

Разработка ПО как сплошное нарушение копирайта

11:00 29.09.14

Юрист приводит примеры нарушений украинского авторского права в типичном процессе разработки программного обеспечения



ИТ-индустрия составляет все большую часть экономики Украины. По данным Минэкономразвития, в этой сфере работает больше 200 тыс. человек, а импорт ИТ-услуг и продуктов в среднем растет на 18% в год. Тем не менее, отечественное авторское право мало учитывает потребности производителей программного обеспечения. Консервативность нормативного регулирования этого вопроса превращает типичный процесс разработки ПО в сплошное нарушение копирайта.

Корень проблемы в принадлежности имущественных прав на компьютерные программы, точнее, в моменте, с которого юридическое лицо может ими владеть. С этого и начнем. Как известно, ч. 2 ст. 16 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» (Закон) устанавливает, что имущественные права на служебное произведение принадлежат работодателю, если иное не предусмотрено договором. Но десятью годами позже ч. 2 ст. 429 Гражданского кодекса Украины (ГК) установила, что имущественные права на объект интеллектуальной собственности, созданный в связи с исполнением трудового договора, принадлежат сотруднику и работодателю совместно, если иное не предусмотрено договором. Некоторые считают, что норма Закона имеет перевес как частная, некоторые, что ГК - как более поздняя. Верховный суд отдал предпочтение ГК, что было выражено в п. 24 Постановления Пленума ВСУ №5 от 04.06.2010 г.

В качестве отступления, напомним, что ч. 4 ст. 181 Соглашения об ассоциации ЕС обязывает Украину изменить регулирование - имущественные права на компьютерные программы, созданные как служебные произведения, должны принадлежать работодателю, если иное не предусмотрено договором. Но ввести эту норму в национальное законодательство недостаточно,

необходимо устранить системные противоречия. Причем, нижеизложенные противоречия и проблемы касаются не только служебных произведений, но и созданных по заказу (ст. 430 ГК).

Коллизии разбивают иллюзии

Наличие в ст. 16 Закона и ст.ст. 429, 430 ГК слова «належить» и возможности предусмотреть иное в договоре дает надежду, что часть или все имущественные права принадлежат работодателю с момента создания служебного произведения и нет необходимости осуществлять передачу прав. И это вроде бы и не противоречит ст. 435 ГК о том, что субъектами авторского права являются автор и лица, которые «набули» права согласно договору или закону. Но у авторов ст. 11 и ст. 7 Закона другое мнение: (i) первичным субъектом, которому принадлежит авторское право, является автор; (ii) авторское право имеет автор или лицо, которому передано право; (iii) субъектами авторского права являются авторы, их наследники и лица, которым они передали свои авторские права.

Выходит, что даже часть имущественных прав на служебное произведение не принадлежит работодателю с момента создания, должна произойти передача прав от автора работодателю. То есть, момент создания служебного произведения и момент приобретения работодателем прав на него разделены во времени. Когда же происходит приобретение прав работодателем? В следующий миг после создания? После подписания акта приема-передачи? Так как договорились стороны? Ищем ответ на этот вопрос в юридических изданиях, например, в статье «Гарантийный урок» в газете «Юридическая практика» № 1 (838) от 07.01.2014 г. И авторы, и комментаторы таких статей рекомендуют подписывать акт приема-передачи прав, а некоторые - еще и отдельное дополнительное соглашение по каждому произведению. То есть многие юристы считают, что права переходят с момента подписания акта, так же часто пишут и в договорах.

Проблема в том, что акты и другую документацию невозможно подписывать каждый день, это делается в конце месяца, квартала или в конце очередной итерации создания продукта. Так как момент создания произведения и момент перехода прав существенно разделены во времени, то за это время происходит масса нарушений.

Типичное нарушение №1: изменения без разрешения

Программист создал небольшую программку, которая понравилась его руководству. Для ее доработки и превращения в готовый продукт была создана команда из шести программистов. Но ведь, авторским правом защищается творение программиста с момента создания, даже если оно не завершено (ч. 2 ст. 8 и ч. 2 ст. 11 Закона, ч. 2 ст. 433 и ст. 437 ГК), а автор еще не подписал акт и не передал имущественные права работодателю.

Выходит, что коллеги нарушают его авторское право, ведь любые изменения произведения - это использование, которое можно совершать только с разрешения нашего программиста (ст. 15 и ст. 32 Закона, ст. 440 и ст. 441 ГК). А такое разрешение ничтожно, если оно не изложено в письменной форме (ст. 33 Закона, ст. 1107 ГК).

Типичное нарушение №2: завершенное и производное

При разработке программное обеспечение проходит массу изменений и доработок (прототип, альфа, бета, пре-релиз и т.п.), за это время продукт, особенно игра, может изменяться до неузнаваемости несколько раз. Функционал, сценарии и прочее не только перерабатываются по несколько раз за месяц, но иногда и отбрасываются. Произведение уже не завершается, а создается производное, а потом и производное от производного. Передавая права в конце периода, есть риск передать права только на текущую версию. Кому тогда будут принадлежать права на первичные произведения и на все то, что не вошло в текущую версию?

Решать эти проблемы, в идеале, нужно внося соответствующие изменения в законодательство, чтобы имущественные права возникали у работодателя или переходили к нему сразу после

создания, без совершения автором каких-либо дополнительных действий. Оба варианта вполне вписываются в концепцию «набуття» на основании договора, согласно ст. 435 ГК, но требуют изменения ряда вышеперечисленных норм Закона.

На сегодня эти проблемы решаются с помощью практических моментов разработки. Так, обычно есть своеобразный репозиторий, куда программисты регулярно «сливают» свои наработки, он может быть технически по-разному реализован, находится на сервере в офисе или в «облаке», но обычно он фиксирует кто, что и когда на него «сбросил», а также может хранить все промежуточные версии. Если подписывать договор о служебных произведениях, можно предусмотреть в нем такой репозиторий и связывать переход прав с моментом загрузки произведения в репозиторий автором (придать значение такому конклюдентному действию).

Типичное нарушение №3: способ идентификации

Общие требования законодательства (например, ст. 638 ГК), как и судебная практика (например, п. 30.2 Постановления Пленума ВГСУ №12 от 17.10.2012 г.), требуют от нас четко определять конкретное произведение (предмет договора). Это требование было бы просто выполнить, если бы речь шла об уже созданном произведении. Создание произведения также отличается от простого подряда, где результат работ может быть заранее описан до малейших деталей. Давая задачу сотруднику, мы еще не знаем точно каким будет результат, работа ведь творческая. Работодатель может только сформулировать назначение произведения, общие требования к нему и критерии качества выполнения работ - что и предлагается делать уже сегодня.

Но создание служебного произведения по своей природе - это выполнение работ, а не продажа имущества. Так как предметом являются именно работы, то и результат работ принадлежит работодателю. Кроме того, прогресс шагнул далеко вперед и сейчас целью заказа таких произведений как компьютерная программа является не материальный объект, в котором воплощено произведение, а права на него. Потому результатом работ, в данном случае, нельзя назвать только произведение в отрыве от имущественных прав интеллектуальной собственности.

Тем не менее, многие на рынке занимаются подробной идентификацией задним числом, то есть готовят служебные задания уже после создания произведений, что, безусловно, является нарушением. Еще большая часть рынка производит формальную идентификацию, то есть из данных в служебном задании невозможно однозначно установить какое именно произведение создано на его основании.

Типичное нарушение №4: сплошное соавторство

Над созданием больших продуктов работают десятки исполнителей, привлекаются внешние специалисты и целые команды фирм подрядчиков. И если внешний специалист создает музыку, отдельное видео или другой объект, легко выделяемый из всего ПО, то идентифицировать его не будет проблемой. Практика же создания программных продуктов такова, что участники процесса работают с кодом, графикой и версткой друг друга, и выделить результат работ каждого из них достаточно сложно. Возникает проблема идентификации объектов, права на которые передаются. В результате в документах часто можно увидеть передачу прав на объекты, которые на самом деле не создавал подписант, или передачу прав несколькими лицами на один и тот же объект без указания их соавторства.

Эта проблема актуальна для украинских ИТ-компаний, так как у них почти нет штатных сотрудников, а есть много подрядчиков (физических лиц - предпринимателей), так выгоднее с экономической точки зрения. В этой ситуации, команду проекта нежелательно отображать в документах как авторский коллектив, что бы их впоследствии не признали трудовым коллективом.

Потенциальное нарушение №5: брак

Возвращаясь к вопросу разделения во времени момента создания произведения (возникновения прав у сотрудника) и перехода прав к работодателю, стоит вспомнить о семейном положении автора. Если сотрудник состоит в браке, а имущественные права интеллектуальной собственности являются имуществом (ст. 190 ГК), то не приобретено ли это имущество в браке? Вполне возможно появление судебной практики, которая признает имущественные права на служебное произведение общей совместной собственностью супругов согласно ст. 60 Семейного кодекса Украины (далее - СК), а значит, и передавать такие права можно только с разрешение второго из супругов (ч. 2 ст. 65 СК).

Такое утверждение кажется неестественным как для служебного произведения, но оно вполне логично следует из сегодняшнего законодательного регулирования авторского права, описанного выше. Естественно, этот вопрос бы не стоял, если бы имущественные права на служебное произведение сразу принадлежали работодателю, чего и требует от Украины ч. 4 ст. 181 соглашения об ассоциации с ЕС.

В тоже время, Украина обязалась внести изменение только в отношении принадлежности прав на компьютерные программы, а это понятие охватывает лишь код (ст. 1 Закона). А как же базы данных и графический интерфейс, без которых сложно представить современное ПО, звуки и другие медиа, типичные элементы игр - сценарии, персонажи и прочее? Кому будут принадлежать имущественные права на такие служебные произведения и с какого момента? Чтобы создать благоприятный бизнес климат для создателей ПО, 3D-моделей и видеопродукции, лучше доработать всю систему авторского права, а не создавать исключение для компьютерных программ.

Вышеназванные изменение должны также коснуться системы прав на произведения под заказ, а не только на служебное произведение. Это необходимо, ведь ИТ-компании никогда не смогут полностью отказаться от ситуационного найма независимых подрядчиков. Кстати, американская концепция *work for hire* не разделяет исполнителей на сотрудников и подрядчиков, автором такого произведения в любом случае является работодатель (или заказчик). Ожидая инвестиций в ИТ-индустрию, нам не помешает взять пример с США, где больше всех в мире зарабатывают на интеллектуальной собственности.

Никита Полатайко, координатор группы ИТ [Sayenko Kharenko](#)