

СПОСОБЫ ПРИОБРЕТЕНИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ

(НА ПРИМЕРЕ СОЗДАНИЯ ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ)

- СИТУАЦИЯ 1. Программы для ЭВМ пока не существует
 - Договор на создание программы для ЭВМ
 - Договор авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)
 - Трудовой договор
- СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана
 - Договор об отчуждении исключительного права (ст. 1285 ГК РФ)
 - Лицензионный договор. (ст. ст. 1235, 1286 ГК РФ)
 - «Оберточная лицензия» и договор купли-продажи программы для ЭВМ
- СИТУАЦИЯ 3. Сопутствующие договоры
 - Сопровождение (техподдержка)
 - Адаптация (настройка) программы для ЭВМ
 - Доработка (модификация) программы для ЭВМ

ПРОГРАММА ДЛЯ ЭВМ

Как показывает судебная практика далеко не все участники ИТ-рынка понимают, что именно они продают и какие правоотношения возникают при продаже программ для ЭВМ.

Прежде всего, важно уяснить саму суть правоотношений, связанных с реализацией программ для ЭВМ. Согласно **ст. ст. [1225](#), [1259](#) ГК РФ**, программы для ЭВМ («софт», «программное обеспечение», «ПО», «компьютерные программы») являются объектами интеллектуальной деятельности и подлежат охране специальным разделом права – **авторским правом**.

ПРОГРАММА ДЛЯ ЭВМ

Согласно действующему законодательству, авторское право делится на:

- **исключительное право** ([ст. 1270 ГК РФ](#)), которым правообладатель может распоряжаться по собственному усмотрению, в том числе отказаться от него или передать его в полном объеме третьим лицам, т. е. это право является коммерческой составляющей авторского права – правом, на котором можно заработать;
- **личные неимущественные права** (право авторства и право на имя [ст. 1265 ГК РФ](#), право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажения [ст. 1266 ГК РФ](#), право на обнародование произведения [ст. 1268 ГК РФ](#), право на отзыв [ст. 1269 ГК РФ](#)), которые не могут отчуждаться автором и всегда принадлежат только ему. Таким образом, указанные права не могут вводиться в торговый оборот, заработать на них в рамках договорных правоотношений не получится.

ПРОГРАММА ДЛЯ ЭВМ

При этом [ст. 1227 ГК РФ](#) говорит о том, что интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, а переход права собственности на вещь по общему правилу не влечет переход или предоставление интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, выраженные в этой вещи.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что предмет договора на реализацию программы для ЭВМ должен быть каким-то образом связан с исключительным правом на данную программу, а не с правом собственности на диск, и будет зависеть от объема прав, который правообладатель готов предоставить в отношении программы для ЭВМ покупателю.

ПРОГРАММА ДЛЯ ЭВМ

Проведем систематизацию программ для ЭВМ и договоров о распоряжении правами на его использование.

В целях договорного оформления правоотношений программ для ЭВМ удобно их разделить на **еще не созданное** и **уже существующее**. Объем предоставляемых по договору прав можно разделить на **полный** (отчуждение исключительного права в полном объеме) и **частичный** (предоставление определенного набора правомочий, перечисленных в [ст. 1270 ГК РФ](#)).

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор на создание программы для ЭВМ

Самый распространенный тип договора, в рамках которого лицо может получить новую программу для ЭВМ, разработанную под свои требования, а также права на него, – это **договор на создание программы для ЭВМ**. Указанный тип договоров регулируется [главой 37 ГК РФ «Подряд»](#), правовые последствия таких договоров регулируются [ст. 1296 ГК РФ](#).

Стороны договора: **исполнитель (подрядчик) – заказчик**.

Несмотря на то, что законом не устанавливается ограничение по субъектному составу сторон договора, исполнителем по такому договору на практике является **юридическое лицо**, в отличие от договора авторского заказа – аналога договора на создание программы для ЭВМ, где исполнитель – физическое лицо.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор на создание программы для ЭВМ

Существенным условием договора на создание программы для ЭВМ является **предмет договора**. При заключении договора на создание программы для ЭВМ очень важно четко определить требования к результату работ (требования к функциональности), а также в некоторых случаях – способы реализации программы для ЭВМ. В частности, языки программирования, архитектуру приложений и др. Без подробного **технического задания (ТЗ)**, которое должно прилагаться к договору, у заказчика существует **риск получения нерелевантного результата**, причем работы исполнителя будут формально признаны выполненными надлежащим образом и подлежащими приемке заказчиком. При этом надо иметь в виду, что в случае разработки сложной системы, которая обычно ведется в несколько этапов с промежуточными приемками частей функционала, по ходу выполнения работ требования заказчика могут уточняться и вообще меняться, что повлечет за собой изменение ТЗ. Так что, исходя из степени определенности требований заказчика при заключении договора, надо предусматривать соответствующие **механизмы пересмотра ТЗ**: при четких, определенных требованиях заказчика к программе для ЭВМ, которые вряд ли изменятся в ходе выполнения договора, процедура внесения изменений в ТЗ может быть жесткой – исключительно через дополнительные соглашения к договору; при отсутствии четкого видения результатов работ заказчиком и/или исполнителем процедура пересмотра ТЗ может быть более мягкой.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор на создание программы для ЭВМ

Еще одним существенным условием договора является **срок выполнения работ**. Финальные сроки должны предусматриваться договором в любом случае, однако договор может предусматривать также и промежуточные вехи (этапы и подэтапы работ).

В случае установления этапного выполнения работ по договору при осуществлении приемки по результатам этапа **заказчик не сможет в дальнейшем предъявлять претензии к принятым работам по этапу даже в случае, если финальный результат работ его не устроил**. Это является довольно существенным для работ по созданию программ для ЭВМ, поскольку части функционала программы для ЭВМ могут быть в значительной степени взаимосвязаны и недостатки работ в определенном блоке функционала могут выявиться только на этапе финальной приемки работ.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор на создание программы для ЭВМ

Важным отличием договора на создание программы для ЭВМ и иных договоров является то, что **цена договора может быть определена соответствии с [п. 3 ст. 424 ГК РФ](#)** (как цена, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные работы). Таким образом, при отсутствии в договоре условия о цене договор все равно будет считаться заключенным, хотя на практике сложно встретить договор на создание программы для ЭВМ, в котором не была бы определена стоимость работ. Цена работ может определяться как в виде **фиксированной суммы (Fixed Price)**, рассчитанной экспертно на основании сметы или планируемой трудоемкости работ, так и в виде оплаты на основании почасовки (**Time&Materials**) – **по реальной трудоемкости работ** исполнителя. Второй способ, конечно, зачастую менее выгоден заказчику работ, поскольку, во-первых, вносит неопределенность в сумму затрат, а во-вторых, может вызвать у недобросовестного исполнителя соблазн завысить реальную трудоемкость работ. Однако этот способ может оказаться выигрышным при изначально непонятном объеме работ при условии полного доверия заказчика исполнителю либо наличию эффективных средств контроля трудозатрат исполнителя компетентными сотрудниками заказчика. К таким средствам контроля можно отнести регулярную фиксацию исполнителем трудозатрат в системе ведения дел, предоставление исполнителем отчетов с определенной периодичностью, наличие возможности у заказчика приостановить работы при превышении некоторой трудоемкости их выполнения и др.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор на создание программы для ЭВМ

Что касается распределения прав на создаваемую программу для ЭВМ, то согласно [п. 1 ст. 1296 ГК РФ](#) исключительное право на созданную программу для ЭВМ принадлежит заказчику с момента его создания. Это можно даже не прописывать в договоре. При этом согласно [п. 2 ст. 1296 ГК РФ](#) исполнитель вправе, если договором не предусмотрено иное, **использовать программу для ЭВМ для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права.** Если же договором предусматривается, что исключительное право на программу для ЭВМ принадлежит исполнителю, в свою очередь заказчик вправе использовать программу для ЭВМ в собственных нуждах на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор на создание программы для ЭВМ

Таким образом, договор на создание программы для ЭВМ должен содержать в себе элементы **лицензионного договора**. В целом законом не предусматривается подробное описание предоставляемых по лицензии прав на созданную программу для ЭВМ, однако представляется, что без четкого описания передаваемых по лицензии прав положениями [ст. 1296 ГК РФ](#) нельзя воспользоваться полной мере, поскольку неясно, какими именно способами из перечисленных в [п. 2 ст. 1270 ГК РФ](#) имеет право использовать программу для ЭВМ лицо, которому по договору на создание программы для ЭВМ предоставляется лицензия. Также непонятна территория использования программы для ЭВМ. Очевидно, согласно [п. 3 ст. 1235 ГК РФ](#), эта территория ограничивается территорией РФ, если иное явно не указано в договоре. Исходя из изложенного, настоятельно рекомендуется четко прописывать условия, на которых предоставляется лицензия, особое внимание уделяя такому способу использования программы для ЭВМ, как модификация или переработка.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор на создание программы для ЭВМ

При заключении договора заказчику надо обратить отдельное внимание на правовое регулирование правоотношений исполнителя и его работников, являющихся авторами программы для ЭВМ, чтобы полностью обезопасить свои права.

- **Во-первых**, из договоров между исполнителем и его разработчиками (трудовых либо авторского заказа) должно следовать, что **исключительное право на создаваемую программу для ЭВМ не принадлежит работникам**.
- **Во-вторых**, надо проверить, создавалось ли данная программа для ЭВМ по договору авторского заказа либо **по заданию работодателя (исполнителя)**, или же эта программа для ЭВМ была создана разработчиками по собственной инициативе и исполнитель формально не имеет к нему ни малейшего отношения и не может его передавать заказчику.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует Договор на создание программы для ЭВМ

Необходимо отметить, что согласно [п. 4 ст. 1296 ГК РФ](#) закрепляет **обязанность выплаты авторам вознаграждения за разработку программы для ЭВМ в случае, если авторам не принадлежит исключительное право на него**. В статье не указывается, кто именно должен выплачивать данное вознаграждение (заказчик или исполнитель), но ввиду отсылки к [ст. 1295 ГК РФ](#), которой регулируются взаимоотношения работников и работодателей, а также здравого смысла эта обязанность лежит на плечах исполнителя работ, и заказчик может не волноваться по поводу расчетов исполнителя со своими работниками. Однако исполнителю надо обязательно обратить внимание на это правило кодекса, чтобы в итоге не получить исполнительный лист о выплате вознаграждения в размере.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Пример: Дело № 88-10803/2020 <https://clck.ru/yyJAZ>

Приморский районный суд Петербурга постановил взыскать с ответчиков **23 млн руб.** за незаконное использование программы.

До 2016 г. программист Антон Мамичев работал в ООО «Интервим», дочерней структуре Veeam Software, где и создал программу eLearning Metadata Manager, предназначенную для разработчиков курсов электронного обучения. Когда программист увольнялся из «Интервим», стороны заключили лицензионное соглашение на использование программы на условиях простой неисключительной лицензии. **За Мамичевым сохранялись авторские права, использование программы в коммерческих целях ограничивалось.**

В 2017 г. Мамичев установил, что из кода программы исчез фрагмент **«© 2012-2017 Anton Mamichev»**, подтверждающий авторское право. Мамичев обратился в суд, поскольку был уверен, что «Интервим» модифицирует и воспроизводит его программу, не ставя его об этом в известность.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Договор авторского заказа ([ст. 1288 ГК РФ](#))

Стороны договора: **автор – заказчик.**

Этот договор схож с договором на создание программы для ЭВМ и по сути является его разновидностью, однако он заключается исключительно с автором произведения, то есть с **физическим лицом**. К данному договору можно смело применять разъяснения, приведенные в предыдущем разделе, с учетом особенностей, изложенных ниже.

- **Во-первых**, данный договор не содержит презумпции перехода исключительного права на созданный объект заказчику. Заказчику передается исключительно экземпляр объекта без каких-либо прав на его использование. В этой связи в договоре нужно корректно прописывать, какой объем прав на создаваемую программу для ЭВМ переходит заказчику – исключительное право в полном объеме либо только лицензия на право использования.
- **Во-вторых**, договор авторского заказа, который не предусматривает и не позволяет определить срок его исполнения, не считается заключенным. Кроме того закон обязывает заказчика установить автору в договоре льготный срок продолжительностью в одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора, в который должно быть завершено создание объекта при пропуске автором основного срока и при наличии уважительных причин пропуска.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Пример: Дело №2-5454/2021 <https://clck.ru/yvhdl>

ИП Сорокина Е.В. обратилась в суд с иском к Тарасовой Т.В. о взыскании 2,3 млн руб. в счет оплаты вознаграждения автору результата интеллектуальной деятельности, указав в обоснование требований, что ответчик не исполнила свои обязательства по договору авторского заказа по созданию программы для ЭВМ, не уплатив истцу вознаграждение.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Пример: Дело №2-4230/2019 <https://clck.ru/yyqjs>

ФИО1 обратился в суд с исковым заявлением к ФИО2 о взыскании денежных средств по договору авторского заказа, процентов на сумму долга, судебных расходов в обоснование заявленных требований ссылаясь на то, что 18.06.2018 ФИО2 (Заказчик) и ФИО1 (Автор) заключили договора авторского заказа №XXX и №YYY на написание Технического задания на создание программы для ЭВМ (компьютера) с последующим отчуждением исключительного права. Согласно договорам Автор обязуется создать техническое задание для написания торгового робота советника для Metatraider 4 и передать Заказчику исключительное право на техническое задание, а также иных материалов, которые потребуются для написания программы, а Заказчик за создание Технического задания и его передачи исключительных прав уплачивает Автору вознаграждение. Согласно Договору №XXX вознаграждение Автору составляет 225 000 руб., а согласно Договору №YYY вознаграждение Автору составляет 225 000 руб. Работа истцом по договорам была выполнена и подписаны Акты выполненных работ по договорам, однако, как указывает истец, ответчиком оплата по договорам не произведена до настоящего времени. Ссылаясь на указанные обстоятельства, ФИО1 обратился в суд с настоящим иском, в котором просил взыскать с ФИО2 в свою пользу денежные средства по договорам авторского заказа №XXX и №YYY в общем размере 450 000 руб., проценты на сумму долга в размере 51 500,11 руб., расходы по уплате государственной пошлины в размере 8 215 руб.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Трудовой договор

Еще одним из способов создания программы для ЭВМ и получения прав на него является внутренняя разработка работниками потенциального правообладателя. В этом случае программа (**служебное произведение [ст. 1295 ГК РФ](#)**) создается на основании служебного задания при условии фиксации в трудовом договоре обязанностей работников разрабатывать программы для ЭВМ. Исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, если договором с работником не предусмотрено иное. При этом работодатель обязан в течение 3 лет с момента создания программы для ЭВМ начать его использование, передать исключительное право на него другому лицу либо сообщить автору о сохранении произведения в тайне. В противном случае исключительное право на него будет принадлежать автору.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Трудовой договор

Разработка программ для ЭВМ силами работников имеет один очень важный нюанс, на который многие работодатели, к сожалению, не обращают внимания. Этот нюанс касается вознаграждения работника, установленного [абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК РФ](#). В случае начала использования работодателем служебного произведения или передачи исключительного права на программу для ЭВМ другому лицу, а также принятия работодателем решения о сохранении служебного произведения в тайне в трехгодичный срок, **автор имеет право на вознаграждение**, размер которого устанавливается договором между автором и его работодателем. Многие работодатели склонны полагать, что это вознаграждение может быть включено в состав заработной платы сотрудника (ее оклада либо премиальной части). **Это не так!** Исходя из сложившейся практики, это вознаграждение не зависит от трудовых отношений сторон, а носит гражданско-правовой характер, потому не может быть включено в состав трудовых доходов работника. Таким образом, рекомендуем, не дожидаясь момента, когда размер вознаграждения будет установлен судом ([абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК РФ](#)), заключить с работниками, разрабатывающими программы для ЭВМ, а также иные произведения науки, литературы или искусства, соответствующее соглашение, устанавливающее разумную сумму вознаграждения автору произведения в случае наступления указанных выше условий.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Трудовой договор

Служебное задание должно быть оформлено по установленным в организации правилам, содержать точное задание на разработку и быть выдано авторам произведения под роспись. По факту исполнения служебного задания работодатель составляет соответствующий акт за подписями комиссии (в нее могут входить авторы и представители работодателя), к которому должны прикладываться исходные тексты разработанной программы на машиночитаемом носителе. Это позволит в дальнейшем доказать наличие прав именно на данную программу для ЭВМ. Естественно, это довольно просто теоретически, однако на практике работодатель сталкивается с тем, что программное обеспечение – это очень динамичный объект, который может видоизменяться каждый день, и невозможно (и не нужно) на малейшую доработку составлять служебное задание. Однако рекомендуется периодически все же составлять служебные задания на крупные доработки и активировать полученные результаты работ по созданию новых полезных версий программы для ЭВМ для защиты своих прав от недобросовестного автора.

СИТУАЦИЯ 1. Программное обеспечение пока не существует

Пример: Дело 02-4545/2017 <https://clck.ru/ohZBK>

Истец Студенников В.Ю. обратился в суд с иском к ответчику ООО «Регистратор доменных имён РЕГ.РУ» о защите авторских прав, с просьбой признать исключительные права на созданные им программы для ЭВМ не перешедшими ответчику и принадлежащими истцу как автору, обязать ответчика заключить с истцом отдельный договор об условиях выплаты вознаграждения, обязать ответчика исполнить данный договор и выплатить истцу вознаграждение в размере 20 000 руб. за каждую созданную программу для ЭВМ, общим размером в 100 000 руб. за пять программ для ЭВМ, мотивируя заявленные требования тем, что между истцом и ответчиком не был заключён и исполнен отдельный договор о выплате вознаграждения, предусмотренный Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 №9, за созданные истцом программы для ЭВМ, которые используются ответчиком для получения прибыли, в частности посредством предоставления лицензий на программы для ЭВМ третьим лицам.

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана

Согласно [п.1. ст. 1233 ГК РФ](#) законодатель устанавливает два способа распоряжения своим исключительным правом на произведение (к которому по закону приравниваются программы для ЭВМ):

- **отчуждение исключительного права в пользу другого лица или**
- **предоставление другому лицу права использования в установленных лицензионным договором определенных пределах.**

Рассмотрим оба способа по порядку.

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана

Договор об отчуждении исключительного права

([ст. 1285 ГК РФ](#))

Самый радикальный способ распорядиться программой для ЭВМ – это передать исключительное право на него по договору об отчуждении исключительного права.

Стороны договора: **правообладатель – приобретатель права.**

Согласно [ст. 1285 ГК РФ](#), «по договору об отчуждении исключительного права на произведение автор или иной правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме приобретателю такого права».

Таким образом, с момента вступления в силу договора об отчуждении исключительного права на программу для ЭВМ прежний правообладатель утрачивает право на использование программой для ЭВМ любыми из перечисленных в [ст. 1270 ГК РФ](#) способами, а приобретатель права становится полноправным владельцем всего исключительного права на программу для ЭВМ и может в дальнейшем распоряжаться им по собственному усмотрению в течение всего срока действия исключительного права (для программ для ЭВМ – в течение всей жизни авторов программы для ЭВМ и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти последнего автора).

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана **Договор об отчуждении исключительного права** **([ст. 1285 ГК РФ](#))**

Существенными условиями договора являются **предмет** и **цена договора** (порядок ее определения). Предмет должен быть явно определен – программа для ЭВМ либо подробно описывается, либо, если оно регистрировалось, стороны могут указать номер свидетельства о регистрации программы для ЭВМ.

Договор об отчуждении исключительного права на программу для ЭВМ должен быть заключен в письменной форме ([п.2 ст. 1234 ГК РФ](#)), а также, в случае если программа для ЭВМ подвергалась государственной регистрации договор требуется зарегистрировать в Роспатенте. В случае несоблюдения письменной формы или требования о регистрации договора он считается незаключенным, а право не считается переданным приобретателю.

Исключительное право переходит к приобретателю с момента заключения договора либо в иной момент, предусмотренный в договоре.

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана Лицензионный договор. (ст. ст. [1235](#), [1286](#) ГК РФ)

Стороны договора: **лицензиар – лицензиат.**

Лицензия предполагает предоставление лицензиату определенного договором объема прав использования программы для ЭВМ при сохранении исключительного права за лицензиаром. Права предоставляются на определенный в договоре срок, на определенной территории, за определенную сторонами цену (вознаграждение лицензиара). При неопределении сторонами в договоре указанных выше условий применяются следующие правила:

- при отсутствии точного объема предоставляемых прав и/или цены договора договор считается незаключенным;
- при неуказании территории использования права лицензиата могут реализовываться на территории РФ;
- при неуказании срока действия договора (лицензии) он считается заключенным на пять лет. Самая безопасная формулировка для случаев предоставления бессрочной лицензии – «на весь срок действия исключительного права на программу для ЭВМ».

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана Лицензионный договор. (ст. ст. [1235](#), [1286](#) ГК РФ)

Форма договора – **письменная**, при ее несоблюдении договор считается незаключенным, за исключением так называемой «оберточной лицензии», упоминаемой в [п. 3 ст. 1286 ГК РФ](#). В отличие от договора отчуждения исключительного права, лицензионный договор регистрации не подлежит вне зависимости от регистрации программы для ЭВМ.

При фиксации в договоре способов использования программы для ЭВМ важно обращать внимание на такой способ использования, как модификация (переработка). Согласно [п. 2 ст. 1259 ГК РФ](#), **производные произведения** (полученные в результате переработки первичного произведения) являются отдельными объектами охраны авторского права. Таким образом, при наличии у лицензиата права на переработку произведения и такой возможности (при предоставлении ему исходного текста программы) он может творчески дополнить или модифицировать программу для ЭВМ (например, переведя его на другой язык программирования) и получить новый объект охраны, исключительное право на который будет принадлежать уже ему.

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана Лицензионный договор. (ст. ст. [1235](#), [1286](#) ГК РФ)

Существует два типа лицензионных договоров: **договор о предоставлении простой (неисключительной) лицензии** и **договор о предоставлении исключительной лицензии**. В первом случае лицензиар предоставляет лицензиату лицензию, сохраняя за собой право на выдачу лицензий третьим лицам. Во втором случае лицензиар не имеет права выдавать третьим лицам лицензии на программу для ЭВМ в течение срока действия исключительной лицензии. Подавляющее большинство лицензионных договоров на программы для ЭВМ заключаются по первому типу, второй тип более востребован в правоотношениях в области средств индивидуализации.

Вознаграждение за лицензию может быть установлено в виде фиксированной суммы, уплачиваемой разово (**паушальный платеж**) или периодически (**роялти**), либо в виде периодических платежей, устанавливаемых в относительных величинах (например, процент от выручки лицензиата за определенный период).

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана «Оберточная лицензия» и договор купли-продажи программы для ЭВМ

Стороны договора купли-продажи: **продавец – покупатель.**

Стороны лицензионного договора: **лицензиар – лицензиат.**

Интересной особенностью данного способа является то, что обычно **«оберточной лицензии»** сопутствует заключение договора купли-продажи программы для ЭВМ. Фактически указанный договор является как бы обеспечивающим право использования программы для ЭВМ. В случае приобретения экземпляров программы для ЭВМ покупатель получает программу для ЭВМ на дисках, на которых, согласно [п. 3 ст. 1286 ГК РФ](#), должны излагаться условия лицензионного соглашения, которые покупатель (лицензиат) акцептует, как это предусматривается правилами о договоре присоединения ([ст. 428 ГК РФ](#)). Таким образом, здесь наличествует сложное правоотношение: покупатель приобретает у продавца диск с программой для ЭВМ (первый договор), а в момент вскрытия упаковки диска присоединяется к лицензионному соглашению с лицензиаром (второй договор).

СИТУАЦИЯ 2. Программа для ЭВМ уже разработана «Оберточная лицензия» и договор купли-продажи программы для ЭВМ

Конечно, сейчас уже сложно представить, чтобы на упаковке диска с программой для ЭВМ лицензиар прописывал лицензионные условия – они чаще всего «зашиты» в программный код и появляются при первом запуске программы, а диалоговое окно предлагает пользователю согласиться на условия лицензии. Поэтому можно с уверенностью назвать формулировку указанной нормы морально устаревшей.

СИТУАЦИЯ 3. Сопутствующие договоры Сопровождение (техподдержка)

Договор оказания услуг, регулируется [главой 39 ГК РФ](#).

Стороны договора: **исполнитель – заказчик**.

В рамках этого договора заказчику обеспечивается работоспособность программы для ЭВМ и даются консультации по вопросам использования. Если договор ограничивается лишь исправлением ошибок лицензионной программы для ЭВМ, то, вероятнее всего, услуги сопровождения может оказывать любое лицо, поскольку [ст. 1280 ГК РФ](#) разрешает лицензиату без специального разрешения правообладателя осуществить исправление явных ошибок, если иное не предусмотрено договором с правообладателем. Если же договор включает в себя такие услуги, как развитие функциональности программы для ЭВМ, что связано с изменением программного кода, такие услуги может оказывать лишь то лицо, которое имеет право модифицировать программное обеспечение. На это всегда надо обращать внимание при выборе контрагента.

Одним из специальных видов договора сопровождения является **Service-Level Agreement (SLA, соглашение об уровне предоставления услуг)**, который направлен на поддержание бесперебойного функционирования используемой заказчиком ИТ-инфраструктуры или ИТ-продукта.

СИТУАЦИЯ 3. Сопутствующие договоры Сопровождение (техподдержка)

Цена договора сопровождения может формироваться как на основании почасовки, так и на основании фиксированной оговоренной цены, либо с использованием смешанной системы. Поскольку договор сопровождения является договором оказания услуг и зачастую результат оказания услуг не имеет овеществленной формы, настоятельно рекомендуется периодически оформлять отчеты об оказанных услугах, которые, во-первых, будут необходимы для экономического обоснования затрат перед проверяющими органами, а во-вторых, могут применяться как доказательство объема оказанных услуг при наличии споров между сторонами договора. Особое значение отчет приобретает при использовании почасовки, поскольку на его основании будет формироваться финальная стоимость услуг. В этом случае составление отчета обязательно.

Отдельно необходимо сказать про договоры оказания услуг гарантийного сопровождения, когда исполнитель в течение гарантийного срока на программу для ЭВМ безвозмездно исправляет ошибки программного кода. Такой договор нечасто встречается в виде отдельного документа, обычно это раздел в лицензионном договоре или в договоре на разработку программы для ЭВМ. Проблема такого договора в том, что эти услуги оказываются бесплатно.

СИТУАЦИЯ 3. Сопутствующие договоры Сопровождение (техподдержка)

Оказание услуг по внесению в программы для ЭВМ изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя. Договор оказания услуг, регулируется [главой 39 ГК РФ](#).

Стороны договора: **исполнитель – заказчик**.

По условиям практически ничем не отличается от договора сопровождения, кроме того, что при оказании услуг по адаптации точно не нужны специальные полномочия от правообладателя. Обычно договор заключается на какой-либо период (например, на год), в течение которого исполнитель по заданиям заказчика выполняет настройку программы для ЭВМ. Форма отчетности — периодическая, по почасовке. Однако в случае если договор разовый на крупную настройку программы для ЭВМ (либо рамочный с оформлением крупных заявок), стороны могут заранее согласовать фиксированную стоимость услуг.

СИТУАЦИЯ 3. Сопутствующие договоры Доработка (модификация) программы для ЭВМ

Стороны договора: **исполнитель (подрядчик) – заказчик.**

Существует два вида договоров: **договор на реализацию крупных доработок** (договор на модификацию программы для ЭВМ, договор на развитие программы для ЭВМ) и **договор на выполнение «мелких доработок по заявкам заказчика»**. Первый вид договоров похож на договор на создание программы для ЭВМ. Второй вид договора рассмотрим подробнее.

Это договор на выполнение работ (договор подряда), и к нему применяются правила [главы 37 ГК РФ](#) с учетом особых правил, устанавливаемых [частью IV ГК РФ](#). Самое важное в договорах на выполнение доработок (и мелких, и крупных) – это то, что у исполнителя должны быть права на модификацию программы для ЭВМ. Проблема снимается, если правообладателем программы для ЭВМ является сам заказчик либо исполнитель. В противном случае правообладателем должно быть предоставлено исполнителю соответствующее право.

СИТУАЦИЯ 3. Сопутствующие договоры Доработка (модификация) программы для ЭВМ

Суть договора на мелкие модификации (доработки) и договора на адаптацию схожа, кроме одного важного нюанса. Согласно ГК РФ производное произведение (которое может быть создано в ходе переработки (модификации) первичного произведения) является отдельным охраняемым результатом интеллектуальной деятельности. Это правило приводит нас к следующим выводам.

- В договоре надо обязательно распределять права.
- Момент появления новой программы для ЭВМ неочевиден.