных прав на программы для ЭВМ или БД, которые будут им созданы в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя.

При этом трудовой договор (контракт) может заключаться либо на определенный срок, в течение которого разработчик будет являться работником предприятия, либо только на срок, необходимый работнику для создания конкретной программы для ЭВМ или БД в интересах работодателя.

При составлении подобных контрактов целесообразно руководствоваться постановлением Минтруда России от 14.07.93г. № 135, в приложении к которому приведена примерная форма трудового договора (контракта).

Поскольку договор определяет права и обязанности сторон, то важным в отношении программ для ЭВМ и баз данных, созданных в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя, является четкая и конкретная фиксация распределения имущественных прав сторон по использованию таких объектов.

Возникающие отношения между работодателем и работником могут быть опосредованы, в частности, следующими видами договоров:

- трудовой контракт с разработчиком программ для ЭВМ или баз данных при приеме на постоянную работу;
- трудовой контракт с разработчиком программ для ЭВМ или баз данных при приеме на работу, определенную целью задания;
- договор заказа, в соответствии с которым автор (работник) обязуется создать программу для ЭВМ или базу данных в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя в соответствии с условиями договора и передать ее заказчику (работодателю);
- договор о передаче исключительных или неисключительных прав на программу для ЭВМ или базу данных, созданную в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя;
- договор о размерах и порядке выплаты вознаграждения за использование третьими лицами программы для ЭВМ или базы данных, созданной в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя.

Следует отметить, что практика организации деятельности целого ряда отечественных фирм-разработчиков программного обеспечения в последнее время подтвердила целесообразность использования одновременно сразу нескольких видов договоров из числа упомянутых, которые могут быть заключены работодателем с одним и тем же разработчиком (автором) программ для ЭВМ или баз данных. Это обусловлено целым рядом обстоятельств. Прежде всего это зависит от того, внедрена ли контрактная система на данном предприятии. Если нет - то, очевидно, следует регламентировать отношения работодатель программист (работник) заключением с ним одного из упомянутых выше трех видов гражданско-правовых договоров. Второе - это в части какой разработки будут регламентироваться эти отношения: еще не созданной или уже созданной. Далее, это зависит от характера, назначения и особенностей самой разработки и особенностей ее использования (в частности, кем, как и какое время она будет использоваться). Наконец, следует отметить и тот факт, что как свидетельствует практика, лишь последними тремя видами договоров можно детально оговорить все условия, важные для обеих сторон, причем в отношении данной конкретной разработки. Поэтому, многие отечественные работодатели даже при наличии трудовых договоров (контрактов) со своими работниками заключают и гражданско-правовые договоры с ними в отношении конкретных разработок. В трудовые же договоры (контракты) при этом включается лишь сформулированное в достаточно общей форме положение о том, что условия создания и использования конкретных разработок, а также распределение прав на них регламентируются дополнительными соглашениями сторон в письменной форме.

Общими положениями, которые в обязательном порядке должны быть отражены в любых авторских договорах являются, в соответствии со вторым абзацем пункта 1 статьи 11 Закона о ПрЭВМ и пунктом 1 статьи 31 Закона об АП:

- предмет договора;
- объем и способы использования программы для ЭВМ или БД;
- порядок выплаты и размер вознаграждения;
- ответственность сторон по договору;
- особые условия договора (если таковые имеются);
- срок и территория действия договора;
- реквизиты сторон по договору.

Прочие условия включаются в договоры по согласованию сторон. Особое значение для подобных договоров является формулирование условий, касающихся порядка выплаты а размера вознаграждения. В соответствии пунктом 3 статьи 31 Закона об АП минимальные ставки авторского вознаграждения устанавливаются Советом Министров - Правительством Российской Федерации. При этом минимальные размеры авторского вознаграждения индексируются одновременно с индексацией минимальных размеров заработной платы.

Поскольку в отношении использования программ для ЭВМ и баз данных законодательные акты никаких нормативных ставок вознаграждения не предусматривают, в этой сфере мендательные ставки.

Таким образом, в настоящее время каждый работодатель в праве самостоятельно определять размер вознаграждения за охраняемые авторским правом программы для ЭВМ и базы данных, способ исчисления вознаграждения и порядок его выплаты. Разумеется, что решение этих вопросов производится по согласованию с автором путем заключения с ним соответствующего договора.

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.

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.