

Организационно-правовые методы защиты интеллектуальной собственности на созданные программные средства

Аннотация: проблемы защиты авторских прав на программные средства

Ключевые слова: программное обеспечение, программа для ЭВМ, базы данных, программный продукт, средства защиты авторских прав.

Активное развитие информационных технологий и все большая компьютеризация нашего общества четко обозначает проблему обеспечения авторских прав на программные продукты.

Особенностью программного обеспечения для ЭВМ как предмета правового регулирования и правовой защиты является то, что это техническое понятие, определенное в ГОСТе 19781-90 как данные, предназначенные для управления конкретными компонентами системы обработки информации в целях реализации определенного алгоритма. Это же определение было юридически сформулировано в Федеральном законе от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране программ и баз данных для ЭВМ».

Данное определение без изменений перешло в ст. 1261 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), где указано, что программа для ЭВМ – это представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.

Такое определение, с одной стороны, сужает круг охватываемых объектов, так как существуют программы, предназначенные не для получения результата, а, например, для обеспечения работоспособности устройств, работающих не только на компьютерных устройствах (яркий пример тому – современные телефоны).

С другой стороны, охрана всех подготовительных материалов как программ, наоборот, расширяет круг объектов, относящихся к программам, по сути, ими не являющимися, так как подготовительные материалы очень разнообразны и охраняются авторским правом изначально – это, например, изображения, используемые в программе, или не являются объектом авторского права: алгоритм работы программы, техническое задание на ее разработку.

В настоящее время специалистами создаются как программы для ЭВМ, так и базы данных. Взаимная связь программ и баз данных с ЭВМ очевидна. Как ЭВМ не может функционировать без программного обеспечения, так и программное обеспечение имеет ценность лишь при его работе на ЭВМ. Поэтому вполне логично, что первые программы появились одновременно с изобретением ЭВМ, развивались параллельно с их совершенствованием.

Так, первое устройство подобного рода появилось в середине 40-х годов XX века, и одновременно с ним были созданы первые программы для его функционирования.

Усовершенствование ЭВМ неизбежно влекло за собой развитие программ и начало внедрения машин в различные сферы жизнедеятельности человека. Повсеместное распространение ЭВМ привело к необходимости охраны программ от незаконного использования.

Первоначально, на заре существования ЭВМ, не разграничивались понятия «програм-

мное» и «аппаратное» обеспечение, поскольку устройства для обработки данных воспринимались в это время (в 1940 – 1950-е гг.) как некое единое целое, именно так и продавались, а элементы их не могли становиться предметом отдельных договоров и являлись коммерческой тайной.

Владельцами программ в этот период были крупные производители ЭВМ, заинтересованные в сохранении своего полного контроля над новым изобретением и пользующиеся значимым им инструментарием патентного права и правовой охраны коммерческой тайны.

Логическим следствием такого положения явилось то, что в эпоху первого поколения компьютерных устройств для регулирования охраны программного обеспечения применялись нормы патентного права и права на коммерческую тайну.

Компьютерные программы не являются «классическим» объектом авторского права. Они выполняют утилитарную функцию, представляя собой определенный набор команд и инструкций для компьютерных устройств. Основную ценность представляют собой «поведение» компьютерной программы, задачи, которые она выполняет, а не текст ее объектного кода. Именно функциональные характеристики программного продукта, а не «красота» программного кода являются предметом интереса со стороны пользователей. При этом «поведение» компьютерной программы и исходный код, лежащий в ее основе, являются достаточно независимыми: существует немало программ, обладающих схожими функциональными характеристиками, но в то же время имеющих в основе различный исходный код.

В силу указанной специфики в свое время Всемирная организация интеллектуальной собственности (далее – ВОИС) и некоторые страны (например, Япония) предлагали выработать особый правовой режим для компьютерных программ. Однако после того как в США компьютерные программы были признаны объектами авторского права на законодательном уровне, сработал «эффект домино» и аналогичный подход нашел отражение в большинстве остальных стран, включая страны Европы.

Понятно, почему с подобной инициативой выступала именно Япония, являющаяся основным производителем и экспортером программного обеспечения.

Обращаясь к истории защиты авторских прав на компьютерные программы, можно проследить следующую хронологию. В 1971 г. ВОИС впервые создала группу экспертов по

этой проблеме, а в 1978 г. были подготовлены Типовые положения об охране программного обеспечения вычислительных машин, предлагавшиеся национальным законодателям в качестве примерного образца при разработке соответствующих законодательств. В 1983 г. ВОИС предложила проект международного договора по данному вопросу.

В предлагавшихся решениях ВОИС, как и в работах ряда ученых-юристов того времени, предусматривалось создание системы, сочетавшей элементы патентного и авторского права. Однако такой комбинированный подход не встретил поддержки со стороны национальных законодателей и в настоящее время не актуален.

Как естественное следствие «демократизации» компьютерной техники, углубления юридического анализа данного вопроса на третьем этапе юридического осмысления проблемы охраны программ для ЭВМ ученые основывались на признании правового статуса программного обеспечения. Устанавливалось, что как сами компьютерные программы, так и все другие результаты процесса создания программного обеспечения (анализ и определение проблемы, разработка системы, кодирование, документация) отвечают тем требованиям, которые предъявляются законодательством, юридической теорией к понятию «произведение»: они являются результатом творческой деятельности автора и выражаются в объективной форме.

В 1980 – 1988 гг. в США (1980 г.), Великобритании (1988 г.), Франции (1985 г.), Венгрии, Японии (1985 г.) и других странах мира были приняты поправки к законодательству об авторском праве, которые обеспечивали достаточно эффективную защиту программного обеспечения.

При этом в Соединенных Штатах Америки фактически охрана программного обеспечения начала предоставляться ранее – с момента вступления в силу Закона об авторском праве США 1976 г.

Таким образом, с повестки дня ВОИС и Международной ассоциации промышленной собственности был фактически снят вопрос о введении специальной охраны программного обеспечения, вытекающий из Положений 1978 г. В связи с этим оказалось неактуальным и заключение соответствующего международного договора, так как охрана прав авторов программ обеспечивается в соответствии с положениями Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г.

В настоящее время в большинстве стран мира программы для ЭВМ подлежат авторско-правовой охране. Однако лишь в некоторых странах (как в Российской Федерации до 1 января 2008 г.) существуют специальные законы, посвященные данной проблеме (в частности, в Южной Корее (1987 г.), Республике Узбекистан (1994 г.), Кыргызской Республике (1998 г.)). В ряде стран программы для ЭВМ охраняются авторским правом наравне с другими объектами и лишь упомянуты среди возможных объектов охраны (как и сейчас в Российской Федерации).

В качестве основных аргументов в пользу выбранного, в том числе и в России подхода обычно указываются легкость приобретения данной защиты, связанная с отсутствием необходимости выполнения каких-либо формальностей, а также отсутствие значительных издержек, связанных с такой защитой, что делает ее общедоступной и демократичной.

Как программы для ЭВМ и базы данных, так и топологии интегральных микросхем для признания их охраноспособными должны обладать двумя признаками: они должны быть результатом творческого труда и выражены в объективной форме.

Кроме двух указанных признаков охраноспособности, несмотря на их отсутствие в законодательстве, в доктрине авторского права некоторые авторы, в частности В.Я. Ионас и М.И. Никитина, выделяют еще два признака: существенную новизну произведения (иными авторами включаемую обычно в признак творческого характера) и его воспроизводимость (включаемую в признак объективной формы), упоминание о которой было в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., но отсутствует в современном законодательстве.

Вместе с тем, как и в России, в иностранных правовых порядках не дается четкого определения того, какое произведение можно считать творчески созданным. Данный вопрос до сих пор является дискуссионным. С точки зрения французского права творческими являются произведения, если в них видны личность, дух автора, если оно является плодом человеческого ума. Точка зрения американских ученых, что произведение должно быть оригинальным (то есть не скопированным) и креативным (то есть в произведении должно быть по меньшей мере небольшое присутствие мысли). Англичане исходят из того, что произведение должно быть оригинальным (при

этом под оригинальностью не понимается обязательно что-то новаторское, уникальное; должна быть некая, в каждом конкретном случае своя, мера труда, умения или усилия автора)

Выделяют технические, правовые и организационно-правовые средства защиты авторских прав.

Техническими признаются любые технологии, технические устройства или их компоненты, контролирующие доступ к производству, предотвращающие либо ограничивающие осуществление действий, которые не разрешены автором или иным правообладателем в отношении произведения.

Правовые средства защиты предусмотрены ГК РФ.

В частности, одним из способов является согласно ст. 1262 ГК РФ возможность правообладателя в течение срока действия исключительного права на программу для ЭВМ или на базу данных может по своему желанию зарегистрировать такую программу или такую базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

В то же время Приказом Минюста от 21 января 2000 г. N 10 «Об утверждении концепции информатизации Министерства юстиции Российской Федерации» в целях упорядочения расходования бюджетных средств на разработку программного обеспечения был введен механизм регистрации созданных программ и баз данных.

Регистрация программ свидетельствует об использовании уже организационно-правовых средств. Регистрация программных продуктов свидетельствует и о их качестве и востребованности на рынке информационных услуг. Информационным письмом Минсвязи РФ от 04.03.2002 N 1341 введено понятие «Качество парка программных средств», который понимается как доля лицензированных программных средств, находящихся в эксплуатации.

Самым используемым способом защиты интеллектуальной собственности является заключение лицензионного договора.

Как известно, право использования программы для ЭВМ или базы данных может быть передано на основании лицензионного договора, заключаемого по общему правилу в письменной форме. Согласно ст. 1236 ГК РФ существует два вида лицензий – исключительная и неисключительная.

В соответствии с обоими видами лицензий лицензиат обязан:

- › использовать результат интеллектуальной деятельности способами, предусмотренными договором, и на установленной им территории;
- › воздерживаться от совершения действий, нарушающих исключительное право лицензиара.

Различие между исключительной и неисключительной лицензиями – в объеме прав.

Лицензиат, получивший соответствующее право на основании неисключительной лицензии, не может осуществлять защиту своих прав, его права ограничены временными рамками и иными условиями договора.

Лицензиар заключает лицензионные договоры на передачу неисключительных прав. Например, договор на передачу лицензий программы содержит такие права Лицензиата:

- › установить одну лицензионную версию на одно рабочее место (ЭВМ);
- › осуществлять действия, необходимые для функционирования программного продукта в соответствии с его назначением на требуемом количестве ЭВМ, в том числе, установку хранения и запуск клиентской части программного продукта пользователями сети муниципального образования Лицензиата.

И такие обязанности:

- › не производить несанкционированного копирования программного продукта;
- › не распространять копии программного продукта;
- › не осуществлять действий по обходу технических средств защиты, встроенных в программу;
- › использовать программу только в пределах территории Лицензиата;
- › не осуществлять вскрытие технологии, декомпиляцию и дезассемблирование программы, кроме случаев, прямо оговоренных действующим законодательством;
- › использовать программу как единое целое;
- › не предоставлять программу в прокат или во временное пользование.

Однако такая процедура заключения лицензионного договора при больших тиражах программного продукта представляется неприемлемой. Следовательно, при массовой продаже программных продуктов лицензиару требуется другой подход к заключению договора о передаче прав от правообладателя к конечному пользователю.

Для таких случаев действующая редакция ГК РФ в п. 3 ст. 1286 предусматривает возможность заключения каждым пользователем программы для ЭВМ или базы данных с правообладателем договора присоединения, условия которого могут быть изложены на приобретаемом экземпляре программы для ЭВМ или базы данных либо на упаковке этого экземпляра. Начало использования таких программ или баз данных пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора. Этот вид лицензионного договора известен как оберточная лицензия.

Отметим, что возможность заключать такие договоры с массовыми пользователями предоставлялась и до введения в действие части IV ГК РФ. Так, положения п. 2 ст. 32 Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» разрешали при продаже экземпляров программ для ЭВМ и баз данных и массовом предоставлении доступа к ним применять особый порядок заключения договоров.

Данный порядок был установлен Законом РФ от 23.09.1992 N 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных». В соответствии с п. 3 ст. 14 данного закона 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.

Отдельно необходимо сказать о мерах ответственности, предусмотренных в российском законодательстве за незаконное использование программ.

Основанием применения гражданско-правовой ответственности является нарушение интеллектуальных прав – соответственно личных неимущественных, исключительного права на использование результата интеллектуальной деятельности или иных охраняемых законом прав. Такая ответственность наступает применительно к ст. 401 ГК РФ.

Первым видом мер ответственности, который может быть применен в случае нарушения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, является возмещение убытков.

Данный вид ответственности используется редко, поскольку, заявляя требование о возмещении убытков, автор (иной правообладатель) должен доказать не только сам факт нарушения

его прав ответчиком, но и конкретный размер понесенных убытков и причинную связь между ними. Вместе с тем даже данные о точном объеме реализованной контрафактной продукции (а их практически невозможно получить) не могут с точностью подтвердить убытки правообладателя – имея в виду разницу в стоимости легальной и контрафактной продукции, невозможно с достоверностью утверждать, что при отсутствии в продаже контрафактных экземпляров объем законно произведенных экземпляров вырос бы на соответствующую величину.

В случае, если нарушено исключительное право на использование программы для ЭВМ или базы данных (и как на объект авторских, и как на объект смежных прав), правообладатель вправе вместо возмещения убытков требовать от нарушителя выплаты компенсации.

Взыскание компенсации представляет собой особый вид гражданско-правовой ответственности (не носящий публичный характер, имея в виду ее взыскание в пользу потерпевшего от нарушения, а не в пользу государства), который, по сути, является упрощенным порядком возмещения правообладателем собственных имущественных потерь.

Компенсация в силу абзаца третьего п. 3 ст. 1252 ГК РФ может быть взыскана за каждый случай неправомерного использования программы для ЭВМ или базы данных либо за допущенное нарушение в целом.

Один из самых принципиальных и спорных вопросов, возникающих при применении мер защиты интеллектуальных прав, – о том, является ли вина нарушителя условием их применения или же одного факта нарушения интеллектуальных прав достаточно.

В настоящее время в научной литературе (а некоторое время назад и в судебной практике) дискуссии ведутся вокруг толкования положения, предусмотренного п. 3 ст. 1250 ГК РФ, о том, что отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применение в отношении нарушителя мер, направленных на защиту таких прав.

Означает ли указанная норма то, что любые меры защиты как личных неимущественных, так и исключительного права на использование результата интеллектуальной деятельности (а соответственно и возмещение убытков, и взыскание компенсации – ст. 1252 ГК РФ) могут быть применены только в силу того, что доказан

факт нарушения лицом этих прав, при этом вина лица не имеет значения?

Следующая мера – уголовная ответственность за незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, предусмотренная ч. 2, 3 ст. 146 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ). При этом стоит отметить, что нарушение авторских прав относится к области частного права, и такие дела, по нашему мнению, должны быть отнесены к делам частного-публичного обвинения, однако, как и большинство преступлений, они относятся к уголовным делам публичного обвинения. В России были попытки расширить список дел, которые должны быть отнесены к делам частного-публичного обвинения, однако такие изменения не были приняты.

Наличие программ для ЭВМ на компьютерах не является их использованием. Субъектом преступления является тот работник, который осуществил установку (инсталляцию) программы.

При запуске программы на исполнение создается лишь временная копия, которая является частью технологического процесса, имеющего единственной целью использование записи, при этом не создается нового экземпляра произведения.

Таким образом, запуск программы на исполнение или факт наличия программы на жестком диске компьютера не является использованием программы, а использованием программы является в том числе установка ее на ЭВМ. Соответственно, уголовной ответственности подлежит то лицо, которое осуществило установку программы на ЭВМ с нарушением гражданского законодательства. О том, что понятие контрафакта является юридическим, указано и в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ N 15 от 19 июня 2006 г.

Третья мера – административная ответственность. Задача по борьбе с нарушениями авторских прав может быть успешно реализована при помощи административной ответственности, которая установлена ст. 7.12 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях за незаконное использование экземпляров произведений или фонограмм в целях извлечения дохода в случаях, если экземпляры произведений или фонограмм являются контрафактными в соответствии с законодательством Российской Федерации об авторском праве и смежных правах либо на экземплярах произведений или фонограмм указана ложная информа-

ция об их изготовителях, о месте их производства, а также об обладателях авторских и смежных прав, а равно иное нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода.

На сегодняшний день привлечение к административной ответственности по таким делам не получило особого распространения. Усиление мер административной ответственности, которое может включать в себя как установление ответственности за правонарушения, совершенные и без цели извлечения дохода, так и увеличение наказания, позволит тем самым частично отказаться от уголовного наказания за нарушение авторских прав.

Такие изменения не повлияют на возможность правообладателей обращаться в суд для защиты исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности на основании ст. 1252 ГК РФ, в которой перечислены основные способы защиты нарушенных прав.

Гражданские и уголовные дела о нарушении авторских прав на программы для ЭВМ связаны с тем, что в настоящее время большинство гражданских исков от правообладателей за незаконное использование программ заявляются в рамках уголовных дел, это связано с распределением бремени доказывания обстоятельств дела в судебном процессе, этот вопрос рассмотрен в п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ N 15, где указано, что:

- истец должен подтвердить факт принадлежности ему авторского права и (или) смежных прав или права на их защиту, а также факт использования данных прав ответчиком;
- ответчик обязан доказать выполнение им требований законодательства об авторском праве при использовании произведений и (или) объектов смежных прав. В противном случае физическое или юридическое лицо признается нарушителем авторского права и (или) смежных прав, и для него наступает гражданско-правовая ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Данная позиция основывается на том, что в судебном процессе каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается (п. 1 ст. 56 Гражданского процессуального кодекса, п. 1 ст. 65 Арбитражного процессуаль-

ного кодекса, отсюда следует обязанность истца доказать факт использования ответчиком программы для ЭВМ при обращении в суд.

В настоящее время, как показывает анализ материалов гражданских, административных и уголовных дел, существует необычная тенденция защиты гражданских прав правообладателя негражданско-правовыми способами. Большинство правообладателей для пресечения нарушения и наказания лица в первую очередь выбирают меры публично-правового принуждения и обращаются с заявлением о возбуждении уголовного дела или заявлением о наличии данных, указывающих на событие административного правонарушения. Как правило, лишь в случае, когда уголовное дело или дело об административном правонарушении по каким-либо основаниям прекращено, правообладатели обращаются за защитой своих гражданских прав.

Вместе с тем рассмотрение уголовного или административного дела и вынесение соответственно обвинительного приговора или постановления о привлечении лица к административной ответственности не препятствуют одновременной защите нарушенных интеллектуальных прав в гражданско-правовом порядке. Российское законодательство не допускает лишь одновременного применения двух мер публично-правовой ответственности за одно нарушение, возможность же применения гражданско-правовых мер защиты от применения или неприменения мер публичной ответственности не зависит.

Оправдательный приговор суда по уголовному делу также сам по себе не свидетельствует о невозможности применения мер гражданско-правовой ответственности в связи с тем, что состав преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, отличается от состава нарушения гражданского законодательства. Так, УК РФ вводит дополнительные по сравнению с ГК РФ признаки: объективный – размер, субъективные – цель, вина. Кроме того, УК РФ устанавливает ряд оснований освобождения от уголовной ответственности, в частности, в связи с истечением срока давности, с деятельным раскаянием, с принятием акта амнистии. Очевидно, что ни одно из них не служит основанием освобождения от гражданской ответственности.

рецензент: **Сергин Михаил Юрьевич,**
доктор технических наук, профессор