

Правовая охрана компьютерных программ и баз данных

Республиканский
Центр
Трансфера Технологий



Republican Centre
for
Technology Transfer



Авторы: Боровская Е.А., Кудашов В.И., Лосев С.С., Успенский А.А.

Общая редакция: Лосев С.С., Успенский А.А.

Аннотация

В настоящем пособии рассмотрены возможные способы охраны прав и защиты законных интересов разработчиков компьютерных программ и создателей баз данных. Даны практические рекомендации для резидентов Республики Беларусь (юридических и физических лиц) по обеспечению эффективной правовой охраны компьютерных программ и баз данных в рамках действующего законодательства как на территории Республики Беларусь, так и за рубежом. Рассмотрены различные методы определения стоимости компьютерных программ и баз данных в соответствии с белорусским законодательством, положениями международных документов и практикой оценки. Приведены практические рекомендации по постановке компьютерных программ и баз данных на бухгалтер и защите прав разработчиков компьютерных программ и создателей баз данных на территории республики Беларусь и в России. Даны предложения по совершенствованию законодательства Республики Беларусь, обеспечивающего комплексную правовую охрану прав разработчиков компьютерных программ и баз данных на территории республики.

Пособие предназначено для пользователей сети Республиканского центра трансфера технологий и может быть полезно специалистам в области трансфера технологий, патентным поверенным, программистам, руководителям инновационных компаний, технопарков, центров коммерциализации и их специалистам, занимающимся вопросами правовой охраны компьютерных программ и баз данных.

Предисловие

Серия публикаций для специалистов в области трансфера технологий подготовлена в рамках проекта международной технической помощи Правительства Республики Беларусь, Программы развития ООН (ПРООН) и Организации Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО) «СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ НАЦИОНАЛЬНОЙ СИСТЕМЫ ТРАНСФЕРА ТЕХНОЛОГИЙ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ НА ОСНОВЕ ИНФОРМАЦИОННО-КОММУНИКАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ» (одобрен Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 27 ноября 2006г. №1584, зарегистрирован в базе данных программ и проектов международного технического сотрудничества 6 декабря 2006 г., рег. № 2/06/000283) включает в себя следующие методические пособия:

1. «Финансирование проектов коммерциализации»;
2. «Продвижение проектов коммерциализации через сети трансфера технологий»;
3. «Экспертиза проектов коммерциализации технологий»;
4. «Продвижение проектов коммерциализации через Сеть Республиканского центра трансфера технологий»;
5. «Правовая охрана компьютерных программ и баз данных»;
6. «Исследования по технологическому предвидению. Зачем они необходимы Республике Беларусь?».

Все публикации доступны для скачивания в электронном виде на Интернет - портале Республиканского центра трансфера технологий <http://ictt.by> .

Все замечания и предложения по содержанию пособий просим направлять в почтовый или электронный адрес Республиканского центра трансфера технологий:

проспект Независимости, 66-100,
220072, Минск, Беларусь
e-mail: ictt@pochta.ru

Оглавление

	Стр.
ВВЕДЕНИЕ.....	6
1. КОМПЬЮТЕРНЫЕ ПРОГРАММЫ И БАЗЫ ДАННЫХ КАК ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	8
1.1. Становление и развитие института правовой охраны компьютерных программ и баз данных	8
1.2. Определение компьютерных программ и баз данных	14
2. АНАЛИЗ МИРОВОЙ ПРАКТИКИ ОХРАНЫ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ	21
2.1. Практика авторско-правовой охраны компьютерных программ и баз данных в зарубежных странах	21
2.2. Практика патентной охраны алгоритмов компьютерных программ в зарубежных странах	32
2.3. Анализ норм международных договоров, регулирующих вопросы правовой охраны компьютерных программ и баз данных	46
3. ОХРАНА КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА В СООТВЕТСТВИИ С ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ.....	50
3.1. Определение компьютерных программ и баз данных как особого объекта авторского права.....	50
3.2. Содержание авторских прав в отношении компьютерных программ и баз данных.....	55
4. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ ПО ПОВОДУ СОЗДАНИЯ И КОММЕРЧЕСКОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ	63
4.1. Рекомендации по оформлению договорных отношений, связанных с созданием компьютерных программ и баз данных.....	63
4.2. Рекомендации по оформлению договорных отношений, связанных с использованием компьютерных программ и баз данных.....	71
4.3. Особенности принадлежности прав на служебные компьютерные программы и базы данных.....	81
5. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ В КАЧЕСТВЕ НЕМАТЕРИАЛЬНЫХ АКТИВОВ	85
5.1. Оценка стоимости компьютерных программ и баз данных	85
5.1.1. Виды стоимостей ОИС	86
5.1.2. Методы оценки стоимости ОИС	88
5.1.3. Особенности применения методов оценки стоимости ОИС для оценки компьютерных программ и баз данных	96
5.1.4. Порядок проведения оценки ОИС в соответствии с законодательством Республики Беларусь	100

5.2.Постановка компьютерных программ и баз данных на бухгалтерский учет.....	102
5.2.1. Создание компьютерных программ и баз данных собственными силами	102
5.2.2. Приобретение прав у других лиц	104
5.2.3. Другие операции	107
6. ЗАЩИТА ПРАВ РАЗРАБОТЧИКОВ В СЛУЧАЕ НЕЗАКОННОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ (НОРМАМИ АВТОРСКОГО ПРАВА И В РАМКАХ ИНСТИТУТА БОРЬБЫ С НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИЕЙ).....	109
6.1. Рекомендации по судебной защите прав разработчиков компьютерных программ и создателей баз данных на территории Республики Беларусь и России.....	109
6.2. Рекомендации по защите прав в административном порядке.....	127
7. НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩЕГО КОМПЛЕКСНУЮ ПРАВОВУЮ ОХРАНУ ПРАВ РАЗРАБОТЧИКОВ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ.....	137
Заключение	139
Литература.....	143
ПРИЛОЖЕНИЕ МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ОХРАНЕ ПРАВ НА КОМПЬЮТЕРНЫЕ ПРОГРАММЫ И БАЗЫ ДАННЫХ	145

ВВЕДЕНИЕ

Научно-техническая революция, произошедшая во второй половине прошлого столетия, оказала существенное влияние на все сферы общества. Научно-техническая революция привела к повышению творческой активности в целом, сделала ее более организованной и целенаправленной. Ее последствием стало и увеличение доли отраслей промышленности, основанных на использовании результатов интеллектуального труда.

С появлением в 20 веке первых компьютерных технологий человечество вступило в новую, информационную эру. Наиболее заметные изменения произошли за последние полтора – два десятка лет, в течение которых в нашем обществе начали происходить изменения, по своей значимости, не уступающие таким глобальным для своего времени явлениям как формирование индустриального общества и его постепенный переход к постиндустриальному. Новый технологический прорыв, вызванный стремительным развитием информационных технологий, уже сейчас настолько сильно влияет нашу жизнь, что это влияние не может не сказаться на развитии общества в целом. В последнее время все чаще и чаще говорится о том, что современное общество перешло на новый этап своего развития – формирование глобального информационного общества.

Основой информационных технологий стал компьютер. Однако все возможности, которые предоставляет компьютер, могут быть реализованы только через использование конечным пользователем компьютерных программ. Именно через компьютерную программу человек отдаёт компьютеру команды на выполнение тех или иных операций. Современная система управления информацией представляет собой сложный человеко-машинный комплекс, работа которого требует наличия не только технических, но и программных средств; именно через программу человек отдает компьютеру команды на выполнение тех или иных операций. При этом именно на программное обеспечение приходится основная добавленная стоимость. Труд программистов является сложным и высокоинтеллектуальным, а ежегодные затраты компаний промышленно развитых государств на разработку программного обеспечения исчисляются миллиардами долларов. Именно поэтому важнейшим вопросом в развитии индустрии программирования является обеспечение адекватной правовой охраны компьютерных программ.

По мере совершенствования вычислительных средств совершенствуется и программное обеспечение к ним. Это необходимо для полной реализации всё новых и новых возможностей, предоставляемых компьютерными технологиями. В своем развитии компьютерные программы прошли несколько этапов. Первоначально разработка и распространение компьютерных программ носили в большей мере академический (научный) характер, поскольку такие программы предназначались для ЭВМ, находящихся в исследовательских учреждениях. С появлением и массовым распространением персональных компьютеров в 80-х годах 20-го века компьютерные программы становятся объектом коммерческого использования и широко внедряются в гражданский оборот.

Уже несколько десятилетий компьютерные программы являются объектами коммерческой торговли. Рынок программного обеспечения является одним из самых прибыльных и самым интенсивно развивающимся в экономике большинства стран мира (в некоторых доля этой отрасли общественного производства превышает 5% от внутреннего валового продукта). Этому в значительной степени способствует доступность персональных

компьютеров, с помощью которых и создаются компьютерные программы. Кроме того упрощение самого процесса программирования, его автоматизация, использование высокоуровневых языков программирования снижают планку необходимых знаний для создания функционирующей программы.

По мере формирования рынка программ и одновременным возникновением такого явления как пиратской копирование программ возникла острая необходимость обеспечения их эффективной правовой охраны, что привело к закреплению в международном праве и национальном законодательстве государств норм, регулирующих отношения по использованию и охране компьютерных программ. Так же как и доходы от продажи программного обеспечения, убытки от его нелегального распространения исчисляются астрономическими суммами. Особенно эта проблема обострилась с распространением сети Интернет, которая позволяет обмениваться цифровыми данными за относительно небольшой промежуток времени.

Наряду с компьютерными программами особое значение приобретают базы данных - определенным образом подобранная и систематизированная информация, имеющая существенное коммерческое значение и поэтому также требующая охраны от несанкционированного копирования.

В данном пособии проведен краткий обзор становления и развития института правовой охраны компьютерных программ и баз данных, проанализированы современные тенденции в развитии законодательства Республики Беларусь, зарубежных государств, международного права в данной области. Подробно рассмотрены правовые аспекты охраны компьютерных программ и баз данных в Республике Беларусь: раскрыто содержание прав создателей этих результатов интеллектуальной деятельности, раскрыты особенности оформления договорных отношений по поводу создания и использования компьютерных программ и баз данных, проанализированы возможные способы защиты нарушенных прав разработчиков программ и баз данных. Отдельная глава посвящена вопросам оценки рыночной стоимости компьютерных программ и баз данных и постановке их на бухгалтерский учет.

Настоящее пособие адресовано пользователям сети Республиканского центра трансфера технологий и может быть полезно специалистам в области трансфера технологий, патентным поверенным, программистам, руководителям инновационных компаний, технопарков, центров коммерциализации и их специалистам, занимающимся вопросами правовой охраны компьютерных программ и баз данных.

1. КОМПЬЮТЕРНЫЕ ПРОГРАММЫ И БАЗЫ ДАННЫХ КАК ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

1.1. Становление и развитие института правовой охраны компьютерных программ и баз данных

Компьютерные программы являются одним из самых молодых и в тоже время, самых сложных и специфических объектов права интеллектуальной собственности.

Точкой отсчета в развитии компьютерных технологий принято считать 1946 год, когда был выдан патент создателям электронно-числового интегратора ENIAC. Работа этого интегратора состояла в выполнении определенной последовательности команд. Запись команд производилась в виде цепочки из нулей и единиц, затем вводилась в машину в виде чисел в двоичном, восьмеричном или шестнадцатеричном исчислении. Команды, созданные таким способом, назывались машинным кодом и не были доступны для человеческого восприятия. Программисты, не принимавшие участия в разработке компьютерной программы, как правило, не могли понять всех принципов ее использования, поэтому такие явления как плагиат и заимствование чужих идей среди программистов практически отсутствовали.

Следующим этапом стало создание языков программирования высокого уровня, преследовавшее цель ускорить и упростить процесс разработки компьютерных программ. Такие языки предоставляли возможность вводить в электронно-вычислительную машину команды с помощью операторов. При этом используемые команды были более доступны человеческому восприятию, в результате чего копировать чужие программы стало гораздо проще.

Далее развитие программирования шло по пути все большего упрощения процесса создания компьютерных программ, в результате чего программирование в определенной мере стало доступным даже обыкновенным пользователям. В литературе высказывается мнение о том, что современное программирование стало больше похоже на составительство программы из созданных другими модулей, участков программного кода и т.п., чем на написание программы «с чистого листа».¹

Первоначально разработка и распространение компьютерных программ носили преимущественно научный характер, поскольку предназначались для ЭВМ, обслуживающих научно-исследовательские центры. Охрана самих электронно-вычислительных машин как новых устройств не вызвала особых проблем, поскольку они соответствовали всем признакам патентоспособных технических решений, и новые решения, положенные в основу новых моделей ЭВМ, защищались патентами. А поскольку в первые годы производства ЭВМ программное обеспечение составляло не более 5% в себестоимости машины, да и само программное обеспечение было жестко связано с определенной моделью ЭВМ, производимой определенной фирмой, отсутствовала сама

¹ Погуляев В., Теренин А., Новиков П. Компьютерны программы и эволюция творчества // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2004. - № 9. - С.50-53.

необходимость правовой охраны программного обеспечения как самостоятельного объекта отдельно от ЭВМ.

Однако с совершенствованием и усложнением самой электронно-вычислительной техники стало возрастать значение программного обеспечения, программные продукты получили статус продукта, предлагаемого на рынке. С появлением и массовым распространением персональных компьютеров компьютерные программы становятся объектом коммерческого использования и внедряются в экономический оборот как товар, имеющий свою стоимость. Соответственно, назрела необходимость охраны программного обеспечения в качестве самостоятельного объекта гражданских прав.

Бурное развитие вычислительной техники и связанное с ним развитие программного обеспечения вызвало ряд проблем, связанных с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности в данной сфере. Творческий характер и сильнейшая экономическая отдача от труда программистов обусловили необходимость предоставления компьютерным программам правовой охраны.

Проблемы, связанные с введением программного обеспечения в гражданский оборот, возникли в начале 60-х годов прошлого века. При этом специалисты изначально исходили из того, что создание математического обеспечения ЭВМ, как и создание технических средств, требует затрат высококвалифицированного творческого труда и в силу этого заслуживают специальной правовой охраны. На 29-м конгрессе Международной ассоциации по охране промышленной собственности была высказана мысль о том, что творчество в области создания программного обеспечения нуждается в охране исключительным правом; наличие такой охраны будет способствовать развитию программного обеспечения, его использованию и распространению знаний, связанных с ним.²

Юристы пытались применить к программному обеспечению традиционные правовые институты. Были предложены и обоснованы несколько форм правовой охраны программ: авторско-правовая, патентно-правовая, сочетающая нормы авторского и патентного права, в рамках законодательства о коммерческой тайне и другие; также в зарубежной литературе можно встретить предложения альтернативных режимов, например охраны «*jus generis*», т.е. охраны «особого рода», или охраны на основе сочетания законодательства о коммерческой тайне и антимонопольного законодательства. В настоящее время правовая охрана компьютерных программ обеспечивается более чем девятью институтами права.³

Однако при охране патентным правом в отношении компьютерных программ возникли как юридические, так и патентоведческие проблемы, связанные с составлением формулы изобретения, выбором прототипа для патентуемой программы, и с экспертизой на мировую новизну. Возникающие вопросы были связаны с технической природой программного обеспечения – его нельзя отнести ни к устройствам, которые характеризуются конструктивными признаками, а также сложно отнести к способам, характеризующимся определенной последовательностью действий, выполняемых над

² Гельб А.Б. Современное состояние проблемы правовой защиты программного обеспечения ЭВМ. – Таллин: АН ЭССР, 1983. - С.8.

³ Титов А.П. Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. –М.: Ин-т техн. Кибернетики НАН Беларуси, 2001. - С.6.

материальным объектом. Как отмечали ученые – правоведы теоретическим обоснованием для признания алгоритмов и программ непатентоспособными как изобретений послужило то обстоятельство, что они не могут быть сведены к материальным объектам, т.е. не являются «техническими решениями» в традиционном для патентного права представлении.⁴

Охрана программного обеспечения при помощи правовых норм, обеспечивающих охрану нераскрытой информации, также имела существенные недостатки; если представление об алгоритме компьютерной программы как о ноу-хау разработчика вполне обосновано на стадии разработки программы вполне обосновано, то с того момента, когда содержание алгоритма станет доступно неопределенному кругу лиц, такая охрана не возможна по определению⁵.

В СССР проблема охраны компьютерных программ начала активно обсуждаться в середине 70-х годов. При этом ученые, занимавшиеся проблематикой правовой охраны компьютерных программ, обосновывали необходимость принятия специального нормативного акта, на основе которого был бы создан специальный правовой институт – «программное право», охраняющее компьютерные программы на основе регистрации, производимой без проведения предварительной экспертизы.⁶

В 1971 году проблематика защиты компьютерных программ впервые приобрела межгосударственный характер - консультационной группой Всемирной организацией интеллектуальной собственности были рассмотрены вопросы целесообразности и возможности такой защиты. При этом в середине семидесятых данная проблема параллельно рассматривалась двумя авторитетными международными организациями – Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС) и Международной ассоциацией промышленной собственности.

В 1975 году Конгресс Международной ассоциации промышленной собственности принял решение рекомендовать использовать для охраны программных продуктов возможности национального законодательства стран участниц, отдавая при этом предпочтение охране нормами авторского права. Подразумевалось, что такое положение должно сохраниться вплоть до выработки специальных международных норм защиты интеллектуальной собственности в сфере программно-математического и информационного обеспечения для ЭВМ.

В 1978 г. Всемирная организация интеллектуальной собственности приняла Типовые положения по охране программного обеспечения вычислительных машин, состоящих из десяти разделов, суммирующих позитивный опыт постановки и решения проблем в сфере правовой охраны программного обеспечения, накопленный к данному моменту в различных странах. В качестве основных вопросов, рассматриваемых в Положениях, было определение основных терминов, основных прав на программное обеспечение и

⁴ **Гаврилов Э.П.** Правовая охрана алгоритмов и программ для ЭВМ в СССР: современное состояние и перспективы // Вопросы изобретательства. – 1990. - № 1. - С.9

⁵ Там же. – С.11.

⁶ **Рясенцев В.А., Мартемьянов В.С., Масляев А.И.** Правовое регулирование отношений, основанных на создании и использовании алгоритмов и программ // Советское государство и право. – 1987. - № 8. – С.22-25.

условий их возникновения, сроков действия прав на программное обеспечение. В частности, согласно Положениям охране подлежали:

- компьютерная программа – набор команд, которые, будучи записанными на машиночитаемом языке, могут заставить машину, способную обрабатывать информацию, выполнить определенную функцию или достичь определенного результата;
- описание программы – полное пооперационное изложение в словесной, схематической или другой форме, детализированное в степени, достаточной для определения набора команд, составляющих содержание соответствующей компьютерной программы;
- вспомогательный материал – любой материал, кроме самой компьютерной программы или ее описания, созданный с целью облегчения понимания или применения компьютерной программы, например, описание проблемы или инструкции для пользователя.⁷

Подготовка такого проекта преследовала три основные цели: во-первых, устранить трудности в предоставлении международной охраны программным продуктам, вызванных различиями в правовой охране на национальном уровне; во-вторых, обеспечить возможно более серьезную степень унификации условий охраны средств математического обеспечения ЭВМ в различных странах; в-третьих, обеспечить относительно широкие возможности доступа к информации, содержащейся в программах для ЭВМ.⁸ При этом Типовые положения не исключали возможности применения к компьютерным программам общих принципов законодательства или применения какого-либо другого закона, например патентного.

В качестве следующего шага предполагалось подготовка и заключение соответствующего многостороннего международного договора об охране программного обеспечения, - в 1983 г. ВОИС выдвинула предварительный проект многостороннего международного договора, посвященного охране компьютерных программ. Однако такой договор так и не был заключен, поскольку начиная с середины 80-х многие промышленно развитые страны адаптировали свое законодательство для охраны компьютерных программ как объектов авторского права. Данные поправки модернизировали законодательство, сделав его относительно приемлемым на текущий момент для адекватной правовой охраны программных продуктов. В результате вопрос разработки специального международного законодательства потерял актуальность и был снят с повестки дня международных организаций.

Правоприменительная практика ведущих промышленно развитых государств пошла по пути охраны программного обеспечения нормами авторского права. В ноябре 1961 года компьютерная программа была впервые зарегистрирована в библиотеке Конгресса США в качестве объекта авторского права. А с 1964 г. ведомство по авторскому праву библиотеки Конгресса США начало осуществлять регистрацию компьютерных программ на регулярной основе, предоставляя им охрану в качестве произведений. В 1966 г. специальная президентская комиссия сделала вывод о непатентоспособности компьютерных программ. Однако одновременно с этим в 1967 г. Конгресс отклонил законопроект о внесении дополнений в закон об авторском праве, и в 1980 г. удалось

⁷ Типовые положения по охране программного обеспечения вычислительных машин // Гельб А.Б. Современное состояние проблемы правовой защиты программного обеспечения ЭВМ. – Таллинн: АН ЭССР, 1983. - С.93.

⁸ Матвеев Ю.Г. Международная охрана авторских прав. –М.: Юридическая литература, 1987. – С.163.

принять поправки, называющие компьютерные программы среди охраняемых объектов авторского права. После этого примеру США последовали большинство индустриально развитых стран: Австралия – 1984 г., Франция, Великобритания, Япония – 1985 г., Китай – 1990 г.⁹

Одновременно с этим именно в США на практике сложилась и существует в настоящее время наиболее либеральная система патентной охраны решений, связанных с компьютерными программами, существующая параллельно с предоставлением охраны в рамках авторского права.

Впрочем, выработка единых подходов в вопросах охраны программного обеспечения осложнялась и проблемой согласования интересов государств, обладающих различной степенью научно-технического развития. Именно поэтому более продуктивным оказалась разработка региональных соглашений. В качестве примера можно назвать выработку единых подходов в охране компьютерных программ государствами Европейского экономического сообщества. Первым шагом стала подготовка аналитического доклада Комиссии ЕЭС по авторско-правовой охране (так называемая «Зеленая книга по авторскому праву»), представленного в 1988 г. Отдельная глава доклада была посвящена вопросам авторско-правовой охраны программ для ЭВМ; в ней обобщалась сложившаяся практика правовой охраны программных продуктов на национальном уровне. Итогом стало принятие директивы Совета ЕЭС № 91/250 от 14 мая 1991 г. о правовой охране компьютерных программ нормами авторского права. Директива не только однозначно относилась компьютерные программы к объектам авторского права, но и устанавливала минимальный перечень норм об охране программ, которые в последующем были отражены в национальном законодательстве стран – участниц ЕЭС.

Завершающим этапом в установлении существующих международных правил в охране компьютерных программ стало заключение в рамках учреждаемой Всемирной торговой организации Соглашения по торговым аспектам права интеллектуальной собственности (соглашения ТРИПС), а также Договора ВОИС по авторскому праву (1996 г.). Оба международных договора предусматривают обязанности участвующих в них государств «охранять компьютерные программы, представленные в виде исходного или объектного кода, в качестве литературных произведений в соответствии с положениями Бернской конвенции; при этом охрана должна распространяться на все программы, независимо от способа и формы их выражения». В принятии такого решения не последнюю роль сыграла позиция крупнейших производителей программного обеспечения, для которых наиболее актуальной была проблема борьбы с массовым незаконным копированием их продуктов.

Если анализировать существующую в настоящее время практику охраны компьютерных программ на уровне национального законодательства, необходимо отметить три основные тенденции: Во-первых, большинство государств по умолчанию охраняют компьютерные программы нормами авторского права; во-вторых, многие государства не исключают возможности применения норм патентного права в отношении содержащихся в программном обеспечении решений, соответствующих общему понятию изобретения; в-третьих, продолжается поиск более эффективных правовых средств охраны именно

⁹ Черячукин В. Правовая охрана компьютерных программ за рубежом // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2002. - № 2. - С.69.

компьютерных программ. Ведущие промышленно развитые страны обходят недостатки авторско-правовой охраны компьютерных программ путем одновременного применения двух основных институтов права интеллектуальной собственности – авторского права и патентного права. Такой кумулятивный способ охраны допускает возможность применения и иных названных выше правовых институтов.

Среди ведущих индустриальных государств условно можно выделить три группы. Первую составляют страны, где не были проведены сколь либо серьезные законодательные реформы, и где вопросы охраны компьютерных программ в настоящее время решаются на основании норм существующего авторского права, которое применяется в отношении программных продуктов без каких-либо оговорок. Ко второй группе можно отнести страны, в которых проведены незначительные реформы авторского права, в результате которых компьютерные программы были прямо названы среди объектов авторского права, а также уточнены правила, касающиеся допускаемого свободного использования охраняемых программ и их возможного декомпилирования. К третьей группе относятся страны, которые осуществили серьезную модернизацию норм авторского права, включив в него положения, специально посвященные особенностям правовой охраны компьютерных программ.

В зависимости от подходов в применении норм патентного права для охраны компьютерных программ промышленно развитые страны можно подразделить на три группы. К первой относятся страны, патентные законы которых прямо предусматривают, что программы для ЭВМ не могут рассматриваться в качестве изобретений. Ко второй группе относятся страны, патентные законы которых не рассматривают компьютерные программы в качестве патентоспособных изобретений как таковые, в отрыве от технического результата, который достигается с их применением. К третьей группе относятся страны, патентное законодательство которых не содержит четких норм в отношении патентоспособности компьютерных программ.

Также следует отметить, что каждый из известных в современной юридической науке способов охраны сам по себе не обеспечивает компьютерным программам полную и надёжную охрану. Поэтому поиск наиболее адекватной формы правовой охраны компьютерных программ продолжается до сих пор.

1.2. Определение компьютерных программ и баз данных

Что же такое «компьютерная программа»? Большой энциклопедический словарь дает следующее определение: относящееся к вычислительным машинам описание алгоритма решения задачи, заданное на языке программирования.¹⁰ Свободная интернет-энциклопедия «Википедия» определяет компьютерную программу как последовательность формализованных инструкций, предназначенная для исполнения устройством управления вычислительной машины.¹¹

Определения компьютерных программ, данные в законах различных государств, как правило, схожи. Так в США компьютерная программа определяется как набор утверждений и инструкций, используемых прямо или косвенно в компьютере для получения определенного результата (а с 1988 г. порождаемые программой изображения также считаются частью данной программы). Австралийский закон считает компьютерной программой выражение на любом машинном языке, в любом коде или системе счисления ряда команд (с сопутствующей информацией или без таковой), предназначенных для того, чтобы устройство, способное обрабатывать информацию в числовой форме, выполняло определенную функцию. Эти команды реализуются либо непосредственно, либо после совершения обеих их или одной из следующих операций: а) преобразования на другой машинный язык, в код или систему счисления; б) воспроизводства на другом носителе. Испанский Закон об авторском праве под программой для ЭВМ понимает последовательность используемых в ЭВМ инструкций для решения конкретных задач или достижения определенного результата.¹²

В ст.1261 Гражданского кодекса Российской Федерации программа для ЭВМ определена как 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.¹³

Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» дает следующее определение: компьютерная программа – упорядоченная совокупность команд и данных для получения определенного результата с помощью компьютера, записанная на материальном носителе, а также сопутствующая электронная документация.¹⁴

Все приведенные определения компьютерной программы отражают два главных объективно присущих ей признака: систематизированная совокупность команд и данных (программа) и направленность на получение определенного результата с помощью ЭВМ (компьютерная). Тем не менее, некоторые государства расширяют объем правовой охраны программного обеспечения, распространяя ее на исходный текст и объектный код,

¹⁰ Большой энциклопедический словарь. Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: «Большая российская энциклопедия», 2001. - С.963.

¹¹ <http://www.wikipedia.org/>

¹² **Черячукин В.** Правовая охрана компьютерных программ за рубежом // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2002. - № 2. - С.69.

¹³ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. - № 52. – Ст. 5496.

¹⁴ Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. - № 31-32. – Ст. 472.

порождаемые программой аудиовизуальные изображения, сопутствующую электронную документацию и т.п.

Однако для того, чтобы разобраться в проблематике охраны программ необходимо использовать еще ряд терминов в их общепринятом значении.

Компьютер (ЭВМ) – техническое устройство или комплекс устройств, предназначенных для обработки информации и решения вычислительных и информационно-логических задач. Обработка информации компьютером осуществляется с помощью технических и программных средств.

Программные средства – последовательная совокупность операций, определяющая решение конкретной задачи посредством вычислительного процесса от заданных начальных условий до конечного результата.

Компьютерная программа – объективная форма представления совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования компьютерных устройств с целью получения определенного результата.

Программный продукт – это компьютерная программа или пакет компьютерных программ, предназначенные для передачи в эксплуатацию (для продажи).

Алгоритм - точное предписание, определяющее вычислительный процесс, ведущий от варьируемых начальных данных к искомому результату.

Исходный текст - воспринимаемое человеком представление алгоритма на произвольном языке программирования;

Объектный код – исходный текст, преобразованный в машиночитаемую форму с использованием комбинации двух элементов – «0» и «1».

Адаптация компьютерной программы – внесение изменений, осуществляемых исключительно в целях обеспечения функционирования компьютерной программы на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя.

Модификация (переработка) компьютерной программы – любые изменения, не являющиеся адаптацией, в том числе представление программы на другом языке.

Декомпилирование компьютерной программы – технический прием, включающий преобразование объектного кода в исходный текст, осуществляемый в целях изучения структуры и кодирования программы.

Компьютерные программы являются самым необычным и по-своему уникальным объектом права интеллектуальной собственности. Они обладают рядом отличительных признаков, позволяющих выделить их из общей массы объектов.

Во-первых, компьютерные программы имеют преимущественно цифровую форму выражения. Компьютерная программа, безусловно, может быть выражена в виде текста, однако такая форма существования не позволяет использовать программу по ее назначению.

Во-вторых, компьютерная программа – это не только объект права интеллектуальной собственности, но и техническое средство управления электронно-вычислительной машиной. Программа воспринимается двумя совершенно разными субъектами: компьютером и человеком. Инвариантность такого восприятия обуславливает наличие как минимум двух форм выражения. Программа вводится в память ЭВМ и обрабатывается в виде объектного кода, то есть последовательности нулей и единиц. Такая последовательность не может быть воспринята и понята человеком. Соответственно,

создавая программу, программист не записывает ее в виде таких нулей и единиц, он пишет исходный текст на каком-либо высокоуровневом языке программирования, который затем будет автоматически переведен в последовательность команд на объектном коде. Исходный текст может быть воспринят любым человеком, но понят – лишь подготовленным специалистом. С точки зрения обычного пользователя такой текст представляет собой набор чередующихся символов и слов, тогда как подготовленный специалист видит так называемый «синтаксис команд», логические операторы и т.д. Некоторые специалисты выделяют еще промежуточную между исходным текстом и объектным кодом стадию – псевдокод. Программа, представленная в виде псевдокода, не может быть исполнена вычислительной системой непосредственно как объектный код и не может быть доступной для человеческого восприятия в той мере, в какой доступен исходный текст. Посредством псевдокода сегодня функционирует и создается программное обеспечение самого разнообразного назначения.¹⁵

Во многом именно благодаря наличию такой стадии или формы существования программного обеспечения как исходный текст, компьютерные программы стали охраняться авторским правом как литературные произведения. Исходный текст имеет все черты письменного литературного произведения. Кроме того, как обычное произведение может быть написано на разных языках (русский, английский и т.д.), так и компьютерная программа может быть написана на разных языках программирования (Си, Ассемблер и т.д.). При достижении определенной цели автор программы может создать собственные оригинальные идеи, теории, методы, алгоритмы и т.д. – это придает компьютерным программам черты научного произведения. Наконец, аудиовизуальные изображения, порождаемые программой, имеют черты художественных произведений, которые также охраняются авторским правом.¹⁶ Высказывается также мнение, что интерфейс программы может охраняться как промышленный образец.¹⁷

Но исходный текст программы еще не является собственно компьютерной программой: таковой он становится лишь после компиляции, то есть перевода всей исходной программы в эквивалентную ей результирующую программу на языке машинных команд.¹⁸ Именно после компиляции создается экземпляр компьютерной программы, готовый к использованию. Если недописанный текст литературного произведения, незаконченный просмотр аудиовизуального произведения еще представляют определенную ценность для потребителя (то есть, способны частично приносить какую-либо пользу), то некомпилитированный исходный текст программы неспособен выполнять даже части функций законченной программы.

Однако здесь необходимо обратить внимание на еще один момент, определяющий специфику компьютерной программы: скомпилированная программа не может быть использована без установки (инсталляции) ее на компьютере. Этот технический процесс

¹⁵ Погуляев В., Теренин А., Новиков П. Компьютерные программы и эволюция творчества // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2004. - № 9. - С.50.

¹⁶ Судариков С.А. Правовая охрана компьютерных программ // Интеллектуальная собственность в Беларуси. – 1999. - № 3. - С.11.

¹⁷ Титов А.П. Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. –М.: Ин-т техн. Кибернетики НАН Беларуси, 2001. - С.75.

¹⁸ Брумштейн Ю., Кириллов А., Сепкулов Т. Особенности авторских прав, связанных с основными объектами дистрибуции в сфере информационно-коммуникационных технологий России // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2007. - № 3. - С. 31.

используют сложные программы; он включает в себя, как правило, запись компонентов программы в постоянную память компьютера, регистрацию отдельных компонентов в операционной системе и т.п.

Характеризуя компьютерную программу как специфический результат интеллектуальной деятельности, нельзя не отметить особую связь компьютерных программ с другими объектами права интеллектуальной собственности. Во-первых, компьютерная программа может включать в себя иные объекты права интеллектуальной собственности. Помимо электронной информации компьютерная программа может содержать и иные объекты, в том числе и произведения, охраняемые авторским правом (литературные и музыкальные произведения, произведения изобразительного искусства, фотографии и т.п.). Определенные графические изображения могут применяться в качестве элементов интерфейса программы, выполняемые ею действия могут сопровождаться звуковыми сигналами и т.д. Используемые объекты могут быть результатами, как творческого труда автора компьютерной программы, так и других лиц. Это, однако, не означает, что автор программы является носителем прав в отношении таких объектов. Каким образом включение охраняемых авторским правом произведений в компьютерную программу влияет на её правовой режим – становится ли в таком случае компьютерная программа зависимым произведением, либо нет? Предусмотренное действующим Законом Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» отнесение компьютерных программ к числу литературных произведений не позволяет однозначно решить этот вопрос, поскольку очевидно не учитывает их синтетический характер, во многом схожий с характером аудиовизуальных произведений. Предусмотренное же Гражданским кодексом определение компьютерной программы в качестве самостоятельной разновидности объектов авторского права позволяет избежать такого рода неопределённости.

Во-вторых, сама компьютерная программа может выступать инструментом для создания иных результатов творчества. Существует обширное семейство компьютерных программ, предназначенных для создания графических изображений, музыкальных и аудиовизуальных произведений и т.д. Процесс этот менее трудоемкий с точки зрения затраты физических сил автора, но гораздо более требовательный к интеллектуальным вложениям. Тем не менее, индустрия электронных произведений приобрела невиданный размах: в сети Интернет появилось большое количество галерей графических изображений, популярная сегодня “электронная” музыка также создается в основном с использованием компьютерных программ.

Несмотря на большое количество существующих компьютерных программ, их многообразие с точки зрения сложности и предназначения, можно выделить основные категории программ.

Действующее законодательство называет два вида компьютерных программ: **прикладные программы** и **операционные системы**. Это разделение является логичным с точки зрения предназначения компьютерной программы, но нельзя не отметить тот факт, что прикладных программ в сотни раз больше, чем операционных систем. Таким образом, получаются две совершенно несоразмерные группы.

Операционная система – это одна большая программа, к которой «прикладываются» и функционируют все остальные программы. Именно операционная система осуществляет преобразование команд, получаемых от той или иной программы, в понятные компьютеру

(хотя отдельные виды программ также могут обращаться непосредственно к «железной» составляющей компьютера – так называемые драйверы устройств). Как уже указывалось выше, операционных систем существует немного. Общеизвестными являются: Windows, Unix, Mac OS и др. Операционную систему можно представить как своеобразную среду, в которой работают прикладные программы. Это сравнение приводит к логичному выводу, что программы, предназначенные для работы в одной операционной системе, не смогут функционировать в другой. Таким образом, операционная система является такой же неотъемлемой частью компьютерной системы, как и, например, процессор.

Число различных прикладных программ очень велико (особенно если учесть, что программы определенного назначения необходимы для каждой операционной системы), и именно они составляют основную массу рынка программного обеспечения.

Значительную часть существующего сегодня программного обеспечения составляют программы, предназначенные для коммерческого использования. Именно в отношении таких программ их разработчики, компании-производители используют возможные правовые и технические средства защиты, не позволяющие осуществлять несанкционированное копирование и использование..

В то же время, в мире наблюдается рост популярности так называемого «свободного» программного обеспечения; иначе такие программы называют «программами с открытым исходным текстом» (open-source). Однако определение такого программного обеспечения в качестве «свободного» не означает освобождение лицензиата от любых обязательств перед лицензиаром и третьими лицами, в том числе не всегда означает возможность бесплатного использования. Свобода программного обеспечения означает право пользователя свободно запускать, копировать, распространять, изучать, изменять и улучшать его. Более точно, существуют четыре разновидности свободы пользователей программы:

- свобода запускать программу в любых целях;
- свобода изучения работы программы и адаптация ее к нуждам пользователя, доступ к исходным текстам является необходимым условием;
- свобода распространять копии;
- свобода улучшать программу и публиковать улучшения, так что все общество выиграет от этого, доступ к исходным текстам является необходимым условием.

Идея свободного программного обеспечения зародилась и начала свое развитие в 1983 году, когда Ричард Столлман анонсировал начало работы над проектом GNU (GNU – это рекурсивная аббревиатура для «GNU's Not UNIX» - GNU не UNIX). Проект был организован в 1984 году для разработки UNIX-подобной операционной системы, которая являлась бы свободным программным обеспечением: операционной системы GNU.¹⁹

В противоположность концепции авторского права как права собственности Ричард Столлман применяет термин «copyleft». Copyleft использует законы об авторском праве для обеспечения невозможности ограничить любому человеку права использовать, изменять и распространять как саму компьютерную программу, так и программы, базирующиеся на ней. «Чтобы поместить программу под действие copyleft, сперва мы

¹⁹ **Ульянов Д.** Некоторые аспекты правовой охраны свободного программного обеспечения //Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2007. - № 4. – С.65.

объявляем свои авторские права на нее (copyright), далее добавляем условия распространения, являющиеся правовым базисом, согласно которому каждый получает права использования, модификации и распространения программного кода, а также любых производных программ на условии, что правила распространения неизменны. Таким образом, код и предлагаемые свободы становятся юридически нераздельными».²⁰

Открытость исходного текста, свобода распространения и отсутствие ограничений его модификации способствуют интенсивному развитию программного обеспечения во многом благодаря тому, что в его разработке могут принимать участие все желающие. Кроме того, такие программы обладают большей гибкостью, так как на любом этапе своего существования могут быть переработаны в соответствии с потребностями пользователя. В силу того, что после модификации свободное программное обеспечение по-прежнему остается открытым, у пользователей появляется возможность сравнивать различные модификации и использовать наиболее удачные варианты. Следствием этого процесса является не только стремительная эволюция программного обеспечения, но и развитие информационных технологий в целом.

Компьютерная программа относительно недавно была признана объектом интеллектуальной собственности. Она представляет собой упорядоченную совокупность команд и данных для получения определенного результата с помощью компьютера. Программное обеспечение охраняется авторским правом как литературные произведения, поскольку создаются на основании исходного кода, который имеет черты литературного и научного произведения. Тем не менее, в научной литературе предлагается охранять компьютерные программы другими институтами права. Основной формой выражения компьютерной программы является цифровая форма, при этом необходим материальный носитель, на который бы она могла быть записана. Компьютерные программы выполняют креативную, посредническую функции и функцию пассивного использования по отношению к другим объектам права интеллектуальной собственности. Законодательством выделены два основных типа компьютерных программ: операционные системы (своеобразная среда, которой работают другие программы) и прикладные программы. Они могут быть также разделены по функциональной направленности и по критерию открытости исходного текста (open-source и коммерческие программы).

База данных - компиляция материалов, данных, информации, по подбору и расположению материалов представляющая результат творческого труда; понятие базы данных не распространяется на компьютерную программу, с помощью которой может осуществляться электронный доступ к материалам базы данных. Такое определение приведено в ст.4 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах».

Иное определение дано в Законе Республики Беларусь от 6.09.1995 г. № 3850-XII «Об информатизации»²¹, ст.1 которого признает базой данных совокупность взаимосвязанных данных, организованных по определенным правилам на машинных носителях.

²⁰ Там же. - С.66

²¹ Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. -1995. - № 33. -Ст.428.

Информацию традиционно определяют как сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах; данные – как документированную информацию; материалы – как собрание документов по какому-либо вопросу. Из приведенного в Законе определения можно сделать вывод о том, что база данных является разновидностью составных произведений, которая отличается характером включенных в нее объектов (материалы, данные и информация не являются объектами авторского права).

Базы данных являются новым объектом авторского права, - первое упоминание о них появилось в законе «Об авторском праве и смежных правах» 1996 г. В этом законе база данных была определена как объективная форма предоставления и организации совокупности данных, систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ. Закон уже не ограничивает понятие базы данных только машиночитаемыми подборками информации, определяя её как компиляцию (подборку) материалов, данных, информации, представляющую по подбору и расположению материалов результат творческого труда. Компиляция (лат. **compilatio** – хищение; накопление выписок, собрание документов) – соединение результатов чужих исследований, мыслей без самостоятельной обработки источников, а также сама работа, составленная таким образом.²² Следовательно, компилятивная работа тождественна составительской работе, а результат компилятивной работы – суть подборка материалов (сборник). Таким образом, базу данных можно с уверенностью отнести к категории составных произведений. Именно таким образом поступил законодатель, указав в ст.993 ГК базы данных среди других составных произведений. Основное отличие базы данных от иных составных произведений состоит в характере включаемых в нее материалов, - как правило, база данных содержит информацию, разного рода данные и иные материалы, не являющиеся объектами авторского права.

²² Крысин Л.П. Толковый словарь иноязычных слов. -М.: «Русский язык», 1998. -С.342.

2. АНАЛИЗ МИРОВОЙ ПРАКТИКИ ОХРАНЫ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ

2.1. Практика авторско-правовой охраны компьютерных программ и баз данных в зарубежных странах

Правоприменительная, а затем и законодательная практика большинства государств пошла по пути охраны программного обеспечения и баз данных нормами авторского права.

Охрана компьютерных программ авторским правом является наиболее простой и достаточно эффективной, поскольку она предоставляется в силу факта создания программы. По сравнению другим возможным вариантом - патентной охраной, авторско-правовая охрана является более оперативной, дешевой и демократичной. При этом не требуется долгой процедуры экспертизы программы на мировую новизну, уже в течение которой компьютерная программа может морально устареть и оказаться невостребованной на рынке. Именно поэтому авторско-правовой метод охраны компьютерных программ получил преимущественное признание. Одним из наиболее ощутимых и значимых преимуществ охраны компьютерных программ и баз данных авторским правом является то, что авторское право на произведения науки, литературы, искусства возникает в силу факта их создания; для предоставления охраны достаточно того, что компьютерная программа является результатом творчества и существует в какой-либо объективной форме.

Заслуживает внимания и такая мысль: в выборе авторско-правовой формы охраны доминирующую роль сыграли компании – производители и распространители программного обеспечения, максимально заинтересованные в легком, быстром и широком получении прав на результаты своего труда без соблюдения каких-либо формальностей и без государственно-территориальных ограничений. А авторско-правовая схема охраны программного обеспечения полностью соответствует данным требованиям и способствует легкому получению охраны на международном рынке.²³

Применительно к практике охраны компьютерных программ нормами авторского права правовые системы промышленно развитых государств можно условно подразделить на три группы:

- страны, в которых не были проведены законодательные реформы, и в которых охрана компьютерных программ осуществляется на основании общих положений авторского права;

- страны, в которых осуществлены незначительны по объему реформы авторского права, выразившиеся главным образом в том, что компьютерные программы и базы данных были отнесены к числу объектов авторского права, а также модифицированы некоторые общие принципы, касающиеся использования данного вида произведений в личных целях;

²³ Дозорцев В.А. Исключительные права и их развитие. Права на результаты интеллектуальной деятельности. – М.: Библиотека «Де-юре», 1994. – С.52.

- страны, в которых законодательство об авторском праве было существенным образом пересмотрено и в него включены специальные нормы, касающиеся особенностей охраны компьютерных программ и баз данных.

Каких-либо специальных правил, определяющих особенности авторско-правовой охраны компьютерных программ, законодательство зарубежных государств, как правило, не содержит. Поэтому в отношении программ применяются общие правила, применимые в отношении иных произведений. В частности, законодательство об авторском праве большинства стран мира содержит норму о том, что авторское право не распространяется на системы, методы функционирования, концепции, принципы и т.п. Показательным является решение американского суда по иску компании Lotus к компании Borland, в котором суд пришел к выводу о том, что «... иерархия команд в меню программы хоть и может иметь некое объективное выражение, является в то же время операционным методом и поэтому должна быть исключена из объема авторско-правовой охраны».

Именно поэтому во многих случаях разработчики программного обеспечения не удовлетворены тем уровнем охраны, который они получают в рамках института авторского права. Обеспечивая охрану компьютерных программ нормами авторского права, законодатель неизбежно сталкивается с проблемами, обусловленными спецификой компьютерной программы как охраняемого объекта, поскольку в ней принцип работы (алгоритм) имеет безусловный приоритет над формой выражения (алгоритм, изложенный языком программирования и представленный в виде исходного текста или объектного кода). Основное значение для компьютерной программы имеет ее функциональность, которая предопределяется алгоритмом, а написание программы на том или ином языке программирования, т.е. представление в той или иной форме может быть безразлично для пользователя. Обеспечивая охрану форме произведения, авторское право объективно не защищает лежащий в её основе алгоритм. Иными словами, авторское право защищает компьютерную программу от незаконного копирования и распространения, а вот параллельное создание программы, выполняющей те же функциональные действия, не является нарушением авторского права на ранее существовавшую программу даже в том случае, если разработчик второй программы позаимствует принципы, положенные в основу первой программы. Многие промышленно развитые страны нивелируют недостатки авторско-правовой охраны компьютерных программ путем одновременного применения двух институтов права интеллектуальной собственности - авторского права и патентного права. Такой кумулятивный способ охраны предусматривает возможность применения к компьютерным программам и иным институтам, таких как охрана коммерческой тайны и пресечение недобросовестной конкуренции. Более подробно об этих вариантах охраны программ речь пойдет в дальнейшем.

Наряду с применением общих правил авторско-правовой охраны некоторые страны предусматривают параллельное применение правил о регистрации или депонировании компьютерных программ. В этом отношении наиболее показательной является законодательная практика Российской Федерации.

Действующая с 1 января 2008 г. часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации, утвержденная Федеральным законом от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ²⁴, предусматривает охрану компьютерных программ нормами авторского права. Программы для ЭВМ (именно такой термин использован российскими законодателями), с одной стороны, должны охраняться как литературные произведения (ст.1259 ГК РФ), с другой стороны, в программу для ЭВМ включаются порождаемые ею аудиовизуальные отображения (ст.1261 ГК РФ). Программы для ЭВМ как объекты авторского права охраняются автоматически, без соблюдения каких-либо формальностей. Одновременно с этим ст.1262 ГК РФ предусматривает возможность государственной регистрации программ для ЭВМ, а также баз данных, которая осуществляется по желанию правообладателя в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Согласно данной норме правообладатель 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.

Заявка на регистрацию программы для ЭВМ или базы данных должна содержать:

- заявление о государственной регистрации программы для государственной регистрации программы для ЭВМ или базы данных с указанием правообладателя, а также автора, если он не отказался быть упомянутым в качестве такового, и места жительства или места нахождения каждого из них;
- депонируемые материалы, идентифицирующие программу для ЭВМ или базу данных, включая реферат;
- документ, подтверждающий уплату государственной пошлины в установленном размере или наличие оснований для освобождения от уплаты государственной пошлины, либо для уменьшения ее размера, либо для отсрочки ее уплаты.»

Правила оформления заявки на регистрацию определяет федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

На основании заявки на регистрацию федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности проверяет наличие необходимых документов и их соответствие требованиям, изложенным этой статье. При положительном результате проверки указанный федеральный орган вносит программу для ЭВМ или базу данных соответственно в Реестр программ для ЭВМ или Реестр баз данных, выдает заявителю свидетельство о государственной регистрации и публикует сведения о зарегистрированной программе для ЭВМ или базе данных в официальном бюллетене.

По запросу федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности или по собственной инициативе заявитель вправе до публикации сведений в официальном бюллетене дополнять, уточнять и исправлять материалы заявки на регистрацию.

Порядок государственной регистрации программ для ЭВМ и баз данных, формы свидетельств о государственной регистрации, перечень указываемых в них сведений, а также перечень сведений, публикуемых в официальном бюллетене,

²⁴ «Российская газета» от 22 декабря 2006 г.

устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Сведения об изменении правообладателя и обременении исключительного права вносятся в Реестр программ для ЭВМ или Реестр баз данных на основании зарегистрированного договора или иного правоустанавливающего документа и публикуются в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Сведения, внесенные в Реестр программ для ЭВМ или в Реестр баз данных, считаются достоверными, поскольку не доказано иное. Ответственность за достоверность предоставленных для регистрации сведений несет заявитель.

В Гражданском кодексе Российской Федерации достаточно подробно регламентирована процедура регистрации программы, однако не определен правовой статус такой регистрации (и, самое главное, не дан ответ на вопрос о том, имеет ли она правоустанавливающее значение). Единственное правовое последствие регистрации, названное в ст.1262 ГК РФ, состоит в том, что договоры об отчуждении и залоге исключительного права на зарегистрированную программу для ЭВМ или базу данных и лицензионные договоры о предоставлении права использования зарегистрированной программы или базы данных, а также переход исключительного права на такую программу или базу данных к другим лицам без договора подлежат государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Заслуживает внимания европейская практика авторско-правовой охраны компьютерных программ. Принятая 14 мая 1991 г. Директива ЕС № 91/250/ЕЭС «О правовой охране компьютерных программ».²⁵ В соответствии с положениями Директивы объектами охраны являются программы для ЭВМ, выраженные в любой форме (понятие «программа для ЭВМ» включает также вспомогательные материалы разработки). В соответствии с общей концепцией авторского права охраняется только форма выражения программы для ЭВМ, а идеи и принципы, лежащие в основе любого элемента программы, в том числе и в основе интерфейсов, не охраняются авторским правом.

Программа для ЭВМ подлежит охране, если она является оригинальной в том смысле, что является результатом собственной интеллектуальной деятельности ее автора. Никакие иные критерии не должны применяться для определения ее охраноспособности. Выработка указанной формулировки критерия охраны стала, в частности, следствием подхода, избранного судебной практикой Федеративной Республики Германии. Федеральный суд Германии в постановлении от 9 мая 1985 г. установил очень высокий уровень требований, предъявляемых к оригинальному характеру программ, подлежащих охране авторским правом.

Решениями Федерального суда Германии по делу «Collection Programm» и Апелляционного суда Франкфурта-на-Майне по делу «Baustatik-programm» были установлены требования, предъявляемые к оригинальному характеру компьютерных программ:

²⁵ Official Journal of European Communities. № L122/ 17 of May 27, 1991.

- a) творческий вклад, существенно превышающий возможности среднего программиста;
- b) необходимость анализа всех стадий создания программы: системный анализ, разработка блок-схемы, непосредственное кодирование;
- c) программа не должна очевидным образом вытекать из поставленной проблемы, поскольку автор программы имеет свободный выбор возможного пути решения задачи;
- d) программа не является математическим развитием другой известной программы.²⁶

Фактически Федеральный суд считал, что необходима «истинная» оригинальность, которая должна «отличаться от обычного уровня квалификации среднего программиста». Такая правовая установка, гораздо более строгая, чем применяемая для других произведений художественного или литературного творчества, поставила Германию в несколько изолированное положение среди других стран Европейского сообщества. Это и стало основной причиной, побудившей Комиссию ЕС предложить унифицированный критерий охраны программного обеспечения, а именно – распространить на программы режим авторско-правовой охраны литературных произведений, предусмотренный национальным законодательством государств-членов. В результате отношения, возникающие по поводу охраны компьютерных программ, получили единообразное регулирование в государствах-членах ЕС.

Какие положения содержит Директива? Во-первых, в Директиве устанавливаются единообразные правила в отношении авторства на программы и принадлежности имущественных авторских прав. Автором компьютерной программы является физическое лицо или группа физических лиц, которые создали программу, или, если это допускается законодательством государства-члена, юридическое лицо, указанное в соответствии с данным законодательством в качестве правообладателя. В отношении компьютерных программ, созданных совместно группой физических лиц, исключительные права принадлежат им совместно. Однако если компьютерная программа создана служащим в ходе исполнения своих обязанностей или при выполнении указаний, данных его работодателем, исключительно работодатель управомочен осуществлять все имущественные права в отношении созданной таким путем программы, если иное не предусмотрено договором.

Во-вторых, в Директиве уточняется содержание исключительного авторского права в отношении компьютерной программы. В частности, за правообладателем признается право осуществлять или разрешать: а) постоянное или временное воспроизведение компьютерной программы любыми средствами и в любой форме, в части или в целом (в той мере, в какой загрузка, демонстрация, оперирование, передача или хранение компьютерной программы являются необходимыми для ее воспроизведения, подобные действия нуждаются в разрешении автора); б) перевод, адаптацию, упорядочивание или любое другое изменение в компьютерной программе и воспроизведение их результатов, без ущерба к правам лица, изменяющего программу; в) любую форму публичного распространения, включая передачу в пользование, оригинальной компьютерной программы или ее копий (при этом первая продажа в Сообществе правообладателем или

²⁶ **Титов А.П.** Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. –М.: Ин-т техн. Кибернетики НАН Беларуси, 2001. - С.25-26.

с его согласия копии программы влечет за собой прекращение права распространения внутри Сообщества данной копии, кроме права контролировать последующие передачи в пользование программы или ее копии).

В-третьих, Директива перечисляет допускаемые ограничения прав обладателя авторского права на компьютерную программу. К таким случаям относятся возможность адаптации программы правомерным пользователем, создание им резервной копии программы, а также при определенных условиях – декомпилирование программы. Директива № 250 допускает декомпиляцию компьютерной программы в целях разработки совместимых с ней программ. Такая декомпиляция должна осуществляться лицом, приобретшим лицензию или право на эксплуатацию программы. Положения контрактов, препятствующих декомпиляции, считаются изначально ничтожными. Совершенно очевидно, что данные нормы являются одним из средств правовой борьбы с монопольным положением программных продуктов Microsoft на европейском рынке. Конфликт между указанной корпорацией и антимонопольным ведомством Европейского Союза достиг огромных масштабов: общая сумма штрафных санкций, наложенных на Microsoft Европейской комиссией по конкуренции, превысила 1,68 миллиарда евро.²⁷

Согласно ст.9 Директивы ее положения не затрагивают любые другие правовые нормы, в том числе относящиеся к патентным правам, товарным знакам, несправедливой конкуренции, коммерческой тайне, охране полупроводниковой продукции или договорному праву.

Важным этапом на пути гармонизации и унификации авторского права в Европейском союзе стало принятие Европейским парламентом и Советом нового коммунитарного акта – Директивы 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 года о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном сообществе. Суть этого инструмента европейской гармонизации заключается прежде всего в адекватном отражении реалий новых технологических взрывов, в их преломлении в правовой охране объектов интеллектуальной собственности.²⁸

Несмотря на то, что целью законодательства Европейского союза является устранение расхождений в национальном законодательстве членов, и директивы Парламента являются своеобразным ориентиром для государств Европы, определенные различия в законодательстве об охране компьютерных программ все же имеются. Например, срок охраны компьютерных программ является различным, что связано в первую очередь с тем, что в отличие от других произведений литературы и искусства программы для ЭВМ очень быстро морально устаревают. Во Франции срок охраны составляет 25 лет с момента создания, в Германии и Австрии – 70 лет, в Испании – 80 лет.

Еще одним заслуживающим внимания различием в правовой охране компьютерных программ в различных государствах является принадлежность прав автора. Согласно французскому законодательству об авторском праве за автором служебного произведения сохраняются личные неимущественные права (часто их называют моральными), даже если в трудовой договор с ним включено условие об уступке

²⁷ Платов А. Microsoft, Евросоюз и миллиарды штрафа // Компьютерная газета. – 2008. - № 11. – С.35.

²⁸ Абдулин А. Авторское право и смежные права в информационном обществе: опыт Европейского союза // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2006. - № 3. - С.22.

исключительного авторского права работодателю (переходят только имущественные права).

Совершенно иная ситуация сложилась в США: все права на компьютерную программу, созданную в рамках выполнения служебных обязанностей и по заданию работодателя, принадлежат последнему. Причем работодателю принадлежат не только исключительные имущественные права, но и все личные неимущественные, включая право считаться автором этой программы и право на форму указания имени автора при выпуске произведения в свет.²⁹

Зарубежная практика правовой охраны баз данных является более разнообразной. Проблема охраны нетворческих баз данных, а также недостатки правовой охраны авторским правом тех баз данных, которые по подбору или расположению материала все-таки являются результатом творческой деятельности, заставляют законодателей искать более эффективны решения. Даже в том случае, когда база данных является результатом творческой деятельности, предоставляемая авторско-правовая охрана не в полной мере отвечает интересам правообладателей, поскольку ее пределы не позволяют отнести к числу неправомерных ряд действий, таких как несанкционированное извлечение третьими лицами всего содержания базы данных или существенной ее части для последующего использования, в том числе в своих база данных. При этом первоначальные создатели баз данных несут серьезные убытки, поскольку их недобросовестные конкуренты могут выходить на рынок с более дешевым продуктом - они не несут расходов, связанных со сбором, проверкой, обработкой и расположением информации.

Таким образом, можно говорить о том, что действующая авторско-правовая охрана баз данных, отвечающих критериям творческой деятельности, несовершенна и не обеспечивает охрану имущественных интересов создателей баз данных. Те базы данных, которые не являются результатом творческой деятельности, вообще не охраняются ни в рамках авторского права, ни в рамках иных институтов гражданского права. Оптимальным решением является введение специального законодательства, регулирующего правоотношения, связанные с охраной баз данных. Однако такая специальная охрана связана с рядом проблем, относительно которых велись и ведутся ожесточенные споры. Рассмотрим, для примера, европейский опыт решения вопроса охраны баз данных.

11 марта 1996 в рамках Европейского Союза была принята Директива № 96/9 «О правовой охране баз данных»³⁰ (далее – Директива). В ней база данных определена как «собрание независимых произведений, данных или других материалов, расположенных систематическим или методическим способом и доступных электронными или иными средствами». Таким образом, Директивой охраняются не только компьютерные базы данных, но также и иные базы данных, существующие, например, на бумажных носителях. В то же время Директивой не охраняются сами компьютерные программы, которые могут применяться при создании или использовании баз данных.

²⁹ Черячукин В. Правовая охрана компьютерных программ за рубежом // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2002. - № 2. - С.71.

³⁰ Official Journal of European Communities. № L77/20 of March 27, 1996.

Директива предусматривает различную защиту для двух типов баз данных.

1. Базы данных, которые в результате подбора или систематизации своего содержания, составляют собственное авторское произведение (т.е. являются результатом творческой деятельности – прим. **Авторов**), охраняются в качестве такового авторским правом. При этом охрана баз данных не распространяется на их содержание.

Директивой обозначается, что автор базы данных должен быть физическим лицом или группой физических лиц, которые создали базу, или, если законодательство стран-членов ЕС это позволяет, юридическим лицом, которое определено правообладателем в соответствии с таким законодательством. Автору базы данных (юридическому лицу – правообладателю) предоставляется исключительное право на:

- временное или постоянное воспроизведение любыми средствами и в любой форме полностью или частично;
- перевод, адаптацию, систематизацию и любые другие изменения;
- любую форму распространения базы данных и ее копий;
- любое представление и демонстрацию общественности;
- любое воспроизведение, распространение, представление и демонстрацию общественности результатов любых изменений базы.

2. Директивой предусмотрена защита баз другого типа, не являющихся охраноспособными с точки зрения авторского права, а в качестве средства защиты используется так называемое «право sui generis» (право особого рода). Изготовителям баз данных, при условии существенного количественного и/или качественного вклада в сбор, проверку или представление содержания базы данных, предоставляется право запрещать извлечение или переработку содержания всей базы или ее существенной части. Причем под извлечением понимается перемещение или временное перемещение всего содержания базы или существенной его части в другую оболочку любыми способами и в любой форме. Переработкой Директива называет любую форму предоставления доступа общественности ко всему содержанию базы или существенной его части путем распространения копий, сдачи в аренду, вывешивания в сети Интернет или других форм передачи.

Кроме того, право sui generis применяется независимо от того, находится база данных под охраной авторского права или других прав или нет. Более того, оно должно применяться независимо от того, подлежит ли само содержание базы данных охране авторским правом или другими правами. Таким образом, базам данных, находящимся под охраной авторского права, предоставляется двойная защита. Можно предположить, что это сделано с той целью, чтобы обезопасить изготовителя базы данных и обеспечить его базе гарантированную охрану.

Право sui generis в отношении баз данных подчиняется принципу исчерпания права, и первая продажа копии базы данных на территории Европейского союза правообладателем лично или с его согласия ведет к прекращению его права контролировать последующие продажи этой копии в пределах Европейского союза. При этом публичный прокат не является актом извлечения или переработки.

Указанное выше право изготовителя запрещать извлечение или переработку содержания всей базы данных или существенной ее части может быть передано, уступлено или предоставлено по лицензионному договору.

В соответствии с Директивой не допускаются повторяющиеся и систематические извлечения и/или переработки несущественных частей содержания баз данных, являющиеся действиями, которые противоречат нормальной эксплуатации базы данных или противоречат законным интересам изготовителя базы данных.

Срок действия права *sui generis* начинает течь с момента завершения формирования базы и действует 15 лет, начиная с 1 января года, следующего за датой изготовления. Однако если изготовитель базы данных сделал ее доступной широкой общественности путем опубликования до истечения 15-летнего периода, то 15-летний срок действия права *sui generis* начинает течь с 1 января года, следующего после даты опубликования. Кроме того, Директивой также предусмотрено продление срока охраны на 15-летний период с момента внесения изготовителем существенных количественных или качественных изменений в содержание базы данных.³¹

Следует отметить, что как раз последнее положение Директивы вызывает наибольшее количество споров. Связаны они с двумя моментами. Во-первых, что следует понимать под «значительными изменениями» и кто будет определять степень значимости таких изменений? Второй вопрос, который возникает, касается того, что базам данных предоставляется фактически бессрочная охрана - изготовителю базы достаточно раз в 15 лет внести те самые «значительные изменения», и срок охраны базы данных продлевается еще на 15 лет. Многие ученые выступают категорически против такого положения.

Широкое обсуждение проблем правовой охраны баз данных имеет место не только в Европе, но и в США. В нем принимали и принимают участие виднейшие юристы, законодатели, представители компаний, занимающихся разработкой и распространением баз данных. Американцы также осознают, что принятие специального законодательства по защите баз данных необходимо. Эта необходимость становится тем острее, чем быстрее эти процессы идут в Европе, так как в случае отставания США от Европы по данным вопросам базы данных американских производителей окажутся в изоляции и абсолютно незащищенными на европейском рынке.

В своей статье «Охрана *sui generis*. Время пришло?» Дж. Бэнд и Дж. Гоуди, указывают категории пользователей баз данных и то возможное отношение, которое у них может вызвать введение права *sui generis*.³² Перечислим некоторые из этих категорий.

Во-первых, это исследователи и ученые. Множество исследований обычно требует использования большого количества данных (часто заключенных в базах данных). Следовательно, если база данных, ранее находящаяся в режиме свободного (бесплатного) доступа, будет охраняться правом *sui generis*, то стоимость исследования значительно возрастет. По этой причине множество профессиональных объединений ученых, инженеров и работников образования (например, Национальный исследовательский совет, Национальная академия наук и т.п.) возражают против права *sui generis*.

³¹ Подшибихин Л. Совершенствование правовой охраны баз данных. // «Интеллектуальная собственность». 1999 г. № 4. – С. 20-25.

³² J. Band, J.S.Gowdy. *Sui Generis Database Protection. Has Its Time Come?* // D-Lib Magazine, June 1997.

Во-вторых, это Интернет компании. Всевозможные рейтинговые и справочные таблицы подпадают под определение базы данных, в связи с этим их производители, размещающие эти данные в сети Интернет, поддерживают введение права sui generis.

Кроме того, в США существует довольно много фирм, действующих легально, которые извлекают данные из уже существующих баз и дополняют их новой информацией или оформляют эту информацию различными способами. С введением права sui generis деятельность таких фирм может прекратиться.

Согласие или несогласие издателей баз данных с введением права sui generis зависит от того, на какой ступеньке бизнеса они находятся. Если издатель наверху, т. е. сам занимается сбором данных (например, спортивная лига) или обладает эксклюзивной лицензией на данные от правительства, то он, скорее всего, поддержит право sui generis. Если же издатель находится на ступеньку ниже, т. е. вынужден полагаться на данные, собранные другими компаниями, то он будет против введения права sui generis, так как это повысит его затраты.

Как видно, основным мотивом нежелания принять право sui generis является материальная заинтересованность того или иного лица, опасение утратить доход или же повысить себестоимость своего товара. Таким образом, на одной чаше весов лежат интересы производителей баз данных, необходимость их защиты, а на другой - интересы разного рода пользователей баз данных, не желающих терять свои доходы. Очевидно, что решение должно быть принято в пользу введения права sui generis и охраны прав изготовителей баз данных.

Рассмотренная нами Директива Европейского союза, к слову, не является идеальным решением. Многие ее положения можно и нужно обсуждать. Однако то, что на Западе уже пытаются решать данную проблему, говорит о многом. На самом деле там уже не стоит вопрос о том, охранять базы данных специальным законодательством или нет. Вопрос заключается лишь в том, как создать оптимальное законодательство, регулирующее данные проблемы наиболее четко. В качестве примера имплементации положений Директивы в национальное законодательство можно назвать Великобританию, где с 1 января 1998 г. вступила в силу Инструкция об авторском праве на базы данных.³³

Данная инструкция, во-первых, вносит изменения в Закон об авторском праве, дизайнах и патентах 1998 г., выделяя понятие «база данных» в отдельный вид охраняемых авторским правом произведений. Кроме того, Инструкция вводит в качестве самостоятельного права право на базу данных, не охраняемую с точки зрения авторского права, но для создания которой потребовался существенный вклад финансового или технического характера по подбору, проверке или представлению информационного содержания базы. Во всем остальном Инструкция практически повторяет нормы Директивы об охране инвестиционных баз данных правом sui generis.

Принимая во внимание тот факт, что виднейшие зарубежные юристы уже давно задумываются над рассмотренными вопросами, а законодатели ищут способы их практического решения, белорусскому законодателю также следует адекватно

³³ T.Cook Implementation of the Database Directive in the UK // Copyright World. 1998. № 78.

реагировать на сложившуюся ситуацию и искать пути выхода из нее. Необходимость принятия специального законодательства в области правовой охраны баз данных очевидна. Ведь если существует пробел в законодательстве, его нужно заполнять, чтобы предотвратить те негативные последствия, которые могут возникнуть в связи с наличием этого пробела. При разработке соответствующих правовых норм относительно охраны баз данных можно было бы учесть опыт зарубежных коллег и воспользоваться теми положительными наработками, которые уже существуют в этой области и применить их в белорусском законодательстве.

Особого внимания заслуживает законодательная практика Российской Федерации. Действующая с 1 января 2008 г. часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации устанавливает принципиально новые правила в отношении охраны баз данных. Определение базы данных дано в ст.1260 ГК РФ: **базой данных** является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ.

В отношении базы данных ГК предусматривает две возможные формы охраны. База данных охраняется авторским правом, если она является результатом творческой деятельности по подбору или расположению включенных в нее материалов. Одновременно с этим база данных может охраняться смежным правом, которое признается за ее изготовителем независимо от наличия авторских прав на эту базу данных. Изготовителем базы данных признается лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов. Как следует из нормы ст.1334 ГК РФ, исключительное право признается в отношении не любых баз данных, а только тех, создание которых требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат. Законодатель не называет критериев для определения существенности этих затрат, однако делает оговорку о том, что при отсутствии доказательств иного базой данных, создание которой требует существенных затрат, признается база данных, содержащая не менее 10 тысяч самостоятельных информационных элементов (материалов). Изготовителю такой базы данных принадлежит исключительное право извлекать из нее материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом. Исключительное смежное право изготовителя базы данных действует в течение 15 лет, однако этот срок возобновляется при каждом обновлении базы данных.

2.2. Практика патентной охраны компьютерных программ в зарубежных странах

Главным «конкурентом» авторско-правовой охране компьютерных программ является патентное право. Дискуссии о преимуществах и недостатках обеих форм охраны ведутся не один десяток лет. Однако идея охраны компьютерных программ в рамках патентного права не утратила актуальности и в последнее время приобретает все больше сторонников. Какие же доводы приводят сторонники этой формы охраны для того, чтобы убедить зациклившееся на авторском праве мировое сообщество в целесообразности, необходимости и выгоды охраны компьютерных программ патентным правом?

Вначале рассмотрим возможности получения патентной охраны для компьютерных программ в Республике Беларусь. Статья 2 Закона Республики Беларусь от 16 декабря 2002 года № 160-З «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы»³⁴ определение изобретения: «продукт или способ в любой области техники». Однако согласно норме п.2 ст. 2 этого Закона «... не считаются изобретениями алгоритмы и программы для ЭВМ». Иными словами, отечественный законодатель категоричен в непризнании патентоспособности программных продуктов. Чем объясняется такой подход?

В доктрине патентного права основным критерием размежевания охраняемых и неохранных изобретений является нетехнический характер последних. Однако, цель любой компьютерной программы – управление машиной, получение определенного результата с помощью компьютера, что вполне может рассматриваться как техническое решение.

Противники этого довода указывают на то, что компьютерные программы непохожи на другие технологии с физической природой (электричество или химия) ввиду того, что состоят они не из материальных субстанций, а из математических компонентов, представленных в виде текста, поэтому кажущаяся на первый взгляд близость программ к технике обманчива. Однако при таком рассуждении упускается из виду тот факт, что ЭВМ и управляющая ей программа неразрывно связаны. Друг без друга они не принесут никакой пользы обществу. Особенно хорошо данный факт раскрывается на примере микропрограмм. Микропрограмма – (англ. firmware, «прошивка») — программное обеспечение, встроенное («зашитое») в аппаратное устройство, которое (программное обеспечение) часто представляется в виде микросхем флэш-памяти или в виде файлов образов микропрограммы, которые могут быть загружены в аппаратное обеспечение. Этот тип программ наиболее близок к техническому решению (компьютеру), и часто то или иное устройство не будет функционировать без надлежащей микропрограммы. Таким образом, компьютерные программы (в том числе и микропрограммы) можно признать решениями в области техники. Данное мнение поддерживается многими учеными. Например, А.П. Сергеев высказывает мнение, что современное понятие изобретения есть понятие родовое и означающее любое объективно существующее творческое решение в самом широком смысле.³⁵ Также было выдвинуто предложение распространить действие норм патентного права на те решения, которые основаны на применении стандартной вычислительной техники (например, на применении компьютера IBM PC) по новому

³⁴ Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2003. - № 1, 2/909.

³⁵ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учеб. – М.: ООО «ТК Велби», 2003. –С. 410.

назначению, обусловленному программой для ЭВМ. Достоинства таких решений определяются не новизной конструктивно-схемных решений, а особенностями знаковой части, определяющей сущность данной техники.

При предоставлении компьютерным программам патентно-правовой охраны возникает вопрос: каким же признакам патентоспособности они должны удовлетворять? Применение обычных условий патентоспособности изобретений затруднено рядом особенностей компьютерных программ. Прежде всего, трудности могут возникнуть при определении новизны программы. В основе компьютерной программы лежат алгоритмы, представляющие собой последовательность точно описанных операций, которые выполняются в определенном порядке. Однако алгоритмы патентовать нельзя, так как они являются результатом мыслительной деятельности, а основной принцип патентования гласит: «нельзя патентовать то, что основано либо на законах природы, либо на умственном процессе». Тем не менее такое патентование осуществляется в США, о чем пойдет речь в дальнейшем.

В Европе связанные с программированием изобретения, включающие алгоритмы, патентуются только в том случае, если они приводят к техническому результату. Считается, что компьютерная программа имеет технический характер, если она является источником технического воздействия при работе на компьютере. Причем такое воздействие должно быть более чем обычное физическое взаимодействие между программой и компьютером. То есть программа должна быть более чем «программа как таковая». В Европе именно словосочетание «как таковая» стало лазейкой для патентования программного обеспечения. Статья 52 Европейской патентной конвенции исключала из списка патентуемых «программы для компьютеров как таковые» (as such). Мало кто понимал, что означает фраза «как таковые», но многие эксперты стали утверждать, что она делает все программы патентоспособными. Другие предполагали, что «как таковые» означает следующее: сами по себе программы не патентуются, но если они являются компонентом какого-нибудь изобретения, то тогда патентуются. На фоне этих дебатов с 1976-го по 2003 год Европейская патентная организация выдала около 170 тыс. патентов на компьютерные программы, пока.

Более принципиальными возражениями против патентования решений в области программирования являются следующие. Возможность получения исключительного права на идею, во-первых, препятствует развитию инновационной и исследовательской деятельности. Во-вторых, возможность запатентовать идею превратило отрасль программного обеспечения в одну из наиболее монополизированных: малый и средний бизнес не может развиваться только из-за того, что в основном патентами на идеи владеют крупные корпорации, которые используют их в конкурентной борьбе между собой. В-третьих, патентная охрана идей привела к тому, что разработчики программного обеспечения давно уже не делятся в журналах и на симпозиумах своими мыслями, предположениями, гипотезами и догадками, как это принято в научном мире и что также является неотъемлемой частью научного прогресса.

Как уже отмечалось выше, современное программирование более похоже на «составительство», так как основные решения в этой области уже известны (например, все текстовые редакторы имеют схожую основу) и новые появляются достаточно редко.

В процессе программирования могут возникнуть и технические решения, обладающие объективной новизной (например, способ архивации данных), решающие традиционные технические задачи не привычными техническим, а программными средствами (например, оптимизация использования оперативной памяти), то есть имеющие определенный изобретательский уровень и потому имеющие право на патентную защиту.

Итак, в чем состоят преимущества и недостатки патентной охраны? Сторонники патентно-правовой охраны компьютерных программ указывают на то, что авторско-правовая охрана неадекватна современным общественным отношениям и достижениям науки в сфере информационных технологий.

Патентным правом охраняется содержание результата интеллектуальной деятельности, а не его форма. Авторско-правовая защита автоматически предоставляется любому результату интеллектуальной деятельности человека независимо от его (результата) художественной, экономической, научной или какой-либо другой ценности. Патентами же охраняются только те объекты, которые удовлетворяют определенным критериям (новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость и т.п.).

Как уже неоднократно отмечали, в компьютерно программе основную ценность и суть представляет именно содержание – оно важнее формы. Авторское право не защищает идеи и методы, на которых построена программа и которые представляют наибольшую ценность в ней. Форма, в которой выражена программа, может быть легко изменена недобросовестным пользователем. Например, компьютерная программа одного и того же функционального назначения может быть написана на разных языках программирования, и, таким образом, будет иметь место плагиат, но формально программа автора, позаимствовавшего идеи из другой программы, получит равную правовую охрану. Еще одним способом является простая перестановка команд или их блоков в исходном тексте программы, которые изменяют ее «внешний вид», но суть и назначение программы остаются прежними.

Если же компьютерные программы будут охраняться патентами, то это в большей степени защитит имущественные права авторов. Ведь в этом случае защищаться будут именно те принципы, идеи и методы, которые составляют суть компьютерной программы и которые явились результатом интеллектуальной деятельности автора. Подобная ситуация принесет огромную экономическую выгоду производителям программного обеспечения.

Однако в патентно-правовой охране компьютерных программ есть несколько существенных нюансов, существенно усложняющих переход на эту форму охраны. Во-первых, это сложность экспертизы программы на новизну. Как уже отмечалось, большинство программ определенного назначения схожи в своей сути (имеется ввиду основной участок исходного текста – так называемое «ядро» программы). Теперь алгоритмы, лежащие в основе компьютерных программ, уже известны и подвергаются лишь некоторым улучшениям. Новые программные решения создаются не так уж часто.

Отсюда следует не слишком удобный для программистов вывод: чтобы их программа получила надежную правовую защиту, она должна существенно отличаться от уже существующих решений. Это «отсеет» многих «средних» программистов, оставив на рынке лишь профессионалов, что, естественно, совершенно несправедливо.

Также существенным недостатком патентно-правовой охраны является длительность получения патентов, которое занимает до 3 лет (в отношении изобретений Законом «О патентах» предусмотрено право преобразования заявки на изобретение в заявку на полезную модель, но для компьютерных программ это совершенно неприменимо). За такой срок программа уже утратит свою актуальность, разработчик найдет способ существенно улучшить ее (так, что она будет значительно отличаться от варианта, представленного при подаче заявки), программа может быть уже не востребована на рынке из-за наличия большого числа бесплатных решений и т.п.

Выходом из этой ситуации могло бы быть сокращение сроков экспертизы, но это негативно скажется на ее качестве и стоимости. К тому же при подаче международной заявки необходимое время еще больше увеличивается. Если ввести менее жесткие требования к процедуре выдачи патента на компьютерную программу (так называемый «явочный способ»), то это может привести к получению патентов на компьютерные программы ненадлежащими правообладателями. Также ряд авторов отмечают нецелесообразность в ряде случаев публикации описания программы. Очевидным минусом патентной системы также является сравнительно высокая стоимость патента и необходимость его получения в каждой из стран.

Выдача патентов на компьютерные программы (а точнее на содержащиеся в них алгоритмы, идеи, методы и т.п.) более чем вероятно приведет к монополизации крупными (богатыми) компаниями рынка программного обеспечения. Компании малого и среднего бизнеса вынуждены будут платить большие деньги за право использовать общеизвестные математические решения, патенты на которые принадлежат крупным компаниям, при создании собственных программных решений. При создании чего-то нового – опять же у крупных компаний больше средств, а значит и больше возможностей.

Основная положительная черта защиты с помощью механизма авторского права заключается в презумпции авторства: т.е. авторское право на компьютерную программу возникает при ее создании и для его реализации не требуется обязательная регистрации программы. Регистрация может быть проведена по желанию автора, носит формальный характер и не требует много времени. Второй положительной чертой является длительный срок охраны авторского права (в Беларуси – на протяжении всей жизни автора и еще на протяжении 50 лет после его смерти). Но польза от такого продолжительного срока охраны представляется весьма сомнительной, так как рынок программного обеспечения стремительно развивается, и новые версии программ выходят через каждый год или два..

Сторонники авторско-правовой охраны компьютерных программ также указывают на легкость возникновения такой защиты (важным моментом является отсутствие необходимости каких-либо платежей), ее быстроту (а вернее - автоматическое возникновение) и большой объем правовой охраны. Нельзя не отметить также, что для возникновения авторско-правовой защиты не требуется соблюдение каких-либо формальностей – данное положение закреплено во всех законах об авторском праве практически всех стран мира. Кроме того отсутствуют территориальные ограничения – все страны-участницы Бернской конвенции обязуются признавать права авторов произведений, созданных на территории стран союза.

С другой стороны в принятой системе авторского права отсутствует контроль новизны и уровня создаваемых программных продуктов и алгоритмов, на которых они базируются. Этот факт способствует как перенасыщению рынка программного обеспечения и плагиату идей, так и выпуску производителями программного обеспечения некачественной продукции. Также в основе авторского права лежит уникальность защищаемого им объекта, т.е. невозможность независимого создания идентичного произведения. Именно поэтому для признания прав автора на произведение не требуется обязательная регистрация. Отсутствие уникальности, а среди компьютерных программ существует масса аналогов, одинаково выполняющих одни и те же функции, также противоречит основам авторского права.

Проведенный анализ свидетельствует о преимуществе патентно-правовой охраны компьютерных программ, тем не менее, белорусский законодатель избрал авторско-правовую охрану. Рассмотрим возможность патентно-правовой охраны компьютерных программ в законодательствах других государств.

По признаку возможности охраны программного обеспечения патентным правом все страны мира можно разделить на 3 группы:

- страны, в законодательстве которых прямо не выражено непосредственное отношение к патентоспособности компьютерных программ (США, Япония, Канада);
- страны, законодательство которых не рассматривает компьютерные программы в качестве изобретений лишь постольку, поскольку испрашивается охрана для них как таковых (Великобритания, Франция, Германия);
- страны, в законодательстве которых прямо указано на непатентоспособность программного обеспечения (Беларусь, Россия, другие страны СНГ).

Во многих странах охрана компьютерных программ патентным правом стала возможной на основе имеющихся судебных прецедентов (Бразилия, Венгрия, Израиль, Китай и другие).³⁶

Международное сообщество также принимает всерьез проблемы разработчиков сложнейших алгоритмов. Так, Международная патентная классификация (МПК) предусматривает возможность патентования заложенных в основу программного обеспечения способов распознавания, представления и воспроизведения данных; манипулирования носителями информации (рубрика МПК - G06K), обработки и генерации данных изображения (G06T), обработки цифровых данных (G06F). В рамках рубрики G06T, например, можно закрыть для конкурентов различные способы выполнения комплексных математических операций, автоматического анализа текста (в частности, синтаксического разбора), коррекции орфографических ошибок, перевода текстов на другой язык, автоматизированного проектирования, обработки данных для разнообразных административных, коммерческих, управленческих, надзорных или прогностических целей.

Патентное законодательство промышленно развитых стран не отличается единством подходов в определении критериев патентоспособности компьютерных программ. При этом подходы в вопросе о возможности патентной охраны варьируются:

³⁶ **Титов А.П.** Правовая охрана программного обеспечения ЭВМ. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. –Мн.: БГУ, 2001.- С.15.

законодательство одних стран содержит прямое указание на то, что компьютерные программы и их алгоритмы не признаются изобретениями; патентное законодательство других государств не рассматривают программы для ЭВМ в качестве изобретений лишь в том случае, если в качестве патентуемого изобретения заявляется сама программа; третья группа государств вообще не содержит в своем патентном законодательстве каких-либо норм, определяющих патентоспособность компьютерных программ.

Компьютерные программы рассматриваются как решения, позволяющие применять уже имеющуюся компьютерную технику по новому назначению. Такого рода решения специалисты подразделяют на две категории. К первой относятся способы определения расчетным путем тех или иных параметров конкретных технических объектов, - в зарубежной практике такие технические решения называют изобретениями, связанными с компьютерами (computer related inventions). Ко второй категории относятся способы вычислений, предназначенные для исполнения компьютером и обеспечивающие технический эффект в результате расширения эксплуатационных возможностей компьютера, сокращения машинного времени, необходимого на выполнение задачи и т.п., - такие технические решения именуются изобретениями, связанными с программным обеспечением (software related inventions).³⁷

Законодательство **США** предоставляет наиболее широкие возможности для патентования таких объектов, поскольку в американском патентном праве внимание сфокусировано не столько на «технической природе» изобретения или на «техническом решении проблемы», сколько на ощутимости обеспечиваемого изобретением результата. Специфика национальной стратегии патентования состоит в том, что решающее значение имеет практическая применимость изобретения в целом, то есть его способность принести «полезный, конкретный и осязаемый результат». Для успешного прохождения теста на патентоспособность в американской формуле изобретения необходимо полнее отразить его физические аспекты, техническую природу и способность обеспечить технический эффект. Для этого хотя бы один пункт формулы должен быть посвящен устройству или механизму, применительно к которому действует программа. В пункте, относящемся к процессу, важно описать происходящие при этом те или иные физические трансформации (например, изменение физического состояния устройства). Составление отдельных пунктов формулы для разных вариантов реализации изобретения позволит оградить интересы владельца патента от возможных нарушений со стороны других разработчиков и распространителей компьютерных программ. Целенаправленная патентная формула облегчает доказывание правонарушения применительно к любым вариантам решений, сходных с запатентованным устройством или процессом. Это свойство формулы особенно важно при патентовании компьютерных программ, которые в отличие от аппаратных изобретений редко воплощаются в какой-то одной машине или системе.

Поворот в вопросе признания патентоспособности компьютерного программного обеспечения в США произошел в 1969 году в результате решения суда по делу *Prater and Wei*.³⁸ Ведомство по патентам и товарным знакам отказало заявителю в выдаче патента

³⁷ **Мамиофа И.Э.** Об охраноспособности математических решений технических задач // Вопросы изобретательства. - 1973. - № 5. - С.21-23.

³⁸ **Ревинский О.В., Полонская И.В.** Сравнение судебных решений в США, Великобритании и ЕПВ по патентам, относящимся к программному обеспечению компьютеров // Проблемы промышленной собственности. - 1998. - № 12. - С.121.

на программируемый с помощью новой программы компьютер общего назначения. Суд же установил, что введение новой программы в известный компьютер преобразует этот компьютер общего назначения в специализированный, который вместе со способом, посредством которого он работает (то есть с исполняемой в нем новой программой), может патентоваться при соответствии обычным требованиям новизны, полезности и неочевидности.

В том же году по делу «Lowry» рассматривался отказ в выдаче патента по заявке, в которой описывался машиночитаемый носитель памяти для хранения данных, которые выбираются прикладной программой, выполняемой в системе обработки данных, содержащей структуру данных, хранящуюся в этой памяти, и представляющую собой иерархию признаков информационных объектов, то есть специфически взаимозависимых меток, с помощью которых поиск информации резко ускорялся. Суд установил, что структура данных, заложенных в память компьютера, может быть патентоспособна как продукт, такой как гибкий диск. Суд отверг позицию Палаты апелляций патентного ведомства о структуре данных как о простом «отпечатке». В 1997 году по этой заявке был выдан патент США № 5664177, которым охранялось изобретение «Память для хранения данных для их выборки прикладной программой, выполняемой в системе обработки данных» Согласно формуле этого изобретения эта память содержит хранящуюся в ней структуру данных с информацией, находящейся в базе данных, которая используется прикладной программой. Структура данных включает в себя: множество признаков информационных объектов, каждый из которых содержит различную информацию из базы данных; единственный держательский признак информационный объект для каждого из признаков информационных объектов, так что между каждым признаковым информационным объектом и его держательским признаковым информационным объектом существует фиксированное соотношение, а каждый из признаков информационных объектов имеет фиксированное соотношение только с одним или другим признаковым информационным объектом, благодаря чему устанавливается иерархия множества признаков информационных объектов; ссылочный признак информационный объект хотя бы для одного из признаков информационных объектов, причем ссылочный признак информационный объект находится в иерархическом соотношении с держательским признаковым информационным объектом для того же самого признакового информационного объекта, а также является одним из множества признаков информационных объектов, при этом признаки информационные объекты, для которых существуют только держательские признаки информационные объекты, называются элементными информационными объектами, а признаки информационные объекты, для которых существуют также ссылочные признаки информационные объекты, называются реляционными информационными объектами. Приведенный пересказ формулы изобретения, защищенного патентом США № 5664177 призван продемонстрировать, что в данном случае объектом изобретения действительно являлась структура компьютерной базы данных.

В дальнейшем Апелляционным судом по патентным делам США для определения патентоспособности изобретений, содержащих алгоритмы компьютерных программ, был выработан тест, получивший по имени предложившего его судьи название «тест Фримена». Суть данного теста сводится к следующему. Вначале следует установить, содержит ли формула изобретения в прямом или косвенном виде математический алгоритм. Если алгоритм не является математическим, нет оснований для отклонения

заявки. Если же формула содержит именно математический алгоритм, то необходимо определить, представляет ли он в целом, включая все его шаги, просто математический алгоритм или вычислительный метод; при положительном ответе на данный вопрос изобретение непатентоспособное.

Это значит, что изобретение является патентоспособным, если математический алгоритм применен особым способом для определения структурных взаимосвязей между физическими элементами устройства или для совершенствования способа, и выполнены все остальные условия, касающиеся патентоспособности самого устройства или способа. Если же математический алгоритм просто представлен и не решен в виде изобретения и никоим образом не использован в элементах устройства или способа, тогда другие последующие операции не делают решение патентоспособным.

Это правило было подтверждено Верховным судом США в решении по делу *Diamond vs. Diehr*, в котором суд признал патентоспособность способа вулканизации синтетической резины. Суть изобретения состояла в том, что в технологическом процессе использовался компьютер, который под управлением специальной программы постоянно контролировал температуру внутри прессы, а исходя из значения температуры по определенной формуле устанавливалась длительность процесса вулканизации. Этот способ совпадал с ранее запатентованным прототипом за исключением того, что сигнал на раскрытие пресс-формы в определенный момент подавался компьютером и сам процесс не требовал участия оператора. По данному делу суд постановил: «... когда решается вопрос, относится ли объект к категории патентоспособных, нельзя делить притязание на «известную» и «новую» части и принимать решение в зависимости от того, что является новым – физические или математические операции. Патентное притязание (объект) должно рассматриваться как единое целое.»³⁹.

В вынесенном в 1995 г. Решении по делу *Gary M. Beauregard* Апелляционный суд США по патентным делам пошел еще дальше, признав, что компьютерная программа может являться патентоспособным объектом в том случае, если она представлена в любой осязаемой форме и если данная форма непосредственно связана с функционированием компьютера.⁴⁰ Таким образом, в США фактически сложилась практика, согласно которой предметом патентного притязания может являться компьютерная программа, записанная либо на сменном носителе, либо хранящаяся в памяти компьютера.

На основе судебных дел, связанных с патентованием компьютерных программ, были разработаны новые правила Патентного ведомства для рассмотрения заявок на патентование изобретений, относящихся к компьютерным программам.⁴¹ Правила, введенные в действие с 29 марта 1996 г., призваны помочь патентным экспертам при анализе сущности формулы изобретения для сопоставления с материальным правом, а не только для установления, подпадает ли сущность формулы изобретения под определение патентоспособного изобретения («новые и полезные способ, машина, изделие или композиция вещества или новое и полезное их усовершенствование» - § 101

³⁹ **Мамиофа И.Э.** Категории патентоспособных объектов в соответствии с правом и судебной практикой США // Вопросы изобретательства. – 1987. - № 2. - С.31.

⁴⁰ **Husley W., Peterman A., Sprinkle S.** Recent Developments in Patent Law // Texas Intellectual Property Law Journal. – 1995. - №10. – P.1081.

⁴¹ Examination Guidelines for Computer-Related Inventions. – Patent and Trademark Office. United States Department of Commerce // Federal Register: February 28, 1996. – Vol.61. - № 40.

Патентного закона США). Возможность признания программ для ЭВМ В результате, в настоящее время такие лидеры на рынке компьютерных технологий как американские компании Microsoft и IBM обладают несколькими тысячами действующих патентов на решения в области программирования. Компания Microsoft является обладателем примерно 500 патентов США на решения в области программирования. Патентный портфель компании IBM составляют более 7 000, полученных в разных странах, при этом значительная часть этих патентов так или иначе связана с компьютерными программами. Как отмечалось в специальном докладе, подготовленном комитетом Европейского парламента по экономическим и социальным вопросам, в США ежегодно подается около 12 000 патентных заявок на решения, включающие в себя компьютерные программы; в общем числе такие заявки составляют порядка 6%.⁴²

Япония придерживается сходного с США подхода. Основой для такого подхода является достаточно общее определение изобретения в патентном праве Японии, - под изобретением понимается созданная путем использования естественных законов высокопрогрессивная техническая идея. Технический характер изобретения здесь можно обеспечить соответствующим составлением патентной формулы, должным образом увязав процесс с техническим устройством. Формула изобретения основывается на характеристике практического применения, воздействующего, например, на параметры используемого совместно с компьютерной программой устройства, связанного с полезными контрольными функциями. В результате трактовка патентоспособности компьютерных программ в Японии является наиболее близкой к США, чем к практике европейских патентных ведомств.

Патентное ведомство Японии в 1997 г. ввело в действие Руководящие положения по экспертизе изобретений в особых областях,⁴³ которое полностью посвящено вопросам патентоспособности компьютерных программ. Документ, изданный патентным ведомством Японии, содержит правила, аналогичные тем, что используются патентным ведомством США.

В европейских странах устоялся подход, согласно которому патентоспособность программ для ЭВМ ограничивается лишь в случае, если патентная охрана испрашивается для них как таковых. Большинство европейских государств участвуют в Европейской патентной конвенции⁴⁴, ч.3 ст.52 которой предусматривает именно такую формулировку. А вот разграничение программ как таковых и изобретений, основанных на компьютерных программах и дающих технический эффект, происходит в европейских странах по-разному.

Патентная практика **ФРГ** в настоящее время характеризуется консерватизмом в решении вопроса о патентоспособности компьютерных программ. Оговорка о непатентоспособности программ как таковых позволяет их включение в описание изобретения, а также в пункты патентной формулы, не нарушая при этом положений Патентного закона ФРГ.⁴⁵ В определении пределов патентоспособности программного обеспечения патентное ведомство и Федеральный патентный суд придерживаются

⁴² EPO Official Journal. – 1999. - № 4. - P. 197-232.

⁴³ Implementing Guidelines for Inventions in Specific Fields./ The Japanese Patent Office. – 1997/ - 23 p.

⁴⁴ Convention on the grant of European Patent of the 5th October 1973// Official journal of EPO/ - 1995/ - # 11/

⁴⁵ Патентный закон ФРГ // Патентное законодательство зарубежных стран. Т.1: Переводы / Сост.Н.К. Финкель. – М.: Прогрес, 1987.

концепции «разделения разума и техники». В соответствии с данной концепцией патентоспособным результатом изобретательской деятельности признается указание о планомерном использовании управляемых сил природы без участия человеческого разума, позволяющее непосредственно привести к техническому результату. Если содержащая изобретение часть указания лежит в технической области, то такое указание признается техническим, если в нетехнической области – то признается нетехническим и непатентоспособным. При этом особый интерес представляет практика толкования правоприменительными органами самого термина «техническое решение», на основании которого производится разграничение программ «как таковых» и программ, содержащих признаки патентоспособного объекта. В судебной практике программы рассматриваются как структурные части общей системы обработки данных и служат технической цели – автоматическому решению поставленной задачи. Такая задача может решаться либо построением специальной вычислительной машины, либо использованием программированной универсальной ЭВМ. Оба способа являются равноценными формами технической реализации заданной функции. Таким образом, по патентному законодательству ФРГ нетехнических программ не существует. Разграничение проводится по тому, представляет ли из себя программа интеллектуально-логическое указание или техническое решение. В отношении программ первого типа вопрос был однозначно решен в 1976 г., - в соответствии с решением по делу Dispositionsprogramm (компьютерная программа для бухгалтерского учета) организационные и вычислительные программы, применяемые для решения производственных задач по учету материальных ценностей на предприятиях и устанавливаемые на обычные ЭВМ, как схематически, так и конструктивно патентоспособными не являются. Патентоспособность программ, имеющих технический характер, сомнения не вызывает. В изданной патентным ведомством ФРГ инструкции указывается, что «изобретения, представляющие собой программу для обработки данных, правила вычисления или организации, другие нематериальные особенности или способ программного типа могут подлежать патентной охране, если они носят технический характер».⁴⁶ Данное правило было подтверждено в решении Верховного суда ФРГ по делу о программном обеспечении автомобильной системы ABS, признавшего технический характер антиблокировочной системы, которая отличалась особым использованием схемы управления, функционирующей на основе обработанных ЭВМ данных.⁴⁷

Тем не менее, говорить о существовании унифицированных правил, в соответствии с которыми определяется патентоспособность компьютерных программ, нельзя, поскольку каждая заявка рассматривается в отдельности и исход в признании патентоспособности в большинстве случаев предопределяется путем толкования патентного законодательства судом.

Во многом схожее отношение к патентоспособности компьютерных программ сложилось в **Великобритании**. Следуя положениям Европейской патентной конвенции английский Закон об авторском праве, дизайне и патентах 1988 г.⁴⁸ предусматривает, что программы для ЭВМ как таковые не являются изобретениями и не могут получать патентную защиту. Однако практика работы Патентного ведомства Великобритании свидетельствует о достаточно либеральном отношении к изобретениям, суть которых состоит в

⁴⁶ Изобретательство и патентное дело // Реф. Сборник. – 1993. - № 11-12.

⁴⁷ Гельб А.Б. Современное состояние проблемы правовой защиты программного обеспечения ЭВМ. – Таллинн: АН ЭССР, 1983. – С.63.

⁴⁸ Copyright, Designs and Patents Act of November 15, 1988. // Copyright. - 1988. - № 10, 11, 12.

использовании компьютера под управлением программы определенным способом, дающим новый результат.

Во **Франции** программное обеспечение отнесено к категории систем абстрактного характера, не подлежащих патентной охране. В то же время, в патентном законодательстве уточняется, что патентованию не подлежат компьютерные программы как таковые. А изобретения, неотъемлемой частью которых является компьютерная программа, оцениваются французским патентным ведомством в своей совокупности как пригодное для технического и промышленного применения. При этом патентная защита распространяется на входящие в запатентованное техническое решение промышленные системы или процессы, т.е. не на компьютерные программы как таковые, а лишь на их промышленное применение. Данное правило нашло свое закрепление в Решении Парижского суда от 15 июня 1981 г. По иску компании Schiumberger, касающемуся патентования изобретения, представляющего собой новый способ нефтеразведки, неотъемлемым элементом которой являлась компьютерная обработка полученных данных по определенному алгоритму. Рассмотрев данное изобретение с точки зрения его промышленной применимости, суд признал его патентоспособным и сформулировал следующее правило: «Способу не может быть отказано в патентоспособности лишь на основании того, что один или несколько этапов его реализации осуществляются компьютером, управляемым программой; подобный подход повлечет за собой, в конечном итоге, изъятие из сферы патентования большинства создаваемых в последнее время изобретений, нуждающихся в программном обеспечении, и в практическом плане приведет к пагубным последствиям.⁴⁹ В ходе рассмотрения данного дела Парижский суд разработал трехступенчатый тест, в последующем применяемый французской судебной системой⁵⁰:

- 1) относится ли устройство или способ к промышленным?
- 2) осуществляется ли способ посредством выполнения серии определенных шагов?
- 3) приводит ли заявленное решение к техническому результату, применимому в промышленности?

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в странах Европейского союза сложилась противоречивая ситуация, когда действующее законодательство исключает компьютерные программы как таковые из числа патентоспособных изобретений, а Европейской патентное ведомство и европейские суды на практике подтверждают возможность патентования таких изобретений. По статистике примерно 30 000 патентов, выданных в разные годы Европейским патентным ведомством, относятся к компьютерным программам.

Самая обширная практика решения вопросов о патентоспособности изобретений, связанных с программированием, имеется у **Европейского патентного ведомства** (ЕПВ). В этом отношении знаковым является решение Бюро апелляций ЕПВ от 15 июля 1986 г. По делу компании VICOM Systems Inc. Суть заявленного компанией изобретения заключалась в методе цифрового усовершенствования изображения, при этом новизна изобретения состояла только в особенностях применяемой программы. Вначале данная

⁴⁹ Правовая охрана математического обеспечения ЭВМ. Научно-аналитический обзор. /Под ред. М.Л. Энтина. – М.: ИНИОН АН СССР, 1989. - С.16.

⁵⁰ **Носова И.А.** Программное обеспечение и патентная охрана // Патенты и лицензии. – 1996. - № 2. – С.18.

заявка была отклонена ЕПВ на том основании, что основная идея патентуемого решения заключена в нетехническом элементе. Однако в своем решении Бюро апелляций, во-первых, признало заявленное решение патентоспособным, и, во-вторых, отметило, что «... даже если предполагается, что идее, заложенной в изобретение, присущи черты математического метода, в заявке на патентование технического процесса, в котором этот метод использован, не следует делать упор на данный метод как таковой».⁵¹

Основы экспертизы изобретений, основанных на компьютерных программах, изложены в главе IV Руководящих правил ЕПВ по экспертизе патентных заявок.⁵² В правилах отмечается, что в том случае, если программа в комбинации с компьютером оказывает на компьютер такое воздействие, в результате которого в техническом плане компьютер начинает работать по-новому, такая комбинация может признаваться патентоспособной. Несмотря на то, что заявленный предмет относится лишь к программному управлению внутренней работой стандартного компьютера, он может рассматриваться как патентоспособный, если этим обуславливается технический эффект. Иными словами, компьютерная программа признается патентоспособной, если в совокупности с работающим компьютером она дает новый технический эффект.

В соответствии с приведенными выше правилами в практике ЕПВ были выработаны основные принципы, с помощью которых эксперт может определять патентоспособность связанных с программированием изобретений:

1) исключение из числа патентуемых объектов возможно только в том случае и в той степени, в которой заявка относится к объектам, исключенным из числа патентоспособных, как таковым;

2) эксперт должен обращать внимание не на форму заявки, а на ее содержание с тем, чтобы определить, вносит ли изобретение вклад в развитие той области, в которой согласно ст.52 Европейской патентной конвенции возможны патентуемые изобретения.

Если заявка содержит только описание программы для ЭВМ, то патент выдан не будет. В то же случае, если компьютер, управляемый программой, позволяет получить технический эффект, то такая система в целом является патентоспособной; при этом заявка должна рассматриваться без разделения на аппаратные и программные признаки.

Анализируя практику работы ЕПВ в отношении патентования изобретений, связанных с компьютерными программами, можно сделать следующие выводы:

1) компьютерные программы как таковые, без связи с техническим процессом или техническим устройством, непатентоспособные;

2) программно-аппаратные решения, имеющие технический характер и дающие технический эффект, могут быть запатентованы даже в том случае, если в качестве аппаратной части заявляется стандартный компьютер, а новизна изобретения состоит лишь в программной части;

3) Европейская патентная конвенция не исключает из числа патентоспособных технические решения только потому, что его составной частью является компьютерная программа.

Толчком для дальнейшего развития практики европейского патентования изобретений, связанных с компьютерными программами, стала публикация в июне 1997 г.

⁵¹ Носова И.А. Программное обеспечение и патентная охрана // Патенты и лицензии. – 1996. - № 2. - С.18.

⁵² Examination Guidelines of European Patent Office. – Munich, EPO Publ., 1986.

исследования, подготовленного комиссией Европарламента и получившего название «Зеленые страницы о патенте Сообщества и патентной системе в Европе».⁵³ В этом документе была не только обобщена практика патентования компьютерных программ в США и Японии, но также дана оценка различным подходам, которые сложились в этом вопросе в практике Европейского патентного ведомства, а также патентных ведомств отдельных европейских государств. В частности было отмечено, что несмотря на то, что Европейская патентная конвенция и законодательство большинства государств Евросоюза не позволяют патентовать компьютерные программы как таковые, действует около 13 000 европейских патентов, распространяющих свое действие на программное обеспечение. При этом владельцам 75% из этих патентов являются крупные неевропейские компании, что, по мнению экспертов, объясняется незнанием правовой ситуации европейскими разработчиками программного обеспечения. Это, в свою очередь, приводит к серьезным убыткам. Поэтому Европейский парламент поддержал идею признания патентоспособности компьютерных программ в том виде, в котором они признаются патентоспособными в США и Японии, при условии, что изобретение отвечает условиям новизны и промышленного применения, а также признал целесообразным исключить упоминание компьютерных программ из числа непатентоспособных решений, приведенных в ст.52 Европейской патентной конвенции.

Даная инициатива нашла практическое воплощение в разработанном в 2002 г. Европейской комиссией и Европейским Советом проекте Директивы ЕС о патентоспособности изобретений, реализуемых при помощи компьютера. Этот документ был призван формализовать сложившееся положение дел, допускающее охрану подобных изобретений с применением норм как патентного, так и авторского права. Однако решением Европейского парламента от 6 июля 2005 г. данный проект был отклонен и направлен на доработку.

В чем состоят основные доводы против патентной охраны программного обеспечения? Патентование является достаточно эффективным и относительно простым средством охраны принципиально новых компьютерных программ. Однако традиционная патентная система недостаточно точно учитывает особенности этого нового объекта правовой охраны. Необходимо устранить существующие в ней несоответствия, а также противоречия в существующих подходах авторского и патентного права.

Эксперты признают, что настало время признать исходную программу на языке программирования (source code) наиболее приемлемой формой описания изобретений, связанных с компьютерными технологиями. Ее надлежит представлять в заявке с последующей публикацией заявочных материалов. Распечатку программы в текстовом виде целесообразно сопровождать комментариями и пояснениями, достаточными для ее понимания специалистом. Однако такую распечатку следует воспринимать не как замену патентной формулы, а как дополнение к ней.⁵⁴

Для удовлетворения требований «технического эффекта» составителю патентной формулы необходимо подчеркнуть положительное воздействие патентуемой программы на характеристики компьютера: более эффективное использование запоминающих

⁵³ European Union Green Paper on the Community Patent and the Patent System in Europe // Official Journal EPO. – 1998. - № 1-2.

⁵⁴ **Weyand J., Haase H.** Patenting computer programs: new challenges // IIC. – 2005. – V.36. - 6. – P.647-663.

устройств, увеличение быстродействия, повышение скорости поиска и т.п. Желательно с осторожностью использовать комбинированные пункты формулы, включающие нетехнические и технические аспекты. Если окажется, что новизной обладает только нетехнический аспект, патентная заявка может быть отклонена из-за отсутствия изобретательского уровня.

В результате проведенного обзора можно сделать следующие выводы.

В соответствии с нормами Европейской патентной конвенции, а также согласно законодательству и практике большинства западноевропейских государств компьютерная программа признается непатентоспособным объектом только в том случае, если патентная охрана испрашивается для нее как таковой, в отрыве от аппаратной части компьютера. Если программа, загруженная в память компьютера, заставляет его функционировать по-новому и в результате достигается новый технический эффект, такое решение признается патентоспособным. При этом не имеет принципиального значения, относится ли новизна к аппаратной или к программной части, - заявка в любом случае должна рассматриваться в комплексе заявленного решения, включающего программу.

В соответствии с патентным законодательством США и Японии компьютерная программа может быть предметом патентного притязания, если она выражена в любой осязаемой форме. В то же время, такая практика не означает признания патентоспособности программ как таковых, патентуемая программа должна быть связана с физическими процессами.

2.3. Анализ норм международных договоров, регулирующих вопросы правовой охраны компьютерных программ и баз данных

Нормы, посвященные охране компьютерных программ и баз данных, появились в международном праве относительно недавно – в середине 90-х годов прошлого века. Впервые упоминание компьютерных программ и баз данных в качестве специального объекта правовой охраны появилось в базовом документе Всемирной торговой организации – Соглашении по торговым аспектам права интеллектуальной собственности (Соглашении ТРИПС).

Соглашение ТРИПС содержит ряд материальных норм, касающихся компьютерных программ (распространение правовой охраны как на объектный код, так и на исходный текст; обязанность стран-участниц предоставить авторам или их правопреемникам право проката в отношении компьютерных программ и другие).

Однако наиболее важным достижением Соглашения ТРИПС стало введение комплекса процессуальных норм, закрепляющих минимальный уровень процессуальных гарантий обладателей прав на объекты интеллектуальной собственности. Общими принципами защиты прав интеллектуальной собственности в соответствии с Соглашением ТРИПС являются следующие:

- процедуры по обеспечению защиты прав не должны создавать барьеры законной торговле;

- такие процедуры должны быть равными и справедливыми;

- процедуры должны быть доступными, что проявляется в простоте и отсутствии дорогостоящих процедур;

- все решения по существу дела должны предоставляться в письменной форме с соответствующими обоснованиями;

- должна существовать возможность пересмотра окончательных административных решений и, по крайней мере, правовых аспектов первоначальных судебных решений.

Согласно ст.10 Соглашения компьютерные программы в исходном или конечном виде охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской конвенцией по охране литературных и художественных произведений.

Как отмечается в литературе, система охраны компьютерных программ как литературных произведений является прямой рецепцией из авторского права США и Великобритании. В США в 1964 г. был выпущен циркуляр о регистрации авторского права на компьютерные программы, согласно которому компьютерную программу следовало признавать письменным произведением автора. В Великобритании Закон об авторском праве, дизайне и патентах 1988 г. подразделяет все охраняемые объекты авторского права на шесть групп; при этом отнесения объекта авторского права к той или иной группе зависит содержание прав правообладателя, поскольку права обладателя авторского права в английском праве определяются отдельно в отношении каждой из групп произведений. Поскольку в английском авторском праве литературные произведения являются старейшим объектом, а его охрана имеет самую развернутую регламентацию, опираясь на формальное сходство исходных текстов программ с литературными произведениями английский законодатель отнес их к категории литературных произведений с целью обеспечения наивысшего уровня правовой охраны компьютерных

программ.⁵⁵ При этом зарубежные специалисты отмечают, что «несмотря на представительное подобие программ с литературными работами, программы разработаны не для того, чтобы сообщать информацию, мысли или чувства людям. Программа может символически представляться в воспринимаемой человеком форме и быть выражена символами двоичной системы счисления. Программный код, конечно, может быть прочитанным и понятным специалистами. Однако, несмотря на то, что результат процесса программирования выражен в символической характеристике представления литературных работ, программа является технологическим, а не литературным продуктом.»⁵⁶

Согласно ст.19 Соглашения ТРИПС компиляция данных или иная информация в машиночитаемой или иной форме, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые. Такая охрана, которая не распространяется непосредственно на такие данные или информацию, не наносит ущерба правам авторов любого из произведений, воплощенных в таких данных или информации.

Правила, установленные Соглашением ТРИПС, были повторены и детализированы в специально заключенном международном соглашении - **Договоре ВОИС по авторскому праву 1996 г.** Договор был ратифицирован Республикой Беларусь 10 июня 1998 г.⁵⁷

Начиная анализировать данный международный договор, следует обратить внимание на достаточно непривычную его конструкцию, а именно: большинство материальных норм Договора определяются путем отсылки к нормам Парижского 1971 г. акта Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений.

Отношениям с Бернской конвенцией посвящена ст. 1 Договора. В ней Договор определяется как специальное соглашение в рамках Бернского союза применительно к государствам, являющимся членами этого Союза (ст. 20 Бернской конвенции сохраняет за государствами-участниками право заключать между собой специальные соглашения при условии, что эти соглашения будут предоставлять авторам большие права, чем установленные конвенцией, или будут содержать другие положения, не противоречащие ей). Данная ссылка не означает, что Договор является частью Бернской конвенции и что для государств, не являющихся членами Бернского союза, присоединение к Договору является автоматическим присоединением к Бернской конвенции и влечет для таких государств возникновение каких-либо обязательств в отношении государств Бернского союза, не ставших участниками Договора.

Особенностями юридической техники Договора, помимо отсылочных норм, являются так называемые «согласованные заявления», относящиеся к отдельным статьям договора. Данные согласованные заявления выражают общую позицию государств, подписавших

⁵⁵ **Титов А.П.** Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. –М.: Ин-т техн. Кибернетики НАН Беларуси, 2001. - С. 16-17.

⁵⁶ **Welsh, Marshall J.** International Protection of Intellectual Property // Texas Intellectual Property Law Journal. – 1992. – Vol.1. - P.43.

⁵⁷ Закон Республики Беларусь от 10.06.1998 г. № 165-З «О ратификации Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву» // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь (приложение). -1998. - № 1. -Ст. 511.

Договор, по отдельным неоднозначно трактуемым положениям, в некоторых случаях выходя за рамки самих конвенционных норм.

Общее содержание обязательств государств-участников Договора определяется в виде необходимости соблюдать статьи 1-21 и Дополнительный раздел Бернской конвенции.

Дополнительно к положениям Бернской конвенции Договор устанавливает следующие нормы. Компьютерные программы должны охраняться как литературные произведения в смысле Бернской конвенции, при этом охрана должна распространяться на все программы, независимо от способа и формы их выражения.

Объектом охраны согласно Договору должны быть компиляции данных или другой информации в любой форме, которые по подбору и расположению материала представляют собой результат интеллектуального творчества (ст.5 Договора). При этом говорится о том, что базы данных должны охраняться «как таковые». Однако оговорка о том, что такая охрана не распространяется на сами данные или информацию и не затрагивает какое-либо авторское право, относящееся к самим данным или информации, содержащимся в компиляции, позволяет однозначно говорить о том, что авторское право в отношении базы данных – это авторское право составителя и предметом правовой охраны является оригинальная подборка и расположение данных или иной информации.

Договор в ст.6 признает за авторами литературных и художественных произведений исключительное право на распространение, определяя его как право разрешать доведение до всеобщего сведения оригинал и экземпляр своего произведения посредством продажи или иной передачи прав собственности. При этом Договор позволяет каждому договаривающемуся государству по своему усмотрению определять или не определять условия, на которых исчерпание права на распространение применяется после первой продажи или иной передачи права собственности.

Договор также предусматривает за авторами компьютерных программ исключительное право разрешать коммерческий прокат для публики оригиналов или экземпляров произведений. Из этого исключительного права Договор делает изъятие, оговаривая, что оно не распространяется на компьютерные программы, если сама программа не является основным объектом проката, а также на кинематографические произведения, если только коммерческий прокат не приводит к широкому копированию этих произведений, наносящему ущерб исключительному праву на воспроизведение.

Отдельно Договор предусматривает право на сообщение для всеобщего сведения, которое определяется как любое сообщение произведений по проводам или средствами беспроводной связи, включая доведение произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору. При этом в Договоре оговаривается, что данное право действует без ущерба положениям Статей 11(1)(ii), 11bis(1)(i) и (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1) Бернской конвенции.

Отдельное место в Договоре занимают обязательства государств-участников предусмотреть соответствующую правовую защиту от обхода существующих технических средств, используемых авторами в связи с осуществлением их прав по настоящему Договору или по Бернской конвенции, и ограничивающих действия в отношении их

произведений, которые не разрешены авторами или не допускаются законом. Договор также обязывает государства ввести эффективные средства правовой защиты против «... любого лица, намеренно осуществляющего устранение или изменение любой электронной информации об управлении правами без разрешения либо распространение, импорт с целью распространения, передачу в эфир или сообщение для всеобщего сведения без разрешения произведений или экземпляров произведений, зная, что в них без разрешения была устранена или изменена электронная информация об управлении правами, а также зная или, в связи с применением гражданско-правовых средств защиты, имея достаточное основания знать, что такое действие будет побуждать, позволять, способствовать или скрывать нарушение любого права, предусмотренного Договором или Бернской конвенцией». «Информация об управлении правами» в смысле ст.12 Договора означает информацию, которая идентифицирует произведение, автора произведения, обладателя какого-либо права на произведение или информацию об условиях использования произведения и любые цифры или коды, в которых представлена такая информация, когда любой из этих элементов информации приложен к экземпляру произведения или появляется в связи с сообщением произведения для всеобщего сведения.

При определении порядка применения норм Договора во времени используется отсылка к ст.18 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. Это означает, что каждое государство, участвующее в Договоре, обязано охранять все произведения, которые на момент вступления Договора в силу для данного государства не перешли в общественное достояние в другом участвующем в Договоре государстве, являющемся страной происхождения этого произведения.

На начало 2006 г. в Договоре участвовало 58 государств. Для Республики Беларусь Договор вступил в силу с 6 марта 2002 г.

3. ОХРАНА КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА В СООТВЕТСТВИИ С ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

3.1. Определение компьютерных программ и баз данных как особых объектов авторского права

Согласно ст. 4 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» компьютерная программа – это упорядоченная совокупность команд и данных для получения определенного результата с помощью компьютера, записанная на материальном носителе, а также сопутствующая электронная документация.

С одной стороны, компьютерная программа соответствует общепринятому представлению о произведении как о результате творческой деятельности, выраженном в объективной форме. С другой стороны, компьютерная программа в техническом плане представляет собой основанную на алгоритме последовательность математических или логических операций, отображенную на языке конкретной ЭВМ, которая приводит к решению поставленной задачи за конкретное количество шагов.⁵⁸ Компьютерная программа – это технология для функционирования компьютера, а процесс создания программы больше похож на разработку технического решения, чем на создание произведения литературы или искусства; если при создании художественного произведения автор руководствуется эстетическими категориями, то программист следует логическому и аналитическому процессу. Техническая природа компьютерной программы делает данный результат интеллектуальной деятельности многосложным и неоднозначным для охраны авторским правом.

Статья 7 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах», называя примерный перечень объектов авторского права, называет компьютерные произведения среди литературных произведений. Определение компьютерной программы в качестве литературного произведения является следствием буквального повторения в национальном законодательстве норм Соглашения ТРИПС и Договора ВОИС по авторскому праву (1996), которые, в свою очередь, формулировались под влиянием англо-американской доктрины авторского права.

Однако определение компьютерной программы в качестве литературного произведения, как не позволяет однозначно решить вопрос об охране порождаемых программой аудиовизуальных эффектов, а также урегулировать отношения по поводу использования в программе ранее созданных произведений или их отрывков. Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах», определяя компьютерную программу как «совокупность команд и данных для получения определённого результата с помощью компьютера, записанную на материальном носителе», относит к компьютерной программе и сопутствующую электронную информацию. Однако помимо электронной информации компьютерная программа может содержать и иные объекты, в том числе и произведения, охраняемые авторским правом (литературные и музыкальные произведения, произведения изобразительного искусства и дизайна, фотографии и т.п.). Каким образом

⁵⁸ Анисимов Г.Н., Бакастов В.Н. О правовой охране алгоритмов и программ для ЭВМ // Вопросы изобретательства. – 1976. - № 8. -С.7.

включение охраняемых авторским правом произведений в компьютерную программу влияет на её правовой режим – становится ли в таком случае компьютерная программа зависимым произведением, либо нет? Предусмотренное Законом отнесение компьютерных программ к числу литературных произведений не позволяет однозначно решить этот вопрос, поскольку очевидно не учитывает их синтетический характер, во многом схожий с характером аудиовизуальных произведений. Более того, такой подход представляется методологически необоснованным и порождает юридически тупиковую ситуацию: исходя из такого определения авторско-правовая охрана компьютерной программы должна ограничиваться только охраной исходного текста и объектного кода и не распространяться на иные произведения, возникающие при исполнении компьютерной программы.

Предусмотренное Гражданским кодексом Республики Беларусь определение компьютерной программы в качестве самостоятельной разновидности объектов авторского права позволяет в определенной мере устранить подобную неопределённость. В то же время, этого объективно недостаточно для учета особенностей охраны программы как произведения особого рода, которое может как включать в себя, так и порождать иные произведения. В этой связи стоит внимательно изучить законодательный опыт Российской Федерации, - принципиальным новшеством является норма ст.1240 ГК РФ, посвященная вопросам использования результата интеллектуальной деятельности в составе **сложного объекта**. Сложным является объект, включающий несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (аудиовизуальное произведение, мультимедийный продукт, единая технология и др.). Сложный объект, по общему правилу, является объектом права интеллектуальной собственности, в отношении которого за его создателем признается исключительное право. Однако действие этого исключительного права является зависимым от соблюдения исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, включенные в его состав. В Гражданском кодексе Российской Федерации эта проблема решена путем установления ряда правил. Во-первых, в тех случаях, когда результат интеллектуальной деятельности специально создается для включения в сложный объект, договор между автором и лицом, организовавшим создание сложного объекта, считается договором об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Во-вторых, если право на использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта предоставлено по лицензионному договору, этот договор предполагается заключенным на весь срок действия исключительного права и на всю территорию действия права, если иное не будет специально оговорено сторонами. В-третьих, условия лицензионного договора, ограничивающие использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, являются недействительными.

Существует общее для всех охраняемых авторским правом произведений правило, согласно которому авторское право охраняет форму выражения произведения, но не распространяется на принципы и идеи, заложенные в произведении. Это правило прямо предусмотрено ст.8 Закона «Об авторском праве и смежных правах», согласно которому «авторское право не распространяется на идеи, процессы, системы, методы функционирования, концепции, принципы, открытия или просто информацию как таковые, даже если они выражены, отображены, объяснены или воплощены в произведении».

Алгоритм компьютерной программы – это ее основной структурный элемент, определяющий эффективность работы программы. Однако, несмотря на то, что для программы алгоритм имеет первостепенное значение, авторским правом он не охраняется. Этот момент является самым слабым местом в авторско-правовой охране компьютерных программ. Авторское право, охраняя программу как произведение, обеспечивает алгоритму программы косвенную охрану, охраняя конкретную оригинальную форму, в которой данный алгоритм выражен создателем программы. Однако такой косвенной охраны недостаточно для обеспечения правовой охраны интересов программиста. Алгоритм может быть перенесен из одной программы и воплощен в другой. Учитывая существование нескольких сот языков программирования, можно создать много компьютерных программ, построенных на основании одного и того же алгоритма, но отличающихся по форме выражения и являющихся с точки зрения авторского права самостоятельными произведениями. Именно такая возможность беспрепятственного заимствования алгоритмов заставляет разработчиков программного обеспечения искать дополнительные средства правовой защиты для результатов своего творчества.

Резюмируя основные положения, касающиеся определения компьютерной программы в качестве объекта авторского права, можно отметить следующее. Во-первых, компьютерные программы, независимо от их вида, назначения и достоинства, охраняются авторским правом, если они существуют в объективной форме, являются результатом творческой деятельности, отличаются новизной и оригинальностью с точки зрения формы выражения положенных в основу программы идей. Во-вторых, компьютерные программы являются особой разновидностью объектов авторского права в силу своего синтетического, комплексного характера, поскольку состоят из взаимосвязи таких элементов, как исходный текст, объектный код, пользовательский интерфейс и др.

База данных в ст.4 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» определена как компиляция материалов, данных, информации, по подбору и расположению материалов представляющая результат творческого труда.

Попытаемся разобраться в сути данного законодателем определения. **Компиляция** (лат. **compilatio** – хищение; накопление выписок, собрание документов) – соединение результатов чужих исследований, мыслей без самостоятельной обработки источников, а также сама работа, составленная таким образом⁵⁹. Следовательно, компилятивная работа тождественна составительской работе, а результат компилятивной работы – суть подборка материалов (сборник). Таким образом, базу данных можно с уверенностью отнести к категории составных произведений.

Однако в тексте закона «Об авторском праве и смежных правах» эти два понятия (база данных и сборник) почему-то противопоставляются. Базы данных, наряду с компьютерными программами, законодатель относит к литературным произведениям (п.1 ст.7 закона). Сборники же произведений и другие составные произведения упомянуты в ст. 11 закона как самостоятельная разновидность произведений, при этом авторам составных произведений принадлежит авторское право на осуществленный ими подбор и расположение материалов, представляющие результат творческого труда. Отнесение баз

⁵⁹ Крысин Л.П. Толковый словарь иноязычных слов. М.: «Русский язык», 1998. С.342.

данных, наряду с компьютерными программами, к категории литературных произведений, можно, на наш взгляд, объяснить стремлением законодателя распространить авторско-правовую охрану не только на базу данных, как таковую, но и на отдельные ее части, которые могут заимствоваться из базы. Посмотрим, насколько удалось решить эту проблему.

Как мы уже говорили, исходя из данного законодателем определения, база данных является составным произведением; указание базы данных среди литературных произведений само по себе ничего не означает, и на базы данных распространяется тот же правовой режим, что и на иные составные произведения. Кроме того, ст. 993 Гражданского кодекса Республики Беларусь (а нормы кодекса имеют большую юридическую силу, нежели нормы иных законов в области гражданского права) называет базы данных именно среди составных произведений. Поэтому рассмотрим более подробно принципы охраны составных произведений.

В соответствии со ст. 11 закона «Об авторском праве и смежных правах» авторы составных произведений пользуются авторским правом на осуществленные ими подбор и расположение материалов; при этом авторско-правовая охрана не распространяется на сами материалы, образующие составное произведение (абз.2 п.3 ст.7 закона), авторское право составителя не препятствует другим лицам использовать те же материалы для создания своих собственных составных произведений абз.4 п.1 ст.11 закона). Из всего этого можно сделать вывод о том, что предметом охраны, применительно к составным произведениям, является система расположения определенного, выбранного составителем материала.

Следует обратить внимание и на такую проблему. Согласно закону «Об авторском праве и смежных правах» составные произведения охраняются авторским правом, если представляют собой по подбору и расположению материалов результат творческого труда»; согласно нормам Гражданского кодекса составные произведения охраняются авторским правом, если по подбору или расположению материалов представляют результат творческого труда. Как видно, в определении составного произведения, содержащемся в законе «Об авторском праве и смежных правах», употребляется соединительный союз «и», что предполагает применение критерия творчества одновременно к двум составляющим процесса создания базы данных (подбор и расположение материалов), в то время как в соответствующей статье Гражданского кодекса употреблен разделительный союз «или», что подразумевает применение критерия творчества лишь к одному из этих составляющих. Таким образом, нормы кодекса предоставляют охрану для более широкого круга объектов, нежели закон «Об авторском праве и смежных правах».

Следующая проблема, которую хотелось бы осветить, это критерий творческого характера баз данных. Следует отметить, что ни в Гражданском кодексе, ни в законе «Об авторском праве и смежных правах» не содержится определения понятия «творческая деятельность». Попытки определить этот термин предпринимались теоретиками авторского права; несмотря на многообразие различных определений можно выделить одно

общее для всех утверждение о том, что всякое творческое произведение характеризуется оригинальностью, новизной, неповторимостью и уникальностью.⁶⁰

Как мы видим, критерии творческого характера деятельности по созданию баз данных довольно расплывчаты, а определение наличия момента творчества при создании базы весьма субъективно. Обратной стороной такого подхода является то, что компиляция материалов, данных, информации, по подбору и расположению материалов не представляющая результат творческого труда, не является объектом авторского права и не охраняется им.

В связи с этим большая часть баз данных не охраняется нормами авторского права, в то время как очень часто деятельность по созданию таких баз требует привлечения значительных средств. Например, существуют базы данных, в которых информация расположена в алфавитном или хронологическом порядке. В способе подбора данных в таких базах отсутствует творческий момент, поскольку нет ничего оригинального, например, в алфавитном расположении массива информации. В качестве примера можно привести сборник адресов и телефонов предприятий «Бизнес-Беларусь». В то же время, при формировании подобного рода баз данных задействованы значительные людские и финансовые ресурсы, прделывается огромная работа по сбору и обработке материала.

Даже в том случае, когда база данных является результатом творческой деятельности, предоставляемая в соответствии с действующим законодательством авторско-правовая охрана не в полной мере отвечает интересам правообладателей, поскольку ее пределы не позволяют отнести к числу неправомерных ряд действий, таких как несанкционированное извлечение третьими лицами всего содержания базы данных или существенной ее части для последующего использования, в том числе, в своих база данных. При этом первоначальные создатели баз данных несут серьезные убытки, поскольку их недобросовестные конкуренты могут выходить на рынок с более дешевым продуктом - они не несут расходов, связанных со сбором, проверкой, обработкой и расположением информации.

Таким образом, можно говорить о том, что действующая авторско-правовая охрана баз данных, отвечающих критериям творческой деятельности, несовершенна и не обеспечивает охрану имущественных интересов создателей баз данных. Те базы данных, которые не являются результатом творческой деятельности, вообще не охраняются ни в рамках авторского права, ни в рамках иных институтов гражданского права. С уверенностью можно говорить о том, что в этой области в законодательстве Республики Беларусь существует определенный пробел.

⁶⁰ Сергеев А.П. Интеллектуальная собственность в Российской Федерации. М.: Проспект, 1996. - С. 112.

3.2. Содержание авторских прав в отношении компьютерных программ и баз данных

Отнесение компьютерных программ и баз данных к объектам авторского права означает, что их создатели на основании Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» обладают теми же правами, что и создатели иных категории произведений науки, литературы и искусства. Рассмотрим содержание этих прав более подробно.

Согласно ст. 9 Закона «Об авторском праве и смежных правах» **авторское право на произведения науки, литературы и искусства возникает в силу факта их создания.** Для возникновения и осуществления авторского права не требуется соблюдения каких-либо формальностей.

Создание компьютерной программы или базы данных является юридическим фактом, служащим основанием для возникновения имущественных и личных неимущественных прав, составляющих авторское право. Законодательство об авторском праве устанавливает критерии, необходимые для признания работы объектом авторского права: она должна быть результатом творческой деятельности и существовать в какой-либо объективной форме. Поэтому моментом возникновения объекта авторского права является момент придания произведению какой-либо объективной формы.

С принципом автоматической охраны компьютерных программ непосредственным образом связаны два вопроса, вызывающих определенные трудности на практике.

Знак охраны авторского права (более распространенным является термин «знак копирайта» – от англ. **copyright** – авторское право) представляет собой латинскую букву «С» в окружности, которая используется в сочетании с указанием имени (наименования) обладателя авторского права и года первого опубликования произведения. Законодатель называет три обязательных элемента знака охраны авторского права: 1) латинская буква «С» в окружности; 2) имя (наименование) обладателя исключительных имущественных прав; 3) год первого опубликования произведения.

Появление знака охраны авторского права в отечественном законодательстве связано с присоединением СССР в 1973 г. к Всемирной конвенции об авторском праве. Применение знака копирайта является конвенционной нормой, имевшей когда-то значение для преодоления формальностей, установленных законодательством об авторском праве некоторых государств, и не имел значения для решения вопросов о предоставлении охраны произведениям советских авторов в СССР. Тем не менее, знак охраны авторского права стал активно применяться и внутри страны; обязательный порядок его применения был предусмотрен рядом ведомственных нормативных актов в области книгоиздания, кинематографии, телевидения и др. Многолетняя практика обязательного проставления знака охраны авторского права привела к тому, что его указание стали воспринимать как обязательное условие предоставления охраны произведению, либо указание знака охраны авторского права стали рассматривать как основание для возникновения у лица, чье имя или наименование было указано вместе с этим знаком, авторского права.

Применение знака охраны авторского права полностью зависит от усмотрения правообладателя; использование или неиспользование знака копирайта не влечет каких-

либо правовых последствий. Поэтому единственное назначение знака охраны авторского права при использовании произведения на территории Республики Беларусь и практически всех зарубежных государств состоит в оповещении всех третьих лиц о том, кому принадлежат исключительные права на использование данного произведения.

Предусмотренная п.3 ст. 9 Закона «Об авторском праве и смежных правах» **презумпция обладателя авторского права** призвана компенсировать недостатки предоставления охраны авторским правом в силу факта создания произведения. Эта презумпция означает, что при отсутствии доказательств иного автором произведения считается лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения. В силу данной презумпции право авторства на произведение может признаваться и не за фактическим его создателем, а за лицом, присвоившим авторство в отношении чужого произведения.

Согласно ст. ст. 15 и 16 Закона «Об авторском праве и смежных правах» авторам произведений науки, литературы, искусства принадлежат личные неимущественные и имущественные права авторские права.

Личные неимущественные авторские права. Составляющие авторское право личные неимущественные права характеризуются тесной связью с личностью автора. Это предопределяет их особенности, выражающиеся в непередаваемости и неотчуждаемости. Непередаваемость личных неимущественных прав означает невозможность их передачи на ограниченный период времени, неотчуждаемость – невозможность полной и безвозвратной передачи другому лицу. Законодатель особо оговаривает, что личные неимущественные права сохраняются за автором даже в случае уступки исключительных имущественных прав. Еще одной особенностью личных прав автора является их неимущественный (нетоварный) характер, выражающийся в отсутствии у этих прав какого-либо экономического содержания – реализация личных неимущественных прав не связана с приобретением материальных благ.

Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» признает за автором произведения следующие личные неимущественные права:

- право авторства;
- право на имя;
- право на защиту репутации;
- право на обнародование;
- право на отзыв.

Право авторства определяется как юридически обеспеченная возможность лица считаться автором произведения и связанная с этим возможность требовать признания данного факта от всех остальных лиц. Право авторства позволяет индивидуализировать результаты творческого труда и обеспечить интересы создателя произведения путём общественного признания связи его личности с произведением.

Реализуется право авторства, как правило, путем размещения имени автора на экземплярах произведения. Основными методами отображения сведений о личных неимущественных правах автора компьютерных программ являются:

- указание в лицензионном соглашении, которое предлагается пользователю для прочтения при установке программы;
- отображение информации на стартовой заставке программы;
- представление сведений в справке программы;

- использование имени автора в качестве части названия программы;
- воспроизведение фотографии автора (ов) и/или его фамилии (й) в процессе работы программы, обычно программ-инсталляторов.

Эти средства хороши, когда автором является один человек. Но сложная программа создается, как правило, коллективом авторов, который может достигать десятков и сотен человек. Поэтому в качестве автора указывается, как правило, компания (наименование юридического лица), в которой работают программисты (их имена могут указываться в полной справке, прилагаемой к программе). Такие отношения между нанимателем и наемными работниками регулируются законодательством. Часто фирмы-разработчики программного обеспечения принимают меры к тому, чтобы имена авторов-разработчиков не стали известны широкой публике. Это, несомненно, является нарушением права на авторство, однако таким способом конкретный программный продукт в большей степени ассоциируется с фирмой-разработчиком.

Право автора на имя означает право автора избирать, каким образом созданное им произведение будет связано с его личностью – путём указания собственного имени, вымышленного имени (псевдонима) или без указания имени (анонимно), и этот выбор может сделать только сам автор.

В области создания программного обеспечения анонимные произведения практически не встречаются. Чаще, нежели реальные имена, используются псевдонимы или так называемые «никнэймы». Если псевдоним представляет собой лишь отличные от авторских имя, фамилию и отчество, то никнэймом является обычно одно или несколько слов (часто на английском языке) никак не указывающих на автора. Использование никнэйма является неписанным правилом пользователей сети Интернет, в которой не каждый хочет, чтобы его настоящее имя стало известным неограниченному количеству лиц.

Применительно к праву автора на имя следует особо подчеркнуть, что данное право не отъемлемо от автора, и даже в случае создания компьютерной программы в качестве служебного произведения программист сохраняет право выбирать, как обозначить себя в качестве автора программы.

Право на защиту репутации автора призвано, в первую очередь, обеспечить сохранность той формы, которую автор первоначально придал своему произведению, при его дальнейшем использовании. Это выражается в том, что автор может защищать своё произведение, включая его название, от всякого искажения. Помимо этого автор имеет право защищать свое произведение от любых иных посягательств, способных нанести ущерб чести и достоинству автора.

Нарушения этого права в области использования компьютерных программ достаточно редки. Причиной этому является не только сложность внесения искажений в готовую программу, но и некоторая бесполезность таких действий, поскольку любой пользователь легко может избавиться от таких искажений путем восстановления исходного вида программы из ее резервной копии. Эта возможность сокращает размер ущерба автору от внесения искажений. И все же подобные изменения и искажения являются серьезным правонарушением.

Право на обнародование можно определить как право автора самостоятельно решать вопрос о том, станет ли его произведение известно публике, а также выбирать время, место и способ первого доведения произведения до публики.

Для компьютерных программ обнародование производится путем размещения дистрибутива в сети Интернет (или другой), тиражирования материальных носителей, на которые записана программа (CD-, DVD-диски и другие). Крупные и дорогие программные продукты обнародуются и распространяются, как правило, в «коробочных» версиях, то есть помимо собственно материального носителя с программой в «коробке» находятся дополнительные материалы, например, текст лицензионного соглашения, руководство пользователя, иная техническая документация, рекламные проспекты о других продуктах фирмы-разработчика или распространителя, различные сувениры и т.д.

Большинство авторов компьютерных программ выбирают размещение в сети Интернет как способ обнародования их произведения. Моментом обнародования в данном случае следует считать момент предоставления свободного доступа к цифровому объекту хранящемуся на интернет-сервере. Ю. Брумштейн называет некоторые случаи размещения объектов авторского права на серверах или компьютерах и предоставления доступа к ним, которые не являются обнародованием. Это могут быть: защита доступа к цифровому объекту паролем или необходимостью оплаты, размещение во внутрикорпоративных или локальных интранет-сетях, к которым нет доступа извне, необходимость предварительного прохождения «тестов на компетентность», ограничение количества входов на сайт или скачиваний и т.п. Названные случаи нельзя признавать обнародованием в том смысле, который в них вкладывает Закон, поскольку круг лиц, которым предоставляется доступ к программе, ограничен).

Право на отзыв произведения означает право автора отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения при условии возмещения пользователю причинённых таким решением убытков, включая упущенную выгоду. Если произведение уже было обнародовано, автор обязан публично оповестить о его отзыве; при этом он вправе изъять за свой счёт из гражданского оборота ранее изготовленные экземпляры произведения.

Если экземпляры компьютерной программы распространяются на отдельных материальных носителях, то реализация указанного права еще возможна, хотя легкость копирования информации практически сводит на нет шансы автора вернуть все экземпляры программы. Не лучше дело обстоит, если программа была обнародована в сети Интернет. Проконтролировать распространение и последующий возврат (при отзыве) в этой сети невозможно. Тем не менее, эти факторы не могут служить основанием для отказа автору в его правах.

Имущественные авторские права. Статья 983 ГК устанавливает, что обладателю имущественных прав на результат интеллектуальной деятельности принадлежит **исключительное право правомерного использования объекта интеллектуальной собственности в любой форме и любым способом.**

Данное правило в отношении объектов авторского права конкретизируется в Законе «Об авторском праве и смежных правах», ст. 16 которого устанавливает, что автору в

отношении его произведения или иному обладателю авторских прав принадлежит исключительное право осуществлять или разрешать осуществлять следующие действия:

- воспроизведение произведения;
- распространение оригинала или экземпляров произведения посредством продажи или иной передачи права собственности;
- прокат оригиналов или экземпляров компьютерных программ, баз данных, аудиовизуальных произведений, нотных текстов музыкальных произведений и произведений, воплощенных в фонограммах;
- импорт экземпляров произведения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения автора или иного обладателя авторских прав;
- публичный показ оригинала или экземпляра произведения;
- публичное исполнение произведения;
- передачу произведения в эфир;
- иное сообщение произведения для всеобщего сведения;
- перевод произведения на другой язык;
- переделку или иную переработку произведения.

Воспроизведения произведения определено в Законе «Об авторском праве и смежных правах» как изготовление одного или более экземпляров произведения в любой материальной форме, включая постоянное или временное хранение в цифровой форме в электронном средстве. Экземпляром произведения является копия произведения, изготовленная в любой материальной форме. Поэтому существенным признаком воспроизведения является изготовление копий произведения в форме материальных объектов. В то же время, к воспроизведению следует также возможность доступа к компьютерным программам и базам данных по информационным сетям.

Содержание этого права определялось Бернской конвенцией 1967 года как любой способ создания копий произведения в любой форме. Договор ВОИС по авторскому праву (а позже и согласованное заявление по приведенной ниже статье) уточнил этот термин, но только для смежных прав: «исполнители и производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих исполнений, записанных на фонограммы, а также фонограмм любым способом и в любой форме». По существу это право было расширено на цифровую форму и цифровую среду, а в силу одинакового характера цифровой формы объектов авторского и смежных прав данная норма может применяться и в отношении объектов авторского права.

Применительно к компьютерным программам, их воспроизведение осуществляется, как правило, лишь в одной форме – цифровой. Способ создания копии также один – создание точной копии цифрового объекта.

Также необходимо отметить, что использование компьютерных программ зависит от технических особенностей функционирования ЭВМ. Для того чтобы компьютер выполнил заложенные в программе команды, они должны быть записаны в оперативную память компьютера. То есть правомерное использование программного обеспечения предусматривает создание копии программы (что является реализацией права на воспроизведение). Особенностью такой копии является ее временный характер, то есть программа, введенная в память компьютера (и представляющая собой совокупность физических состояний элементов памяти запоминающего устройства ЭВМ), сохраняется лишь до прекращения подачи электропитания к компьютеру (выключения).

Тем не менее, такое изготовление копии компьютерной программы нельзя считать воспроизведением в том смысле, который вкладывает в него Закон, поскольку оно носит временный характер и представляет собой исключительно процедурное решение. Российским законодательством данный вопрос решен путем введения в действие статьи 1270 Гражданского Кодекса Российской Федерации, где указано, что запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения.

Распространение оригинала или экземпляров произведения является самостоятельным способом использования произведения, при котором число лиц, знакомых с произведением, увеличивается при переходе права собственности или права владения экземпляром произведения от одного лица к другому. Авторское право имеет территориальный характер, поэтому право на распространение помогает автору ограничить территорию, на которой изготовленные с согласия автора экземпляры произведения будут находиться в гражданском обороте. Однако признание за автором исключительного права на распространение экземпляров произведения без установления пределов его осуществления может парализовать их гражданский оборот. Поэтому в отношении права на распространение использует принцип исчерпания, который в том, что экземпляры правомерно опубликованного произведения, введенные с разрешения автора в гражданский оборот посредством продажи или иной передачи права собственности, могут в дальнейшем распространяться на территории Республики Беларусь без согласия автора и без выплаты вознаграждения. Однако исчерпание права на распространение не будет означать прекращение права автора на сдачу произведения в прокат.

В отношении компьютерных программ и баз данных Закон «Об авторском праве и смежных правах» отдельно предусматривает исключительное право на прокат. Данное право не применяется в отношении компьютерных программ, если сама программа не является основным объектом проката. Таким случаями могут быть случаи проката каких-либо вещей (автомобилей, компьютеров, иных технических устройств), частью которых является программное обеспечение.

Наряду с правом на распространение Закон называет право автора **импортировать экземпляры произведения**. Выделение данного права необходимо, в первую очередь, для того, чтобы предоставить обладателю авторского права возможность пресекать ввоз в страну контрафактных экземпляров его произведения.

Распространение контрафактных копий программных продуктов и электронных баз данных происходит в больших масштабах, а закрепление за правообладателями права на импорт может стать эффективным средством пресечения введения контрафактной продукции в оборот.

Право на сообщение произведения для всеобщего сведения определяется в Законе «Об авторском праве и смежных правах» как сообщение для всеобщего сведения как «передачу по проводам или средствами беспроводной связи изображений или звуков ... таким образом, что они становятся доступными для восприятия лицами, не

принадлежащими к обычному кругу семьи или к близким знакомым семьи, в местах, настолько удаленных от места передачи, что без передачи такие изображения или звуки не были бы доступны для восприятия; сообщением произведения для всеобщего сведения также является доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к произведению из любого места и в любое время по их собственному выбору». Таким образом, данное авторское правомочие охватывает как сообщение произведения по кабелю, так и размещение его в сети Интернет.

Право перерабатывать произведение включает в себя возможность автора самому переработать произведение в другой вид, придать произведению другую форму, перевести его в другой жанр и т.п., а также разрешать другим лицам осуществлять такую переработку и использовать произведение в переработанном виде. Наиболее распространенными способами переработки произведения являются перевод литературного произведения в драматическое произведение, сценарий или иное подобное произведение.

Применительно к компьютерной программе переработка означает модификацию программы. Как справедливо отмечают специалисты, занимающиеся проблематикой правовой охраны компьютерных программ, существует ряд трудностей, связанных с определением правомерности переработки компьютерных программ и баз данных, вытекающих из противоречий технической и авторско-правовой природы данных объектов. Техническая сторона компьютерной программы и базы данных требует создания более функциональных версий на основе уже существующих. Авторско-правовая же природа предусматривает сохранение при переработке произведения его содержания. Создание обновленной версии, например, компьютерной программы, или пополнение базы данных являются прямым изменением их содержания. Закон «Об авторском праве и смежных правах» не устраняет эту коллизию, поэтому данное противоречие должно решаться путем заключения договоров.⁶¹

Допускаемые случаи свободного использования охраняемых авторским правом произведений исчерпывающим образом перечислены в статьях 18-21 Закона «Об авторском праве и смежных правах». При этом в отношении компьютерных программ и баз данных применяются специальные правила, которые сводятся к следующему.

Во-первых, в отношении компьютерных программ, баз данных и существенных частей из них не применяются иные правила о допустимом свободном воспроизведении в личных целях, чем в отношении иных охраняемых произведений. В отношении компьютерных программ предполагается, что каждый пользователь, в том числе лицо, использующее программу в личных целях, должно иметь лицензию на право использования имеющейся копии программы.

Во-вторых, допускаемые возможности воспроизведения компьютерных программ без согласия правообладателя в иных целях ограничены случаями, определенными в ст.21 Закона «Об авторском праве и смежных правах». Согласно данной статье лицо,

⁶¹ **Титов А.П.** Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. –М.: Ин-т техн. Кибернетики НАН Беларуси, 2001. – С.49.

правомерно владеющее экземпляром компьютерной программы, вправе изготовить копию компьютерной программы при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда оригинал компьютерной программы утерян, уничтожен или стал непригодным для использования. При этом копия компьютерной программы не может быть использована для иных целей и должна быть уничтожена в случае, если владение экземпляром этой компьютерной программы перестанет быть правомерным.

Лицо, правомерно владеющее экземпляром компьютерной программы, вправе также адаптировать компьютерную программу для обеспечения совместной работы с другими программами при условии, что полученная при адаптации информация не будет использоваться для создания других компьютерных программ, аналогичных адаптируемой, или для осуществления любого действия, нарушающего авторское право.

Данная норма предусматривает особенности свободного использования компьютерных программ. При этом законодатель не определяет сферу применения данной статьи (частная или публичная сфера), тем самым, придавая ее нормам универсальный характер. Закон предоставляет владельцу экземпляра компьютерной программы право на свободное изготовление одной копии этой программы для строго ограниченных целей, указанных в комментируемой статье. В то же время, Закон не определяет понятие «адаптация компьютерной программы». Из контекста статьи 21 Закона «Об авторском праве и смежных правах» можно сделать вывод о том, что Закон разрешает внесение изменений в программу. Пределы допускаемых изменений определяются названной в Законе целью адаптации – достижение совместимости данной программы с другими имеющимися у ее владельца компьютерными программами.

Закон также устанавливает ограничения возможного использования информации, полученной при адаптации компьютерной программы, - такая информация не должна использоваться для создания аналогичных компьютерных программ или для осуществления любого действия, нарушающего авторское право. Оговорка о неиспользовании полученной информации связана с существующей проблемой декомпилирования компьютерных программ, используемым для так называемого «обратного проектирования». Обратное проектирование – это процесс создания эквивалентной компьютерной программы без прямого копирования первоначальной программы. Для этого программу декомпилируют, т.е. преобразуют объектный код в исходный текст для того, чтобы извлечь и скопировать наиболее удачные идеи, положенные в основу алгоритма этой программы. Феномен обратного проектирования порождает серьезную юридическую проблему. С одной стороны, закон не запрещает использовать идеи, лежащие в основе любого охраняемого произведения, для создания нового, творчески самостоятельного произведения. С другой стороны, приоритет в компьютерной программе имеет именно содержание, а не форма ее выражения. При этом установить недобросовестность лица, создающего компьютерную программу путем обратного проектирования, практически невозможно. Такие программы представляют собой не полную копию, а своего рода утонченную форму плагиата. При этом установленный в Законе Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» запрет на использование полученной информации оказывает практически бесполезным именно в силу невозможности доказать сам факт обратного проектирования.

4. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ ПО ПОВОДУ СОЗДАНИЯ И КОММЕРЧЕСКОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ

4.1. Рекомендации по оформлению договорных отношений, связанных с созданием компьютерных программ и баз данных

На практике достаточно часто встречаются случаи, когда субъект хозяйствования заключает с программистом договор по поводу еще не существующей программы. При этом заказчик заинтересован в том, чтобы программист не только создал определенный программный продукт, но и предоставил ему право использования этого произведения на заранее оговоренных условиях. Достаточная распространенность таких договоров, а также недостаточная регламентация прав и обязанностей их сторон в законодательстве вызывают особый интерес к анализу правоотношений, возникающих при создании компьютерных программ «на заказ».

Проблема оформления отношений по созданию произведений «на заказ» возникла с принятием в 1996 г. Закона «Об авторском праве и смежных правах». Ранее ее просто не существовало, поскольку обязательство создать произведение, отвечающее определенным требованиям, охватывалось предметом авторского договора. Согласно ст.498 ГК РБ 1964 г. «... по авторскому договору о передаче произведения для использования ... автор обязуется создать и в установленный договором срок передать произведение для использования обусловленным по договору способом, а организация обязуется осуществить или начать это использование в установленный договором срок, а также уплатить автору вознаграждение». В типовых авторских договорах (издательском, постановочном, сценарном и др.) подробно регулировались отношения сторон на стадии создания произведения: определялись требования к произведению; устанавливались сроки его предоставления; регламентировался порядок доработки и т.п.

В новом законодательстве об авторском праве был заложен более узкий подход к определению авторского договора. Согласно ст.25 Закона «Об авторском праве и смежных правах»⁶² авторский договор о передаче исключительных имущественных прав разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются; авторский договор о передаче неисключительных имущественных прав разрешает пользователю использование произведения наравне с обладателем имущественных прав, передавшим такие права, и (или) другими лицами, получившими разрешение на использование этого произведения таким же способом.

Как следует из приведенных определений двух разновидностей авторского договора, его предметом является передача имущественных авторских прав на произведение в определенном договором объеме. Тем самым, предполагается, что на момент заключения договора произведение уже должно существовать. При этом авторский договор оформляет только передачу права на использование произведения, а отношения по его созданию находятся за рамками этого договора.

⁶² Ведомости Национального собрания Республики Беларусь, 1998 г., № 31-32, ст.472.

Как мы уже сказали, в отличие от ранее действовавшего законодательства, Закон «Об авторском праве и смежных правах» не затрагивает вопросов создания произведения на заказ. В то же время, необходимость правового регулирования этих отношений настоятельно диктуется практикой, поскольку желание сторон заключить договор по поводу еще не существующего произведения является достаточно распространенным явлением. При этом заказчику необходимо, чтобы автор создал отвечающее его требованиям произведение, а также предоставил именно ему право использования этого произведения на заранее оговоренных условиях.

Помимо условий об использовании будущей компьютерной программы сторонам необходимо урегулировать и отношения по поводу ее создания. Это необходимо для того, чтобы решить целый ряд вопросов, таких как: каким требованиям должна соответствовать программа с точки зрения функциональности; кто будет нести расходы, связанные с созданием произведения; на ком лежит риск случайной гибели результатов творчества автора; каков порядок приемки созданного произведения и его доработки; какова ответственность автора в случае, если произведение не будет создано в установленный срок либо не будет соответствовать требованиям заказчика и т.п. Иными словами, необходимо оформить обязательства автора представить заказчику интересующее его произведение, а заказчика – принять созданное по заказу произведение и возместить издержки автора по его созданию.

Практика зарубежных стран в части регулирования договорных отношений по созданию произведений на заказ различна и зависит во многом от ценностных подходов к феномену интеллектуального творчества, характерных для той или иной правовой системы. Особенностью законодательства об авторском праве стран системы общего права (в первую очередь Великобритании и США) является отсутствие детального правового регулирования отношений по поводу использования произведений вообще и их создания для последующего использования, в частности⁶³. Это обусловлено тем, что, будучи отнесенным к категории персонального движимого имущества, авторское право подчиняется общим нормам договорного права; стороны самостоятельно согласовывают свои намерения и облачают их в форму договора, руководствуясь достигнутой договоренностью и общими требованиями к действительности сделок. На практике, большинство крупных издательств, киностудий, фирм звукозаписи разработали и используют свои типовые формы договоров, сочетающие в себе положения о создании произведения и передаче прав на него, а договор с каждым отдельным автором носит, как правило, характер договора присоединения. Достаточно распространенными являются договоры, объектом которых является не только конкретное произведение, но и все последующие, которые автор создаст в будущем в течение определенного периода времени.⁶⁴

В странах континентальной системы права традиционным является стремление законодателя защитить интересы автора как экономически и организационно более слабой стороны, в связи с чем нормы законодательства об авторском праве прямо либо косвенно запрещают передачу прав в отношении будущих произведений. Не исключением является и подход российского законодателя, - в Гражданском кодексе

⁶³ Основные институты гражданского права зарубежных стран. М.: Издательство НОРМА, 1999. С.461.

⁶⁴ Каминская Е.И. Практика заключения и исполнения договоров в американской «индустрии развлечений» // Право и экономика. - 1995. - № 7. - С. 91-92.

Российской Федерации также содержится норма о том, что предметом договора не могут быть права на использование произведения, которые автор может создать в будущем. Для оформления отношений по созданию произведений на заказ в российском законодательстве применяется конструкция авторского договора заказа, по которому автор обязуется создать произведение в соответствии с условиями договора и передать его заказчику; заказчик обязан в счет обусловленного договором вознаграждения выплатить автору аванс (ст. 33 закона). Как справедливо отмечают российские юристы, этот договор по своей сути является разновидностью договора подряда⁶⁵, предусматривающей определенные особенности в обязательствах заказчика и подрядчика при создании произведения, а также ограниченную ответственность автора, который в силу нормы ст. 34 закона в случае не предоставления заказанного произведения в соответствии с условиями договора обязан возместить заказчику только реальный ущерб (как правило, вернуть ранее выплаченный аванс). Для того, чтобы получить право использования созданного по авторскому договору заказа произведения, заказчику необходимо дополнительно заключить с автором авторский договор.

Ограничив предмет авторского договора только передачей права на использование произведения, отечественный законодатель попытался решить вопрос о договоре на создание произведения в Гражданском кодексе. Для этого в раздел V ГК была включена отдельная статья, посвященная договору о создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности. Согласно п.1 ст. 986 ГК «... автор может принять на себя по договору обязательство создать в будущем произведение ... и предоставить заказчику, не являющемуся его работодателем, исключительные права на его использование».

Формулировка ст. 986 ГК сразу же заставляет задуматься о том, что является предметом этого договора. Во-первых, в предмет договора входит создание произведения, соответствующего требованиям заказчика. Однако законодатель формулирует данное обязательство самым общим образом, - согласно п.2 ст.986 ГК договор о создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности должен определять характер подлежащего созданию произведения. При этом в ст.986 ни слова не сказано о правах и обязанностях автора и заказчика при создании произведения.

Во-вторых, как можно предположить, в предмет названного договора должна входить передача исключительных прав на создаваемое по заказу произведение. Однако возможно ли заключение договора, предусматривающего передачу права использования еще не созданного произведения? Вопрос может показаться надуманным, поскольку, казалось бы, законодатель для того и ввел в Гражданский кодекс понятие договора о создании и использовании результата интеллектуальной деятельности, чтобы дать возможность сторонам изначально оговаривать все условия использования будущего произведения. Однако не все так просто, да и сама формулировка о том, что автор может предоставить заказчику, не являющемуся его работодателем, исключительные права, допускает несколько толкований.

Согласно ст.390 ГК договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Может ли в связи с этим быть предметом договора передача исключительных прав на еще не существующее произведение? В соответствии со ст. 981 ГК и ст. 9 Закона «Об авторском

⁶⁵ В.Погуляев Договор авторского подряда // Закон, 2000 г., № 4, с.20.

праве и смежных правах» авторское право на произведения науки, литературы и искусства возникает в силу факта их создания, и данная норма является императивной. Поэтому до момента создания произведения изменение гражданских прав, т.е. передача исключительных прав на произведение заказчику, не возможно потому, что эти права еще не существуют.

Может быть предметом договора о создании и использовании произведения является установление гражданских прав? К слову, в постатейном комментарий к Гражданскому кодексу говорится о том, что исключительные права на произведение возникают у заказчика с момента сдачи произведения автором⁶⁶. Однако авторское право на произведение возникает у его автора (ст.982 ГК), и эта норма также является императивной; исключение составляет предусмотренное ст.14 Закона «Об авторском праве и смежных правах» возникновение имущественных авторских прав на служебное произведение не у автора, а у его нанимателя⁶⁷. При этом в ст.986 ГК не содержится каких-либо норм, отменяющих это правило.

Поэтому стороны, заключающие предусмотренный ст.986 ГК договор о создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности, не могут по своему усмотрению установить, что исключительное авторское право в отношении подлежащего созданию произведения принадлежит заказчику с момента заключения договора, а также не могут установить, что исключительное авторское право либо определенная его часть изначально возникнет у заказчика – подобное соглашение является ничтожным как противоречащее норме закона (ст. 169 ГК). С этой точки зрения выводы авторов постатейного комментария к ГК о том, что, заключив в соответствии со ст.986 ГК договор о создании и использовании результата интеллектуальной деятельности заказчик не только обязывает автора создать интересующее его произведение, но и сразу же становится обладателем исключительных прав в отношении этого произведения, можно воспринимать лишь как попытку исправить очевидную недоработку законодателя, при этом не основанную на реально существующих правовых нормах.

Что же вытекает из нормы ст.986 ГК? Законодатель в этой статье говорит о том, что **автор может принять на себя обязательство создать произведение и предоставить заказчику права на его использование**. При грамматическом толковании эта норма звучит как возможность для автора принять на себя два обязательства: 1) создать произведение и 2) предоставить права на его использование заказчику; при этом норма статьи не дает никаких оснований утверждать, что оба обязательства должны совпадать по времени. Законодатель в ст. 986 ГК не устанавливает в отношении создания произведения и передачи прав на него каких-либо особых правил, а также не объединяет создание произведения на заказ и передачу прав на него в одно обязательство. Поэтому можно говорить о том, что данные обязательства, различные по своей природе, лишь механически объединены в рамках названной в ст. 986 ГК договорной конструкции. При этом в ст.986 ГК не решена основная проблема, связанная с созданием произведения на заказ, а именно - законодательно не оговорен автоматический переход права на использование созданного по заказу произведения заказчику. Кроме того, в ст.986 ГК нет

⁶⁶ Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь в 3-х т. /Под ред. В.Ф. Чигира. Мн.: ООО «Претти». Т.3. С.39.

⁶⁷ Как следует из определения, данного в ст.986 ГК, договор о создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности не применяется в отношениях между автором, работающим по найму, и его работодателем.

ответа еще на один принципиально важный вопрос: какими правилами должны руководствоваться заказчик и автор на стадии создания произведения. В результате названный договор оказывается неприменимым на практике, поскольку не может решить стоящие перед ним задачи – урегулировать отношения сторон на стадии создания произведения и оформить передачу прав на использование создаваемого произведения на заранее определенных условиях. Поэтому заказчику и автору необходимо искать другие варианты и строить свои отношения, используя иные предусмотренные законодательством договорные конструкции.

Итак, мы пришли к выводу о том, что специальных правил, регулирующих отношения по поводу создания произведений на заказ, в действующем законодательстве нет, а предусмотренный ст.986 ГК договор о создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности распадается на две самостоятельные составляющие – отношения по созданию произведения и отношения по его использованию, при этом ни те, ни другие в этой статье в достаточной мере не урегулированы. И если отношения по поводу использования должны оформляться авторским договором, требования к которому определены в ст. ст. 25-28 Закона «Об авторском праве и смежных правах», то какими нормами следует руководствоваться, заключая договор о создании произведения, не ясно.

Как любят говорить юристы, имеет место пробел в правовом регулировании. Как решать такую ситуацию? В соответствии со ст. 5 ГК необходимо применять аналогию закона. Содержание обязательства по созданию произведения выражается в определенной деятельности, результат которой должен удовлетворять определенным сторонами требованиям. Поэтому если обязательства по созданию произведения должны быть оформлены договором, то логичнее всего оформить их договором подряда.

Основной аргумент против применения договора подряда в отношениях автора и заказчика состоит в том, что предметом договора подряда может быть только вещь. Насколько справедливо такое суждение? Согласно ст.657 ГК договор подряда заключается на изготовление или переработку (обработку) вещи либо на выполнение другой работы с передачей ее результата заказчику. При этом ст. 128 ГК называет работы и услуги самостоятельным объектом гражданских прав наряду с вещами. Иными словами, действующее законодательство формально не ограничивает предмет договора подряда только созданием или переработкой вещи.

Другое дело, что произведение – это нематериальный объект, представляющий собой совокупность мыслей и образов автора, облеченных в определенную форму, а творческая деятельность по его созданию является психической деятельностью автора и поэтому не может быть предметом договорного регулирования. Поэтому заказчик и автор могут лишь установить определенные обязательства в отношении результата творческой деятельности. Таковым результатом, доступным для восприятия окружающими, является экземпляр произведения – рукопись, оригинал-макет, эскиз и т.п. Именно по поводу его изготовления и представления заказчику и заключается договор подряда.

Правила о договорах подряда содержатся в гл. 37 ГК. Однако наша задача не анализировать их, а определить, в какой мере эти правила будут применяться к отношениям автора и заказчика при создании произведения. Особенностью произведения науки, литературы и искусства является то, что все они несут на себе отпечаток

индивидуальности автора, являясь, по сути, продолжением его личности. А это значит, что работа по созданию произведения должна быть выполнена лично автором. Впрочем, это не исключает возможности для юридического лица выступать в качестве подрядчика, если непосредственное создание произведения будет осуществляться его работником или автором, привлекаемым в качестве субподрядчика.

По общему правилу, если иное не будет определено соглашением сторон, работа в рамках договора подряда осуществляется иждивением подрядчика и за риск подрядчика. Это означает, что все расходы, связанные с созданием произведения, принимает на себя автор. Риск случайной гибели результата творческой деятельности до его приемки заказчиком также лежит на авторе, если иное не предусмотрено договором.

На стороне автора есть обязательство создать произведение в соответствии с условиями договора и в установленный срок предоставить его заказчику в оговоренной форме. Передача результатов выполненной работы заказчику предполагает переход к последнему права собственности на о вещественный результат творчества автора, каковым является экземпляр произведения. Хотелось бы еще раз обратить внимание на то, что в соответствии со ст.987 ГК исключительное право на результат интеллектуальной деятельности существует независимо от права собственности на материальный объект, в котором такой результат выражен. Еще более четко эта мысль сформулирована в ст. 6 Закона «Об авторском праве и смежных правах»: передача права собственности на экземпляр произведения сам по себе не означает передачи авторских прав на произведение.

На стороне заказчика есть обязательство принять созданное произведение, а также выплатить автору вознаграждение за создание произведения. Заказчик обязан принять выполненную автором работу, если не докажет, что произведение создано с отступлением от условий договора.

Ни нормы ст. 986 ГК, ни нормы о договоре подряда не устанавливают специальных правил в отношении ответственности сторон. По общему правилу за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств должник обязан возместить кредитору причиненные этим убытки (ст. 364 ГК), при этом, в случае ненадлежащего исполнения обязательств должник помимо возмещения убытков обязан выполнить обязательство в натуре, если иное не будет предусмотрено договором (ст. 367 ГК). Отсутствие в действующем законодательстве специальных норм, посвященных авторскому договору заказа, не позволяют ограничить ответственность автора в случаях, когда невыполнение обязательств по созданию произведения является результатом творческой неудачи. Впрочем, стороны могут предусмотреть ограничение ответственности автора в договоре.

Итак, оформляя создание произведения на заказ договором подряда, заказчик должен четко осознавать, что передача созданного по его заказу экземпляра произведения не означает перехода к нему права использования этого произведения, - в силу прямого указания закона передача права собственности или права владения каким-либо материальным объектом сама по себе не влечет передачи авторского права на произведение, выраженное в этом объекте. Для этого необходимо дополнительно заключить авторский договор. В то же время заключение договора подряда на выполнение работы по созданию экземпляра произведения и передача этого экземпляра в собственность заказчика может быть необходимым этапом перед заключением

договора на использование произведение, поскольку заказчик получает возможность оценить результат творчества автора и решить, пригоден ли он для использования.

Резюмируя все вышеприведенные рассуждения, можно сформулировать несколько практических рекомендаций. В том случае, когда субъекту хозяйствования необходимо получить право использования произведения, которое необходимо вначале создать, возможно несколько вариантов оформления договорных отношений.

Первый вариант состоит в том, что автор создает заказанное ему произведение на свой риск и в случае, если оно удовлетворяет пожеланиям заказчика, стороны заключают авторский договор, определяющий условия его использования. Однако такой вариант объективно не отвечает интересам автора, поскольку он создает произведение на свой риск, и заказчик может без объяснения причин и без компенсации понесенных автором расходов отказаться от использования этого произведения.

Второй вариант состоит в том, что заказчик заключает с автором вначале договор подряда, а затем – авторский договор. Однако при этом необходимо помнить о том, что Указом Президента РБ от 6.07.2005 г. № 314 «О некоторых мерах по защите прав граждан, выполняющих работу по гражданско-правовым договорам»⁶⁸ установлены дополнительные к заключаемым с гражданами гражданско-правовым договорам, предметом которых, в числе прочего, является создание объектов интеллектуальной собственности. Указ значительно ужесточает требования к заключаемым с физическими лицами гражданско-правовым договорам, делая для заказчика вариант с предварительным заключением договора подряда менее предпочтительным, нежели заключение только авторского договора.

И договор подряда, и авторский договор можно объединить в рамках одного документа, оформив при этом авторский договор как сделку, совершенную под отлагательным условием. Согласно ст.158 ГК сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельств, в отношении которого неизвестно, наступит оно или нет. Творческая деятельность по определению не может иметь предсказуемый характер. Поэтому представление заказчику произведения, соответствующего заранее определенным условиям, и может, на мой взгляд, быть таким обстоятельством.

В любом случае, и у автора, и у заказчика есть возможность выбрать тот вариант договорных отношений по поводу создания произведения на заказ и его последующего использования, который устраивал бы обе стороны. Однако с учетом того, что эти отношения непосредственно не урегулированы законодательством, особое значение приобретают именно нормы договора.

Практика требует заключения договоров о создании произведений на заказ, а законодательство не содержит специального регулирования возникающих при этом правоотношений. Решением проблемы могло бы стать включение в Закон «Об авторском праве и смежных правах» норм об авторском договоре заказа, который бы оформлял обязательство автора создать соответствующее условиям договора произведение и передать его заказчику для использования способами, предусмотренными договором. При

⁶⁸ НРПА РБ, 2005 г., № 107, 1/6603.



этом в законе должно быть указано, что моментом перехода прав на использование созданного по заказу произведения является момент приемки его заказчиком; тем самым законодатель устранил бы существующую проблему, когда заинтересованные лица не могут заключить сделку о передаче прав на еще не существующее произведение. Условия же использования созданного по заказу произведения должны определяться по аналогии с условиями авторского договора.

4.2. Рекомендации по оформлению договорных отношений, связанных с использованием компьютерных программ и баз данных

Среди обязательственных способов приобретения исключительных прав законодательство об авторском праве называют две формы – **уступку** и **передачу** права. При этом уступка происходит по договору в полном объеме и навсегда, передача также осуществляется по договору, но частично и на время.

Действующее законодательство называет три самостоятельные договорные конструкции, которые могут применяться для оформления отношений, соответственно, по уступке и передаче имущественных авторских прав в отношении компьютерных программ и баз данных:

- 1) договор уступки исключительного права;
- 2) авторский договор;
- 3) лицензионный договор.

Договор уступки исключительного права – это соглашение, по которому обладатель исключительного права на объект интеллектуальной производит отчуждение принадлежащего ему исключительного права другому лицу.

Гражданский кодекс Республики Беларусь устанавливает универсальную оборотоспособность объектов гражданских прав – согласно ст.129 ГК они могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) или иным образом, если они не изъяты из оборота или не ограничены в обороте. Данное положение в полной мере относится и к исключительным правам на объекты интеллектуальной собственности.

Для обозначения сделки по отчуждению исключительного права отечественный законодатель использует термин «уступка». Несмотря на то, что сделку, по которой происходит безвозвратная передача исключительного права, было бы правильнее назвать **договором отчуждения исключительного права**, в дальнейшем будем придерживаться терминологии, используемой в действующем законодательстве.

Действующее законодательство не содержит ни определения договора уступки исключительного права, ни регламентации обязательств его сторон. Для их определения необходимо применение принципа аналогии закона. Поэтому договор о возмездной уступке исключительных прав подчиняется правилам о договоре купли – продажи.

Предметом договора уступки является отчуждение правообладателем исключительного права в отношении определенного объекта интеллектуальной собственности. Поскольку уступка исключительного права осуществляется в рамках юридической модели договора купли-продажи, то единственным существенным его условием является условие о **предмете договора**. Предметом договора является отчуждение принадлежащего продавцу исключительного права в отношении определенного объекта интеллектуальной собственности или определенной части этого права в пользу покупателя.

Основной обязанностью продавца является обязанность уступить определенное в договоре право или его часть (если законодательство применительно к данному объекту

интеллектуальной собственности позволяет уступить часть права). Уступаемое право должно быть действительным – патент или свидетельство должны действовать, а произведение, исполнение или фонограмма - охраняться законом. Неисполнение этого обязательства дает покупателю право отказаться от договора и потребовать возврата уплаченной денежной суммы.

Основной обязанностью покупателя является обязанность уплатить определенную договором цену. Вопрос о способах и порядке выплаты цены фактически отдан на усмотрение сторон договора. Практике известны случаи, когда заключаемый договор уступки предусматривает обязанность покупателя выплачивать продавцу вознаграждение в виде процента от стоимости изготовленной продукции в течение всего срока действия исключительного права.

Стороны договора уступки исключительного права могут в договоре также предусмотреть обязанности покупателя, касающиеся осуществления прав на данный объект интеллектуальной собственности.

Авторский договор – это соглашение, по которому автор предоставляет другому лицу право использования произведения науки, литературы или искусства на определенных условиях в течение определенного договором срока.

Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» в ст. 25 устанавливает, что имущественные права автора могут быть переданы для использования по авторскому договору. Таким образом, законодатель говорит не об имущественных авторских правах, а об имущественных правах автора, т.е. правах, принадлежащих непосредственно автору. Иными словами, белорусский законодатель исходит из узкого понимания авторского договора как **договора, заключаемого с автором произведения**. Если договор о передаче имущественных авторских прав заключается не автором, а иным обладателем авторских прав (наследниками автора; иными лицами, которым в силу закона принадлежат имущественные авторские права; лицами, которым автор уступил свои имущественные права), то к такому договору правила об авторском договоре уже не применяются.

Наиболее распространенным видом авторского договора является **издательский договор**, в рамках которого осуществляется издание и распространение произведений. Издательский договор носит универсальный характер и охватывает все случаи изготовления и распространения экземпляров любых видов произведений, которые могут тиражироваться.

Более принципиальным представляется выделение двух видов авторского договора в зависимости от степени обладания передаваемым исключительным авторским правом: **договора о передаче исключительных прав и договора о передаче неисключительных прав**.

Авторский договор о передаче исключительных прав законодатель определяет как договор, который разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются, и дает такому лицу право запрещать подобное использование другим лицам. Иными словами, заключив авторский договор о передаче исключительных прав, пользователь становится

единственным лицом, уполномоченным использовать произведение определенным в договоре способом (способами) в установленных договором временных, территориальных и других рамках. Помимо этого Закон в случае заключения договора о передаче исключительных прав наделяет пользователя правом запрещать всем остальным лицам, включая и самого автора, использование произведения определенным в договоре способом (способами), а в случае нарушения прав применять предусмотренные законодательством способы защиты.

Авторский договор о передаче неисключительных прав разрешает пользователю использование произведения наравне с обладателем исключительных прав, передавшим такие права, и (или) другими лицами, получившими разрешение на использование этого произведения таким способом. Тем самым, договор о передаче неисключительных прав по одному и тому же предмету может быть заключен одновременно не только с одним, а с множеством пользователей. Заключение «авторского договора о передаче неисключительных имущественных прав» не дает пользователю права запрещать использование произведения третьим лицам.

Подход к определению предмета авторского договора в Законе «Об авторском праве и смежных правах» значительно отличается от существовавшего в советском авторском праве. Обязательства автора по созданию произведения, которые по своей природе скорее относятся к отношениям подряда, были выведены за рамки предмета собственно авторского договора, который ограничен только предоставлением права использования произведения.

Авторский договор должен предусматривать: способы использования произведения (конкретные права, которые передаются по авторскому 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, а также другие условия, которые стороны сочтут необходимыми.

Действующее законодательство не допускает возможности ограничения размера выплачиваемого по договору авторского вознаграждения максимальным размером, отдавая решение вопроса о размере вознаграждения на усмотрение сторон договора. В то же время законодательство предусматривает минимальные ставки авторского вознаграждения.

В соответствии со ст. 26 Закона «Об авторском праве и смежных правах» стороны вправе определять авторское вознаграждение в авторском договоре в виде процента от дохода или в виде твердо зафиксированной суммы или иным способом. Если в договорах об издании или ином воспроизведении произведения авторское вознаграждение определено в виде твердо зафиксированной суммы, законодатель дополнительно устанавливает еще одно существенное условие авторского договора - максимальный тираж экземпляров произведения, который может быть изготовлен на основании заключенного договора.

Для авторского договора законодатель устанавливает обязательную письменную форму. Исключение в виде допускаемой устной формы предусмотрено только в отношении договоров об использовании произведения в периодической печати.

По лицензионному договору сторона, обладающая исключительным правом на использование результата интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации (лицензиар), предоставляет другой стороне (лицензиату) разрешение использовать соответствующий объект интеллектуальной собственности (ст.985 ГК).

Лицензионный договор также может заключаться по поводу использования компьютерных программ и баз данных.

Понятие лицензионного договора является родовым и включает в себя несколько разновидностей, отличающихся как по содержанию обязательств сторон, так и по порядку заключения договора. Классификация лицензионных договоров может быть проведена сразу по нескольким основаниям.

Принципиальным представляется выделение разновидностей лицензионного договора в зависимости от объема прав, предоставляемых лицензиату.

Статья 985 ГК называет два вида лицензионных договоров:

исключительная лицензия – договор предусматривающий предоставление лицензиату права использования объекта с сохранением за лицензиаром права его использования в части, не передаваемой лицензиату, но без права выдачи лицензии другим лицам.

неисключительная лицензия – договор, предусматривающий предоставление лицензиату права использования объекта с сохранением за лицензиаром права его использования и права выдачи лицензии другим лицам. Смысл используемого в названии слова «неисключительная» состоит в том, что в силу данного вида лицензии лицензиату предоставляется право использования объекта, не исключающее прав лицензиара и третьих лиц.

Мировой практике известны другие виды лицензионных договоров, выделяемых по этому основанию:

одиначная (единоличная) лицензия – договор, который гарантирует лицензиату, что лицензиар не будет предоставлять лицензий третьим лицам на оговоренной территории, однако при этом за лицензиаром сохраняется право использовать объект на территории действия лицензии;

полная лицензия – договор, который предусматривает передачу лицензиаром всех принадлежащих ему прав.

В зависимости от назначения лицензионные договора могут подразделяться на договоры, предоставляющие **лицензию на производство**, либо **лицензию на сбыт**, либо объединяющие производство и сбыт лицензионной продукции.

Предметом лицензионного договора является предоставление права использования определенного объекта интеллектуальной собственности. Если речь идет о патентных лицензиях, то для определения предмета таких договоров наряду с названием объекта необходимо указывать номер патента (свидетельства), позволяющий однозначно определить, по поводу чего заключается лицензионный договор.

Применение лицензионного договора для передачи имущественных прав на компьютерные программы необходимо соотносить со сложившейся практикой коммерческого и некоммерческого использования программного обеспечения.

Все типы лицензий на компьютерные программы можно разделить на две большие группы: лицензии с условием открытого исходного текста (open source – см. ниже) и лицензии на коммерческие программные продукты (то есть исходный текст таких программ не разглашается автором).

Основными типами лицензий второй группы являются freeware и shareware. Первые являются свободно распространяемыми программами, за использование которых авторы не требуют никакой оплаты. Shareware-продукты обычно называют «условно бесплатным программным обеспечением». Пользователю предоставляется продукт с некоторыми ограничениями, пока он его не приобретет. Ограничения могут быть функциональными (не все возможности доступны) и/или временными (чаще всего программа работает 30 дней или определенное количество запусков). В это время пользователь может тестировать программу, осваивать ее возможности. Если пользователь решает, что это программа ему нужна, он должен зарегистрироваться, заплатив автору определенную сумму — в противном же случае обязан прекратить использование программы и удалить ее со своего компьютера.

Существуют также достаточно необычные и даже экзотические типы лицензий, например, donationware (распространяются бесплатно, однако автор программы в лицензионном соглашении указывает, что, если пользователю программа нравится, то он может (а не обязан) выслать денежное вознаграждение), adware (пользователь не обязан оплачивать программу и может пользоваться ею сколько угодно долго, но во время своей работы такая программа демонстрирует пользователю рекламу — чаще всего графические баннеры, что вызывает некоторые неудобства в работе с ней), cardware (программы, требующие отправки автору по электронной почте открытки) и другие. Также программы могут быть бесплатными для определенной категории пользователей. Например, широко распространено создание бесплатных компьютерных программ для «русскоязычных» пользователей. В этом случае используется регистрация на русском языке или такой необычный способ, как отгадывание загадки на русском языке.

Условия лицензии фиксируются в лицензионном соглашении конечного пользователя (EULA — End User License Agreement). Типовой формы лицензионного соглашения с конечным пользователем в настоящий момент практикой не выработано, различными правообладателями используются различные, хотя и близкие по содержанию лицензионные соглашения. Типовые лицензионные соглашения крупных компаний-разработчиков программного обеспечения, впрочем, получили довольно широкое распространение и зачастую служат образцом для лицензионных соглашений более мелких фирм (как, например, EULA компании Microsoft).

Лицензионные соглашения с конечным пользователем обычно предусматривают минимально возможный объем предоставляемых прав, причем права никогда не предоставляются на исключительных условиях. В таких соглашениях устанавливаются также пределы правомочий пользователя, гарантии правообладателя, определяются механизмы технической поддержки использования программного обеспечения.

Лицензионные права, как правило, различаются для разных категорий продуктов:

- персональные операционные системы, настольные приложения, игры, мультимедийные программы лицензируются по следующему принципу — одна лицензия на один компьютер. Не имеет значения, сколько физических лиц использует компьютер;
- средства разработки лицензируются по принципу одна лицензия для одного физического лица;
- серверные продукты предполагают в общем случае две схемы лицензирования: лицензирование сервер/клиент (серверная лицензия для установки на сервер плюс клиентские лицензии для устройств или пользователей, обращающихся к службам сервера) или лицензирование на процессор (процессорная лицензия для каждого процессора сервера).

Также существует несколько способов приобретения лицензии:

- Full Package Product (FPP) – лицензия, носитель и документация упакованы в коробку, продается в розничной сети;
- Original Equipment Manufacturer (OEM) – лицензия на программное обеспечение для продажи вместе с новым компьютерным оборудованием.

В рамках проекта GNU была разработана Универсальная общественная лицензия GNU – GNU General Public License (GPL), которая полностью соответствует всем принципам философии свободного программного обеспечения, включая принцип copyleft. В дальнейшем на основе этой лицензии разработчики программ с открытым исходным текстом были созданы свои собственные лицензии, например, Berkeley Software Distribution (BSD), Mozilla Public License (MPL) и другие. Всего насчитывается более 50 видов лицензионных соглашений свободного программного обеспечения. При всем разнообразии таких лицензий уместным будет высказывание Линуса Торвальда, основателя проекта Linux: «who writes the code gets to pick up the license» (кто пишет код, должен выбирать лицензию).⁶⁹

В соответствии с GPL-лицензией лицензиат вправе изготавливать копии исходного текста компьютерной программы или его фрагментов и распространять их на любом носителе без внесения каких-либо изменений при соблюдении следующих условий: на каждом экземпляре программы должны присутствовать надлежащее оповещение об авторских правах на программное обеспечение и уведомление об отсутствии гарантий; должны быть оставлены без изменений все уведомления, относящиеся к GPL-лицензии, и уведомления об отсутствии гарантий; вместе с экземпляром компьютерной программы приобретателю передается копия GPL-лицензии.

Лицензиат вправе взимать плату за передачу экземпляра программы, а также оказывать за плату услуги по поддержке программного обеспечения.

Лицензиат вправе модифицировать (перерабатывать) свободное программное обеспечение полностью или любую его часть, а также изготавливать и распространять экземпляры модифицированной программы при соблюдении следующих условий:

⁶⁹ **Антонец В., Нечаева Н., Рябчиков А.** Правовые особенности применения программного обеспечения с открытыми исходными текстами в аутсорсинговом бизнесе // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2006. - № 9. - С.30

- файлы, измененные лицензиатом, должны содержать информацию о том, что они были изменены, с указанием даты внесения каждого изменения;
- модифицированное программное обеспечение может распространяться не иначе как на условиях GPL-лицензии, о чем лицензиат должен уведомить пользователей надлежащим образом.

Условия GPL-лицензии применяются к модифицированному программному обеспечению в целом. Если отдельные части модифицированной компьютерной программы являются объектами авторского права и могут быть выделены как самостоятельные произведения, лицензиат вправе распространять их отдельно от модифицированного программного обеспечения на иных условиях. Однако в случае, если лицензиат распространяет вышеуказанные части в составе модифицированного программного обеспечения, то условия GPL-лицензии применяются к произведению в целом.

В соответствии с условиями GPL-лицензии лицензиат вправе изготавливать и распространять экземпляры компьютерной программы или ее модификации в исполняемой форме или в форме объектного кода при условии, что к экземпляру программного обеспечения прилагаются соответствующий исходный текст либо действительное в течение трех лет предложение (в письменной форме) передать любой третьей стороне соответствующий исходный текст за плату, не превышающую стоимость осуществления самой передачи. Если свободное программное обеспечение было получено лицензиатом в исполняемой форме или в форме объектного кода без соответствующего исходного текста, но с вышеупомянутым предложением, лицензиат может осуществлять некоммерческое использование такого программного обеспечения при условии, что при передаче каждого экземпляра программы будет передано и само предложение о передаче соответствующего исходного текста.

Нарушение лицензиатом условий GPL-лицензии влечет за собой расторжение (прекращение) лицензионного договора и прекращение всех соответствующих прав лицензиата. При этом права сторон, которым лицензиат в соответствии с GPL-лицензией передал экземпляры компьютерной программы или права на него, сохраняются до тех пор, пока они полностью соблюдают условия GPL-лицензии.

Следует отметить, что GPL-лицензия регулирует отношения, связанные с воспроизведением, распространением и модификацией свободного программного обеспечения, не устанавливая при этом никаких ограничений на запуск или любые другие действия, касающиеся функционирования программы в любых целях. Используя свободное программное обеспечение, распространяемое на условиях GPL-лицензии, лицензиат тем самым подтверждает свое присоединение к этой лицензии в целом. Распространяя такие программы или их модификации, лицензиат автоматически передает приобретателю программного обеспечения право на его воспроизведение, модификацию и распространение на условиях GPL-лицензии без каких-либо ограничений. При этом лицензиат не несет ответственности за несоблюдение условий GPL-лицензии сублицензиатом.⁷⁰

⁷⁰ Ульянов Д. Некоторые аспекты правовой охраны свободного программного обеспечения //Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2007. - № 4. - С. 68.

Наряду с GNU GPL Фондом свободного программного обеспечения были разработаны Сокращенная универсальная общественная лицензия GNU (GNU Lesser General Public License - GNU LGPL) и Свободная лицензия GNU на документацию (GNU Free Documentation License). GNU LGPL - это лицензия на свободное ПО, совместимая с GNU GPL, обеспечивающая полное соответствие принципу copyleft, «поскольку в ней разрешена компоновка с несвободными модулями».

GNU Free Documentation License -это лицензия, предназначенная для использования в свободных руководствах, подчиняющихся принципу copyleft. Именно эта лицензия применяется ко всем руководствам GNU.

Необходимо понимать, что свобода программного обеспечения не должна никоим образом отождествляться с его неохраноспособностью. Другими словами, обнаружив компьютерную программу на условиях GPL- или какой-либо другой аналогичной лицензии, автор дает возможность всем желающим свободно копировать, распространять и модифицировать это программное обеспечение на определенных условиях. При этом такие личные неимущественные права автора, как право авторства, право на имя, право на защиту репутации, продолжают охраняться в полном объеме. Исключение составляет лишь право на отзыв произведения, реализация которого чрезвычайно затруднена, особенно в условиях свободы программного обеспечения, и, в первую очередь, по техническим причинам.

Сторонами лицензионного договора являются **лицензиар** - сторона, обладающая исключительным правом на использование результата интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации, и **лицензиат**.

Основной обязанностью лицензиара является предоставление лицензиату права использования объекта интеллектуальной собственности в определенных договором пределах. Однако это обязательство не ограничивается формальным указанием на то, что лицензиату предоставляется право; лицензиар должен обеспечить возможность использовать это право. Данное правило является общим и должно конкретизироваться применительно к особенностям объекта. Если лицензия представляется в отношении охраняемых технических решений (изобретения или полезной модели), лицензиату для того, чтобы воспользоваться правом, необходимо получить от лицензиара документацию, раскрывающую содержание этого решения более подробно, чем содержащееся в патенте описание. Если предметом лицензионного договора является технология, относящаяся к категории секретов производства (ноу-хау), то возможность лицензиата воспользоваться полученным по договору правом может зависеть не только от предоставления соответствующей документации, но и от оказания помощи в ее практическом освоении.

Основной обязанностью **лицензиата** в том случае, когда лицензионный договор является возмездным, является выплата лицензионного платежа. Практика знает несколько форм лицензионного платежа: паушальная (твердая) сумма – когда заранее рассчитанная сумма должна быть выплачена единовременно или по частям; роялти (периодические платежи) – когда сумма лицензионного платежа рассчитывается по определенной формуле; комбинированный платеж, при котором определенная сумма выплачивается лицензиатом единовременно, а в дальнейшем осуществляется выплата роялти. Наиболее распространенным способом определения лицензионного платежа является роялти. При этом в качестве базиса для исчисления роялти стороны лицензионного

договора могут использовать объем производства (количество выпускаемого товара), отпускную стоимость произведенного товара, прибыль лицензиата и т.п.

В лицензионном договоре может быть предусмотрена обязанность лицензиата использование объекта лицензии. Лицензионный договор в зависимости от его специфики может предусматривать и иные обязанности лицензиата: осуществлять улучшение предмета лицензии; не предпринимать действий по оспариванию патента; информировать лицензиара о ставших известными случаях нарушения исключительного права; не разглашать информацию, отнесенную сторонами к категории конфиденциальной и др.

Разновидностью лицензионного договора является **сублицензионный договор** – договор о предоставлении права использования объекта интеллектуальной собственности, заключаемый лицензиатом с третьим лицом в случаях и пределах, определенных собственно лицензионным договором. Лицензиат вправе заключить сублицензионный договор лишь в случаях, предусмотренных лицензионным договором, и передача права третьему лицу возможна только в пределах, специально оговоренных в лицензионном договоре. При этом ответственность перед лицензиаром за действия сублицензиата должен нести лицензиат, если лицензионным договором не будет предусмотрено иное.

Законом Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» предусмотрен особый порядок заключения авторского договора при приобретении компьютерной программы; согласно ст. 26 Закона при продаже экземпляров компьютерных программ договор считается заключенным в письменной форме, если его условия (условия использования программы) изложены соответствующим образом на экземплярах программы или базы данных. На практике такие договоры называют «оберточными лицензиями» (shrink-wrap license).

Компьютерные программы попадают к конечным пользователям двумя способами: приобретение материального носителя с записанным на нем программным продуктом и загрузка дистрибутива программы из сети Интернет или любой другой. Приведенная выше норма не распространяется на программы, загруженные из сети Интернет, поскольку они не имеют материального носителя или упаковки, соответственно «на» них нельзя нанести условия лицензионного соглашения. Как уже было сказано, оно предлагается пользователю для прочтения и принятия во время установки программы, следовательно, оно является составной частью программы, и в отношении него правильнее было бы применять предлог «в».

Практика использования «оберточных лицензий» предусматривает следующий механизм:

- визуально воспринимаемое расположение такой лицензии на внешней стороне запечатанных прозрачной пленкой упаковок распространяемых массовым пользователям экземпляров компьютерных программы (такая форма представления применяется, если объем лицензии допускает возможность такого размещения; в противном случае полный текст лицензии помещается внутри запечатанной упаковки с предпродажным ознакомлением покупателя о ее содержании и нанесением на упаковку соответствующей предупредительной надписи);

- вскрытие покупателем упаковки экземпляра компьютерной программы (например, путем разрезания или разрыва прозрачной пленки упаковки), которое и считается конклюдентным действием, осуществляя которое покупатель выражает свое согласие с условиями «оберточной лицензии».

Прежде всего, необходимо отметить, что данный договор является договором присоединения в соответствии со статьей 398 Гражданского кодекса, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Правомерность признания таких действий заключением авторского договора об использовании компьютерной программы в письменной форме ставится под сомнение многими учеными. Анализ норм гражданского права подтверждает обоснованность такой позиции.

Наука гражданского права и Гражданский кодекс выделяют две формы совершения сделок и, соответственно, две формы заключения договора - устную и письменную. При этом в соответствии со ст. 159 Гражданского кодекса сделка в устной форме может заключаться как путем согласования ее условий сторонами, так и совершением определенных действий, свидетельствующих о воле стороны заключить сделку (конклюдентные действия). В соответствии со ст. 161 ГК сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, подписанного сторонами.

Покупка экземпляра программного продукта как раз и является конклюдентными действиями, а, следовательно, может только означать заключение сделки в устной форме. Норма п. 2 ст. 27 Закона об авторском праве, признающая конклюдентные действия письменной формой сделки, очевидным образом противоречит нормам Гражданского кодекса, в связи с чем не подлежит применению. Если же исходить из требования п. 1 ст. 27 указанного закона облекать авторский договор в письменную форму (за исключением использования произведения в периодической печати), то можно прийти к выводу о том, что покупка экземпляра программного продукта с оберточной лицензией сама по себе не влечет заключения договора на право использования программного продукта.

Поскольку практика использования оберточных лицензий является широко распространенной, то, очевидно, что законодательство должно учитывать эти фактически сложившиеся отношения и допускать заключение договора об использовании компьютерных программ и баз данных в устной форме.

4.3. Особенности принадлежности прав на служебные компьютерные программы и базы данных

Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» определяет служебное произведение как **произведение, созданное в порядке выполнения служебного задания или служебных обязанностей.**

Служебные произведения традиционно имеют правовой статус, отличающийся от правового статуса иных произведений. Однако подходы законодателя в определении принадлежности прав на служебные произведения с течением времени претерпели серьезные изменения. На это следует обратить особое внимание, поскольку правовой статус произведения определяется по законодательству, действовавшему на момент его создания.

Статья 481 ГК 1964 г. предусматривала, что автору произведения, созданного в порядке выполнения служебного задания в научной или иной организации, принадлежит авторское право на это произведение. Однако это право было в определённой степени ограничено, поскольку ГК содержал отсылочную норму, предусматривающую, что «...порядок использования организацией такого произведения и случаи выплаты авторского вознаграждения автору устанавливаются законодательством». На практике организация, в которой работал автор, имела возможность использовать служебное произведение без заключения авторского договора, и вознаграждение за такое использование выплачивалось лишь в случаях, специально оговоренных в законодательстве. Однако за этими пределами сохранялся общий порядок использования произведения, несмотря на его служебный характер, а организация, в которой работал автор, не становилась обладателем авторских прав на созданное им служебное произведение.

Закон «Об авторском праве и смежных правах» 1996 г. предусматривал в целом похожий подход к определению правового режима служебных произведений: ст.13 этого закона устанавливала, что авторское право на произведение, созданное в порядке выполнения служебного задания, принадлежит автору. Наниматель получал право на использование служебного произведения способом, обусловленным целью задания, и в вытекающих из него пределах. При этом п.2 ст. 13 закона устанавливал, что «лицо, давшее задание на создание произведения, заключает с автором договор, который может предусматривать выплату авторского вознаграждения и ограничения права на использование произведения лицом, давшим задание». Тем самым закон «Об авторском праве и смежных правах» 1996 г. даже в отношении служебного произведения требовал заключения договора между автором и нанимателем, и при этом не ограничивал право автора получать вознаграждение за каждый вид его использования, в том числе и самим нанимателем.

Правовой статус служебных произведений радикальным образом изменился в действующей редакции Закона, в которой законодатель значительно расширил основания для признания произведения служебным, а также установил презумпцию принадлежности имущественных прав на служебное произведение нанимателю.

Закон определяет служебное произведение как «произведение, созданное в порядке выполнения служебного задания или служебных обязанностей».

Закон не содержит четкого определения сферы, в которой применяются нормы о служебных произведениях. Тем не менее, можно говорить о том, что понятие «служебное» может использоваться только применительно к произведениям, созданным в рамках трудовых отношений. Законодатель использует термин «наниматель», определение которому дается в Трудовом кодексе Республики Беларусь⁷¹ (далее – ТК). Согласно ст.1 ТК наниматель - это юридическое или физическое лицо, которому законодательством предоставлено право заключения и прекращения трудового договора с работником. Кроме того, законодатель использует понятия «служебные обязанности» и «служебное задание», которые применяются именно в трудовых отношениях.

Первым возможным основанием признания объекта авторского права служебным является то, что его создание входит в служебные обязанности работника. Действующее законодательство не дает непосредственного определения того, что такое «служебные обязанности». Трудовой кодекс использует понятие «служебное положение работника» при определении термина «должность». При этом служебное положение работника определяется кругом его обязанностей, должностными правами и характером ответственности. Исходя из этого, можно поставить знак равенства между понятиями «служебные обязанности» и «должностные обязанности». В свою очередь, должностные обязанности предполагают наличие трудовых отношений, которые должны быть оформлены трудовым договором; именно в трудовом договоре или в должностной инструкции и должны быть закреплены служебные обязанности работника. Таким образом, статус служебного произведения может получить в том случае, если его создание входит в трудовые обязанности автора, точнее - в его трудовую функцию, определяемую согласно ст.19 ТК в трудовом договоре или в должностной инструкции.

Помимо выполнения служебных обязанностей самостоятельным основанием для признания за произведением статуса служебного законодатель называет его создание в порядке выполнения служебного задания. Вопрос о соотношении служебных обязанностей и задания нанимателя заслуживает особого внимания. Согласно ст.20 ТК наниматель не вправе требовать от работника выполнения работы, не обусловленной трудовым договором, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Поэтому выполнение задания нанимателя, выходящего за рамки служебных обязанностей работника, не должно повлечь признания созданного работником произведения служебным. Само служебное задание может быть как письменным, так и устным, поскольку согласно ст.53 ТК работник обязан выполнять письменные и устные приказы (распоряжения) нанимателя, не противоречащие законодательству и локальным нормативным актам. Доказательством служебного характера произведения являются в совокупности документы, подтверждающие наличие между автором и нанимателем трудовых отношений (трудовой договор, контракт), а также документы, определяющие трудовую функцию автора.

Личные неимущественные права на служебное произведение принадлежат автору. Однако эту норму необходимо толковать с учетом п.3 комментируемой статьи, которая запрещает автору служебного произведения препятствовать его обнародованию нанимателем, и п.2 ст.15 Закона, согласно которой автор служебного произведения не может воспользоваться правом на отзыв этого произведения. Поэтому автору служебного

⁷¹ НРПА РБ. -1999. -№ 80, 2/70.

произведения принадлежат не все личные неимущественные права, а только право авторства, право на имя и право на защиту репутации.

Действующий Закон «Об авторском праве и смежных правах» устанавливает презумпцию принадлежности имущественных прав на служебное произведение нанимателю автора. Данная презумпция означает, что имущественные права принадлежат нанимателю по умолчанию – если иное прямо не предусмотрено договором, заключенным между ним и автором.

Авторское право на служебное произведение возникает в силу факта его создания. Однако при этом личные неимущественные права (право авторства, право на имя и право на защиту репутации) возникают у автора, а имущественные права по умолчанию возникают у его нанимателя. Таким образом, отечественный законодатель пошел не по пути признания авторского права на служебное произведение за автором и установления нормы о переходе в силу закона права на его использование нанимателю, а по пути раздела авторского права на составляющие его личные неимущественные и имущественные права с признанием первых за автором, а вторых - за нанимателем, если отсутствует договоренность об ином.

В том случае, когда в соответствии с Законом наниматель признаётся первоначальным обладателем имущественных авторских прав на служебное произведение, объём этих прав должен определяться на основании ст.983 ГК и ст. 16 Закона как исключительное право использовать произведение по своему усмотрению в любой форме и любым способом, в том числе осуществлять и разрешать осуществлять действия, перечисленные в ст.16 Закона. Срок действия прав должен определяться в соответствии с правилами ст.22 Закона и составлять жизнь автора и 50 лет после его смерти.

Установленная Законом презумпция принадлежности имущественных прав на служебное произведение нанимателю может быть опровергнута условиями заключенного между ним и автором договора. Однако законодатель не оговаривает, какой договор должен быть для этого заключен. А поскольку он использует родовое понятие «договор», то им может быть как трудовой договор (контракт), в который будут включены положения об ином порядке распределения имущественных прав на служебное произведение между работником и нанимателем, так и специально заключенный гражданско-правовой договор.

Вопрос о том, что может быть предметом договоренности автора и нанимателя «об ином», требует особого рассмотрения. «Иное» возможно в вопросе принадлежности имущественных прав, при этом законодатель не ограничивает стороны в выборе вариантов этого «иного». Теоретически возможно несколько вариантов. Первый состоит в том, что наниматель и автор в своем договоре устанавливают, что имущественные права на служебное произведение в полном объеме возникают у автора. В этом случае его правовой режим не будет отличаться от правового режима произведения, созданного вне рамок трудовых отношений, и нанимателю, заинтересованному в его использовании, необходимо будет заключить с работником авторский договор.

Второй вариант состоит в том, что имущественные права в соответствии с достигнутым соглашением будут разделены между работником и нанимателем. Возможность «раздела» исключительного авторского права прямо предусмотрена Законом, ст.25 которого допускает уступку (т.е. отчуждение) имущественных прав как полностью, так и в

части. Критериями «раздела» могут быть как способы использования произведения, так и территория, на которой будет осуществляться право. При этом следует обратить внимание на то, что в данном случае исключительное право в соответствующей части возникнет как первоначальное и у работника, и у его нанимателя. Недостатком данного варианта является то, что часть права, возникшая у нанимателя, должна прекратиться в случае его ликвидации (прекращения деятельности), а произведение в отношении определенных способов использования и (или) определенной территории перейдет в общественное достояние.

Если исходить из буквы Закона, вариант, при котором автор и наниматель оговаривают право нанимателя использовать служебное произведение в определенных пределах в течение определенного срока (например, на время работы у данного нанимателя), невозможен. Законодатель разрешает автору и нанимателю установить иное только в вопросе принадлежности имущественных прав на служебное произведение, т.е. определить, у кого эти права возникнут. Распоряжение же правами должно осуществляться в соответствии с общими правилами, предусмотренными Гражданским кодексом и Законом. Поэтому если автор и наниматель договорились ограничить право нанимателя в использовании служебного произведения, либо наниматель заинтересован в том, чтобы поощрить автора выплатой авторского вознаграждения, им необходимо вначале оговорить, что имущественные права на служебное произведение возникают у автора, а затем оформить передачу права на использование произведения нанимателю, заключив авторский договор, предусматривающий не только пределы использования произведения, но и размер авторского вознаграждения.

Законодатель ограничивает автора служебного произведения в возможности воспользоваться принадлежащими ему личными неимущественными правами. Автор не может воспользоваться личным неимущественным правом на обнародование. Кроме того, в соответствии с п.2 ст.15 Закона автор служебного произведения не может также осуществить право на отзыв.

5. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ И БАЗ ДАННЫХ В КАЧЕСТВЕ НЕМАТЕРИАЛЬНЫХ АКТИВОВ

Имущественные права на компьютерные программы (КП) и базы данных (БД) участвуют в гражданском обороте и являются предметами коммерческих сделок: их можно продать (или передать безвозмездно) полностью или частично, они могут выступать в качестве залогового обеспечения банковского кредита, ими можно сформировать вклад учредителя в уставный фонд предприятия.

При совершении любой из сделок имущественные права на КП и БД признаются активами (средствами) предприятия, то есть включаются в состав его имущества, наравне с материальными объектами и другими видами активов.

Как объекты, входящие в состав средств предприятия, имущественные права должны иметь стоимость. Величина и методы определения стоимости имущественных прав на КП и БД зависят от характера совершаемой с ними сделки (операции) и принятых методов определения стоимости.

5.1. Оценка стоимости компьютерных программ и баз данных

Поскольку КП и БД относятся к объектам интеллектуальной собственности (ОИС), принципы и правила их стоимостной оценки относятся к общим принципам и правилам, применяемым для оценки ОИС. Это означает, что методология оценки должна укладываться в рамки существующих методологических подходов, специфика объектов может выражаться в конкретных методах оценки.

Процесс оценки стоимости ОИС – одновременно объективный и субъективный процесс. Его объективность выражается в том, что специалист, определяющий стоимость конкретного объекта оценки, должен придерживаться установленных правил и действовать в рамках определенных норм (законодательных и методологических). Субъективность процесса оценки заключается в том, что роль личного мнения специалиста, осуществляющего оценку, очень велика – его суждения и выводы, сделанные в процессе оценки, принимаются в качестве основного аргумента при определении стоимости определенного объекта в определенных условиях его использования.

Категория стоимости в оценке имущества определяется как мера совокупной стоимости ресурсов, которые фактически потрачены или могут быть потрачены на то, чтобы создать аналогичный объект с идентичными потребительскими свойствами. Такой подход соответствует оценке в целях включения объекта в состав имущества предприятия. Подходы к оценке других видов стоимости отличаются от данной трактовки (например, рыночная стоимость определяется, как мера того, сколько гипотетический покупатель готов заплатить за оцениваемую собственность).

Два различных подхода к оценке стоимости одного и того же объекта дают совершенно разные стоимостные оценки. И это справедливо: если рассматривать категорию стоимости как стоимостное выражение факта использования ресурсов, то можно сказать,

что первый подход отражает взгляд в прошлое (процесс создания); если – как оценку потребительских свойств объекта, то это – взгляд в будущее (будущая ценность объекта при его использовании покупателем). Выбор подхода, который необходимо применить для оценки конкретного объекта в определенных условиях его использования, зависит от целей оценки.

В целом оценить объект ИС - это значит дать стоимостную характеристику ценности объекта в конкретных условиях его использования. Если уточнить правовое содержание ИС, то можно сказать, что оценка означает дать стоимостную характеристику ценности имеющихся правомочий и возможности их реализации.

Следует дать уточнение, касающееся применяемых терминов «стоимость ОИС», в частности КП и БД, и «стоимость имущественных прав на ОИС», в том числе КП и БД. Второй термин является более правильным и корректным. Однако поскольку постоянно применять терминологическую конструкцию «стоимость имущественных прав на ОИС» достаточно сложно, применяется первая формулировка, при этом подразумевается, что стоимость объекта равна стоимости имущественных прав на него, при этом объем и содержание прав могут быть разными, но для конкретного правообладателя стоимость объекта равна стоимости имущественных прав на объект, которыми он обладает.

Стоимостная оценка является одним из необходимых условий, позволяющим осуществить коммерческое использование объекта. Она необходима в следующих случаях:

- при включении объекта в активы предприятия;
- при формировании уставного капитала предприятия;
- при реорганизации предприятия (слиянии, разъединении, приватизации, продаже и других трансакциях);
- при оформлении в залог в процессе кредитования;
- при заключении лицензионных договоров
- при заключении договора уступки исключительных прав.

В каждом из перечисленных случаев оценка стоимости ОИС несет свою смысловую нагрузку, поэтому и характеристика оцениваемой стоимости разная. Характеристика видов стоимости дана с учетом положений Государственного стандарта Республики Беларусь СТБ/ОР 52.0.01–2007 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Общие положения».

5.1.1. Виды стоимостей ОИС

При включении в активы предприятия (при постановке на бухгалтерский учет) оценивается **первоначальная стоимость** объекта. Первоначальная стоимость - это термин, употребляемый в бухгалтерском учете, следовательно, должно быть соблюдено требование бухгалтерского учета. Под первоначальной стоимостью ОИС как объекта бухгалтерского учета понимается совокупность затрат, связанных с приобретением или созданием объекта с учетом всех сопутствующих расходов.

С учетом накопленной амортизации первоначальная стоимость переходит в **остаточную стоимость**. То есть остаточная стоимость объекта представляет собой разницу между первоначальной стоимостью и суммой накопленных амортизационных отчислений.

В бухгалтерский баланс имущественные права на КП и БД могут включаться как по первоначальной стоимости (в момент ввода в эксплуатацию остаточная стоимость объекта равна первоначальной), так и по остаточной. Термин «балансовая стоимость», применяемый ранее и означавший первоначальную стоимость, сегодня либо не используется вообще, либо при использовании подразумевает остаточную стоимость объекта.

Порядок формирования первоначальной и остаточной стоимостей рассматривается в разделе 5.2 «Постановка компьютерных программ и баз данных на бухгалтерский учет».

При формировании уставного капитала, когда вклад одного из учредителей вносится правами на ОИС, оценивается **инвестиционная стоимость** объекта. Под инвестиционной стоимостью объекта понимается стоимость собственности для конкретного инвестора или группы инвесторов при определенных целях инвестирования.

При проведении или намерении о проведении операций по полной или частичной продаже прав оценивается **рыночная стоимость** объекта. Рыночная стоимость представляет собой стоимость, по которой наиболее вероятно продавец объекта оценки согласен его продать, а покупатель объекта оценки согласен его приобрести. При этом учитываются следующие условия:

- стороны сделки обладают достаточной осведомленностью об объекте оценки и рынке объектов-аналогов;
- стороны сделки действуют компетентно, расчетливо, добровольно и добросовестно;
- объект оценки представлен продавцом в форме публичного предложения на рынке;
- продавец и покупатель имеют достаточное время для выбора варианта совершения сделки;
- на продавца не налагается дополнительных обязательств, кроме обязательств передать объект оценки, а на покупателя не налагается дополнительных обязательств, кроме обязательства принять объект оценки и уплатить за него определенную денежную сумму.

Рыночная стоимость является наиболее распространенным видом стоимости ОИС. При заключении лицензионных договоров и договоров уступки исключительных прав на КП и БД определяется именно этот вид стоимости.

В случаях, когда объект собственности в силу своей специфики обладает полезностью, ограниченной конкретным видом ее использования или конкретным пользователем и которая редко продается (если продается вообще) на открытом рынке, за исключением продажи ее в составе действующего предприятия, называется **специальной стоимостью**. Специальная стоимость рассчитывается либо на основе реальных или предполагаемых ограничений в отношении продавца или покупателя, либо как приращение стоимости, возникающее в результате слияния двух или более интересов в объекте оценки.

Примером специальной стоимости КП и БД может быть стоимость программного обеспечения, автоматизирующего операции, связанные с управлением предприятием, разработанные специально для конкретного предприятия, отражающие все нюансы

производственной и управленческой деятельности этого предприятия. Права на такой объект как отдельный объект не продаются, они продаются либо в составе предприятия как имущественного комплекса, либо могут быть проданы права на элементы такой КП.

Достаточно часто определяемый вид стоимости - это **ликвидационная стоимость**. Ликвидационная стоимость (или стоимость при вынужденной продаже) представляет собой стоимость объекта оценки, определяемую при вынужденном отчуждении, когда срок продажи объекта оценки меньше среднего срока реализации объектов-аналогов по рыночной стоимости.

Для КП характерна оценка ликвидационной стоимости при ликвидации предприятия – правообладателя, когда нет правопреемника, а КП является эффективно действующей.

Другие виды стоимостей имущества, оцениваемые в соответствии с белорусскими нормативными документами и международной практикой, не рассматриваются, так как для КП и БД практически не характерны.

Следует отдельно сказать о том, что не нужно смешивать понятия оценки стоимости имущественных прав на КП и БД и цены экземпляра КП и БД.

Экземпляры являются материальными объектами, которые для предприятия-изготовителя относятся к готовой продукции, в связи с чем цена 1 экземпляра определяется по правилам ценообразования, действующих в сфере производства. Для предприятий, работающих в сфере торговли, экземпляры КП и БД являются товарами и цена 1 экземпляра устанавливается в соответствии с правилами ценообразования, действующими в торговле.

В настоящем пособии рассматриваются методы оценки стоимости ОИС и особенности их применения для оценки имущественных прав на КП и БД.

5.1.2. Методы оценки стоимости ОИС

В международной практике существуют три основных **методологических подхода** к оценке стоимости объектов интеллектуальной собственности, которые построены на разных принципах:

- затратный подход, предусматривающий оценку стоимости объекта по величине вложений в создание объекта;
- доходный подход, предусматривающий оценку стоимости объекта по уровню преимуществ, получаемых собственником от владения объектом, при этом стоимость объекта не должна быть больше, чем сумма преимуществ, получаемых от использования объекта;
- сравнительный подход, в соответствии с которым стоимость оцениваемого объекта определяется на основании стоимости аналогов, то есть определяется стоимостью, по которой может быть приобретен другой объект с эквивалентной полезностью.

Затратный подход основан на том предположении, что стоимость объекта оценки должна окупать средства, вложенные в создание объекта, обеспечение его правовой охраны, продвижение на рынок. Поэтому сущность данного подхода сводится к выявлению всех

фактических (если они есть) или моделированию гипотетических затрат, связанных с перечисленными процессами.

Доходный подход основан на предположении, что рациональный покупатель не заплатит за приобретаемый объект больше, чем он может получить дохода от его использования. Какой именно доход принимается для расчета стоимости объекта, зависит от параметров производства и способов его использования.

Сравнительный подход основан на сравнительном анализе оцениваемого объекта с его аналогами, при этом учитываются отличия в технических, эксплуатационных, маркетинговых и других характеристиках объекта, которым дается стоимостное выражение.

Белорусское законодательство использует перечисленные методологические подходы и выстраивает на их основе методы оценки, представленные в стандартах оценки:

- Государственный стандарт Республики Беларусь СТБ 52.0.01-2007 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Общие положения» [3].
- Государственный стандарт Республики Беларусь СТБ 52.5.01-2007 «Оценка объектов интеллектуальной собственности».

В соответствии с указанными стандартами стоимость ОИС может определяться следующими основными методами:

- методом начальных затрат;
- рыночным методом;
- методом пересчета валютной стоимости.

5.1.2.1. Метод начальных затрат

Данный метод основан на определении отраженных в бухгалтерском учете затрат на создание (приобретение), правовую охрану и доведение до возможности использования объекта на дату оценки.

При использовании метода начальных затрат проводят:

- выявление всех фактических затрат, отраженных в бухгалтерской отчетности правообладателя и приведение их величины к дате оценки;
- определение величины начисленной амортизации (в условиях оценки сумма начисленных амортизационных отчислений принимается для характеристики морального износа объекта (поскольку объектом являются имущественные права, то это допущение вполне приемлемо);
- определение стоимости объекта как разницы между приведенной величиной затрат и определенным износом.

В состав затрат, принимаемых для определения стоимости объектов промышленной стоимости, включаются:

- затраты на проведение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских работ и опытно-технологических работ (затраты на разработку технического задания, изучение спецлитературы, проведение патентного и информационного поиска по теме работы, затраты на проведение опытов и экспериментов, обобщение полученных результатов, составление отчетов, разработку технической документации, затраты на научные командировки, стоимость приобретенного или созданного специального

оборудования, необходимого для выполнения работ, затраты на услуги сторонних организаций научно-методического и научно-практического характера и другие);

- затраты на обеспечение правовой охраны полученных результатов (затраты на проведение патентной экспертизы, величина госпошлин, оплачиваемых за подачу заявки на получение патента (свидетельства), за регистрацию документов, за получение охранных документов и другие);

- **затраты на управление результатами НИОКР (затраты на изучение рынка интеллектуальной собственности и изучение рынка продукции, которая может быть создана с использованием ОПС, поиск потенциальных потребителей, ведение переговоров, проводимые до начала освоения ОПС в производстве);**

- затраты на доведение до готовности использования полученных результатов в производстве;

- иные затраты, связанные с особенностями объекта оценки (например, затраты на изготовление опытного образца и проведение его апробации или испытаний, затраты на дизайн, затраты на услуги консультационного характера и другие).

В состав затрат для объектов авторского права и смежных прав включаются:

- затраты, связанные с созданием произведения;
- затраты на изготовление сигнального экземпляра произведения, его доработку;
- затраты на доведение до готовности использования объекта авторского права и смежных прав в запланированных целях;
- расходы на рекламу;
- иные затраты в зависимости от объекта оценки.

Стоимость объекта оценки определяется как общая сумма всех выявленных затрат:

$$C = Z_c + Z_o + Z_m + Z_i, \quad (1)$$

где

C - стоимость объекта;

Z_c - затраты на создание объекта;

Z_o - затраты на правовую охрану объекта;

Z_m - затраты на маркетинг;

Z_i - затраты на доведение объекта до стадии использования.

Величина всех затрат корректируется с учетом фактора времени посредством коэффициентов, отражающий изменение общего уровня цен за период, прошедший с момента совершения затрат до момента оценки.

Если оценка осуществляется на стадии функционирования объекта, когда истекла часть срока действия прав, то при определении стоимости такого объекта величина затрат корректируется на величину накопленного износа. Экономически накопленный износ представлен суммой начисленной амортизации, поэтому из суммы затрат вычитается сумма начисленной амортизации.

5.1.2.2. Рыночный метод

В рамках рыночного метода выделяют три методологических направления оценки:

- оценка на основе определения затрат, необходимых для воспроизводства либо замещение объекта оценки с учетом износа (затратный метод);
- оценка на основе сравнения объекта оценки с аналогичными объектами (сравнительный метод);
- оценка на основе расчета доходов, ожидаемых от использования объекта оценки (доходный метод).

● **Затратный метод**

Затратный метод основан на определении затрат, необходимых для воспроизводства ОИС или его замены, за вычетом обоснованной поправки на начисленный износ.

Затратный метод реализуется методами:

- стоимости восстановления;
- стоимости замещения.

Метод стоимости восстановления основан на определении стоимости ОИС как суммы затрат, необходимых для создания его новой точной копии.

При использовании метода проводят:

- определение затрат, необходимых для создания, обеспечения правовой охраны и доведения объекта до промышленного использования, в текущем уровне цен на дату оценки;
- определение стоимости ОИС как общей величины прогнозируемых затрат.

Метод стоимости замещения основан на принципе замещения, при котором стоимость ОИС определяется как сумма затрат, необходимых для создания объекта аналогичной полезности или с аналогичной потребительской стоимостью (объекта-аналога).

При использовании метода проводят:

- исследование рынка;
- выявление круга объектов-аналогов;
- определение, необходимых для создания объектов-аналогов, в текущем уровне цен на дату оценки;
- установление стоимости объектов-аналогов;
- определение стоимости оцениваемого ОИС с учетом отличий от объектов-аналогов.

● **Сравнительный метод**

В рамках данного метода проводится сравнение оцениваемого объекта с аналогичными, присутствующими на рынке. Поскольку для многих видов ОИС существует понятие прототипа, то можно сказать, что при наличии прототипа и необходимой технико-экономической информации о нем, сравнительный анализ проводится на основании данных о прототипе. Если же прототипа нет, то выбираются аналоги.

Стоимость объекта определяется на основании данных о средневзвешенных ценах на аналогичные объекты на рынке ОИС с последующей корректировкой полученных данных о прототипе или аналогах с учетом особенностей оцениваемого объекта.

В рамках сравнительного подхода выделяют метод сравнительного анализа продаж, суть которого состоит в сборе, анализе и систематизации информации о заключенных на рынке сделках по использованию объектов-аналогов с последующей поправкой на имеющиеся у оцениваемого объекта с объектами-аналогами отличия и определением скорректированной стоимости.

Выбор аналогов, как правило, связан с определенной отраслевой применимостью объекта. Хотя среди ОИС достаточно часто встречаются объекты с возможностью применения в разных отраслях.

При использовании метода сравнительного анализа продаж необходимо:

- определить параметры, по которым можно провести сравнение ОИС с аналогами;
- скорректировать стоимость аналогов по каждому параметру;
- если в расчетах участвует несколько аналогов, рассчитать стоимость ОИС путем обобщения скорректированных стоимостей объектов-аналогов.

При проведении сравнения учитываются:

- объем оцениваемых имущественных прав на ОИС;
- территория, на которую распространяется действие предоставляемых прав;
- срок действия прав;
- отрасль, в которой используются или будут использоваться объекты;
- изменение стоимости объектов-аналогов на рынке с даты заключения сделки до даты проведения оценки;
- физические, функциональные, технологические и технико-экономические характеристики объектов-аналогов;
- условия платежа при совершении сделок с ОИС;
- обстоятельства совершения сделок с ОИС.

Поскольку для применения данного метода необходимо проведение корректировки показателей аналогов, что далеко не всегда возможно в силу специфики объектов, а также использование труднодоступной информации о стоимости сделок с участием ОИС, то применение данного метода весьма ограничено.

• **Доходный метод**

Доходный метод представляет собой совокупность методов расчета стоимости ОИС, основанных на определении прогнозируемых доходов, получаемых от использования ОИС.

Термин «доход» употребляется здесь только в общем значении, под ним подразумевается величина денежного потока, подлежащая определению.

Доход, полученный в результате использования ОИС, может выражаться в:

- экономии затрат на производство и реализацию продукции (работ, услуг) и (или) на инвестиции в основные и оборотные средства, в том числе фактическом снижении затрат, отсутствии затрат на получение права на использование ОИС;
- денежных поступлениях от передачи или предоставления права на использование ОИС;
- увеличении ассортимента выпускаемой продукции (работ, услуг);
- увеличении цены продукции (работ, услуг) в связи с использованием ОИС;
- увеличении объема продаж выпускаемой продукции (работ, услуг).

Определение стоимости ОИС с использованием доходного метода осуществляется путем дисконтирования или капитализации денежных потоков при использовании ОИС.

Порядок капитализации и дисконтирования установлен п. 7.3.2.1 и п. 7.3.2.2 СТБ 52.3.01 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Оценка капитальных строений (зданий, сооружений), не завершаемых строительством объектов, изолированных помещений как объектов недвижимого имущества» [5].

Доходный метод реализуется методами:

- дополнительной прибыли;
- разделения прибыли;
- освобождения от роялти.

Метод дополнительной прибыли основан на анализе капитализированного дохода от деятельности при использовании ОИС путем определения прогнозного значения дохода в будущем.

В соответствии с данным методом стоимость объекта определяется как величина капитализированной прибыли, полученной предприятием в результате использования данного объекта. Использование этого метода предполагает, что внедрение нового технического решения осуществляется в рамках действующего производственного процесса, когда происходит замена устаревшей техники или технологии на новую. При этом в качестве базы исчисления дополнительного дохода, приводящего к росту прибыли, могут приниматься не только выручка от реализации инновационной продукции, но и экономия производственных и управленческих затрат.

Формула, представляющая определение стоимости объекта в соответствии с данным методом, выглядит следующим образом:

$$C = \sum_{i=1}^n (P_i - P_0) \cdot \alpha_i, \quad (2)$$

где

P_i - величина годовой чистой прибыли от реализации продукции, произведенной с использованием ОИС, в i -том году использования объекта;

P_0 - величина годовой чистой прибыли от реализации продукции, произведенной без участия ОИС, в i -том году;

α_i - коэффициент дисконтирования денежных потоков, представляющий в данной формуле процесс капитализации дохода;

n - количество лет использования объекта, принимаемых для определения стоимости объекта.

Коэффициент дисконтирования обратно пропорционален коэффициенту капитализации и определяется как дробь:

$$\alpha_i = \frac{1}{R}; \quad (3)$$

Метод разделения прибыли основан на анализе капитализированного дохода от деятельности лицензиата при использовании ОИС путем определения прогнозного значения дохода в будущем и последующего разделения получаемой прибыли между лицензиатом и лицензиаром.

Оценка стоимости ОИС с помощью метода разделения прибыли основана на анализе капитализированного дохода лицензиата (пользователя), получаемого от реализации продукции, произведенной с использованием ОИС. При этом определяется прогнозное значение дохода в определенном будущем периоде (как правило, этот период равен сроку лицензионного договора); затем общая прибыль от реализации продукции делится между лицензиатом и лицензиаром.

В основе данного метода - определение доли чистой прибыли, полученной от использования ОИС как производственного ресурса.

Общая методологическая формула выглядит следующим образом:

$$C = \sum_{i=1}^n \Pi_i \cdot X \cdot \alpha_i, \quad (4)$$

где

Π_i - величина годовой чистой прибыли от использования ОИС в i-том году использования объекта;

X - коэффициент, определяющий долю прибыли, приходящейся на ОИС, полученной предприятием за счет использования оцениваемого объекта;

α_i - коэффициент дисконтирования денежных потоков;

n - количество лет использования объекта, принимаемых для определения стоимости объекта.

Особенностью данного метода является определение влияния интеллектуального ресурса (ОИС) на процесс производства, которое выражается в коэффициенте X.

Метод освобождения от роялти основан на предположении, что ОИС, используемый правообладателем, ему не принадлежит. При этом считается, что часть выручки, которую он должен был бы выплачивать в виде вознаграждения правообладателю

ОИС, в действительности остается у него и является его дополнительной прибылью, созданной данным ОИС.

Данный метод основан на предположении, что ОИС, используемый правообладателем, ему не принадлежит; оценка стоимости объекта осуществляется на основании определения величины предполагаемых лицензионных платежей за использование объекта. Отсюда и название метода - метод освобождения от роялти (роялти - периодические платежи по лицензионным договорам).

Формула, на основании которой осуществляется оценка стоимости ОИС в соответствии с данным методом, выглядит следующим образом:

$$C = \sum_{i=1}^N V_i \cdot Z_i \cdot p_i \cdot \alpha_i, \quad (5)$$

где

V_i - планируемый объем выпуска продукции по лицензии в i -том году использования ОИС;

Z_i - предполагаемая цена реализации лицензионной продукции в i -том году;

p_i - ставка роялти в i -том году действия лицензионного договора;

α_i - коэффициент дисконтирования денежных потоков;

n - количество лет использования объекта, принимаемых для определения стоимости объекта [12].

При применении доходного метода проводят:

- исследование рынка ОИС;
- исследование отраслевых ставок роялти (при использовании метода разделения прибыли и метода освобождения от роялти);
- определение вариантов прогнозного дохода при использовании ОИС;
- выделение прогнозной прибыли, приходящейся на ОИС;
- приведение прогнозного денежного потока (прибыли) на дату оценки;
- определение морального износа ОИС;
- определение стоимости ОИС с учетом корректировки на моральный износ;
- иные работы в зависимости от специфики ОИС.

5.1.2.3. Метод пересчета валютной стоимости

Если оцениваемый объект был приобретен за иностранную валюту или его стоимость была определена в иностранной валюте, то установление стоимости такого объекта в белорусских рублях осуществляется путем пересчета валютной стоимости в национальную валюту по курсу Национального банка Республики Беларусь на дату оценки. При этом осуществить такую операцию можно в течение года с момента приобретения объекта или определения его стоимости в иностранной валюте.

5.1.3. Особенности применения методов оценки стоимости ОИС для оценки компьютерных программ и баз данных

5.1.3.1. Метод начальных затрат

Поскольку применение метода начальных затрат основано на использовании данных бухгалтерского учета о фактически произведенных затратах организации по созданию объекта интеллектуальной собственности, то для отражения особенностей, связанных с использованием данного метода при определении стоимости КП и БД, в первую очередь, необходимо определить, какие именно экономические отношения приводят к созданию данного вида продукта, а также состав затрат, связанных с реализацией этих отношений.

КП и БД могут быть созданы в результате самостоятельной творческой деятельности их авторов, могут быть созданы по чьему-либо заказу, включая государство (в лице органов государственного управления), а также организацией-разработчиком по собственному решению за собственные средства.

В первом случае личные затраты авторов отражаются в учете, если автор – индивидуальный предприниматель; если автор вступает в экономические отношения как физическое лицо, то затраты на создание КП и БД принимаются в качестве основы для определения рыночной стоимости объекта.

Во втором случае сумма финансирования, предусмотренная договором на создание КП и БД и фактически выплаченная заказчиком, принимается как основа величины стоимости объекта. К этой сумме могут быть добавлены суммы дополнительных затрат, связанных с доработкой и адаптацией объекта к конкретным условиям использования, суммы командировочных расходов, расходов на связь, информационное обеспечение и другие расходы, которые вынуждено была совершить организация при доработке и адаптации КП и БД.

В случае создания КП и БД собственными силами организации при определении их стоимости принимаются все затраты организации, связанные с осуществлением этого процесса: заработная плата разработчиков, начисления на заработную плату разработчиков, амортизация оборудования (компьютеров и других), командировочные расходы, стоимость материальных носителей (в случае, если они используются), расходы на регистрацию (депонирование КП и БД) включаются в стоимость объектов и другие расходы.

В международной практике такой подход к оценке стоимости КП и БД получил название «Метод установления трендов изменения исторической стоимости», суть которого сводится к определению следующих элементов стоимости объекта:

- прямых затрат, связанных с разработкой (например, заработной платы разработчиков);
- косвенных затрат, приходящихся на выполнение работ по разработке (накладных расходов);
- дополнительных платежей, имеющих стимулирующий характер (вознаграждений авторам).

Данный метод предусматривает возможность включения в стоимость объекта прибыли, однако решение этого вопроса передается на усмотрение организации.

Ключевым моментом использования данного метода является применение индексного коэффициента, учитывающего условия инфляции в период совершения затрат.

5.1.3.2. Затратные методы оценки рыночной стоимости

Применение метода стоимости восстановления для оценки КП и БД означает моделирование затрат, необходимых для создания оцениваемого объекта (или, как говорят, его точной копии).

Наиболее существенным и сложным для моделирования является показатель заработной платы разработчиков, поскольку основывается на трудоемкости выполняемых операций. Если затраты времени достоверно не известны, то смоделировать их точно очень трудно. На основе показателя трудоемкости работ рассчитывается и величина амортизационных отчислений, приходящихся на время работы оборудования, используемого для разработки объекта. Возможность включения других прямых затрат в моделируемую стоимость объекта (например, информационных услуг, командировочных расходов, услуг сторонних организаций производственного характера и других) обосновывается в каждом конкретном случае, исходя из специфических условий создания объекта. Включение косвенных затрат в стоимость объекта осуществляется на основании расчетного коэффициента распределения накладных расходов, применяемого организацией в период создания объекта.

Моделирование затрат в рамках метода стоимости замещения основывается на данных о реальных затратах, совершенных при создании программы-аналога с их последующей корректировкой. В международной практике этот метод известен как «Метод модели разработки программного обеспечения»⁷².

Моделирование может основываться на нескольких исходных параметрах, в качестве которых могут приниматься количество строк программы, язык написания программы, приемы программирования, требования к документации, опыт и профессиональный уровень программистов и другие. Основу расчета совокупных затрат составляет расчет трудоемкости написания программы.

В рамках «построчного» метода оценки существуют модели оценки, как например, модель конструктивных затрат и модель управления сроком службы программного обеспечения.

В последнее время достаточно часто применяется не метод подсчета строк программы, а метод балльных оценок функциональных возможностей программы. При применении данного метода выводится алгоритм подсчета баллов, приходящихся на принятые для сравнения и оценки параметры программы.

⁷² Рейли Р., Швайс Р. Оценка нематериальных активов /Р. Рейли, Р. Швайс: Пер с англ. Бюро переводов Ройд. –М.: ИД КВИНТО-КОНСАЛТИНГ, 2005-792 с.

Перечисленные модели оценки КП считаются эмпирическими методами, так как основной расчетный показатель времени, затрачиваемого на разработку, рассчитывается на основании данных о проектах, фактическое время разработки которых было когда-то тщательно отслежено (при этом сравнение осуществляется в рамках КП, написанных с использованием одинаковых языков программирования). При расчетах выводится показатель количества необходимого труда на разработку оцениваемой программы в человеко-месяцах. Затем количество необходимого времени умножается на средне-месячную заработную плату разработчиков. Полученная таким образом стоимостная величина является основой для дальнейшего выведения стоимости конкретного программного продукта, предусматривающего определение специфических затрат, которые могут возникнуть при разработке этого продукта.

5.1.3.3. Методы оценки рыночной стоимости КП и БД в рамках сравнительного подхода

Как указывалось выше, сравнительный метод оценки стоимости ОИС применяется достаточно редко в силу труднодоступности информации о сделках, совершаемых на рынке с ОИС. Все это в равной мере относится к КП и БД. Тем не менее, практика показывает, что данный подход применим.

В международной практике оценки КП используется и так называемый «метод рыночной сделки», основанный на принятии в качестве исходной единицы оценки стоимость строки кода программы. Для сравнения выбираются программы, написанные, как правило, на одном языке программирования, имеющие подобную структуру и выполняющие схожие функции. При использовании в оценке КП системы функциональной балльной оценки, за основу принимается количество баллов, выведенных для программы-аналога. Для проведения сравнения оцениваемой и базовой программ необходимо иметь информацию не только о стоимости «базы» - строки кода или совокупности баллов, но и об отличиях программ друг от друга. Выведение поправочных коэффициентов делается специалистом по оценке ОИС совместно с авторами оцениваемой программы или приглашенными экспертами-программистами.

Другим методом, иногда применяемым в международной практике, является метод рыночной замещающей стоимости, суть которого сводится к поиску и анализу информации о коммерческих предложениях по приобретению КП на открытом рынке. В этом случае сравнение осуществляется не по выбранной единице параметра, а по стоимости всей программы. Для проведения оценки с использованием данного метода информация о совершаемых сделках по покупке пакетов программ должна быть доступна и, кроме того, доступными и достаточными по объему должны быть основные функциональные характеристики программ, на основании которых можно провести сравнительный анализ.

5.1.3.4. Доходные методы оценки рыночной стоимости

Метод дополнительной прибыли в отношении КП применим в случае оценки программного продукта, используемого в производстве в качестве обеспечения работы производственного оборудования. В таком случае при создании КП или получении ее от правообладателя в качестве самостоятельного объекта, производится оценка стоимости

приобретенных или передаваемых прав на КП. Прирост прибыли от использования КП и оборудования должен быть очевидным, то есть его можно выделить из общего прироста прибыли, полученной от реализации продукции, изготовленной с использованием оборудования, автоматизированного при помощи оцениваемой КП. В случае, если КП является неотъемлемой частью производственного оборудования, отдельной стоимостью она не обладает, а входит в состав стоимости производственного оборудования, для которого она разрабатывалась.

Применение данного метода возможно также в том случае, если в результате использования КП возникает экономия производственных или управленческих затрат. Экономия производственных затрат возможна при применении КП, обслуживающих процесс производства (обеспечивающих автоматизацию производственного оборудования или автоматизацию организации производства); экономия управленческих затрат – при применении КП, используемых в управлении предприятием (при автоматизации финансовых расчетов, бухгалтерских операций, расчетов между организациями и других управленческих процессов). Прирост прибыли в этих случаях определяется как величина экономии затрат за вычетом сумм налогов, выплачиваемых за счет прибыли.

Метод разделения прибыли используется, как правило, при оценке стоимости лицензионного договора, в рамках которого приобретаются имущественные права на КП. Если программный продукт приобретается для использования в новом производственном процессе, то применить метод дополнительной прибыли невозможно в силу отсутствия базы сравнения; тогда наиболее логичным и доказуемым является метод разделения прибыли, предполагающий оценку стоимости КП как производственного фактора. Это означает, что сумму прибыли, закладываемой в цену реализации продукции, работ, услуг, необходимо разделить на составляющие, каждая из которых соответствует участию определенного фактора в ее получении. Приемы разделения прибыли основаны на финансовом анализе процессов производства и реализации продукции и содержат специфические элементы, характерные как для видов объектов, так и для условий их применения.

Аналогичная логика процесса оценки заложена в методе освобождения от роялти. Разница между методами заключается, в том, с чьей стороны рассматривается прибыль: при применении метода разделения прибыли – со стороны лицензиата, при применении метода освобождения от роялти – со стороны лицензиара. Расчет потенциальных платежей может осуществляться не только на основе разделения прибыли, но и на основе определения прироста прибыли (в этом случае данный метод использует приемы метода дополнительной прибыли).

5.1.3.5. Специфические методы оценки рыночной стоимости

Модификацией методов оценки рыночной стоимости ОИС являются специфические методы оценки стоимости КП, такие, например, как определение стоимости автоматизированного рабочего места (АРМ), определение стоимости модулей КП и других. Стоимость АРМ может быть определена как в рамках затратного, так и в рамках доходного методов оценки: если стоимость АРМ определяется как совокупность затрат, необходимых для создания и установки КП на 1 рабочем месте, то здесь применяется затратный метод; если стоимость АРМ определяется как экономия затрат при введении

в действие КП, то – доходный метод. То же самое относится и к определению стоимости модулей. В каждом конкретном случае оценки необходимо моделирование расчетных формул, отражающих связь функциональных особенностей КП и применяемых экономических показателей. Универсальных формул не существует, поскольку здесь процесс оценки носит скорее творческий, чем нормализованный характер.

5.1.4. Порядок проведения оценки ОИС в соответствии с законодательством Республики Беларусь

Порядок проведения оценки стоимости ОИС (в том числе КП и БД) в Республике Беларусь, помимо упомянутых выше стандартов, регулируется Указом Президента № 615 от 13.10.2006г. «Об оценочной деятельности в РБ» и утвержденным данным указом «Положением об оценке стоимости объектов гражданских прав в РБ».

Заказчиков оценки интересует, в первую очередь, обязательность проведения независимой оценки, то есть оценки, выполненной исполнителем оценки (юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, осуществляющим оценочную деятельность) на основании гражданско-правовых договоров с соблюдением требований, установленных законодательством. В соответствии с Положением обязательная оценка ОИС проводится в следующих случаях:

- при внесении имущественных прав на КП и БД в качестве неденежного вклада в уставный фонд юридического лица, что оформляется либо договором уступки исключительных прав либо лицензионным договором;
- при отчуждении госимущества, что в отношении КП и БД представлено договором уступки исключительных прав объектов, созданных за средства республиканского или местных бюджетов, а также средств инновационных фондов;
- при обеспечении обязательств по кредитному договору (в случае, если банк принимает имущественные права на КП и БД в качестве залога);

Если при совершении указанных операций оценка не была проведена, сделка считается недействительной.

Проведение оценки могут потребовать органы государственного управления, исполкомы, учредители предприятия.

Положением введено понятие «внутренней оценки», которое определяется как оценка юридическими и физическими лицами, в том числе индивидуальными предпринимателями принадлежащих им ОИС на основании собственного решения без привлечения независимого оценщика. Внутренняя оценка проводится на основании данных бухгалтерского учета, информации о стоимости приобретения объекта или стоимости аналогов. При этом проведение внутренней оценки должно осуществляться с использованием методов, оговоренных Государственным стандартом Республики Беларусь СТБ/ОР 52.5.01–2007 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Оценка объектов интеллектуальной собственности» [4] и Государственным стандартом Республики Беларусь СТБ/ОР 52.5.01–2007 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Общие положения».

Данная формулировка позволяет трактовать внутреннюю оценку как самостоятельное действие организации по определению стоимости тех объектов, фактические расходы на которые подтверждаются документами организации; такая оценка может быть применена в целях постановки объекта на бухгалтерский учет или определения стоимости договора уступки исключительных прав. Если организация обладает достаточной информацией, подтверждающей стоимость аналогов, выставляемых на открытом рынке, либо располагает информацией о проведенных сделках с аналогичными КП и может обработать эту информацию таким образом, чтобы получить достоверную стоимость оцениваемого объекта без привлечения аттестованных специалистов, то определенная в результате внутренней оценки величина будет признана в качестве оценки стоимости объекта.

Если же организация прибегает к услугам независимых оценщиков, то в этом качестве могут выступать аттестованные Государственным комитетом по науке и технологиям Республики Беларусь индивидуальные предприниматели либо юридические лица, имеющие в своем штате двух аттестованных специалистов.

5.2. Постановка компьютерных программ и баз данных на бухгалтерский учет

Участие КП и БД в хозяйственном обороте означает осуществление с этими объектами операций, которые приводят к получению дохода обладателем имущественных прав в настоящем периоде времени или предполагается получение дохода в определенные сроки.

К операциям, которые составляют участие КП и БД в хозяйственном обороте, относятся:

- создание объектов собственными силами предприятий
- приобретение прав у других лиц
- получение прав в качестве вклада учредителей в уставный фонд предприятия
- передача прав в качестве залога при оформлении кредита
- осуществление операций доверительного управления правами
- передача прав на КП и БД в составе имущества предприятия при слияниях и разделах предприятий, их приватизации и других операциях, связанных с изменением корпоративной структуры.

В любом из вышеперечисленных случаев права на ОИС включаются в состав имущества (активов) предприятия, поскольку возникновение прав у конкретного правообладателя является результатом определенных действий, оформленных договорами.

Включение прав на ОИС в состав активов преследует следующие цели:

- зафиксировать права на интеллектуальный продукт, которым владеет предприятие, в бухгалтерском балансе; это дает возможность продемонстрировать инвесторам и вышестоящим организациям имеющийся интеллектуальный капитал предприятия, а также при использовании КП и БД в собственном производственном процессе или совершение других операций с ними официально отразить имеющиеся права в бухгалтерском учете в соответствии с законодательством;
- восстановить величину собственных средств, потраченных на финансирование работ, результатом которых стал конкретный объект, посредством механизма амортизации стоимости принятого к учету объекта;
- выплачивать поощрительные вознаграждения авторам и лицам, способствующим созданию и использованию ОИС, за счет дохода, полученного от использования объекта как в собственном производстве, так и от передачи прав по лицензионным договорам.

5.2.1. Создание компьютерных программ и баз данных собственными силами

Создание КП и БД собственными силами организаций в основном представляет собой процесс выполнения ими работ, результатом которых становится новая КП или БД. Это могут быть работы, выполняемые как по заказу других организаций, так и работы, выполняемые организацией самостоятельно по собственному решению (для собственных нужд или для передачи пользователям).

В первом случае объекты становятся результатом договоров на выполнение работ, которые содержат документы, позволяющие однозначно характеризовать предполагаемый результат - техническое задание и календарный план. Получение заданного результата фиксируется актом сдачи-приемки работ. Зафиксировав получение КП или БД, предприятие может включить его в состав своего имущества в качестве объекта нематериальных активов (НА). Для того, чтобы КП или БД превратились в часть имущества предприятия, должны выполняться следующие условия:

а) должна быть подтверждена возможность использования объекта в деятельности организации-разработчика или подтверждена возможность продажи имущественных прав на них по лицензионным соглашениям и/или экземпляров КП и БД;

б) должны быть определены предполагаемые доходы от использования объекта.

Стоимость создаваемых объектов нематериальных активов формируется на основе затрат предприятия, осуществленных за счет собственных источников финансирования - чистой прибыли и амортизационного фонда предприятия. Эти затраты фиксируются обособленно от затрат на производство продукции. Для определения величины стоимости объекта НА необходимо суммировать затраты на разработку, затраты на доведение до использования в деятельности организации КП и БД.

Объекты НА принимаются на бухгалтерский учет в составе нематериальных активов (счет 04 «Нематериальные активы») по первоначальной стоимости, которая формируется на счете 08 «Вложения во внеоборотные активы».

В процессе работ организация-исполнитель отражает расходы на их выполнение по дебету счета 08 «Вложения во внеоборотные активы» и кредиту счетов затрат: счета 70 «Расчеты с персоналом по оплате труда», счета 69 «Расчеты по социальному страхованию и обеспечению», счета 10 «Материалы», счета 60 «Расчеты с поставщиками и подрядчиками» и других.

После окончания работ стоимость результатов списывается с кредита счета 08 «Вложения во внеоборотные активы» в дебет счета 04 «Нематериальные активы» по сумме затрат, профинансированных за счет собственных источников, при этом использование чистой прибыли отражается по дебету счета 84 «Нераспределенная прибыль (непокрытый убыток)» и кредиту счета 83 «Добавочный фонд». Если источником финансирования работ, наряду с собственными, являлись средства государственного бюджета, то общая стоимость результатов подразделяется между двумя источниками финансирования, при этом часть расходов, приходящаяся на государственное финансирование, списывается в дебет счета 86 «Целевое финансирование», а часть расходов, приходящаяся на собственные источники, списывается в дебет счета 04 «Нематериальные активы».

Если результаты НИОКР не удовлетворяют требованиям, установленным техническим заданием, или не могут быть использованы в деятельности предприятия, то сумма совершенных при выполнении расходов включается во внереализационные расходы (фактически становится убытками предприятия).

Содержание операции	Дебет	Кредит
1. Совершение расходов по выполнению НИОКР	08	10, 60, 68, 69, 70 и др.
2. Принятие объекта НА на учет по первоначальной стоимости	04 84	08 83
3. Списание суммы затрат, совершенных за счет средств госбюджета	86	08
4. Списание сумм расходов при неполучении заданного результата или невозможности использовать результат в деятельности предприятия	92	08

5.2.2. Приобретение прав у других лиц

Операции по приобретению имущественных прав на КП и БД оформляются договорами уступки, лицензионными или авторскими договорами. В договоре указывается стоимость передаваемых прав на КП или БД, которая является основой для определения стоимости будущего актива. К ней добавляется величина необходимых платежей, связанных с регистрацией договоров и оценкой их стоимости.

Сторона, передающая права, является получателем дохода, который в зависимости от вида договора может представлять собой:

- выручку от реализации нематериального актива (договор уступки);
- лицензионные или авторские платежи, которые могут:
 - либо приравняться к выручке от реализации продукции (если предприятие занимается разработками с последующей их передачей по лицензионным договорам как видом деятельности);
 - либо считаться операционным (дополнительным) доходом предприятия.

Все перечисленные виды доходов облагаются налогом на добавленную стоимость.

А) Договор уступки исключительных прав

Договор уступки исключительных прав является разновидностью договора купли-продажи объекта, с тем отличием, что предметом купли-продажи является не материальный объект, а исключительные права на объекты интеллектуальной собственности. Это означает, что заключая договор такого вида, продавец полностью отказывается от принадлежащих ему исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности и передает их покупателю.

В бухгалтерском учете покупателя приобретение исключительных прав отражается по дебету счета 08 «Вложения во внеоборотные активы» в корреспонденции с кредитом счета 60 «Расчеты с поставщиками и подрядчиками» и по дебету счета 60 «Расчеты с поставщиками и подрядчиками» в корреспонденции с кредитом счета 51 «Расчетный счет» при оплате сумм, указанных в договоре.

После получения документов, содержащих КП или БД, или после их установки в технике объект принимается на учет в составе нематериальных активов.

Содержание операции	Дебет	Кредит
1. Совершение расходов по приобретению исключительных прав	08 60	60 51
2. Принятие объекта на учет в составе нематериальных активов	04	08

В бухгалтерском учете продавца стоимость прав, зафиксированная в договоре, отражается в качестве выручки от реализации прочих активов и отражается по кредиту счета 91 «Операционные доходы и расходы» в корреспонденции с дебетом счета 62 «Расчеты с покупателями и заказчиками»; денежные средства, поступающие от покупателей, отражаются по дебету счета 51 «Расчетный счет» (52 «Валютный счет») и кредиту счета 62 «Расчеты с покупателями и заказчиками».

Поскольку счет 91 «Операционные доходы и расходы» является результирующим счетом, в рамках отраженных на нем доходов (выручки от реализации исключительных прав) определяется прибыль, полученная от реализации. При определении прибыли из суммы выручки исключаются налоги (налог на добавленную стоимость) и соответствующие расходы. К расходам, связанным с получением выручки от реализации прав, могут относиться: амортизационные отчисления от стоимости исключительных прав, начисленные за период, в течение которого объект находился на учете обладателя исключительных прав (продавца), командировочные расходы, связанные с заключением договора уступки, вознаграждения авторам за использование ОПС и другие расходы.

Содержание операции	Дебет	Кредит
1. Получение выручки от реализации исключительных прав	62 51, 52	91 62
2. Начисление НДС	91	68
3. Списание расходов, приходящихся на выручку от реализации исключительных прав	91	05, 71, 70, 69 и др.
4. Определение прибыли от реализации исключительных прав	91	99

Б) Лицензионный договор

Речь идет о договорах, связанных с передачей частичных, ограниченных имущественных прав на КП и БД. Эти права связаны с использованием программного продукта и баз данных. Они могут быть ограничены по времени и по объему использования. В договоре могут быть указаны платежи двух видов:

- единовременные (паушальные)
- периодические (роялти).

Периодические платежи в соответствии с белорусским законодательством отражаются как текущие расходы предприятий, которые приобретают права. Их величина, как правило, в договоре не указывается, в то время, как величина паушального платежа указывается в договоре. Эта величина бывает достаточно большой и зачастую уплачивается до начала передачи КП или БД.

Стоимость будущего объекта НА формирует именно паушальный платеж. Следовательно, если в договоре указан единовременный платеж, то в бухгалтерском учете на сумму этого платежа делается запись по дебету счета 08 «Вложения во внеоборотные активы» в корреспонденции с кредитом счета 60 «Расчеты с поставщиками и подрядчиками»; затем сумма перечисленных денежных средств отражается по дебету счета 60 «Расчеты с поставщиками и подрядчиками» в корреспонденции с кредитом счета 51 «Расчетный счет» или 52 «Валютный счет».

После вступления договора в силу принимается к учету новый объект НА по дебету счета 04 «Нематериальные активы» в корреспонденции с кредитом счета 08 «Вложения во внеоборотные активы» по первоначальной стоимости.

Содержание операции	Дебет	Кредит
1. Совершение расходов по приобретению неисключительных прав (паушальный платеж)	08 60	60 51, 52
2. Принятие объекта на учет в составе нематериальных активов	04	08

Со стороны обладателя исключительных прав поступающие суммы отражаются, как операционные доходы по дебету счета 62 «Расчеты с покупателями и заказчиками» в корреспонденции со счетом 91 «Операционные доходы и расходы», и по дебету счетов денежных средств 51 «Расчетный счет» (52 «Валютный счет») в корреспонденции со счетом 62 «Расчеты с покупателями и заказчиками». При этом объект НА в виде исключительных прав на объект, права на который передаются по лицензионному договору, с учета не снимается, а остается числиться на счете 04 «Нематериальные активы».

При определении прибыли, полученной от операционного дохода из суммы этого дохода исключается налог на добавленную стоимость и соответствующие расходы. К операционным расходам, связанным с получением дохода от передачи прав на ОИС (в том случае, если объект не используется в собственном производстве и величина амортизационных отчислений не может включаться в производственные расходы, относятся амортизационные отчисления от стоимости исключительных прав, командировочные расходы, связанные с заключением лицензионного договора, а также вознаграждения авторам за использование ОПС и другие расходы.

Содержание операции	Дебет	Кредит
1.Получение операционного дохода от передачи неисключительных прав (паушального платежа)	62 51, 52	91 62
2.Начисление НДС	91	68
3.Списание расходов, приходящихся на операционный доход	91	05, 71, 70, 69 и др.
4.Определение прибыли от операционного дохода	91	99

5.2.3. Другие операции

К другим операциям относятся:

а) получение прав на КП и БД в качестве вклада учредителей в уставный фонд предприятия;

Формирование величины уставного фонда правами на использование КП и БД осуществляется с помощью договора уступки, лицензионного или авторского договора. Вид договора определяется объемом передаваемых прав: если новое юридическое лицо получает исключительные права, следовательно, у передающей стороны происходит отчуждение исключительных прав (договор уступки или авторский договор); если – частичные права, то оформляется лицензионный договор (или авторский с указанием конкретных прав, подлежащих передаче). При осуществлении этих операций в соответствии с законодательством Республики Беларусь необходимо проводить независимую экспертизу оценки стоимости прав, вносимых в качестве вклада в уставный фонд.

б) операции залога прав;

Данный вид операций связан с получением кредитов, оформление которых требует предоставление в качестве обеспечения кредита материальных или нематериальных объектов, входящих в состав имущества кредитруемого предприятия и находящихся у него на праве собственности. Поскольку имущественные права входят в состав нематериальных активов, то они могут быть предоставлены в качестве залога. Однако такие объекты относятся к низко ликвидным активам (по степени ликвидности нематериальные активы являются самыми низко ликвидными активами), в связи с чем подобные сделки заключаются редко. В том случае, когда КП являются неотъемлемой частью объектов ОС (например, программное обеспечение для станков), они передаются в залог вместе с объектами ОС.

При передаче объектов НА в качестве залога при обеспечении кредита осуществляется обязательная независимая оценка их стоимости (а по желанию кредитодателя – независимая экспертиза стоимости).

в) операции доверительного управления правами;

Далеко не каждый правообладатель умеет грамотно и эффективно распорядиться своими правами. В том случае, когда предприятие (или физическое лицо) является обладателем

исключительных прав на КП и БД, но не имеет опыта, средств и специалистов для того, чтобы осуществить операции по их использованию, возможно заключение договора доверительного управления правами, предусматривающий сохранение исключительных прав за правообладателем, но все договоры от его имени по использованию объектов будет заключать то лицо, которому правообладатель это поручит.

При заключении данного вида договора требуется независимая оценка передаваемых в управление прав.

г) продажа прав на ОИС в составе стоимости бизнеса;

При продаже предприятий как целостных хозяйственных комплексов осуществляется оценка стоимости их имущества, в состав которого входят права на ОИС. В зависимости от того, каким методом осуществляется оценка, права на ОИС могут либо оцениваться в совокупности с другими объектами (то есть предприятие оценивается как единая функционирующая на рынке единица), либо каждый вид имущества оценивается отдельно. В последнем случае проводится независимая оценка прав на ОИС.

6. ЗАЩИТА ПРАВ РАЗРАБОТЧИКОВ В СЛУЧАЕ НЕЗАКОННОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ (НОРМАМИ АВТОРСКОГО ПРАВА И В РАМКАХ ИНСТИТУТА БОРЬБЫ С НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИЕЙ)

6.1. Рекомендации по судебной защите прав разработчиков компьютерных программ и создателей баз данных

В практике защиты прав и законных интересов разработчиков программного обеспечения и создателей баз данных могут использоваться два подхода:

- применение технических средств защиты;
- применение правовых средств защиты.

Все технические способы защиты авторских прав, как правило, преследуют две основные цели – защитить программное обеспечение или базы данных от копирования и обеспечить техническое и экономическое взаимодействие между пользователем и фирмой – разработчиком. В числе используемых технических способов защиты можно назвать такие как ограничение функциональных возможностей программы, которая представляется в свободном режиме как демонстрационная версия, которую потенциальный пользователь может опробовать; ограничение времени функционирования программы, которая предоставляется в пользование без заключения лицензионного договора; шифрование и использование электронных ключей, без которых невозможно функционирование программы и т.п.

Однако больший интерес в рамках настоящего исследования представляют именно правовые средства защиты. Признание компьютерных программ и баз данных объектами авторского права означает, что авторы, иные правообладатели имеют обеспеченную законом возможность применять к любому нарушителю их прав правовые меры принудительного характера, направленные на признание или восстановление нарушенного права.

Нормы, посвященные защите авторских прав, содержатся в Гражданском кодексе и Законе «Об авторском праве и смежных правах». Процитируем содержание ст. 39 Закона:

«Статья 39. Нарушение авторского права и смежных прав

1. Физическое или юридическое лицо, которое не выполняет требований настоящего Закона, является нарушителем авторского права и смежных прав.

2. Экземпляры произведения, записанного исполнения, фонограммы, передачи организации эфирного или кабельного вещания, изготовление, распространение или иное использование которых влечет за собой нарушение авторского права и смежных прав, являются контрафактными.

3. Контрафактными являются также экземпляры произведений, записанных исполнений, фонограмм, передач организаций эфирного или кабельного вещания, охраняемых в Республике Беларусь в соответствии с настоящим Законом и импортируемых без согласия правообладателей в Республику Беларусь.

4. Нарушение предусмотренных настоящим Законом авторского права и смежных прав влечет ответственность, предусмотренную законодательством Республики Беларусь.

5. Нарушением авторского права и смежных прав также являются:

любые действия, включая изготовление, импорт в целях распространения, или распространение (продажа, прокат) устройств, или предоставление услуг, которые осуществляются осознанно или при наличии достаточных оснований сознавать, что они без разрешения позволяют обходить или способствуют обходу любых технических средств, предназначенных для защиты авторских или смежных прав, предоставляемых настоящим Законом, и основной коммерческой целью или основным коммерческим результатом которых является обход таких средств;

устранение или изменение любой электронной информации об управлении правами без разрешения правообладателя;

распространение, импорт с целью распространения, передача в эфир, сообщение для всеобщего сведения без разрешения правообладателя произведений, записанных исполнений, фонограмм, передач организаций эфирного или кабельного вещания, в отношении которых без разрешения правообладателя была устранена или изменена электронная информация об управлении правами.

6. Любые экземпляры произведения, записанного исполнения, фонограммы, передачи организации эфирного или кабельного вещания, с которых без разрешения правообладателя устранена или на которых изменена информация об управлении правами или которые без разрешения правообладателя изготовлены с помощью любых незаконно используемых устройств, указанных в абзаце втором пункта 5 настоящей статьи, считаются контрафактными в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи.»

Норма пункта 1 ст.39 Закона, требующая признавать нарушителем авторского права и смежных прав любое лицо, не выполняющее требований Закона, сформулирована в значительной степени некорректно, поскольку допускает расширительное толкование. Нарушителем авторского права или смежных прав должно признаваться лицо, совершившее действия, нарушающие исключительные авторские или смежные права либо личные неимущественные права автора или исполнителя. Признаваться нарушителем лицо должно в рамках конкретного охранительного правоотношения, при этом признаваться не априори, а на основании решения суда.

Пункт 2 комментируемой статьи называет критерии признания контрафактными экземпляров произведения, записанного исполнения, фонограммы, передачи организации эфирного или кабельного вещания.

Основное назначение нормы, посвященной контрафактной продукции, состоит в том, что признание за продукцией, содержащей объекты права интеллектуальной собственности и выпущенной в гражданский оборот с нарушением исключительных прав правообладателя, статуса контрафактной позволяет отграничить ее от аналогичной продукции, находящейся в обороте правомерно, и применить к контрафактной продукции определенные законодательством процедуры, направленные на ее изъятие из оборота.

Слово «контрафактный» происходит от английского **counterfeit** – поддельный, фальшивый. Первое легальное определение контрафактной продукции было приведено в

законе “Об авторском праве и смежных правах” 1996 г. - в нем контрафактными признавались экземпляры произведений или фонограмм, изготовление или импорт которых влекли нарушение авторского права и смежных прав. В Законе контрафактными признаются экземпляры произведения, записанного исполнения, фонограммы, передачи эфирного или кабельного вещания, изготовление, распространение или иное использование которых влечет за собой нарушение авторского права и смежных прав; контрафактными также признаются экземпляры произведений, фонограмм, записей исполнений и передач, охраняемых в Беларуси и импортируемых в республику без согласия правообладателей. Таким образом, в действующей редакции Закона не только расширен круг объектов авторского права и смежных прав, экземпляры которых могут признаваться контрафактными, но и указаны дополнительные основания для признания указанных экземпляров контрафактными.

Условием признания экземпляров произведений и объектов смежных прав контрафактными является то, что их изготовление и (или) введение в гражданский оборот должно влечь нарушение авторского права или смежных прав. Определение контрафактных экземпляров как экземпляров, изготовленных, распространяемых или используемых с нарушением авторского права и смежных прав, также нельзя назвать удачным; понятие авторского права и смежного права исполнителя наряду с имущественными правами включает и права личные неимущественные (право авторства, право на имя, право на защиту произведения или исполнения от искажений), в связи с чем с точки зрения буквы Закона контрафактными должны признаваться и те экземпляры произведений и фонограмм, в которых нарушены личные неимущественные права авторов или исполнителей (на кассете или компакт-диске не указано имя исполнителя, в книге допущены искажения авторского текста и т.п.), что, в свою очередь, расходится с назначением норм Закона, касающихся контрафактной продукции, – защитить имущественные интересы правообладателей путем изъятия из оборота неправомерно выпущенной продукции.

Экземпляры произведений, записанных исполнений, фонограмм и передач организаций вещания могут быть отнесены к категории контрафактных в связи с нарушением права на распространение. Распространением с точки зрения Закона является продажа или иной переход права собственности на эти экземпляры. Однако в отношении исключительного права на распространение действует принцип исчерпания, который состоит в том, что правомерно изготовленные и введенные в гражданский оборот экземпляры могут в дальнейшем распространяться без согласия правообладателя, т.е. становятся обычным товаром.

Контрафактными могут также быть признаны экземпляры произведений, записанных исполнений, фонограмм, передач организаций вещания, импортируемых в Республику Беларусь без согласия правообладателей. Исключительные авторские и смежные права имеют территориальный характер. Это означает, что территория распространения правомерно изготовленных экземпляров произведений и фонограмм определяется правообладателем при введении их в гражданский оборот. Именно поэтому экземпляры произведения, не являющиеся контрафактными в одном государстве, попадая на территорию другого государства могут стать контрафактными, если правообладатель, определяя условия выпуска произведений или фонограмм в свет, не назвал в условиях лицензии территорию этого государства.

С точки зрения определения, данного в п.2 комментируемой статьи, контрафактными могут быть признаны и правомерно произведенные и введенные в гражданский оборот экземпляры произведений и фонограмм, если их использование (сдача в прокат без разрешения правообладателя и т.п.) влекут нарушение авторского права и смежных прав.

В п.4 комментируемой статьи говорится о том, что нарушение авторского права и смежных прав влечет ответственность, предусмотренную законодательством Республики Беларусь.

Меры гражданско-правовой ответственности за нарушение авторского права и смежных прав определены в ст.40 Закона. Кроме того, при защите авторского права и смежных прав могут применяться нормы, содержащиеся в статьях 11 и 989 ГК.

Административная ответственность за нарушение авторского права и смежных прав в настоящее время определяется ст. 167⁹ КоАП⁷³, в соответствии с которой незаконное распространение или иное незаконное использование объектов авторского права, смежных прав влечет наложение штрафа в размере до пятидесяти минимальных заработных плат с конфискацией контрафактных экземпляров объектов авторского права, смежных прав, а также материалов и оборудования, используемых для их изготовления, или без конфискации. Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях от 21.04.2003 г.⁷⁴, сроки введения в действие которого пока неизвестны, в статье 9.21 предусматривает ответственность, дифференцированную в зависимости от субъекта правонарушения: незаконное распространение или иное использование объектов авторского права, смежных прав будет влечь наложение на физическое лицо штрафа в размере от 20 до 50 базовых величин, на индивидуального предпринимателя - до 100 базовых величин, а на юридическое лицо - до 300 базовых величин. При этом в качестве дополнительного взыскания во всех случаях может применяться конфискация предмета правонарушения. Очевидное отличие норм нового кодекса состоит в том, что он не допускает возможности конфискации предметов и оборудования, использовавшихся для изготовления контрафактных экземпляров.

Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав предусмотрена ст.201 УК. Часть 1 этой статьи устанавливает ответственность за присвоение авторства и принуждение к соавторству; однако при этом речь идет только об объектах права промышленной собственности. Часть 2 ст. 201 УК предусматривает ответственность за незаконное распространение или иное незаконное использование объектов авторского права, смежных прав, совершенные в течение года после наложения административного взыскания за такое же нарушение или сопряженные с получением дохода в крупном размере. Часть 3 ст.201 УК предусматривает квалифицированный состав (совершение деяния повторно, либо группой лиц по предварительному сговору, либо должностным лицом с использованием своих служебных полномочий, либо повлекшие причинение ущерба в крупном размере).

Норма п.5 комментируемой статьи приравнивает к нарушениям авторского права и смежных прав: импорт в целях распространения, распространение устройств, или

⁷³ Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях от 6.12.1984 г. № 4048-X // СЗ БССР. -1984. - № 35. -Ст.505.

⁷⁴ НРПА РБ. -2003. - № 63, 2/946.

предоставление услуг по использованию устройств, позволяющих обходить или способствующих обходу любых технических средств, предназначенных для защиты авторских или смежных прав; устранение или изменение любой электронной информации об управлении правами без разрешения правообладателя; использование произведений, записанных исполнений, фонограмм, передач организаций эфирного или кабельного вещания, в отношении которых без разрешения правообладателя была устранена или изменена электронная информация об управлении правами.

Термины «информация об управлении правами» и «технические устройства» определены в ст.4 Закона.

Подобное приравнивание действий, которые непосредственно не связаны с незаконным использованием объектов авторского права и смежных прав, к нарушениям этих прав, представляется методологически необоснованным; данные нормы практически не могут быть реализованы.

Закон приравнивает к контрафактным экземпляры произведения, записанного исполнения, фонограммы, передачи организации эфирного или кабельного вещания, с которых без разрешения правообладателя устранена или на которых изменена информация об управлении правами или которые без разрешения правообладателя изготовлены с помощью любых незаконно используемых устройств, позволяющих обходить или способствующих обходу любых технических средств, предназначенных для защиты авторских или смежных прав.

Вопросам защиты нарушенных авторских прав непосредственно посвящена норма ст.40 Закона «Об авторском праве и смежных правах». В законодательстве ввиду особенностей объекта общие способы защиты гражданских прав традиционно конкретизировались применительно к специфике защиты авторских прав. Раздел IV ГК 1964 г., определяя способы защиты авторских прав, устанавливал, что в случаях бездоговорного использования произведений, несоблюдения условий использования произведений без согласия автора (в тех случаях, когда законодательство допускало свободное использование охраняемых произведений при условии указания имени автора и источника заимствования), нарушения неприкосновенности произведения или иных личных неимущественных прав автор, а после смерти автора - его наследники могли требовать восстановления нарушенного права (внесения соответствующих исправлений, публикации в печати или иным способом о допущенном нарушении) либо запрещения выпуска произведения в свет или прекращения его распространения (ч. 1 ст. 495 ГК 1964 г.). Вместо наследников после смерти автора защиту неприкосновенности его произведения могли осуществлять также иные лица, специально уполномоченные автором либо организацией, на которые была возложена охрана авторских прав (ст. 478 ГК 1964 г.). Если же нарушением авторских прав автору или его правопреемникам были причинены убытки, то независимо от указанных выше требований восстановления нарушенного права и прекращения нарушения права автор или его правопреемники могли требовать возмещения убытков (ч. 2 ст. 495 ГК 1964 г.).

В практике защиты авторских прав на основании норм ГК 1964 г. чаще всего применялись следующие способы: признание права (если речь шла о признании авторства либо соавторства); восстановления положения, существовавшего до нарушения права, которое осуществлялось путем внесения соответствующих исправлений или сообщения в печати

о допущенном нарушении (если речь шла о нарушении личных неимущественных прав, преимущественно права на неприкосновенность произведения); пресечение неправомерных действий (если речь шла о бездоговорном использовании произведения, нарушении личных неимущественных прав); взыскание причиненных автору либо наследникам автора убытков. При этом размер убытков, причиненных нарушением авторских прав, в соответствии с п. 11 Постановления № 8 Пленума Верховного Суда СССР от 18.04.1986 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении споров, возникающих из авторских правоотношений»⁷⁵ определялся исходя из вознаграждения, которое причиталось бы автору при правомерном использовании его произведения. А поскольку в соответствии со ст. 502 ГК 1964 г. размер причитающегося автору вознаграждения определялся в пределах утверждаемых Советом Министров ставок, то возмещение убытков на практике сводилось к выплате автору вознаграждения в пределах действующих ставок, причем не всегда применялся их максимальный размер. Если же для какого-либо вида произведения или способа его использования ставки авторского вознаграждения не были установлены, размер убытков, причиненных автору бездоговорным использованием его произведения, в соответствии с указанным Постановлением Пленума Верховного Суда СССР определялся исходя из ставок вознаграждения, предусмотренных для аналогичных произведений и способов их использования.

Принятый в 1996 г. закон «Об авторском праве и смежных правах» внес значительные изменения в существовавшую практику гражданско-правовой защиты авторских прав. Это, в первую очередь, было обусловлено изменениями в объекте правовой охраны, выразившимися в новом содержании как имущественных, так и личных неимущественных авторских прав. Закон признал исключительные авторские и смежные права полноценным объектом гражданского оборота, позволив передавать эти права по договору; тем самым лицами, уполномоченными защищать исключительные права, стали не только авторы и их наследники, но и пользователи, получающие исключительные права по договору. В вопросе защиты прав закон «Об авторском праве и смежных правах» 1996 г. также предусматривал серьезные изменения, основное из которых состояло в том, что обладателю исключительных прав была предоставлена возможность по своему усмотрению использовать способы защиты, альтернативные возмещению убытков, - взыскания дохода, полученного нарушителем вследствие нарушения авторского права и смежных прав, или выплаты компенсации в сумме от 10 до 50 минимальных заработных плат. Ограничение максимального размера компенсации размером 50 минимальных заработных плат свело на нет эффективность компенсации как альтернативного способа защиты имущественных интересов правообладателя. Кроме того, в законе «Об авторском праве и смежных правах» 1996 г. впервые было сказано о возможности конфискации контрафактных экземпляров произведений и фонограмм.

Изложение закона «Об авторском праве и смежных правах» в новой редакции практически не изменило объект правовой охраны, за тем, однако, исключением, что среди имущественных прав автора вместо «права на передачу произведения по кабелю» появилось более широкое по своему значению «право на сообщение произведения для всеобщего сведения». Были внесены коррективы и в предусмотренные законом способы защиты в части, касающейся взыскания с нарушителя компенсации, - недоразумение, допущенное в первоначальной редакции, было исправлено и максимальный размер

⁷⁵ Бюллетень Верховного Суда СССР. -1986. -№ 3. -С.19.

компенсации был увеличен с 50 до 50 тысяч базовых величин. К нарушениям авторского права и смежных прав были приравнены любые действия по обходу технических средств защиты авторских и смежных прав, устранение или изменение электронной информации об управлении правами, а также распространение объектов авторского права и смежных прав с устраненной или измененной информацией об управлении правами. Конфискация контрафактных экземпляров произведений была определена как обязательная для суда, рассматривающего дело о защите авторского права или смежных прав.

В соответствии со ст.10 ГК защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, хозяйственный суд, третейский суд в соответствии с подведомственностью, установленной процессуальным законодательством. Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законодательством; Закон такой возможности не предусматривает.

Порядок судебной защиты авторского права в Республике Беларусь имеет ряд особенностей по сравнению с порядком защиты других гражданских прав.

Совместное постановление пленумов Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 22.06.2000 г. № 4/3 «О разграничении подведомственности дел между общими и хозяйственными судами»⁷⁶ предусматривает, что Верховному Суду подведомственны дела по спорам, вытекающим из применения законодательства, регулирующего имущественные и личные неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и использованием объектов интеллектуальной собственности, а также дела по жалобам на решения Апелляционного совета патентной экспертизы при патентном органе.

В соответствии со ст. 45 ГПК РБ Верховному Суду Республики Беларусь подсудны дела по спорам, вытекающим из применения законодательства, регулирующего имущественные и личные неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и использованием объектов интеллектуальной собственности. В составе Верховного Суда действует судебная коллегия по интеллектуальной собственности, которая рассматривает указанные споры по первой инстанции.

Из вышеизложенного следует, что рассмотрение споров, связанных с защитой авторского права и смежных прав, относится к исключительной подведомственности и подсудности Верховного Суда Республики Беларусь.

В то же время следует сказать о том, что отнесение данной категории споров к подведомственности общих судов независимо от субъектного состава спора, противоречит действующему законодательству. Согласно ст. 10 ГК защиту нарушенных или оспоренных прав осуществляют общий суд, хозяйственный суд, третейский суд в соответствии с подведомственностью, установленной процессуальным законодательством. Определение процессуального законодательства дано в Гражданском процессуальном и Хозяйственном процессуальном кодексах. Согласно ст.2 ГПК « ... судопроизводство по гражданским делам регулируется Конституцией Республики Беларусь, настоящим Кодексом и другими законодательными актами Республики

⁷⁶ НРПА РБ. -2000. - № 67, 6/248.

Беларусь». Согласно ст.5 ХПК «... судопроизводство в хозяйственных судах регулируется Конституцией Республики Беларусь, настоящим Кодексом, законами Республики Беларусь, декретами и указами Президента Республики Беларусь, а также международными договорами Республики Беларусь». Совместное постановление пленумов Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда, не являющееся законодательным актом, не относится к процессуальному законодательству и не может устанавливать подведомственность споров.

Именно процессуальным законодательством определяется подведомственность споров общим и хозяйственным судам. Согласно ст. 41 ХПК хозяйственный суд, если иное не установлено законодательными актами, разрешает в порядке приказного или искового производства возникающие из гражданских и иных правоотношений хозяйственные (экономические) споры и рассматривает иные дела, связанные с осуществлением предпринимательской или иной хозяйственной (экономической) деятельности юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями. В основу общих правил подведомственности дел системе хозяйственных судов положены два критерия: субъектный состав участников спора и характер спорного материального правоотношения.

Рассмотрение дел судебной коллегией по интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь имеет ряд процессуальных особенностей. Верховный Суд, рассматривая дела по первой инстанции, выносит решение, которое не подлежит кассационному обжалованию (ст. 399 ГПК) и вступает в силу с момента вынесения. Теоретически обжаловать решение судебной коллегии по патентным делам можно в порядке надзора. Однако протест могут принести только Председатель Верховного Суда, Генеральный прокурор и их заместители, при этом принесение протеста в порядке надзора для указанных лиц является правом, а не обязанностью. Кроме того, в ст. 440 ГПК не определена судебная инстанция, которая вправе рассматривать дела в порядке надзора по протестам на вступившее в силу решение судебной коллегии по патентным делам.

Размеры государственной пошлины за рассмотрение дел судебной коллегией по патентным делам Верховного Суда определены Указом Президента Республики Беларусь от 18.10.2000 г. № 559 «О государственной пошлине, взимаемой при подаче заявлений и жалоб в судебную коллегию по патентным делам Верховного суда Республики Беларусь»⁷⁷ и отличаются от пошлин, взимаемых за рассмотрение дел в других судах. С исковых заявлений имущественного характера взимается пошлина в размере 10% цены иска, а с исковых заявлений неимущественного характера или не подлежащих оценке с физического лица взимается пошлина в размере 20 базовых величин, с юридических лиц и организаций, не являющихся юридическими лицами, — в размере 50 базовых величин.

Нормы Закона «Об авторском праве и смежных правах» не дают четкого ответа на вопрос о том, кто вправе защищать авторское право или смежные права в случае их нарушения. Статья 40 Закона в качестве субъекта права на защиту называет правообладателя. При этом содержание понятия «правообладатель» в Законе не раскрывается. Если следовать логике п.1 ст. 25 Закона, устанавливающей, что «любая уступка имущественных прав должна оформляться письменным договором, подписываемым автором и лицом

⁷⁷ НРПА РБ. -2000. -№ 100, 1/1700.

(правообладателем), которому уступаются имущественные права», то «правообладателем» должно признаваться любое лицо, которому были по договору уступлены какие – либо имущественные права. Можно также провести сравнительный анализ норм пунктов 2 и 3 ст. 25 Закона, который позволяет говорить о том, что только передача по договору исключительных прав дает пользователю право запрещать подобное использование произведения другим лицам, т.е. защищать полученное по договору право. Однако все эти рассуждения позволяют сделать лишь предположение.

Решить вопрос о субъекте права на защиту исключительных авторских и смежных прав можно обратившись к нормам Гражданского кодекса, имеющим приоритет над нормами Закона. Статья 989 ГК называет в качестве защищаемого объекта исключительные права, из чего можно сделать вывод о том, что субъектом права на защиту является обладатель исключительных прав, как первоначальных, так и производных – полученных по договору или в порядке наследования либо универсального правопреемства.

В качестве обладателя исключительных авторских прав, и, соответственно, субъекта права на их защиту в соответствующих случаях могут выступать:

- автор;
- наследники автора;
- издатели периодических изданий, научных сборников и энциклопедических словарей - в отношении изданий в целом;
- наниматели – в отношении служебных произведений при отсутствии между автором и нанимателем договора, предусматривающего сохранение исключительных прав за автором;
- производители аудиовизуальных произведений - в случае привлечения авторов к созданию фильма на договорной основе и отсутствии в этих договорах условий о сохранении исключительных прав на фильм за авторами, а также киностудии и телестудии, авторское право которых возникло на основании норм ГК РБ 1964 г.;
- лица, получившие исключительные авторские права по договору с автором, правопреемником автора или иным обладателем авторского права.

Обладателями исключительных смежных прав являются исполнители, производители фонограмм, а также организации эфирного и кабельного вещания. Кроме первоначальных обладателей, защищать исключительные смежные права могут лица, которым это право было уступлено, передано на основании договора об исключительной лицензии либо перешло в порядке наследования или правопреемства.

Обладателем личных неимущественных авторских прав и лицом, управомоченным их защищать, является автор. После смерти автора защиту его личных неимущественных прав (права авторства, права на имя, права на защиту репутации автора) осуществляют либо специально указанное автором лицо либо, при отсутствии такого лица, наследники автора, либо специально уполномоченный орган государства. Раньше таковым специально уполномоченным органом был Комитет по авторским и смежным правам при Министерстве юстиции. Действующее же законодательство не позволяет однозначно определить, какой орган осуществляет охрану личных неимущественных прав в отношении произведений, перешедших в общественное достояние. Реализация государственной политики в области охраны прав на объекты интеллектуальной собственности возложена на Государственный комитет по науке и технологиям Республики Беларусь. Однако Положение об этом комитете, утвержденное

постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15.03.2004 г. № 282⁷⁸, не называет в числе его функций защиту личных неимущественных авторских и смежных прав. Поэтому можно говорить о том, что в настоящее время упоминающийся в Законе «специально уполномоченный орган государства» в законодательстве не определен.

Способы защиты гражданских прав определены в ст. 11 ГК, согласно которой Защита гражданских прав осуществляется путем:

- 1) признания права;
- 2) восстановления положения, существовавшего до нарушения права;
- 3) пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения;
- 4) признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности, установления факта ничтожности сделки и применения последствий ее недействительности;
- 5) признания недействительным акта государственного органа или органа местного управления и самоуправления;
- 6) самозащиты права;
- 7) присуждения к исполнению обязанности в натуре;
- 8) возмещения убытков;
- 9) взыскания неустойки;
- 10) компенсации морального вреда;
- 11) прекращения или изменения правоотношения;
- 12) неприменения судом противоречащего законодательству акта государственного органа или органа местного управления и самоуправления;
- 13) иными способами, предусмотренными законодательством.

Дополнительно к общим способам защиты гражданских прав ст. 989 ГК называет способы, которыми может осуществляться защита исключительных прав:

- 1) изъятие материальных объектов, с помощью которых нарушены исключительные права, и материальных объектов, созданных в результате такого нарушения;
- 2) обязательная публикация о допущенном нарушении с включением в нее сведений о том, кому принадлежит нарушенное право;
- 3) иные способы, предусмотренные законом.

Закон отчасти повторяет приведенный Гражданском кодексе перечень возможных способов защиты, а также дополняет его. При этом приведенный в комментируемой статье Закона перечень способов защиты не ограничивает авторов и иных обладателей авторского права и смежных прав в возможности применять также и те способы защиты, которые не названы в Законе, но предусмотрены ст.11 и ст.989 ГК.

В случае нарушения авторского права или смежных прав его обладатель может воспользоваться не любым, а вполне определенным способом защиты; способ защиты нарушенного права предопределяется содержанием нарушенного права и характером нарушения. Неимущественный характер личных прав автора и исполнителя предопределяет и возможные способы их защиты. В частности, при нарушении личных неимущественных прав нельзя требовать от нарушителя возмещения убытков в виде упущенной выгоды или выплаты компенсации. В то же время такой способ защиты как

⁷⁸ НРПА РБ. -2004. -№53, 5/13978.

компенсация морального вреда применим только для защиты личных неимущественных прав.

Необходимость применения такого способа защиты как признание права возникает в том случае, когда подвергается сомнению наличие у лица авторского или смежного права как такового либо на обладание авторским правом в отношении одного произведения или смежным правом в отношении одного объекта претендуют несколько лиц. Неопределенность в вопросе о том, кому принадлежит авторское или смежное право, может привести к невозможности его осуществления. Требование признания права, по общему правилу, реализуется в юрисдикционном порядке. Необходимость признания права возникает чаще всего тогда, когда существует спор между несколькими субъектами о принадлежности авторского или смежного права и этот спор разрешается судом на основании иска субъекта, требующего признать это право за собой, ко всем остальным субъектам, данный факт оспаривающим.

Возможен спор о признании права и в том случае, если отрицается охраноспособность произведения в качестве объекта авторского права, например в случае, если под сомнение ставится творческий характер деятельности по его созданию.

Восстановление положения, существовавшего до нарушения права, является универсальным способом защиты любого гражданского права. Данный способ защиты применяется в тех случаях, когда нарушенное авторское право или смежные права не прекращают своего существования и могут быть реально восстановлены путем устранения последствий нарушения. Традиционно под восстановлением положения, существовавшего до нарушения права, понималось внесение соответствующих исправлений в выпущенное в свет произведение, а также сообщение в печати о допущенном нарушении. Чаще всего это связано с делами о защите личных неимущественных прав – права авторства, права на имя и права на защиту репутации автора.

Такой способ защиты, как пресечение действий, нарушающих право, может применяться только в тех случаях, когда нарушение авторского права или смежных прав носит длящийся характер.

Как и признание права, данный способ может применяться в сочетании с другими способами защиты, такими, как взыскание убытков и компенсация морального вреда, или иметь самостоятельное значение. Например, в случае бездоговорного использования произведения обладатель исключительного авторского права может потребовать как запрещения дальнейшего неправомерного использования, так и возмещения убытков.

Особое значение имеет предоставление обладателям авторского права и смежных прав возможности пресекать не только свершившееся и длящееся нарушение, но также возможность предотвращать нарушение, пресекая действия, создающие реальную его угрозу. Поэтому обращение с иском о пресечении действий, создающих угрозу нарушения права, возможно уже тогда, когда ответчик еще только осуществляет приготовление к использованию объекта авторского права или смежных прав, которое будет связано с нарушением этих прав, например, осуществляет редакционную подготовку книги к изданию без заключения авторского договора или с внесенными без согласия автора изменениями, искажающими произведение.

Если обладателю исключительных авторских или смежных прав нарушением причинены убытки, то он может потребовать их возмещения. Убытки по данной категории дел в подавляющем большинстве случаев выражаются не в виде реального ущерба (исключение может составить, например, уничтожение оригинала произведения изобразительного искусства), а в виде неполученных доходов от возможного правомерного использования произведения или объекта смежных прав. Поэтому механизм определения размера убытков, причиненных нарушением авторского права, принципиально не отличается от механизма определения любых иных убытков, выражающихся в виде упущенной выгоды. Если убытки причинены автору или наследникам автора, то эти убытки выражаются в виде неполученного авторского вознаграждения, размер которого может определяться на основании ранее заключавшихся договоров на использование данного произведения; исходя из полученных предложений других субъектов, желающих правомерно использовать данное произведение; исходя из размеров авторского вознаграждения, выплачиваемого нарушителем другим авторам за право использования аналогичных произведений и т.п. При этом в качестве минимального ориентира должны использоваться утвержденные Правительством минимальные ставки авторского вознаграждения (см. пункт 9 комментария к ст.26 Закона). Если убытки причинены правообладателю - субъекту хозяйствования, то они могут определяться в виде разницы между экономически обоснованным размером предполагаемой выручки от использования объекта нарушенного права и связанными с этим использованием издержками (затратами).

Основанием для предъявления требования о возмещении убытков является факт нарушения исключительного авторского или смежного права. Если исходить из того, что исключительное авторское или смежное право предполагает возможность обладателя этого права осуществлять определенные действия по использованию объекта права (тиражировать, публично исполнять, сообщать для всеобщего сведения и т.п.), то фактом нарушения следует считать аналогичные действия, осуществляемые другим лицом без разрешения правообладателя. Данное правило сформулировано в ст.983 ГК: использование другими лицами объектов интеллектуальной собственности, в отношении которых их правообладателю принадлежит исключительное право, допускается только с согласия правообладателя. Это согласие правообладателя оформляется договором. Иными словами, фактом нарушения исключительного авторского или смежного права является осуществленное без заключения договора действие по использованию произведения или объекта смежных прав, если только такое не санкционированное правообладателем использование не относится к предусмотренным Законом случаям допускаемого свободного использования.

Требование возмещения убытков связано с тем, что обладателю исключительных авторских или смежных прав необходимо доказать факт нарушения его прав, наличие убытков (которые чаще всего выражаются только в виде упущенной выгоды), их размер и причинно-следственную связь между нарушением прав и возникшими убытками. Поэтому Закон, идя навстречу правообладателю, предусмотрел, что вместо убытков обладатель авторских или смежных прав может требовать взыскания полученного нарушителем дохода. В литературе под доходом, полученным нарушителем, предлагается понимать разницу между выручкой, полученной от торговли, оказания услуг, выполнения работ, сопряженных с нарушением авторских или смежных прав, и расходами, связанными с незаконной деятельностью нарушителя. Однако следует обратить внимание на норму части второй п.2 ст.14 ГК, согласно которой лицо, право

которого нарушено, вправе требовать наряду с другими убытками возмещение упущенной выгоды в размере не меньшем, чем доходы, полученные нарушителем вследствие нарушения права. Таким образом, такой способ защиты как возмещение доходов нарушителя утратил свою актуальность, поскольку в силу ст. 14 ГК охватывается общим понятием возмещения убытков.

Обладатель исключительных авторских или смежных прав может воспользоваться еще одним альтернативным способом защиты своих имущественных интересов и потребовать от нарушителя выплаты компенсации в сумме от 10 до 50 тысяч базовых величин, определяемой судом, вместо возмещения убытков или возмещения дохода с учетом существа правонарушения. Последний способ защиты имущественных интересов правообладателя является наиболее эффективным, поскольку норма Закона сформулирована таким образом, что требование возмещения компенсации может предъявляться в тех случаях, когда обладатель исключительных авторских или смежных прав не смог или не захотел определить размер понесенных им в результате нарушения его прав убытков, а также если нарушитель не получил доходов или их размер не удалось установить. Обзор судебной практики подтверждает данный тезис, - требование возмещения с нарушителя компенсации в размере, определяемом в базовых величинах, является самым распространенным способом защиты нарушенных имущественных авторских прав. Комментируемая статья Закона предусматривает возможность возмещения компенсации вместо возмещения убытков или возмещения полученного нарушителем дохода. В силу прямого указания Закона обладатель исключительного авторского или смежного права выбирает один из возможных способов защиты своих имущественных интересов по своему усмотрению.

Следует обратить внимание на правовую природу компенсации, возмещаемой за нарушение авторских и смежных прав. Как отмечают многие исследователи, предусмотренный Законом институт компенсации заимствован из англо-саксонской системы права, где он действует в форме штрафных убытков. Именно поэтому применение института компенсации за нарушение права – понятия, неизвестного континентальному праву, исходящему из эквивалентно-возмездного характера гражданских правоотношений, не стыкуется с основополагающими принципами отечественной правовой системы.

Норма о выплате компенсации сформулирована таким образом, что допускает различные толкования. Большинство ученых-цивилистов, исходя из эквивалентно-возмездного характера гражданских правоотношений, указывают на недопустимость применения мер гражданской ответственности, приводящей к неосновательному обогащению потерпевшего за счет нарушителя. Именно поэтому абсолютно справедливым является предложение о том, что размер возмещаемой с нарушителя компенсации должен быть соразмерен понесенным правообладателем убыткам. Этим гражданско-правовое воздействие на нарушителя права и должно ограничиться, а дополнительные санкции в отношении нарушителя в целях предупреждения подобных нарушений в будущем, охраны правопорядка и т.п. должно осуществляться мерами административной и уголовной ответственности. Однако до тех пор, пока принцип соразмерности возмещаемой с нарушителя компенсации понесенным правообладателем убыткам не станет нормой закона, суд будет определять размер компенсации произвольно, прикрываясь стандартными формулировками: «с учетом характера допущенного ответчиком нарушения» или «учитывая затруднительное финансовое положение

ответчика...». К слову, в проекте Закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах»⁷⁹ предполагалось внести изменения в ст.40 Закона, предусмотрев, что требование о взыскании компенсации должно удовлетворяться судом в только в том случае, если определение размера убытков или полученного нарушителем дохода не представляется возможным.

Еще одной серьезной проблемой, связанной с применением компенсации как способа защиты исключительных авторских и смежных прав, является складывающаяся судебная практика взыскания ее с лиц, доказывающих отсутствие своей вины в нарушении этих прав. Общепринятым принципом гражданского права является то, что условием привлечения к ответственности является вина, а случаи ответственности без вины являются исключением и должны быть прямо предусмотрены в законе. Закон «Об авторском праве и смежных правах» не говорит об условиях наступления ответственности за нарушения авторского права и смежных прав. Однако это не означает, что ответственность может наступать без вины; умолчание законодателя об условиях ответственности за нарушение исключительного права следует рассматривать как пробел в правовом регулировании, требующим в соответствии со ст.5 ГК применения аналогии закона или аналогии права. Если специальные правила применения мер ответственности за нарушения исключительного права законодателем не установлены, то подлежат применению общие правила об ответственности за причинение вреда. Более того, необходимость применения правил об ответственности за причинение вреда в буквальном смысле слова лежит на поверхности, поскольку используемое в гражданском праве понятие вреда означает «всякое умаление личного или имущественного блага». Именно в качестве деликта рассматривают нарушения авторских и смежных прав ведущие теоретики.

Согласно п.2 ст.933 ГК лицо, причинившее вред, освобождается от его возмещения, если докажет, что вред причинен не по его вине. Поэтому в отношении лиц, допустивших невинное нарушение исключительных прав, должны применяться только меры защиты (требование о пресечении действий, нарушающих право, о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права), но не меры ответственности. Однако, как мы видим, судебная практика пошла в другом направлении. И судя по всему, до тех пор, пока в законодательстве об авторском праве и смежных правах не будет четко закреплён принцип применения мер гражданско-правовой ответственности при наличии вины нарушителя, рассматривающая такие дела судебная коллегия по патентным делам Верховного Суда Республики Беларусь не будет заниматься анализом правовой природы возникающих правоотношений и будет возлагать ответственность просто в силу факта совершения действия, нарушающего право.

Следует обратить внимание на то, как Закон устанавливает ее минимальный размер. Если исходить из лингвистического толкования данной нормы, то он должен составлять 10 тысяч базовых величин. Однако судебная практика пошла по пути игнорирования допущенной законодателем оплошности, однозначно толкуя данную норму как возможность правообладателя потребовать компенсацию в размере от 10 базовых величин до 50 тысяч базовых величин. Следовательно, если автор или иной обладатель авторского права или смежных прав выбирает именно этот способ возмещения

⁷⁹ Внесенный в 2004 г. в Палату представителей законопроект был в начале 2005 г. отозван Правительством для доработки.

нанесённого в результате нарушения прав материального ущерба, размер компенсации не может быть менее 10 базовых величин даже при самом незначительном нарушении.

Такой способ защиты гражданских прав, как компенсация морального вреда, состоит в возложении на нарушителя обязанности по выплате обладателю авторского права денежной компенсации за физические или нравственные страдания, которые последний испытывает в связи с нарушением его прав. Особенностью применения данного способа защиты является то, что требование о компенсации морального вреда может быть заявлено только физическими лицами в связи с нарушением их личных неимущественных прав. По своей правовой природе требование компенсации морального вреда относится к мерам ответственности, поэтому условием его применения является наличие вины нарушителя права.

В настоящее время право требовать компенсацию морального вреда предусмотрено ст. 152 ГК, которая устанавливает, что «... если гражданину причинен моральный вред (физические или нравственные страдания) действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, а также в иных случаях, предусмотренных законодательством, гражданин вправе требовать от нарушителя денежную компенсацию указанного вреда». В силу прямого указания закона (ст. 968 ГК) моральный вред, причиненный действиями, нарушающими имущественные права гражданина, подлежит компенсации только в тех случаях, когда это предусмотрено законодательными актами.

В процессе защиты исключительных авторских и смежных прав особое место занимает изъятие из гражданского оборота контрафактных экземпляров. Выделять изъятие контрафактных экземпляров в самостоятельный способ защиты авторских прав будет методологически неверно, поскольку действия по устранению из гражданского оборота вещей, появившихся в результате нарушения права, являются одним из вариантов реализации требования о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права. Тем не менее, данный вариант защиты авторских и смежных прав заслуживает отдельного рассмотрения.

Как следует из данного в ст. 39 Закона определения, контрафактными являются экземпляры объектов авторского права и смежных прав, если их изготовление, распространение или иное использование является нарушением соответственно авторского права или смежных прав. Кроме того, к контрафактным относятся экземпляры произведений и фонограмм, импортируемые в Республику Беларусь без согласия правообладателей, а также экземпляры с удаленной или измененной без разрешения правообладателя информацией об управлении правами либо изготовленные при помощи устройств, позволяющих обходить используемые правообладателями технические средства защиты. Таким образом, критерием установления контрафактности экземпляров произведений и объектов смежных прав является то, что их введение в гражданский оборот является нарушением авторского права и смежных прав. С точки зрения определения, данного в ст. 39 Закона, контрафактными могут быть признаны и правомерно произведенные и введенные в гражданский оборот экземпляры произведений и фонограмм, если их использование (например, сдача в прокат без разрешения правообладателя) влекут нарушение авторского права и смежных прав.

Признание экземпляров произведений или фонограмм контрафактными влечет их конфискацию. При этом предусмотренная Законом конфискация соответствует названному в ст.989 ГК «изъятию материальных объектов, созданных в результате нарушения исключительных прав».

Гражданско-правовая конфискация имеет определенные особенности. Согласно ст. 244 ГК в случаях, предусмотренных законодательными актами, имущество может быть конфисковано у собственника в виде санкции за совершение правонарушения. Таким образом, применение конфискации возможно только в отношении собственника контрафактных экземпляров, а лица, реализующие такую продукцию на основании договора комиссии, осуществляющие его хранение и т.п. не являются надлежащими ответчиками в споре о конфискации контрафактных экземпляров.

Однако остается вопрос о том, может ли конфискация применяться в отношении лиц, которые, являясь собственниками контрафактных экземпляров, непосредственно не связаны с их изготовлением. Если исходить из природы исключительного права и его абсолютного характера, можно говорить о том, что требование о конфискации контрафактных экземпляров как мера защиты может применяться в отношении любого лица, являющегося собственником контрафактных экземпляров и осуществляющего их введение в гражданский оборот (т.е. продавца).

Формулировка п.3 ст.40 Закона, согласно которой «... контрафактные экземпляры произведений, записанных исполнений, фонограмм, передач организаций эфирного или кабельного вещания подлежат обязательной конфискации по решению суда, рассматривающего дела о защите авторского права и смежных прав», заставляет задуматься о том, может ли суд принимать решение о конфискации, если подобное требование правообладателем не заявлено? Согласно ст. 298 ГПК суд, по общему правилу, не вправе по своей инициативе без согласия истца изменить предмет иска; ХПК вообще не содержит норм, позволяющих суду самостоятельно изменять предмет иска. Анализ сложившейся судебной практики позволяет говорить о том, что суды не принимают решения о конфискации контрафактных экземпляров, если истец не заявляет подобного требования.

В качестве меры дополнительной ответственности может применяться норма ч.2 п.3 ст. 40 Закона, которая дает суду право вынести решение о конфискации любых материалов и любого оборудования, используемых для изготовления контрафактной продукции, с обращением их в доход государства. Данная норма Закона является конкретизацией нормы ст.989 ГК о возможном изъятии материальных объектов, с помощью которых нарушены исключительные права, уточняя, что под изъятием понимается конфискация в доход государства.

Конфискованная у нарушителя контрафактная продукция может быть передана в собственность правообладателя. Данное требование должно быть обращено к суду и заявлено в рамках процесса, связанного с защитой авторского права или смежных прав.

Не востребованные правообладателями контрафактные экземпляры произведений, записанных исполнений, фонограмм, передач организаций вещания согласно п.5 ст.40 Закона подлежат уничтожению или переработке с обращением в доход государства. Закон не раскрывает понятия переработки контрафактных экземпляров. Можно

предположить, что переработкой должно признаваться любое изменение физических свойств материальных объектов, в которых воплощены произведения и объекты смежных прав, в результате которого они перестают быть контрафактными (размагничивание кассет и дискет, переработка во вторичное сырье и т.п.).

Согласно ст. 41 Закона «Об авторском праве и смежных правах» при рассмотрении дел о нарушении авторских прав суд выносит определение о запрещении ответчику совершать определенные действия (изготовление, продажу, импорт или иное использование, а также транспортировку, хранение или владение с целью выпуска в гражданский оборот экземпляров компьютерных программ, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, включая незаконное использование любых устройств, предназначенных для обхода применяемых правообладателями технических средств защиты. Суд также выносит определение о наложении ареста и изъятии всех экземпляров компьютерных программ, а также о наложении ареста на любые материалы и любое оборудование, предназначенные для их изготовления.

Мерами по обеспечению иска в гражданском судопроизводстве могут быть:

- 1) наложение ареста на имущество, в том числе на денежные суммы, принадлежащие ответчику и находящиеся у него или у других лиц;
- 2) запрещение ответчику совершать определенные действия;
- 3) запрещение другим лицам передавать имущество ответчику или выполнять по отношению к нему иные обязательства;
- 4) приостановление реализации имущества в случае предъявления иска об освобождении его от ареста;
- 5) приостановление взыскания по исполнительному документу, оспариваемому должником в судебном порядке.

Суд может допустить одновременно несколько мер обеспечения иска с тем, чтобы общая сумма обеспечения не превышала цены иска.

Статья 41 Закона «Об авторском праве и смежных правах» конкретизирует действия, которые могут быть осуществлены в порядке запрещения ответчику совершать определенные действия. Несмотря на то, что перечень действий, которые возможно запретить совершать ответчику, определен в Законе как исчерпывающий, истец исходя из обстоятельств дела может на основании нормы ст.255 ГПК требовать запретить ответчику совершать и иные действия.

В этой же статье конкретизируются полномочия суда по наложению ареста на продукцию, которая предполагается контрафактной, а также на материалы и оборудование, которые могут использоваться для производства контрафактной продукции, и устройства, используемые для обхода технических средств защиты авторского права и смежных прав. Однако при этом следует обратить внимание на то, что Гражданский процессуальный кодекс допускает возможность наложения ареста только на имущество, принадлежащее ответчику, а приведенный в ст.255 ГПК перечень возможных мер по обеспечению иска не может быть расширен другим законом.

Норма п.3 ст. 41 Закона «Об авторском праве и смежных правах» обязывает орган дознания, следователя и суд в рамках уголовного процесса принимать меры к обеспечению гражданского иска путем розыска и наложения ареста на предполагаемые

контрафактными экземпляры объектов авторского права и смежных прав, материалы и оборудование, предназначенные для их изготовления, а также незаконно используемые устройства, предназначенные для обхода технических средств защиты авторского права и смежных прав. При этом законодатель говорит о любых экземплярах, материалах, оборудовании и устройствах независимо от того, кому они принадлежат. Статья 132 УПК предусматривает, что в целях обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска, других имущественных взысканий или возможной конфискации имущества орган дознания, следователь, прокурор и суд вправе наложить арест на имущество подозреваемого, обвиняемого или лиц, несущих по закону материальную ответственность за их действия. Поэтому предполагаемые контрафактными экземпляры, а также использовавшиеся для их производства материалы и оборудование, не принадлежащие нарушителю авторского права и смежных прав или лицу, несущему материальную ответственность за его действия (например, нанимателю), в рамках уголовного процесса могут быть изъяты только как вещественные доказательства. Учитывая соотношение норм Закона и Уголовно-процессуального кодекса, необходимо отметить, что в целях обеспечения гражданского иска в уголовном деле о нарушении авторского права и смежных прав орган дознания, следователь, прокурор и суд могут осуществлять только те действия, которые предусмотрены ст.132 УПК.

6.2. Рекомендации по защите прав в административном порядке

Одним из возможных правовых инструментов защиты прав разработчиков компьютерных программ наряду с авторским правом может выступать правовой институт борьбы с недобросовестной конкуренцией.

Статья 10*bis* Парижской конвенции по охране промышленной собственности⁸⁰ обязывает участвующие в конвенции государства обеспечить эффективную защиту от недобросовестной конкуренции. Как подчеркивается в комментариях к Парижской конвенции, пресечение недобросовестной конкуренции было включено в нее как объект охраны промышленной собственности по той причине, что посягательства на права промышленной собственности (например, право на товарный знак, фирменное наименование, наименование места происхождения) зачастую являлись и актами недобросовестной конкуренции.⁸¹

Согласно ст. 10*bis* конвенции актом недобросовестной конкуренции является всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету: 1) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента; 2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента; 3) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

В настоящее время практически во всех странах с рыночной экономикой существует сложившаяся практика борьбы с недобросовестной конкуренцией; эта борьба с учетом специфики правовых систем осуществляется либо в рамках специального законодательства, либо основывается на общих принципах гражданской ответственности, либо строится на сочетании двух указанных подходов. При этом для многих государств характерно то, что в деле борьбы с недобросовестной конкуренцией особая роль отводится судебной практике, - судам предоставляется достаточная свобода в определении новых проявлений недобросовестной конкуренции, что дополняет основные ее формы, перечисленные в законодательстве.⁸²

Кроме того, в практике зарубежных стран в последнее время прослеживаются тенденции сближения норм законодательства о недобросовестной конкуренции с законодательством о защите прав потребителей; объясняется это тем, что потребители, прямо не участвуя в конкуренции, выступают в качестве объекта конкурентной борьбы.⁸³ Таким образом, современные нормы права, посвященные борьбе с недобросовестной конкуренцией,

⁸⁰ Публикация Всемирной организации интеллектуальной собственности № 201 (R). -Женева: ВОИС, 1990.

⁸¹ Г. Боденхаузен. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М.: Прогресс, 1977. С.34.

⁸² Введение в интеллектуальную собственность. С.259.

⁸³ Основные институты гражданского права зарубежных стран. М.: НОРМА, 1999. С.180.

выполняет триединую задачу охраны интересов конкурентов, охраны интересов потребителей и сохранения конкуренции в интересах широкой общественности.⁸⁴

В 1996 г. Всемирная организация интеллектуальной собственности опубликовала Модельные положения по защите от недобросовестной конкуренции⁸⁵, в которых был обобщен опыт различных государств и сформулирован перечень наиболее распространенных проявлений недобросовестной конкуренции, к числу которых были отнесены:

- 1) смешение в отношении другого субъекта хозяйствования или его деятельности;
- 2) причинение ущерба репутации другого лица;
- 3) введение потребителей в заблуждение;
- 4) дискредитация другого субъекта хозяйствования или его деятельности;
- 5) недобросовестная конкуренция в отношении секретной информации.

Вопрос защиты от недобросовестной конкуренцией не менее актуален и для белорусских субъектов хозяйствования - как в силу отсутствия устоявшихся традиций корректного поведения на рынке, так и в силу отсутствия какой-либо правоприменительной практики в этой области.

Первые нормы о борьбе с недобросовестной конкуренцией появились в отечественном законодательстве с принятием Гражданского кодекса 1998 г. В кодекс были включены статьи 1029 и 1030, согласно которым недобросовестная конкуренция не допускается, а лицо, допустившее недобросовестную конкуренцию, обязано прекратить противоправные действия, опубликовать опровержение распространенных сведений и действий, составляющих содержание недобросовестной конкуренции, а также возместить причиненные убытки. При этом в кодексе были названы несколько возможных форм недобросовестной конкуренции:

- 1) действия, способные вызвать смешение в отношении предприятий, товаров, работ, услуг или предпринимательской деятельности конкурентов;
- 2) ложные утверждения, способные дискредитировать предприятие, товары, работы, услуги или саму предпринимательскую деятельность конкурента;
- 3) введение в заблуждение в отношении качеств товаров, работ, услуг конкурента;
- 4) иные совершаемые при осуществлении предпринимательской деятельности действия, противоречащие требованиям кодекса и иных актов законодательства о конкуренции.

⁸⁴ Введение в интеллектуальную собственность. С.261.

⁸⁵ WIPO publication № 832 (E). Geneva, 1996.

Данное определение было практически дословно заимствовано из Парижской конвенции и, как водится, не было детализировано и адаптировано к отечественной правовой системе. Для решения существующей проблемы в 2002 г. были внесены дополнения в Закон РБ от 10.12.1992 г. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»⁸⁶ – закон был дополнен определением, а также отдельной главой, посвященной вопросам недобросовестной конкуренции.

Включение норм, посвященных защите от недобросовестной конкуренции, в антимонопольное законодательство заставляет еще раз обратить внимание на вопрос об их месте в правовой системе. То, что нормы о недобросовестной конкуренции изначально были включены в раздел V ГК «Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность)» вовсе не означает, что борьба с недобросовестной конкуренцией относится к объектам права интеллектуальной собственности, в целом, и к объектам права промышленной собственности, в частности, - она не названа ни в ст.980 ГК «Объекты интеллектуальной собственности», ни в ст.998 ГК «Объекты права промышленной собственности». Иными словами, включение главы 68 «Недобросовестная конкуренция» в раздел V ГК является искусственным, поскольку предметом правового регулирования ее норм являются не исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации участников гражданского оборота, а конкурентные отношения субъектов предпринимательской деятельности, и объясняется лишь буквальным следованием Парижской конвенции без учета тех исторических реалий, при которых недобросовестная конкуренция была причислена к категории промышленной собственности.

Гораздо более органично нормы о недобросовестной конкуренции вписались в Закон «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» (далее – Закон), поскольку в рамках одного нормативного акта законодатель решает две взаимосвязанные задачи - защищает конкурентные отношения, с одной стороны, от проявлений монополистической деятельности, а с другой - от иных злоупотреблений конкурентов.

Таким образом, действующее законодательство о недобросовестной конкуренции является двухуровневым и состоит из норм главы 68 ГК, содержащей общие положения, и норм Закона, детализирующие эти общие положения. При этом нормы ГК имеют приоритет над нормами Закона, что принципиально важно для разрешения коллизий, о которых мы будем говорить в дальнейшем.

Согласно включенному в ст.1 Закона определению недобросовестной конкуренцией признаются **любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат Закону, требованиям добросовестности и разумности и могут причинить или причинили убытки конкурентам либо нанести ущерб их деловой репутации.**

Что следует из определения, данного в Законе? Во-первых, понятие недобросовестной конкуренции применимо только в отношении хозяйствующих субъектов, **являющихся конкурентами.** Конкурентами согласно ст. 1 Закона признаются хозяйствующие субъекты,

⁸⁶ НРПА РБ, 2002 г., № 138, 2/902.

осуществляющие предпринимательскую деятельность на одном и том же товарном рынке. Под хозяйствующими субъектами в Законе понимаются физические и юридические лица, иные субъекты гражданского права, осуществляющие предпринимательскую деятельность или имеющие право на это.

Во-вторых, к категории недобросовестной конкуренции могут относиться только активные действия хозяйствующего субъекта. Бездействие, даже если оно приносит выгоду субъекту, причиняя убытки его конкуренту, недобросовестной конкуренцией формально не является.

Из определения также можно выделить три признака, одновременное наличие которых необходимо для признания какого-либо действия недобросовестной конкуренцией:

1) действия конкурента должны быть направлены на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности. Поскольку целью осуществления предпринимательской деятельности является извлечение прибыли (ст.1 ГК), то можно предположить, что преимуществами по отношению к конкурентам должно признаваться все, что приводит к получению прибыли в большем размере, в первую очередь за счет меньших издержек в производстве и продвижении своих товаров (работ, услуг), а также за счет препятствий реализации товаров (работ, услуг) конкурентов;

2) действия конкурента должны противоречить требованиям Закона «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции», который, в свою очередь, требует соблюдения и иных актов законодательства о конкуренции, а также «требованиям добросовестности и разумности». Сразу же отметим, что противоречие действий хозяйствующего субъекта требованиям Закона и иных актов законодательства может быть установлено судом как объективный факт, а вот добросовестность и разумность являются категориями оценочными. И так как в соответствии со ст.2 ГК добросовестность и разумность участников гражданских правоотношений предполагается, поскольку не установлено иное, бремя доказывания такого несоответствия, и что более важно, определения критериев добросовестности и разумности применительно к конкретной ситуации, ляжет на хозяйствующего субъекта, защищающего себя от недобросовестной конкуренции;

3) действия конкурента причинили или создали угрозу причинения убытков или ущерба деловой репутации хозяйствующего субъекта. Бремя доказывания наличия убытков либо реальной угрозы их возникновения, а также причинно-следственной связи с действиями конкурента, также ляжет на лицо, защищающееся от недобросовестной конкуренции.

Данное в Законе определение представляется крайне неудачным, поскольку, во-первых, рассматривает недобросовестную конкуренцию только как действия, при этом требует, чтобы эти действия были направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности, и, во-вторых, называет условием признания действий хозяйствующего субъекта актом недобросовестной конкуренции не только их противоречие данному Закону, но еще и требованиям добросовестности и разумности. Последнее заслуживает особого внимания, поскольку практически сводит на нет основную цель использования в определении недобросовестной конкуренции критериев добросовестности и разумности, - дать возможность признавать актами недобросовестной конкуренции и те действия,

которые не перечислены в Законе. К слову, именно такой подход заложен в упоминавшихся нами Модельных положениях по защите от недобросовестной конкуренции, - актом недобросовестной конкуренции должны признаваться любые, помимо перечисленных, действие или практика в рамках производственной или коммерческой деятельности, которые противоречат «честной практике».

Включенное в Закон определение уже дало повод для утверждений о том, что противоречие обычаям делового оборота или требованиям добрых нравов, разумности и справедливости необходимо для признания недобросовестной конкуренцией даже тех действий, которые названы в Законе.⁸⁷ С одной стороны, совершение субъектом хозяйствования действий, противоречащих требованиям законодательства, само по себе должно признаваться противоречащим требованиям разумности и справедливости. Но это только в теории. Если же на практике поставить возможность субъекта защищать себя от недобросовестной конкуренции в зависимости от того, сможет ли он доказать несоответствие действий конкурента этим самым требованиям добросовестности и разумности, что, как мы уже говорили, является категорией субъективной и оценочной, это на практике может значительно снизить эффективность борьбы с проявлениями недобросовестной конкуренции.

Системный анализ законодательства не дает оснований для такого толкования. Статья 1029 ГК, устанавливая недопустимость недобросовестной конкуренции, ограничивается перечислением составляющих ее действий, а также требует признавать недобросовестной конкуренцией **и другие действия**, противоречащие требованиям актов законодательства о конкуренции; при этом кодекс не предусматривает каких-либо дополнительных условий, которые необходимо соблюдать для пресечения названных в ГК и Законе проявлений недобросовестной конкуренции. Налицо коллизия, которая решается в пользу норм ГК. Поэтому данное в Законе определение недобросовестной конкуренции необходимо в целом рассматривать через призму норм кодекса: для признания каких-либо действий недобросовестной конкуренцией достаточно того, чтобы эти действия были прямо названы в качестве недобросовестной конкуренции в ГК и Законе, и только в тех случаях, когда какие-либо действия непосредственно не названы в законодательстве, для их отнесения к недобросовестной конкуренции необходимо обращаться к указанному определению и оценивать действия. Первые нормы о борьбе с недобросовестной конкуренцией появились в отечественном законодательстве с принятием Гражданского кодекса 1998 г. В кодекс были включены статьи 1029 и 1030, согласно которым недобросовестная конкуренция не допускается, а лицо, допустившее недобросовестную конкуренцию, обязано прекратить противоправные действия, опубликовать опровержение распространенных сведений и действий, составляющих содержание недобросовестной конкуренции, а также возместить причиненные убытки. При этом в кодексе были названы несколько возможных форм недобросовестной конкуренции:

1) действия, способные вызвать смешение в отношении предприятий, товаров, работ, услуг или предпринимательской деятельности конкурентов;

⁸⁷ См. напр.: **И.В. Попова**. Пресечение недобросовестной конкуренции: перспективы применения в Республике Беларусь // Право Беларуси, 2003 г., № 23, с.63.

2) ложные утверждения, способные дискредитировать предприятие, товары, работы, услуги или саму предпринимательскую деятельность конкурента;

3) введение в заблуждение в отношении качеств товаров, работ, услуг конкурента;

4) иные совершаемые при осуществлении предпринимательской деятельности действия, противоречащие требованиям кодекса и иных актов законодательства о конкуренции.

Данное определение было практически дословно заимствовано из Парижской конвенции и, как водится, не было детализировано и адаптировано к отечественной правовой системе. Для решения существующей проблемы в 2002 г. были внесены дополнения в Закон РБ от 10.12.1992 г. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»⁸⁸ – закон был дополнен определением, а также отдельной главой, посвященной вопросам недобросовестной конкуренции.

Включение норм, посвященных защите от недобросовестной конкуренции, в антимонопольное законодательство заставляет еще раз обратить внимание на вопрос об их месте в правовой системе. То, что нормы о недобросовестной конкуренции изначально были включены в раздел V ГК «Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность)» вовсе не означает, что борьба с недобросовестной конкуренцией относится к объектам права интеллектуальной собственности, в целом, и к объектам права промышленной собственности, в частности, – она не названа ни в ст.980 ГК «Объекты интеллектуальной собственности», ни в ст.998 ГК «Объекты права промышленной собственности». Иными словами, включение главы 68 «Недобросовестная конкуренция» в раздел V ГК является искусственным, поскольку предмет правового регулирования ее норм являются не исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации участников гражданского оборота, а конкурентные отношения субъектов предпринимательской деятельности, и объясняется лишь буквальным следованием Парижской конвенции без учета тех исторических реалий, при которых недобросовестная конкуренция была причислена к категории промышленной собственности.

Гораздо более органично нормы о недобросовестной конкуренции вписались в Закон «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» (далее – Закон), поскольку в рамках одного нормативного акта законодатель решает две взаимосвязанные задачи – защищает конкурентные отношения, с одной стороны, от проявлений монополистической деятельности, а с другой – от иных злоупотреблений конкурентов.

Таким образом, действующее законодательство о недобросовестной конкуренции является двухуровневым и состоит из норм главы 68 ГК, содержащей общие положения, и норм Закона, детализирующие эти общие положения. При этом нормы ГК имеют приоритет над нормами Закона, что принципиально важно для разрешения коллизий, о которых мы будем говорить в дальнейшем.

⁸⁸ НРПА РБ, 2002 г., № 138, 2/902.

Проблемы определения недобросовестной конкуренции

Согласно включенному в ст.1 Закона определению недобросовестной конкуренцией признаются **любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат Закону, требованиям добросовестности и разумности и могут причинить или причинили убытки конкурентам либо нанести ущерб их деловой репутации.**

Что следует из определения, данного в Законе? Во-первых, понятие недобросовестной конкуренции применимо только в отношении хозяйствующих субъектов, **являющихся конкурентами**. Конкурентами согласно ст. 1 Закона признаются хозяйствующие субъекты, осуществляющие предпринимательскую деятельность на одном и том же товарном рынке. Под хозяйствующими субъектами в Законе понимаются физические и юридические лица, иные субъекты гражданского права, осуществляющие предпринимательскую деятельность или имеющие право на это.

Во-вторых, к категории недобросовестной конкуренции могут относиться только активные действия хозяйствующего субъекта. Бездействие, даже если оно приносит выгоду субъекту, причиняя убытки его конкуренту, недобросовестной конкуренцией формально не является.

Из определения также можно выделить три признака, одновременное наличие которых необходимо для признания какого-либо действия недобросовестной конкуренцией:

1) действия конкурента должны быть направлены на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности. Поскольку целью осуществления предпринимательской деятельности является извлечение прибыли (ст.1 ГК), то можно предположить, что преимуществами по отношению к конкурентам должно признаваться все, что приводит к получению прибыли в большем размере, в первую очередь за счет меньших издержек в производстве и продвижении своих товаров (работ, услуг), а также за счет препятствий реализации товаров (работ, услуг) конкурентов;

2) действия конкурента должны противоречить требованиям Закона «О противодействии монополистической деятельности и развитию конкуренции», который, в свою очередь, требует соблюдения и иных актов законодательства о конкуренции, а также «требованиям добросовестности и разумности». Сразу же отметим, что противоречие действий хозяйствующего субъекта требованиям Закона и иных актов законодательства может быть установлено судом как объективный факт, а вот добросовестность и разумность являются категориями оценочными. И так как в соответствии со ст.2 ГК добросовестность и разумность участников гражданских правоотношений предполагается, поскольку не установлено иное, бремя доказывания такого несоответствия, и что более важно, определения критериев добросовестности и разумности применительно к конкретной ситуации, ляжет на хозяйствующего субъекта, защищающего себя от недобросовестной конкуренции;

3) действия конкурента причинили или создали угрозу причинения убытков или ущерба деловой репутации хозяйствующего субъекта. Бремя доказывания наличия убытков либо

реальной угрозы их возникновения, а также причинно-следственной связи с действиями конкурента, также ляжет на лицо, защищающееся от недобросовестной конкуренции.

Данное в Законе определение представляется крайне неудачным, поскольку, во-первых, рассматривает недобросовестную конкуренцию только как действия, при этом требует, чтобы эти действия были направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности, и, во-вторых, называет условием признания действий хозяйствующего субъекта актом недобросовестной конкуренции не только их противоречие данному Закону, но еще и требованиям добросовестности и разумности. Последнее заслуживает особого внимания, поскольку практически сводит на нет основную цель использования в определении недобросовестной конкуренции критериев добросовестности и разумности, - дать возможность признавать актами недобросовестной конкуренции и те действия, которые не перечислены в Законе. К слову, именно такой подход заложен в упоминавшихся нами Модельных положениях по защите от недобросовестной конкуренции, - актом недобросовестной конкуренции должны признаваться любые, помимо перечисленных, действие или практика в рамках производственной или коммерческой деятельности, которые противоречат «честной практике».

Впрочем, включенное в Закон определение уже дало повод для утверждений о том, что противоречие обычаям делового оборота или требованиям добрых нравов, разумности и справедливости необходимо для признания недобросовестной конкуренцией даже тех действий, которые названы в Законе.⁸⁹ С одной стороны, совершение субъектом хозяйствования действий, противоречащих требованиям законодательства, само по себе должно признаваться противоречащим требованиям разумности и справедливости. Но это только в теории. Если же на практике поставить возможность субъекта защищать себя от недобросовестной конкуренции в зависимости от того, сможет ли он доказать несоответствие действий конкурента этим самым требованиям добросовестности и разумности, что, как мы уже говорили, является категорией субъективной и оценочной, это на практике может значительно снизить эффективность борьбы с проявлениями недобросовестной конкуренции.

Впрочем, системный анализ законодательства не дает оснований для такого толкования. Статья 1029 ГК, устанавливая недопустимость недобросовестной конкуренции, ограничивается перечислением составляющих ее действий, а также требует признавать недобросовестной конкуренцией **и другие действия**, противоречащие требованиям актов законодательства о конкуренции; при этом кодекс не предусматривает каких-либо дополнительных условий, которые необходимо соблюдать для пресечения названных в ГК и Законе проявлений недобросовестной конкуренции. Налицо коллизия, которая решается в пользу норм ГК. Поэтому данное в Законе определение недобросовестной конкуренции необходимо в целом рассматривать через призму норм кодекса: для признания каких-либо действий недобросовестной конкуренцией достаточно того, чтобы эти действия были прямо названы в качестве недобросовестной конкуренции в ГК и Законе, и только в тех случаях, когда какие-либо действия непосредственно не названы в законодательстве, для их отнесения к недобросовестной конкуренции необходимо обращаться конкурента с точки зрения добросовестности и разумности, направленности на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности и др.

⁸⁹ См. напр.: **И.В. Попова**. Пресечение недобросовестной конкуренции: перспективы применения в Республике Беларусь // Право Беларуси, 2003 г., № 23, с.63.

Ответственность за недобросовестную конкуренцию

Закон не содержит норм, устанавливающих ответственность за действия, составляющие недобросовестную конкуренцию. Поэтому хозяйствующий субъект, защищающий себя от недобросовестного конкурента, должен руководствоваться нормой ст. 1030 ГК, позволяющей требовать прекращения действий, составляющих недобросовестную конкуренцию, публикации опровержения распространенных сведений и совершенных действий, а также возмещения причиненных убытков. Данное требование может быть предъявлено в судебном порядке. Еще раз обратим внимание на то, что поскольку защита от недобросовестной конкуренции не является объектом права интеллектуальной собственности, данная категория дел подведомственна хозяйственным судам.

Включение норм о недобросовестной конкуренции в антимонопольное законодательство позволяет использовать и административный порядок защиты. Согласно ст.16 Закона антимонопольный орган, функции которого в настоящее время выполняет Департамент ценовой политики Министерства экономики⁹⁰, может выносить предписания о прекращении противоправной деятельности и об устранении возникших в результате этой деятельности вредных последствий. Неисполнение предписания антимонопольного органа может повлечь наложение штрафа в размере 10% дохода хозяйствования за год, предшествующий совершению правонарушения, взыскиваемого в судебном порядке. Кроме того, в соответствии с п.3 ст.16 Закона прибыль, полученная в результате нарушения ст.14-2 Закона взыскивается в доход бюджета.

За отдельные действия, относящиеся к категории недобросовестной конкуренции, действующее законодательство предусматривает административную и уголовную ответственность.

Статья 155-19 КоАП РБ предусматривает наложение штрафа в размере от двадцати до пятидесяти минимальных заработных плат с конфискацией продукции за умышленное использование индивидуальным предпринимателем или должностным лицом юридического лица товарного знака (знака обслуживания), фирменного наименования, наименования места происхождения товара конкурента, копирование промышленных образцов конкурента, влекущие смешение продукции (товаров, работ, услуг) или деятельности с продукцией или деятельностью конкурента.

Уголовный кодекс РБ содержит несколько статей, предусматривающих уголовную ответственность за действия, составляющие недобросовестную конкуренцию: ст.248 «Незаконное использование деловой репутации конкурента», ст.249 «Дискредитация деловой репутации конкурента» и ст.250 «Распространение ложной информации о товарах и услугах».

Резюмируя все сказанное, следует еще раз отметить, что действующее законодательство не содержит исчерпывающего перечня того, что должно признаваться недобросовестной конкуренцией, допуская непривычную для отечественной правоприменительной практики свободу судебного усмотрения. В то же время отдельные нормы Закона дают реальную возможность борьбы с наиболее распространенными проявлениями недобросовестной

⁹⁰ Положение о Департаменте утверждено постановлением Министерства экономики Республики Беларусь от 16 августа 2002 г. № 194 // НРПА РБ, 2002 г., № 105, 8/8528.



РЕСПУБЛИКА БЕЛАРУСЬ

<http://ictt.by>

REPUBLIC OF BELARUS

пр. Независимости, 66-100
220072 Минск, Беларусь
Тел.: (+375-17) 284-14-99
Факс: (+375-17) 284-07-49
E-mail: ictt@pochta.ru

конкуренции и вполне возможно, что уже в ближайшее время в Беларуси появится и правоприменительная практика в данной области.

7. НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩЕГО КОМПЛЕКСНУЮ ПРАВОВУЮ ОХРАНУ ПРАВ РАЗРАБОТЧИКОВ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ

Недостатки авторско-правовой охраны программного обеспечения и баз данных в Республике Беларусь, упомянутые в предыдущих разделах заставляют внимательно изучить возможности альтернативной защиты. В первую очередь, такой альтернативой может стать патентная охрана.

Патент как документ, подтверждающий исключительное право на описанное в нем техническое решение, позволяет защитить содержательную сторону программного обеспечения, поскольку патентная охрана распространяется как раз на сущность, основополагающую идею программы, воплощенную в алгоритме. Патент предоставляет исключительное право на саму идею (если она отражена в существенных признаках формулы изобретения) и предотвращает ее несанкционированное использование. При этом сразу же следует отметить, что зарубежная практика патентной защиты программного обеспечения пошла по пути признания объектом патентования не самих программ, а только их алгоритмов или блок-схем, которые в ряде случаев могут рассматриваться в качестве технических решений.

Следует четко определить, что патент может быть выдан только на техническое решение, каковым не является ни компьютерная программа (исходный текст или объектный код), ни лежащий в ее основе алгоритм. Сам по себе алгоритм – это последовательность операций, приводящая от исходных данных к получению желаемого результата, то есть набор неких правил, а если говорить точнее – математических методов. А вот работа компьютера в соответствии с этим алгоритмом — уже не что иное, как способ, определяемый в патентном законодательстве как последовательность действий над материальным объектом с помощью материальных средств. Алгоритм и реализуемый в соответствии с ним способ представляют собой две разные сущности — информационную и материальную. Именно это обстоятельство позволяет эксперту патентного ведомства различать непатентоспособные программы и алгоритмы и патентоспособные способы и устройства.

Однако действующий Закон Республики Беларусь «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» категоричен в формулировках, – согласно ст.2 Закона алгоритмы и программы для электронно-вычислительных машин не считаются изобретениями. Такой подход при отсутствии на уровне действующих Правил проведения патентной экспертизы заявки на выдачу патента на изобретение четких критериев для разграничения алгоритма компьютерной программы как математического метода и алгоритма программы как патентоспособного технического решения на практике блокирует возможность получения патентов на решения, воплощенные в компьютерных программах. **Решение проблемы видится в исключении из Закона «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» нормы об абсолютной непатентоспособности программных продуктов.**

В вопросе о построении системы патентной охраны программного обеспечения можно ориентироваться на положения разработанного в рамках Европейского союза проекта

Директивы о патентоспособности компьютерно-реализованных изобретений. Несмотря на то, что проект в силу ряда субъективных причин был отклонен и направлен на доработку, в самое ближайшее время его положения могут стать частью законодательства Евросоюза. В проекте Директивы признается возможность патентования любого изобретения, применение которого включает использование компьютера, компьютерной сети или другого аппаратного средства и имеющего одно или более существенных новшеств, реализуемых за счет использования компьютерной программы.

Следует сказать и о том, что патентная охрана программных продуктов должна быть достаточно эффективной и быстрой, поскольку рассмотрение заявки на патентование в течение двух-трех лет неприемлемо в отношении компьютерных программ, которые за это время могут морально устареть. Поэтому в отношении патентования изобретений, связанных с компьютерными программами, оптимальной является введение явочной системы выдачи патентов. При этом **патентная охрана должна не исключать, а дополнять охрану компьютерных программ нормами авторского права. Такое сочетание позволит создать систему, обеспечивающую эффективную и полную охрану интересов разработчиков программного обеспечения.**

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Компьютерные программы являются относительно новым и очень своеобразным объектом интеллектуальной собственности. Появление программного обеспечения как средства управления ЭВМ было предопределено развитием науки и техники, а также эволюцией общественных отношений.

Любая компьютерная программа представляет собой систематизированную последовательность команд и данных, которые могут по-разному восприниматься человеком и машиной. Программа может быть представлена в виде исходного текста и объектного кода. Исходный текст – это выраженные на высокоуровневом языке программирования команды для ЭВМ, то есть это последовательность определенных знаков в целом схожих с обычной человеческой речью и потому воспринимаемых человеком, но не понимаемых машиной. Объектный код представляет собой последовательность из нулей и единиц, передаваемых машине и обрабатываемых ею. Объектный код не может быть воспринят человеком в той степени, в какой он может понять исходный текст.

Именно наличие исходного текста делает компьютерную программу похожей на научное литературное произведение. Во многом благодаря этому, а также другим факторам, программное обеспечение стало охраняться авторским правом.

Особенность компьютерной программы как объекта интеллектуальной собственности состоит еще и в том, что она может использовать другие результаты интеллектуальной деятельности человека в качестве составных компонентов (звуки, сопровождающие ее функционирование, графические изображения, являющиеся элементами интерфейса и т.п.), может быть средством создания таких результатов (программы-редакторы).

Белорусским законодательством выделены два типа компьютерных программ: операционные системы и прикладные программы. Операционная система является одной из важнейших составляющих функционирования ЭВМ. Она представляет собой своеобразную среду, в которой выполняются иные программы. Количество прикладных программ и их функций очень велико. Также компьютерные программы можно разделить по критерию открытости исходного текста на коммерческие продукты и open source.

Создание программного обеспечения с открытым исходным текстом представляет собой достаточно своеобразное явление в сфере создания компьютерных программ. Большинство авторов стараются сохранить в тайне положенные в основу компьютерных программ решения, идеи, принципы, которые выражены языком программирования в исходном тексте. Сторонники движения open source предоставляют доступ к исходному тексту своих программ, разрешают любое его использование (вплоть до заимствования) при одном условии: автор программы, позаимствовавший идеи из такой программы, также должен предоставить свободный доступ к исходному тексту созданной им программы. Таким образом, происходит ускорение развития рынка программного обеспечения за счет заимствования удачных идей других программистов.

Авторско-правовой способ защиты компьютерных программ, воспринятый сегодня всеми государствами, можно охарактеризовать как оперативный и демократичный. Для возникновения авторско-правовой охраны достаточно самого факта создания компьютерной программы: не требуется соблюдение каких-либо формальностей для

возникновения авторских прав. Длительный срок правовой охраны также сыграл свою роль в выборе способа защиты программного обеспечения.

Авторско-правовая охрана компьютерных программ закреплена сегодня во многих международных соглашениях. Среди них Бернская конвенция, Всемирная конвенция, Договор ВОИС по авторскому праву 1996 года, Соглашение об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС). Среди региональных актов особо стоит отметить Директивы Европейского Союза № 250 и № 29. В 70-х годах прошлого столетия ВОИС предприняло попытку унификации норм правовой охраны программного обеспечения: были разработаны Типовые положения об охране компьютерных программ. Однако, эта достаточно прогрессивная идея не нашла широкой международной поддержки.

Республика Беларусь стремится к более тесной интеграции в мировую экономику и потому приводит свои законодательные акты в соответствие с требованиями международных договоров. Законодательством предусмотрены различные способы защиты прав автора компьютерной программы (гражданско-правовой, административно-правовой и уголовно-правовой), установлены меры ответственности за нарушение этих прав.

Помимо этого в Республике Беларусь осуществляется регистрация компьютерных программ в качестве дополнительного средства защиты авторских прав. Несмотря на ряд очевидных недостатков, эта процедура также играет свою роль в повышении уровня правовой защищенности результатов труда программистов.

Автору компьютерной программы принадлежат две группы прав: личные неимущественные (право на авторство, на имя, на защиту репутации, на обнародование произведения) и имущественные права (право на воспроизведение, на распространение, на импорт, на прокат и др.). Но они могут воспользоваться не всеми имущественными правами, предоставленными им законом, в силу специфики своего произведения (право на публичное исполнение, право следования).

Отношения между обладателем прав на компьютерную программу и пользователем регулируются лицензионным соглашением между ними. Содержание таких соглашений может различаться в зависимости от вида программы, способа ее распространения и других факторов, но наиболее часто встречающимися условиями являются предоставление компьютерной программы «как есть» и снятие с себя правообладателем ответственности за любые последствия использования продукта. Законом об авторском праве предусмотрен такой вид лицензий как «оберточные лицензии», однако их использование противоречит нормам Гражданского кодекса и потому, нуждается в дополнительном правовом регулировании.

Долгое время в научной литературе предлагается ввести охрану компьютерных программ патентным правом. Данная точка зрения является более чем обоснованной и логичной. В отличие от авторского права, которое охраняет любое созданное творческим трудом человека произведение (то есть форму результата интеллектуальной деятельности), патентное право распространяет свое действие на выраженные в изобретении (другом объекте промышленной собственности) идеи, методы, концепции и т.д. Такая охрана в

большей степени обеспечила бы интересы авторов компьютерных программ и повысила защиту от заимствования.

Компьютерная программа удовлетворяет условиям патентоспособности изобретений, установленных Законом о патентах. Она представляет собой средство (способ) для получения результата с помощью компьютера, активизирует вычислительные возможности машины для достижения заложенных в программу задач. Таким образом, она вполне соответствует содержанию термина «техническое решение».

Однако охрана компьютерных программ существующими нормами патентного права затруднена. Это в первую очередь связано со сложностью определения уровня новизны программы: большинство математических решений, положенных в основу того или иного алгоритма, уже давно известны, поэтому программы одного функционального назначения в целом схожи (имеется ввиду исходный текст таких программ). Возникает проблема: если будет введена патентно-правовая охрана компьютерных программ, то тот, кто первым успеет запатентовать те или иные общеизвестные алгоритмы, сможет диктовать условия их использования другим участникам рынка программного обеспечения. Это в свою очередь угрожает монополизацией рынка крупными компаниями, которым будет принадлежать большое число патентов и которые имеют больше возможностей по получению новых (имеется ввиду финансовые вложения в разработку и патентование программных решений).

Также существенным недостатком патентной охраны является необходимость получения патента в других странах мира, что в свою очередь вызывает проблемы временного и финансового характера. Да и получение патента в одной стране занимает немало времени. Например, в Республике Беларусь процедура выдачи патента может занимать до 3 лет. Для динамично развивающегося рынка программного обеспечения это слишком долгий срок: программа может морально и функционально устареть, разработчик будет принимать меры по ее совершенствованию, и за 3 года она существенно изменится либо будет заменена другими решениями.

Таким образом, существующая на сегодняшний день авторско-правовая охрана компьютерных программ не соответствует должным образом интересам их разработчиков, а введение патентной охраны хоть и повысит правовую защищенность программного обеспечения, но эффективность такой охраны будет снижена за счет процедурных норм получения патента.

Выходом из данной ситуации могла бы стать система смешанной правовой охраны компьютерных программ, сочетающая в себе нормы как авторского, так и патентного права.

Авторско-правовая охрана должна быть сохранена: это в известной степени защитит от плагиата, а в силу автоматического возникновения комплекса авторских прав это поможет обеспечить некоторую правовую охрану компьютерной программы до получения патента на нее. Патентным же правом должны охраняться участки программного кода, имеющие структурное и функциональное единство (модули), которые будут иметь уровень новизны и которые могут быть использованы при создании другой программы.

Как уже упоминалось выше, результатом программирования может стать создание новых методов, принципов, систем и т.п., которые будут новыми для мирового уровня (например, формат аудиовизуальных изображений, использующий новую технологию сжатия информации, благодаря чему сокращается размер файла). Такие программные решения однозначно должны получить правовую защиту (причем больше той, которую им предоставляет авторское право).

Программы, которые созданы путем «составления», то есть объединения уже известных программных решений в компьютерную программу, также должны охраняться. Однако в связи с тем, что уровень новизны (в том смысле, который вкладывает в этот термин патентное право) таких программ невысок (зачастую имеет место лишь творческий труд, как при создании составного произведения), логичным выглядит оставление за ними лишь авторско-правовой защиты.

Однако может возникнуть ситуация, когда два человека независимо друг от друга создадут идентичные по функциональному назначению и эффективности программы и потребуют предоставления им правовой охраны. Патентный принцип приоритета подачи заявки здесь не должен применяться. Для этого в законодательство должен быть введен критерий самостоятельности авторов при создании компьютерной программы. Если будет установлено, что авторы действительно независимо друг от друга создали схожие программы, то патенты должны быть выданы обоим.

Введение патентно-правовой охраны компьютерных программ позволит обоснованно предоставить правовую охрану аудиовизуальным отображениям генерируемым программой в качестве промышленного образца. Однако для этого необходимо либо расширить круг объектов, подпадающих под категорию промышленного образца, так как существующее определение не позволяет приравнять интерфейс программы к промышленному образцу, либо дополнить Закон о патентах особой нормой, регламентирующей правовое положение интерфейса компьютерной программы. Наиболее подходящей видится такое дополнение статьи 4 названного закона: «Аудиовизуальные отображения, порождаемые компьютерной программой и служащие средством взаимодействия пользователя и этой программы, охраняются как промышленные образцы в смысле настоящей статьи».

Такая охрана позволит эффективно охранять результаты труда разработчиков программного обеспечения в зависимости от уровня творчества и вклада в общемировой уровень техники.

Во многих странах мира наряду с авторско-правовой защитой компьютерные программы охраняются нормами патентного права. В некоторых из них это стало возможным благодаря наличию судебных прецедентов, в других – из-за отсутствия прямого запрета на патентование. Зарубежный опыт должен быть учтен и использован при разработке белорусской системы правовой охраны компьютерных программ.

В научной литературе теоретически обоснована возможность охраны компьютерных программ нормами законодательства о коммерческой тайне, антимонопольным законодательством. Сочетание всех возможных способов защиты позволит создать надежную правовую систему охраны компьютерных программ.

Литература

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь. Мн.: НЦПИ, 1999.
2. Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь, 1998. №31-32 ст. 472.
3. Закон Республики Беларусь от 10.06.1998г. №165-3 «О ратификации Договора ВОИС по авторскому праву» // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь, 1998. №1 ст. 511.
4. Государственный стандарт Республики Беларусь СТБ/ОР 52.5.01-2007 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Оценка объектов интеллектуальной собственности».
5. Инструкция по бухгалтерскому учету нематериальных активов, утвержденная постановлением Министерства финансов Республики Беларусь от 9 июля 2003г., №1472.
6. Инструкция по бухгалтерскому учету результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и опытно-технологических работ, утвержденная постановлением Министерства финансов Республики Беларусь 30.06.2006, №75.
7. Методические рекомендации по оценке стоимости и учету объектов интеллектуальной собственности в составе нематериальных активов, утвержденные совместным приказом Председателя государственного патентного комитета, первым заместителем Министра экономики, первым заместителем Министра финансов, председателем Государственного комитета по науке и технологиям №20 от 17.04.98г., №41 от 18.05.98г., №109 от 20.04.98г., №75 от 22.04.98г.
8. Положение об оценке стоимости объектов гражданских прав в Республике Беларусь, утвержденное Указом Президента Республики Беларусь №615 от 13.10.2006г. «Об оценочной деятельности в Республике Беларусь».
9. Положение о порядке проведения аттестации оценщиков, утв. Постановлением СМ РБ №148 от 05.02.2007г.
10. Положение по бухгалтерскому учету нематериальных активов, утвержденное постановлением Министерства финансов Республики Беларусь от 31 марта 2003г., №48.
11. Указ Президента Республики Беларусь №615 от 13.10.2006г. «Об оценочной деятельности в Республике Беларусь».
12. Азгальдов Г.Г., Карпова Н.Н. Оценка стоимости интеллектуальной собственности и нематериальных активов: Учебное пособие. М.: Международная академия оценки и консалтинга, 2006.- 400 с.
13. Зинов В.Г. Управление интеллектуальной собственностью. Учебное пособие. М.: Дело, 2003.
14. Идрис Камил. Интеллектуальная собственность – мощный инструмент экономического роста, ВОИС, Женева, 2003 //Пер. с англ. Роспатент, 2004.
15. Кудашов В.И. Управление интеллектуальной собственностью. Мн.: «ИВЦ Минфина», 2007.
16. Лосев С.С. Комментарий к Закону Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах». Мн.: «Дикта», 2007.
17. Ревинский О.В. Компьютерное программное обеспечение и патентная охрана. М.: ИНИЦ Роспатента, 1995.



РЕСПУБЛИКА БЕЛАРУСЬ

<http://ictt.by>

REPUBLIC OF BELARUS

пр. Независимости, 66-100
220072 Минск, Беларусь
Тел.: (+375-17) 284-14-99
Факс: (+375-17) 284-07-49
E-mail: ictt@pochta.ru

18. Судариков С.А. Интеллектуальная собственность. М.: Изд-во деловой и учебной литературы, 2007.

ПРИЛОЖЕНИЕ

МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ОХРАНЕ ПРАВ НА КОМПЬЮТЕРНЫЕ ПРОГРАММЫ И БАЗЫ ДАННЫХ

Вопрос о возможности наиболее широкой правовой охраны компьютерного программного обеспечения является предметом дискуссий более десятилетия. Наиболее часто выдвигаемые с определенными оговорками предложения касаются авторского права, права промышленной собственности и специального законодательства (*sui generis*).

Сегодня можно с уверенностью констатировать, что компьютерные программы являются произведениями науки, а не литературы, как это записано в законах об авторском праве и смежных правах ряда стран мира. Тексты программ, записанные на специальном языке программирования, не являются литературными произведениями для чтения, это, во-первых. Во-вторых, практически каждая разработанная, а не скомпилированная программа, является результатом творческой деятельности и соответствуют критерию «новизна». И, в-третьих, каждая новая программа является оригинальной, обладает определенным уровнем и предназначена для решения практических задач. Основопологающей идеей любой программы является алгоритм, который не является объектом охраны по авторскому праву.

Зарубежная судебная практика подтверждает неспособность законов об авторском праве обеспечить полноту охраны компьютерных программ и лежащих в их основе алгоритмов.

Разработчик программы и алгоритма не получает такой правовой охраны своего новшества, которой обладает изобретатель, патентующий свое новое техническое решение.

В тоже время, вряд ли целесообразно отказываться от авторско-правовой формы охраны компьютерных программ, поскольку патентно-правовая система их охраны находится на стадии становления. Однако, учитывая достаточно мощный стимулирующий характер этой системы, очевидно, в ближайшей перспективе она займет доминирующее положение в решении проблемы правовой охраны программных продуктов, переход к этой системе, безусловно, требует глубокого анализа теории и практики патентно-правовой охраны, как программных продуктов, так и методов ведения бизнеса.

В ближайшее время следует определиться хотя бы в пользу государственной регистрации компьютерных программ, а также баз данных с целью их идентификации и официального уведомления общественности о законных правах в отношении этих объектов, что принесет пользу при решении вопросов о законности использования программ и баз данных.

Поскольку Национальный центр интеллектуальной собственности не обеспечил своевременное внесение изменений в Закон об авторском праве и смежных правах о добровольной либо обязательной регистрации компьютерных программ и баз данных, разработчики программных продуктов начали их депонирование. Одним из первых нормативных документов по депонированию компьютерных программ и баз данных был принят Торгово-промышленной палатой Республики Беларусь (БелТПП). Постановлением

БелТПП от 13.12.2006 г. утвержден и принят к использованию проект «Система добровольной идентификации и депонирования результатов интеллектуальной деятельности и объектов промышленной собственности». Для выполнения этого проекта были разработаны.

- форма заявления на идентификацию и депонирование программы для ЭВМ или базы данных и дополнение к заявлению (формы СДИДП и СДИД/П-ДОП приложение 1);
- краткие рекомендации по оформлению материалов заявки на депонирование ПрЭВМ (БД) (приложение 2);
- рекомендации по написанию реферата (приложение 3);
- БелТПП выдает заявителю удостоверение о депонировании объекта интеллектуальной собственности.

Приказом Национального центра интеллектуальной собственности №146 от 29.08. 2007, согласованным с ГКНТ утверждена Инструкция о порядке осуществления Национальным центром интеллектуальной собственности регистрации компьютерных программ.

В соответствии с Инструкцией регистрация производится на основании договора о добровольной регистрации компьютерных программ.

Для регистрации компьютерной программы заявитель должен оформить заявку по установленной форме (см. адрес центра ncip@belpatent.gin.by, сайт <http://belgospatent.org.by>) и приложить к ней следующие материалы в одном экземпляре:

1. Описание компьютерной программы, в котором раскрывается назначение, область применения и функциональные возможности программы, перечень файлов, в которых представлена компьютерная программа и их размер, язык программирования, операционная система, технические требования для работы с компьютерной программой и другие сведения, относящиеся к назначению и функционированию программы (далее-описание) в объеме не более 5 страниц.
2. Распечатку исходного текста компьютерной программы:
 - в полном объеме, если указанный текст содержит не более 50 страниц;
 - в объеме 25 первых и 25 последних страниц, если указанный текст содержит более 50 страниц;
3. Распечатки основных экранных форм (визуальных представлений, формируемых на экране компьютера), являющихся результатом и/или сопровождающих процесс функционирования регистрируемой компьютерной программы (если такие экранные формы формируются в процессе/результате функционирования компьютерной программы);
4. Компьютерную программу в электронной форме на одном электронном носителе (CD-диск, DVD – диск или другой).

Заявитель может дополнительно предоставить иные материалы при условии, что эти материалы необходимы для идентификации регистрируемой компьютерной программы.

Регистрация компьютерной программы производится без проведения экспертизы, сведения о ней вносятся в Реестр по установленной форме и выдается свидетельство.

В последнее время определились три подхода к правовой охране компьютерных программ: 1) с помощью патентного права; 2) с помощью авторского права; 3) положениями, направленными против нарушения промышленных секретов.

Распространение норм авторского права на программы для ЭВМ, как уже отмечалось и признают многие ученые-правоведы, не является идеальным решением проблемы, поскольку не обеспечивается полнота охраны, в частности не охраняются лежащие в их основе алгоритмы, возникают также сложности с использованием программ. Компьютерные программы в большинстве своем удовлетворяют основным требованиям патентного права – новизны, неочевидности и промышленной применимости. Исходя из этого, в ряде стран выдаются патенты на изобретения в области программного обеспечения.

Патентная форма охраны применяется в том случае, если программа является частью технологического процесса в области химии, физики или биологии. Значение патентной охраны возрастает по мере того, как многие компании все больше убеждаются в том, что интеллектуальная собственность является их главным капиталом. Патентные ведомства многих стран склоняются к признанию программного обеспечения патентоспособным объектом.

Основным критерием признания изобретения в области компьютерных программ является получение конкретного результата в промышленности. Так, ведомство США по патентам и товарным знакам важным условием патентоспособности компьютерной программы считает ее практическое использование для получения полезного результата. Такое же условие используется патентным ведомством Японии. По требованию Европейского патентного ведомства программное обеспечение может быть патентоспособным, если оно соответствует критериям патентоспособности и вносит «технический вклад» в соответствующую область.

В США, Японии, стран ЕС выдаются десятки тысяч патентов на компьютерные программы, в том числе алгоритмы программ, а также методы ведения бизнеса с использованием информационных (компьютерных) технологий.

Очень много патентов выдается на способы обработки образцов и компьютерной графики, патентуются программы, относящиеся к оптимизации топологии интегральных микросхем, программы распознавания речи, текстовые редакторы, а также методы предпринимательской деятельности, основанные на компьютерных программах.

В целях усиления охраны прав разработчиков компьютерных программ и баз данных необходимо:

Внести в Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» специальную статью «Право на регистрацию» следующего содержания:

1. Правообладатель непосредственно или через своего представителя в течение срока действия авторского права обязан (может по своему желанию) зарегистрировать программу для ЭВМ или базу данных в Национальном центре интеллектуальной собственности.

2. Заявка на официальную регистрацию компьютерной программы или базы данных должна содержать:

▪ заявление на официальную регистрацию компьютерной программы или базы данных с указанием правообладателя (а также автора) и его месте нахождения.

- депонируемые материалы, идентифицирующие компьютерную программу или базы данных, включая реферат;

- документ об оплате государственной пошлины в установленном размере.

3. После поступления заявки на регистрацию Национальный центр интеллектуальной собственности проверяет наличие необходимых документов и их соответствие установленным требованиям. При положительном результате проверки Национальный центр интеллектуальной собственности вносит компьютерную программу или базу данных соответственно в Реестр компьютерных программ или Реестр баз данных, выдает заявителю свидетельство об официальной регистрации и публикует сведения о зарегистрированных программах и базах данных в официальном бюллетене.

Законодательно установленные нормы, в первую очередь регистрационная процедура, которая может быть обязательной, как в США, или добровольной (по желанию правообладателя), как, например, в Российской Федерации позволяет, с одной стороны, дополнительно защитить права физических и юридических, занимающихся созданием и введением в гражданский оборот компьютерных программ и баз данных на территории нашей страны, с другой – является дополнительным источником доказательной базы при установлении принадлежности прав на компьютерные программы и базы данных при рассмотрении судами дел о нарушении авторских прав. Это в конечном итоге будет способствовать предотвращению нарушения законодательства об авторских и смежных правах.

Назрела также необходимость внесения изменений в Закон о патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы. В законе должны быть прописаны условия патентования и четкие критерии для признания программного продукта (алгоритма программы) патентоспособным объектом.

Актуальность применения формы охраны компьютерных программ патентным правом становится все более значимой в связи с тем, что развитие техники и цифровой записи активизировало незаконное копирование и использование компьютерных программ. Зарубежный опыт (США, Япония, ЕС) целесообразно использовать в Республике Беларусь поскольку у нас функционирует Парк высоких технологий, и в его деятельности наметились положительные тенденции: он пополняется новыми структурами, достигнуто положительное сальдо внешнеэкономической деятельности. Но, к сожалению, об уровне его разработок мало знают зарубежные инвесторы, что не способствует успеху в конкуренции на рынке программного обеспечения, который сегодня занят не только США, но и Индией, Бразилией, Китаем.

331

№ _____ № _____
входящий '-----' 1 депонирования '-----'
от _____ г. от _____ г.

В УНИТАРНОЕ ПРЕДПРИЯТИЕ ПАТЕНТНЫХ УСЛУГ
«БЕЛПАТЕНТСЕРВИС» БЕЛОРУССКОЙ ТОРГОВО-
ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЫ

Ул. Коммунистическая, 11, г. Минск, 220029, Республика Беларусь

ЗАЯВЛЕНИЕ

НА ИДЕНТИФИКАЦИЮ И

**ДЕПОНИРОВАНИЕ П ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ или СИ БАЗЫ
ДАНЫХ (отметить [X])**

Представляя указанные ниже документы, подтверждаю (ем) отсутствие сведений, составляющих государственную тайну, и прошу (просим) идентифицировать и депонировать программу для ЭВМ (базу данных)

1. ПРАВООБЛАДАТЕЛЬ (ЗАЯВИТЕЛЬ(И)):

(Полное имя или наименование заявителя(ей) и его (их) местонахождение. Данные о местожительстве автора(ов)-заявителя(ей) приводятся в п. 9А)

(Всего заявителей ____)

2. ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВ НА ДЕПонируемый объект:
(отметить [x])

(заполняется, если заявитель является юридическим лицом, или состав заявителей не соответствует составу авторов)

| заявитель является работодателем автора | | передача прав автором или его
правопреемником заявителю

| передача прав работодателем заявителю | | право наследования

**3. НАЗВАНИЕ ДЕПонируемой программы для ЭВМ или БАЗЫ
ДАНЫХ:**

3А. ПРЕДЫДУЩЕЕ ИЛИ АЛЬТЕРНАТИВНОЕ НАЗВАНИЕ: (подчеркнуть)

(в удостоверении не указывается)

4. НАЗВАНИЕ СОСТАВНОГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ (если депонируемая программа для ЭВМ или база данных является частью составного произведения)

5. СВЕДЕНИЯ О ПРЕДЫДУЩИХ РЕГИСТРАЦИЯХ И ДЕПониРОВАНИЯХ:

Номер предыдущей регистрации (депонирования) _____

Дата предыдущей регистрации (депонирования) _____ число _____ месяц год

Страна предыдущей регистрации (депонирования) по стандарту ВОИС 8Т.3

6. ГОД СОЗДАНИЯ ДЕПОНИРУЕМОЙ ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ ИЛИ БАЗЫ ДАННЫХ:

год _____

7. МЕСТО И ДАТА ПЕРВОГО ВЫПУСКА В СВЕТ ДЕПОНИРУЕМОЙ ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ ИЛИ БАЗЫ ДАННЫХ:

страна _____

число _____ месяц _____ год _____

8. СВЕДЕНИЯ О ПРОИЗВЕДЕНИЯХ, ЯВЛЯЮЩИХСЯ ОБЪЕКТАМИ АВТОРСКОГО ПРАВА:

(использованных при создании депонируемой программы для ЭВМ или базы данных)

9- АВТОРЫ: Всего авторов _____ | | авторы отказались быть упомянутыми в качестве таковых**ОА СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ** У^а сведений о других авторах необходимо заполнение формы СДИД/П-ДОП)

Фамилия Имя Отчество: _____

Дата рождения _____ число _____ месяц _____ год _____

Место жительства, телефон: _____

Краткое описание авторского вклада в данное произведение: _____

При публикации сведений о депонировании данного произведения прошу: (отметить [X])

 I упоминать меня как автора под своим именем | | не упоминать меня как автора (анонимно) I { упоминать меня как автора под псевдонимом

Приведенные сведения верны.

Автор: _____ / _____
подпись Фамилия И. О.**10. СВЕДЕНИЯ О СОДЕРЖАЩИХСЯ В ЗАЯВКЕ ДОКУМЕНТАХ:**

(отметить [X]) депонируемые материалы, идентифицирующие регистрируемое произведение:

 I | распечатка исходного текста на _____ л. в 1 экз. | | распечатка объектного кода на _____ л. в 1 экз. | материалы, идентифицирующие аудиовизуальные отображения, порождаемые программой для ЭВМ в 1 экз.: I | распечатка изображения на _____ л. | | Иное: _____ I [материалы, идентифицирующие базу данных на _____ л. в 1 экз. | реферат в 2 экз. | | иные материалы (указать) _____ в 1 экз. I | дополнение к заявлению (форма СДИДП/ДОП) на _____ л. | | доверенность(и) в _____ экз. на _____ л. | иные документы (указать) _____ на _____ л. в 1 экз. I документ об уплате тарифа на _____ л.



11. Адрес для переписки: (включая почтовый индекс) _____

Адресат: _____ . _____

e-mail: _____ Номер телефона (_____) _____

12. КОНТАКТНЫЕ РЕКВИЗИТЫ для представления третьим лицам: _____
(указываются по желанию правообладателя) (тел., e-тай, адрес и др.)

ПОДПИСЬ(И) ЗАЯВИТЕЛЯ(ЕЙ) ИЛИ ЕГО(ИХ) ПРЕДСТАВИТЕЛЯ

(От имени юридического лица заявление подписывает руководитель с указанием должности или иное лицо, уполномоченное на это учредительными документами, подпись удостоверяется печатью юридического лица. Заявление может подписать лицо, уполномоченное на это по доверенности. Подпись любого лица должна быть расшифрована и указана дата подписания заявления.)

Подписи правообладателей, которые не могут быть размещены в форме СДИД/П, размещаются в форме СДИД/П -ДОП.)



Форма СДИД/П-ДОП № _____

№ _____

Дата депонирования: « ... » 200 .. г.

В УНИТАРНОЕ ПРЕДПРИЯТИЕ ПАТЕНТНЫХ УСЛУГ
«БЕЛПАТЕНТСЕРВИС» БЕЛОРУССКОЙ ТОРГОВО-
ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЫ

Ул. Коммунистическая, 11, г. Минск, 220029, Республика Беларусь

ДОПОЛНЕНИЕ К ЗАЯВЛЕНИЮ
НА ИДЕНТИФИКАЦИЮ И ДЕПОНИРОВАНИЕ

ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ или П БАЗЫ ДАННЫХ (отметить [X])

ПРАВООБЛАДАТЕЛЬ (ЗАЯВИТЕЛЬ (ЛИ)):

(Полное имя или наименование 1-го заявителя или заявителя(ей), не указанного(ых) в п. 1 формы РП и его (их) местонахождение.

НАЗВАНИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ (Указанного в п. 3 формы РП):

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ: (Дополнение к п. 9А Формы СДИД/П)

Фамилия, Имя, Отчество:

Дата рождения ____ число ____ месяц _____ год

Местожительство, телефон:

Краткое описание авторского вклада в данное произведение:

При публикации сведений о депонировании данного произведения прошу: (отметить [X])

I упоминать меня как автора под своим именем | не упоминать меня как автора (анонимно)

| упоминать меня как автора под псевдонимом _____

Приведённые сведения верны. Автор: _____ / _____

подпись

Фамилия И. О.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

(Дополнение к п. 9А Формы СДИД/П)

Фамилия, Имя, Отчество:

Дата рождения ____ число ____ месяц _____ год

Местожительство, телефон:

Краткое описание авторского вклада в данное произведение:

При публикации сведений о депонировании данного произведения прошу: (отметить [X])

упоминать меня как автора под своим именем | не упоминать меня как автора (анонимно)

| упоминать меня как автора под псевдонимом _____ ; _____

Приведённые сведения верны. Автор: _____ / _____

подпись

Фамилия И. О.



СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

(Дополнение к п. 9А Формы СДИД/П)

Фамилия, Имя, Отчество:

Дата рождения ____ число ____ .месяц _____ год

Местожительство, телефон:

Краткое описание авторского вклада в данное произведение:

При публикации сведений о депонировании данного произведения прошу: (отметить [X])

| упоминать меня как автора под своим именем | не упоминать меня как автора (анонимно)

| упоминать меня как автора под псевдонимом _____

Приведённые сведения верны. Автор: _____ / _____

подпись

Фамилия И. О.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

(Дополнение к п. 9А Формы СДИД/П)

Фамилия, Имя, Отчество:

Дата рождения ____ число ____ .месяц _____ год

Местожительство, телефон:

Краткое описание авторского вклада в данное произведение:

При публикации сведений о депонировании данного произведения прошу: (отметить [X])

| упоминать меня как автора под своим именем | не упоминать меня как автора (анонимно)

| упоминать меня как автора под псевдонимом _____

Приведённые сведения верны. Автор: _____ / _____

подпись

Фамилия И. О.

Дополнение к пункту № _____ формы РП

Дополнение к пункту № _____ формы РП

ПОДПИСЬ(И) ЗАЯВИТЕЛЯ(ЕЙ) ИЛИ ЕГО(ИХ) ПРЕДСТАВИТЕЛЯ

(От имени юридического лица заявление подписывает руководитель с указанием должности или иное лицо, уполномоченное на это учредительными документами, подпись удостоверяется печатью юридического лица. Заявление может подписать лицо, уполномоченное на это по доверенности. Подпись любого лица должна быть расшифрована и указана дата подписания заявления.)

Подписи правообладателей, которые не могут быть размещены в форме СДИД/П, размещаются в форме СДИД/П -ДОП.)

Приложение 2

**Краткие рекомендации
по оформлению материалов заявки на
депонирование ПрЭВМ (БД)**

1. Документы заявки, оформляются машинописным способом на бумажном носителе (формат А4 книжной ориентации) и представляются в 1-ом экз., кроме реферата, который представляется в 2-х экз. Во всех документах заявки название программы для ЭВМ (ПрЭВМ) или базы данных (БД) должно быть одинаковым.

2. **Заявление** Текст в заявлении (формы СДИД/П и СДИД/П-ДОП), который используется для подготовки удостоверения (наименование/имя правообладателя

(заявителя), название регистрируемой ПрЭВМ или БД, фамилия, имя и отчество автора, а также сведения в п. и формы СДИД/П) рекомендуется печатать жирным шрифтом типа Times New или подобным размером 12 или 13 пт. без подчёркивания; остальной текст печатать жирным шрифтом с размером шрифта и или 12).

2.1. Заполняя заявление, внимательно читайте указания, содержащиеся в самих бланках заявления, и следуйте их предписаниям. Текст, который печатается в бланках заявления, должен размещаться справа или под соответствующим указанием пункта или графы.

2.2. В п. 1 формы СДИД/П для юридического лица указывается **полное** наименование правообладателя согласно учредительному документу, включая и указание полной организационно-правовой формы, то есть, например, не ЗАО, а Закрытое акционерное общество (Наименование заявителя сверяется с оттиском печати на документах заявки). Здесь же указывается адрес местонахождения правообладателя, то есть адрес его регистрации (юридический адрес).

2.3. Даты указываются в формате ЧЧ. ММ. ГГГГ.

В п. 8 формы СДИД/П рекомендуется указать в первую очередь компилятор языка, операционную систему, а также иной объект авторского права, если он был использован при создании регистрируемой ПрЭВМ или БД; при этом желательно указать № лицензии, регистрационной карточки, сертификата соответствия или иного документа, подтверждающего законность его использования. В случае его свободного распространения делается соответствующая запись типа «Free share».

2.5. В п. 9 указывается общее количество авторов, при этом если хотя бы один из авторов отказался быть упомянутым в качестве такового при регистрации, то делается отметка «Х» в соответствующем поле. Если автор отказался быть упомянутым в качестве такового, то ни в одном из документов заявки он не

указывается, в свидетельстве он также не указывается. Внимание! Не путать это право с правом выбора автором способа указания своего имени при публикации, например, отказ от публикации своего имени (то есть анонимно). В этом случае автор в документах заявки указывается (кроме реферата, в котором делается запись «не публикуется»). При этом в свидетельстве этот автор указывается под своим именем.

2.6. В п. и формы СДИД/П адрес для переписки должен быть указан в виде, обеспечивающим быструю почтовую доставку. Адресат - это конкретное физическое лицо, получатель корреспонденции. Для должностного лица указывается его должность.

2.7. В п.12 формы СДИД/П рекомендуются указывать один из предусмотренных контактных реквизитов.

3. Рекомендации по оформлению материалов, идентифицирующих ПрЭВМ или БД.

3.1. Листинг для ПрЭВМ, для БД — форма представления и организации данных.

3.1.1. Для заявителей - юридических лиц: в состав листинга включается распечатка исходного текста в объеме, предусмотренном Правилами (для базы данных - материалы, раскрывающие форму представления и организации данных, например: структуру, перечень полей, а также обязательно примеры информационного наполнения), и титульный лист («ТЛ»), на котором сверху вниз по листу рекомендуется разместить следующую информацию: а) полное наименование заявителя, б) утверждающая подпись руководителя, печать заявителя и дата подписи, в) наименование объекта регистрации (Программа для ЭВМ или База данных), г) название произведения - в соответствии с п. 3 формы СДИД/П, д) сведения о полноте представления материала (фрагменты произведения или полные сведения о количестве пронумерованных листов представленного к депонированию материала, ж) подписи авторов с расшифровкой подписей (если авторы не отказались быть упомянутыми в заявке), з) знак охраны авторского права (если в п. 7 формы РП указан выпуск в свет произведения), и) внизу листа - город и год подготовки заявки к регистрации.

3.1.2. Для заявителей - физических лиц состав листинга аналогичен составу для юридического лица с различием в оформлении «ТЛ», на котором сверху вниз по листу рекомендуется разместить следующую информацию: а) наименование объекта

регистрации (Программа для ЭВМ или База данных), б) название произведения в соответствии с п. 3 формы СДИД/П, в) сведения о полноте представления материала (фрагменты произведения или полный), г) сведения о количестве пронумерованных листов представленного к депонированию материала, д) подписи правообладателей и авторов с расшифровкой подписей (если авторы не отказались быть упомянутыми в заявке), е) знак охраны авторского права (если в п. 7 формы СДИД/П указан выпуск в свет произведения), ж) внизу листа - город и год подготовки заявки к депонированию.

3.1.3. Листинг комплектуется и брошюруется **в следующей последовательности:** «ТЛ»+листинг.

3.1.4. Второй и последующие листы листинга нумеруются сквозной нумерацией в порядке возрастания с цифры 2 («ТЛ» является первым листом). Листинг прошнуровывается, а ответвления шнуровки выводятся на оборотную сторону последнего листа и фиксируются небольшим листком заклейки, на котором указывается: «Всего пронумеровано и прошнуровано листов _____ фрагментов исходного текста ПрЭВМ (или материалов идентифицирующих БД)». Листок заклейки заверяется: а) для юридического лица подписью руководителя, с заверением печатью организации или подписью его представителя, б) для физического лица подписью правообладателя (ей), либо его представителя.

3.1.5. Исходный текст программы для ЭВМ или материалы, идентифицирующие БД, рекомендуется печатать прямым шрифтом размером не менее и с интервалом не менее одинарного.

3.2. Экранные формы (только для ПрЭВМ). Экранные формы рекомендуется включать **в состав документов** заявки в том случае, если они охраноспособны по нормам авторского права, то есть являются результатом творческой деятельности автора. Экранные изображения являются дополнительным идентифицирующим документом. Распечатка экранных изображений оформляется аналогично листингу ПрЭВМ. (см. п. п. 3-1-3-4)- Допускается экранные изображения сброшюровать вместе с исходным текстом программы. При этом общий объем идентифицирующих материалов не должен превышать 70 листов.

3.3. Реферат (Рекомендации соответствуют последовательности изложения материала в реферате).

3.3.1. Авторы: Авторы (полные имена) указываются в последовательности, соответствующей заявлению (форма СДИД/П и формы СДИД/П -ДОП в соответствии с их нумерацией).

3.3.2. Правообладатель: Наименование правообладателя - юридического лица должно полностью соответствовать наименованию, указанному в заявлении. Полные имена физических лиц указываются в последовательности, соответствующей заявлению.

3.3.3. Программа (База данных): Название ПрЭВМ/БД указывается в соответствии с п. 3 формы РП.

3.3.4. Аннотация: Текст аннотации должен быть кратким (700 знаков, то есть 10-15 строк), информативным и содержать сведения о назначении, области применения и функциональных возможностях регистрируемой ПрЭВМ или БД.

3.3.5. Тип_ЭВМ: Название ЭВМ указывается на языке оригинала.

3.3.6. Язык: Язык программирования или СУБД указывается на языке оригинала.

3.3.7. ОС: Операционная система указывается на языке оригинала.

3.3.8. Объём программы (базы данных): Указывается в Кбайтах или Мбайтах объём всего исходного текста программы или полной базы данных.

4. Доверенность. Доверенность оформляется в соответствии с требованиями Гражданского Кодекса РБ.

5. Платёжный документ об уплате услуги. Услуга должна уплачиваться по каждой заявке заявителем самостоятельно. Если заявителей несколько, то платеж может быть осуществлен одним заявителем. Не допускается объединять платежи по разным заявкам. Услуга оплачиваются на расчётный счёт УП «Белпатентсервис» по договору. Без ПД, подтверждающего уплату услуги, заявка к рассмотрению не принимается.

6. Сопроводительное письмо. Рекомендуется заявку сопровождать письмом, с перечнем приложенных материалов. При подаче заявки непосредственно в УП «Белпатентсервис» БелТПП письмо оформляется в 2-х экз., при подаче заявки по почте - в 1-ом.

Приложение 3

Рекомендации по написанию реферата

Авторы: Авторы (фамилии, имена и отчества) указываются в последовательности, соответствующей заявлению.

Правообладатель: Наименование правообладателя юридического лица должно полностью соответствовать наименованию, указанному в заявлении. Фамилии, имена и отчества физических лиц указываются в последовательности, соответствующей заявлению.

Программа (база данных): В названии ПрЭВМ или БД вначале указывается полное название, а затем в круглых скобках указывается сокращённое название (если таковое имеется).

Аннотация: Текст аннотации должен быть кратким (700 знаков, то есть 10-15 строк), информативным и содержать сведения о назначении, области применения и функциональных возможностях регистрируемой ПрЭВМ или БД.

Тип ЭВМ: Название ЭВМ, язык программирования и операционная система указывается на языке оригинала.

Объём программы (базы данных): Указывается в Кбайтах или Мбайтах объём всего исходного текста программы или полной базы данных.