

Компания реализует приложения для мобильных устройств. Возможные договорные конструкции

Основной вопрос: компания продает конечным пользователям программные приложения для смартфонов, исключительные права на которые принадлежат другому лицу (как правило, компании-разработчику). Как квалифицировать возникающие отношения и какими договорами их лучше оформлять?

Решение: эта модель отношений означает, что компания-продавец фактически является посредником между производителем приложений для мобильных устройств и пользователями (в каком-то смысле она становится дистрибьютором поставщика ПО). Условно можно выделить два варианта правовой квалификации отношений между продавцом и производителем в зависимости от того, как передаются права конечным пользователям. Компании-продавцу лучше предпочесть схему без использования сублицензионных договоров с пользователями.



Ирина Гончаренко,
юрист группы технологий
и инвестиций юридической
фирмы VEGAS LEX



Николай Рудоманов,
юрист налоговой практики
юридической фирмы VEGAS LEX

При распространении программного обеспечения для мобильных устройств (далее – мобильное ПО, мобильные приложения) нет материальных носителей, как в случае с «коробочным» ПО для персональных компьютеров. К тому же реализация мобильного ПО конечным пользователям чаще всего осуществляется не через сайты правообладателей (не напрямую от обладателей исключительных прав), а через сторонние сайты интернет-магазинов, которые, по сути, являются посредниками (дистрибьюторами). У обладателей исключительных прав на мобильное ПО и интернет-магазинов возникают вопросы, как корректно оформить договорную схему правоотношений. Чтобы разобраться, важно правильно квалифицировать юридическую сущность их отношений. В этих целях главным становится вопрос, который касается уже отношений с конечными пользователями мобильного ПО: как они должны получать права на использование этого ПО – напрямую от обладателя исключительных прав или непосредственно от интернет-магазина, в котором совершается покупка ПО?

В этой статье мы исходим из презумпции, что мобильные приложения являются программами для ЭВМ в том значении, в котором этот термин употребляется

в Гражданском кодексе. Но нужно учитывать, что в рамках налоговых правоотношений налоговые органы с этим не всегда согласны.

Итак, основные субъекты правоотношений – это так называемый поставщик мобильного ПО, то есть обладатель исключительных прав на него (иногда он является и разработчиком ПО), интернет-магазин и конечный пользователь. На практике существует два основных подхода к квалификации отношений по реализации мобильных приложений – с использованием лицензионного договора и без него. Как будет показано дальше, один из этих вариантов юридически некорректен, несмотря на широкое распространение на практике.

Использование или неиспользование в схеме отношений лицензионного договора зависит от представлений поставщика ПО и магазина о том, как должны передаваться права на мобильное ПО пользователям, то есть кто должен быть лицензиаром в отношениях с пользователями – поставщик ПО или магазин. В части отношений между поставщиком ПО и магазином в обеих схемах применяется, по сути, один вариант: используется смешанный договор лицензирования и агентирования.

Договорные отношения между поставщиком и магазином


Отношения между поставщиком и магазином в любом случае складываются из двух элементов: лицензионного и агентского. Чтобы магазин мог реализовать ПО, ему необходимо получить от поставщика ПО, который обладает исключительными правами или лицензионными правомочиями на программный продукт, соответствующие права по лицензионному договору.


Но права и обязанности сторон в рамках отношений по реализации ПО не охватываются рамками только лицензионных отношений. Если по классическому лицензионному соглашению лицензиат приобретает право использования произведения определенным образом (в частности, право распространять ПО путем продажи, воспроизводить ПО путем записи в память ЭВМ пользователей) и, соответственно, платит за это вознаграждение лицензиару (п. 1 ст. 1233, ст. 1235, 1270 ГК РФ), то на практике интернет-магазин (лицензиат) не просто приобретает право продавать мобильное ПО, а принимает на себя такую обязанность. Как правило, магазин получает от поставщика ПО (лицензиара) еще и вознаграждение, которое обычно выражено в форме процента с продаж. Значит, речь идет об агентских отношениях.

Эти разные по юридическому содержанию отношения не обязательно оформляются двумя отдельными договорами. Обычно заключается один договор, который можно квалифицировать как смешанный (п. 3 ст. 421 ГК РФ). Он сочетает в себе признаки лицензионного договора и агентского (или договора оказания услуг) и содержит как условие о лицензионном вознаграждении поставщика мобильного ПО, так и условие о вознаграждении магазина, приобретающего права на это ПО, за его распространение.


Объем прав, который интернет-магазин получает по лицензии от поставщика ПО, как правило, зависит от того, как в дальнейшем права на это ПО будут передаваться конечным пользователям. Если права будут переходить к ним непосред-

Nota bene!

 Существует мнение, что реализацию ПО можно представить как обычную куплю-продажу (пользователи покупают ПО у правообладателя или интернет-магазина). С этим мнением вряд ли можно согласиться, так как конструкция купли-продажи не позволяет учесть нематериальный характер приобретаемых благ. Программные продукты не передаются в собственность пользователю, так как они в принципе не являются объектом права собственности.

 В рамках этой статьи авторы исходят из того, что агентский договор (гл. 52 ГК РФ) является разновидностью договора возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ), и независимо от того, как будет озаглавлено посредническое соглашение, к нему могут применяться положения как главы 39, так и главы 52 Гражданского кодекса. Эта позиция является дискуссионной, но это не оказывает влияния на выводы, приведенные в статье.

Интеллектуальная собственность

 Магазин только обеспечивает функционирование платформы (сайта, через который осуществляются продажи) и предоставляет покупателям техническую и фактическую возможность приобрести ПО у поставщика, в том числе оказывает рекламные услуги, услуги по получению и перечислению поставщику лицензионного вознаграждения, а также при необходимости заключает сопутствующие договоры с платежными системами, с помощью которых возможна оплата на сайте, и т. д.

ственно от поставщика ПО, а магазин всего лишь предоставляет поставщику ПО и покупателям техническую возможность продать и приобрести ПО через его онлайн-платформу, то поставщик ПО предоставляет магазину в рамках лицензионных отношений минимум прав – на запись ПО в память мобильных устройств конечных пользователей, распространение произведения и доведение его до всеобщего сведения. Право выдачи sublicензий в таком договоре не фигурирует.

Если предполагается, что конечные пользователи будут получать права на использование ПО от магазина, то в этих целях магазин должен получить по лицензионному договору, помимо названных прав, также право выдачи sublicензий.

Передача прав конечному пользователю по sublicензионной модели (от магазина-дистрибьютора)

Как уже было упомянуто, один из вариантов передачи прав на использование ПО конечным пользователям предполагает переход этих прав к ним от интернет-магазина. Для этого магазин, обладая полномочиями, предоставленными ему поставщиком ПО по лицензии, от своего имени заключает с пользователями sublicензионные договоры, по которым передает им все права в отношении продукта. Наглядно эта модель представлена на схеме № 1 (см. стр. 52). Эта модель кажется простой и логичной только на первый взгляд. При детальном анализе она теряет всякий смысл.

По sublicензионному договору sublicензиар не может передать больший объем правомочий в отношении результата интеллектуальной деятельности, чем тот, который он сам получил по лицензии (п. 2 ст. 1238 ГК РФ). Даже если магазин получает по лицензионному договору право на воспроизведение мобильного ПО, то это право ограничено исключительно целями исполнения его обязательств по распространению ПО, рекламе и т. д. Лицензия магазина не предполагает использование приложения «для собственных нужд» в том смысле, в котором это обычно установлено в лицензии для конечного пользователя – пользовательском соглашении (как ее еще называют, лицензии EULA, то есть End-User License Agreement – лицензионное соглашение с конечным пользователем). Дело в том, что правообладатели, особенно зарубежные, не заинтересованы в передаче дистрибьюторам широких полномочий в отношении своего ПО из-за опасений злоупотреблений.

Следовательно, sublicензионное соглашение магазина с конечными пользователями фактически не порождает у них возникновение прав на использование этого ПО (магазин не может передать права, которыми не обладает сам).

Для пользователей это не страшно, если сам программный продукт сопровождается еще и пользовательским соглашением с правообладателем-поставщиком (лицензией EULA). Традиционно так и бывает: любой программный продукт снабжен функцией, которая запускает работу программы лишь на условиях принятия пользователем путем совершения конклюдентных действий лицензионного соглашения в электронном виде. Пункт 3 статьи 1286 Гражданского кодекса для «коробочного» ПО предусматривает возможность размещения лицензионного

соглашения с пользователями на экземпляре ПО или упаковке, но эту норму можно применять, даже если ПО продается не на материальных носителях, а записывается в мобильное устройство с сайта. В тексте соглашения, включенного в ПО, обычно указано, что контрагентом пользователя является сам поставщик ПО, а не интернет-посредник (тем более, у поставщика может быть много каналов распространения одной и той же продукции). Значит, пользователи получают права на ПО на основании лицензии EULA напрямую от поставщика.

Возникает логичный вопрос: зачем дублировать передачу прав пользователям еще и сублицензионным соглашением с магазином, тем более что, как было показано выше, эта сублицензия все равно не может повлечь передачу прав на воспроизведение, которых магазин не получает? В этой схеме трехсторонних отношений между поставщиком, магазином и пользователями использование сублицензионных соглашений между магазином и конечными пользователями представляется избыточным и юридически некорректным этапом. С этой точки зрения становится понятным, почему эта модель отношений вызывает пристальное внимание и претензии у налоговых органов.

Пункт 3 статьи 1286 ГК РФ можно применять в том числе к мобильным приложениям

Пункт 3 статьи 1286 ГК РФ позволяет заключать лицензионные договоры (предоставлять лицензии EULA) путем размещения текста лицензионного договора на экземпляре или упаковке программы для ЭВМ. Возникает вопрос: применим ли этот вариант к продаже ПО без материальных носителей?

В случае приобретения мобильных приложений пользователь получает возможность просто загрузить ПО на свое устройство с сайта интернет-магазина. В данном случае отсутствуют материальные носители, на которые можно было бы физически нанести текст лицензионного соглашения, – можно лишь включить его в электронном виде в само мобильное приложение. Но подпадает ли этот вариант под пункт 3 статьи 1286 ГК РФ? Представляется, что подпадает. Во-первых, правовая природа правоотношений в обоих случаях (продажа программы, записанной на CD-диск, или продажа путем предоставления возможности скачать ее с сайта) одна и та же. Во-вторых, под экземпляром произведения понимается копия произведения в любой материальной форме (подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Значит, экземпляром является не только копия ПО на CD-диске, но и копия, записанная в память компьютера или мобильного гаджета, просто материальным носителем во втором случае является встроенное устройство

хранения информации. В-третьих, пункт 3 статьи 1286 ГК РФ лишь уточняет правило о возможности оферты путем конклюдентных действий (п. 3 ст. 434 ГК РФ). К тому же это положение закрепляет сложившийся в сфере реализации ПО обычай делового оборота, который признает юридическую силу лицензионных соглашений в электронном виде, заключаемых путем совершения конклюдентных действий (так называемых click-wrap соглашений).

С 01.10.14 появится норма, которая позволит излагать условия лицензионного договора о предоставлении права использования ПО (простой лицензии) в электронном виде (абз. 2 п. 5 ст. 1286 ГК РФ в редакции ФЗ от 12.03.14 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую ГК РФ <...>»). Норма закрепит уже сложившуюся практику. Правда, в ней есть ссылка на пункт 2 статьи 434 ГК РФ, который устанавливает условие для заключения такого договора – возможность достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

Интеллектуальная собственность

Передача прав конечному пользователю только напрямую от поставщика ПО

Учитывая названные выше недостатки сублицензионной модели, модель отношений без использования сублицензий точнее отражает сущность складывающихся отношений и больше соответствует существующему правовому регулированию. Стороны, придерживающиеся этой модели, лучше защищены от возможных рисков, связанных с ошибочной квалификацией условий соответствующих договоров. Суть в том, что передача прав пользователю происходит напрямую – по лицензионному договору между поставщиком и пользователем, минуя магазин-дистрибьютор. А значит, эта модель отношений лишена противоречия в виде дублирования передачи прав, как в сублицензионной модели. Наглядно эта модель представлена на схеме № 2.

Лицензионный договор между поставщиком и конечным пользователем. Лицензионный договор заключается между поставщиком и пользователем в момент, когда пользователь устанавливает соответствующее ПО на свое устройство. Закон предусматривает возможность заключения лицензионного договора путем

Схема 1. Передача прав на мобильное ПО от поставщика и агента

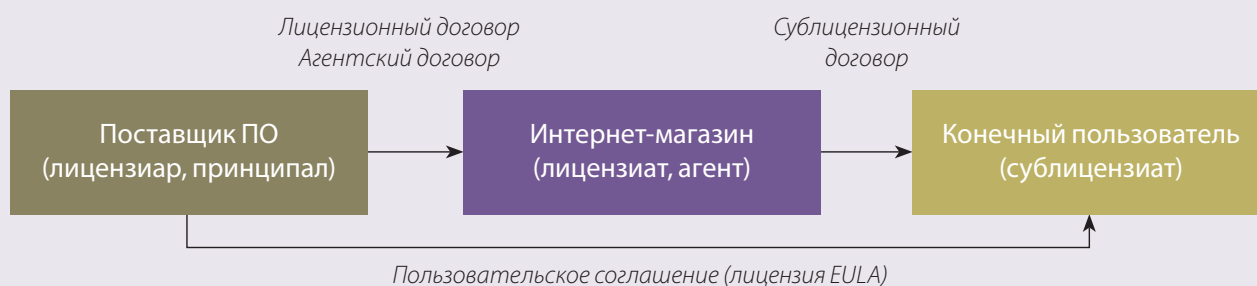
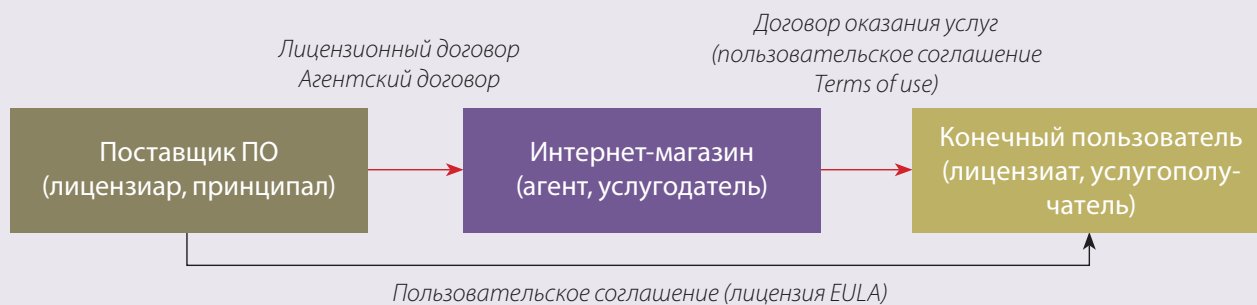


Схема 2. Передача прав на мобильное ПО только от поставщика




→ Передача прав на ПО → Отношения, не связанные напрямую с передачей прав на ПО

заключения каждым пользователем с правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре такой программы или на упаковке этого экземпляра (п. 3 ст. 1286 ГК РФ). При этом начало использования таких программ или базы данных пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора. В такой ситуации поставщик полностью контролирует объем и условия предоставляемой лицензии и может их изменять по своему усмотрению, если это указано в соглашении.

Пользовательское соглашение между магазином и пользователем. Несмотря на то что права на использование ПО переходят напрямую от поставщика к пользователю, между магазином и пользователем все равно заключается специальное пользовательское соглашение. Но его предмет составляет не передача прав на ПО, а описание прав и обязанностей сторон (магазина и пользователей) в части использования платформы интернет-магазина для совершения покупок (информация о предлагаемых к продаже продуктах и возможный порядок их приобретения). Соглашение размещается на сайте магазина под заголовком «Условия использования» (Terms of use). Обычно оно относится к типу соглашений, которые принимаются пользователем конклюдентными действиями – путем использования сайта или сервиса. *е.л.*

Nota bene!

 Положения договоров с крупнейшими игроками на рынке мобильных приложений (App Store, Google Play, Windows Phone Store и др.) обычно не позволяют говорить о существовании между поставщиком и магазином лицензионных отношений. Из текста договоров следует, что интернет-магазин является агентом по отношению к поставщику (см. агентское соглашение с разработчиками Yandex.Store, на сайте <http://legal.yandex.ru>).

Реализация мобильных приложений не освобождается от НДС

Решающим аргументом в пользу выбора сублицензионной модели часто становится возможность применения льготы по НДС.

Льгота заключается в том, что реализация исключительных прав на ПО для ЭВМ и прав на их использование на основании лицензионного (сублицензионного) договора не подлежит обложению НДС (подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ, п. 2 ст. 1238 ГК РФ, письмо Минфина России от 01.04.08 № 03-07-15/44 «О взимании НДС <...>»). А значит, НДС не нужно платить ни с операции по передаче прав от поставщика ПО магазину по лицензионному договору, ни с операций магазина по продаже ПО пользователям по сублицензии.

Но необходимо учитывать, что налоговые органы считают необоснованным применение льготы, установленной для операций по реализации прав на программы для ЭВМ, в случаях реализации ПО для смартфонов. Дело в том, что формально мобильный телефон не относится к компьютерным устройствам. По сертификату соответствия телефон называется «радиостанция носимая», имеет код ОКП 65 7140 и относится к классу «Средства радиосвязи, радиовещания и телевидения общего применения».

Значит, реализация исключительных прав на ПО для мобильных телефонов, прав на их использование по лицензионному и сублицензионному договору должна облагаться НДС. Разъяснений ФНС России по этой позиции нет, но известно, что на практике ее придерживаются многие инспекции. Значимая судебная практика по этому вопросу пока, к сожалению, не сформирована. Минфин России рассматривал этот вопрос и указал лишь, что по нему необходимо обращаться в Минобрнауки России (письмо Минфина России от 16.07.10 № 03-07-11/296), но разъяснений от этого ведомства нет. Поэтому компаниям, которые желают применять льготу по НДС и хотели бы получить гарантии на случай спора с налоговой, лучше обратиться в Минобрнауки России с просьбой разъяснить, является ли мобильный телефон (смартфон) компьютерным устройством. При положительном ответе можно обратиться в Минфин России с просьбой пояснить (подп. 2 п. 1 ст. 21 НК РФ), освобождается ли реализация мобильного ПО от НДС.