

Договорные модели
распространения ПО через
интернет: практика и
ожидаемые изменения

VEGAS LEX

VEGASLEX.RU

Александра Васюхнова

Москва, 1 марта 2016 г.

Основные факторы, влияющие на выбор модели

Правовая
природа

Правовые риски
(включая
документооборот)

Налоговые
последствия

Участники договорных отношений

- **Поставщик** – обладатель прав на программный продукт
 - ▶ Разработчик (ю/л или ф/л)
 - ▶ Другой правообладатель (заказчик для разработчика)
- **Интернет-магазин** (при наличии) – сервис
 - ▶ «Фирменный» магазин
 - ▶ Маркетплейс под конкретную платформу
 - ▶ Мультиплатформенные магазины
- **Пользователь** – юридическое или физическое лицо
 - ▶ Личное использование
 - ▶ В предпринимательских целях
- **Провайдеры** (лица, обсуживающие заключение и исполнение сделки)
 - ▶ Оператор платежной системы
 - ▶ Провайдеры информационных и телекоммуникационных услуг
 - ▶ Иные провайдеры инфраструктуры различного рода
- **Партнеры**
 - ▶ Торговые агенты
 - ▶ Техническая поддержка

Поставщик

- Предоставление ПО
- Техническая поддержка

Интернет-магазин

- Обеспечение возможности заключить сделку
- Обеспечение возможности исполнить сделку

Пользователь

- Оплата вознаграждения

■ **Поставщик – предоставление ПО**

- ▶ Предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности (РИД) – лицензия
- ▶ Обновление, расширение, доп. возможности – лицензия (новая/измененная) vs услуги
- ▶ Сложные продукты (в т. ч. облачные) – лицензия vs услуга vs подряд

■ **Поставщик – техническая поддержка**

- ▶ Гарантийное обязательство vs самостоятельный договор (оказания услуг)
- ▶ Возмездная vs безвозмездная

■ **Пользователь – оплата вознаграждения**

- ▶ Подписка (абонентская плата)
- ▶ Бесплатные приложения – отдельный договор?
- ▶ «Pay as you go»

- **Интернет-магазин – обеспечение возможности заключить сделку**
 - ▶ Размещение в общем доступе информации о продукте, продвижение продукта
 - ▶ Идентификация поставщика/пользователя
 - ▶ Формирование текста пользовательского соглашения и иной документации
 - ▶ Документооборот
 - ▶ Ответы на запросы пользователей/поставщиков
- **Интернет-магазин – обеспечение возможности исполнить сделку**
 - ▶ Предоставление места на сервере для размещения ПО поставщиком
 - ▶ Предоставление ссылки на ПО пользователю
 - ▶ Генерация и управление ключами доступа
 - ▶ Предоставление вычислительной мощности, если ПО устанавливается в облако
 - ▶ Осуществление расчетов
 - ▶ Документооборот, отчетность

Основные правовые риски

- Претензии 3-х лиц к ПО
- Недостатки качества ПО
- Потеря/раскрытие данных пользователя
- Ответственность за иной вред, причиненный пользователю
- Ответственность за ненадлежащий документооборот, налоговые риски
- Отказ поставщика от поддержки ПО
- Несоблюдение формы договора

Конструкции, предусмотренные ГК РФ

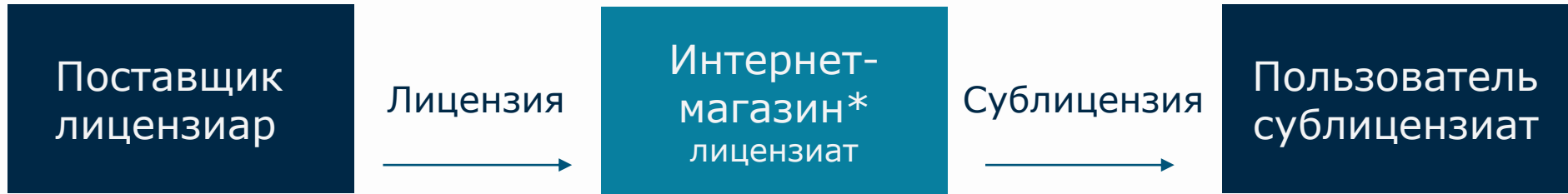
Наиболее жизнеспособные модели

- Лицензия, сублицензия (статьи 1235, 1238, 1286 ГК РФ)
- Договор возмездного оказания услуг (глава 39 ГК РФ)
- Агентский договор (глава 52 ГК РФ)

Альтернативные модели и отдельные конструкции

- Непоименованный договор (п. 2 ст. 421 ГК РФ)
- Трехсторонний (многосторонний) договор (п. 3 ст. 154, п. 1 ст. 420, п. 2 ст. 421 ГК РФ)
- Комиссия (гл. 51 ГК РФ)
- Договор в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ)
- Простое товарищество (гл. 55 ГК РФ)
- Абонентский договор (ст. 429.4 ГК РФ)
- Смешанный договор (п. 3 ст. 421 ГК РФ)

Лицензия-сублицензия



- Правовая природа:
 - ▶ Предоставляется ли право использования посреднику
 - ▶ Комплексные (в т. ч. облачные) решения
 - ▶ Дополнительные возможности – тоже лицензия?
 - ▶ Техническая поддержка
 - ▶ Использует ли посредник ПО в смысле ГК РФ? Экономический смысл отношений.
- Риски:
 - ▶ Большая часть рисков лежит на посреднике:
 - ▷ Претензии 3-х лиц (возврат дохода, полученного от реализации чужих РИД)
 - ▷ Ответственность перед клиентом за все недостатки ПО
 - ▷ Риск отказа поставщика от поддержки ПО
 - ▶ Документооборот

▪ **Дело Мэйл.ру Геймз**

- ▶ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.10.2015 N Ф05-13554/2015 по делу N А40-56211/14 (подтвержденное Определением ВС РФ)
- ▶ Освобождение от налогообложения НДС при передаче прав, в том числе, на использование программного обеспечения применяется при наличии лицензионного договора.
- ▶ Смешанный договор.
- ▶ Довод, что течение игрового процесса подчиняется исключительно программной основе игры, осуществляется в автоматическом режиме и происходит вне какого-либо воздействия со стороны Мэйл.ру, в связи с чем, события в рамках игрового процесса не являются объектом гражданско-правовых отношений сторон, отклонен судами.
- ▶ Ссылки общества на Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.07.2011 N 1407/11, письма компетентных органов, не приняты судом во внимание.

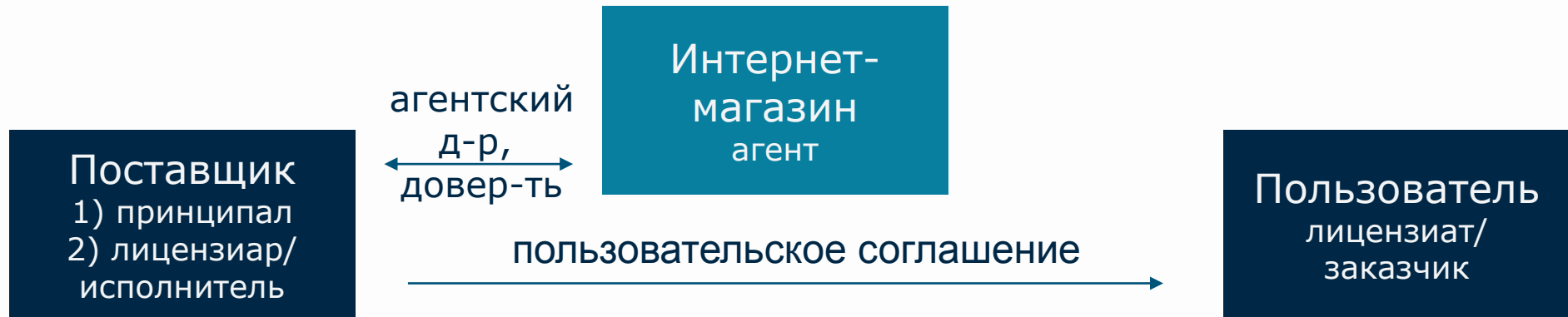
▪ **Дело IT. Информационные технологии (обновления ПО)**

- ▶ Постановление ФАС Московского округа от 11.06.2013 по делу № А40-130312/12-140-876
- ▶ Позиция налогового органа:
 - ▷ Услуги по обновлению ПО не подлежат освобождению от налогообложения НДС и их реализация облагается НДС по ставке 18 % (оказание услуг на возмездной основе)
 - ▷ Сопровождение лицензии (обновление, техподдержка и подобное) не поименовано в п. 1 ст. 1225 ГК РФ, в связи с чем они не являются РИД
- ▶ Позиция налогоплательщика, поддержанная судами трех инстанций:
 - ▷ Оказание услуг (совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности) имеет место только в том случае, если предметом договора является создание программ для ЭВМ по заданию заказчика, т.е. создание РИД под индивидуальные требования заказчика, вне зависимости от возможности дальнейшего использования таких результатов неограниченным кругом лиц
 - ▷ Предоставление РИД, созданных без учета требований заказчика – соответствует правовой природе лицензионного договора
 - ▷ Услуги по исправлению ошибок в программах для ЭВМ являются процессом создания РИД уже переданного лицензиату
 - ▷ Предмет ЛД – предоставление неисключительных прав по использованию:
 - а) программ; б) обновления этих программ
 - ▷ Передача права использования обновлений ПО не соответствует буквальному толкованию п. 5 ст. 38 НК РФ
 - ▷ В обновлениях ПО присутствуют все признаки, характерные для компьютерной программы
 - ▷ Программы - это производное произведение

Лицензия. Итого

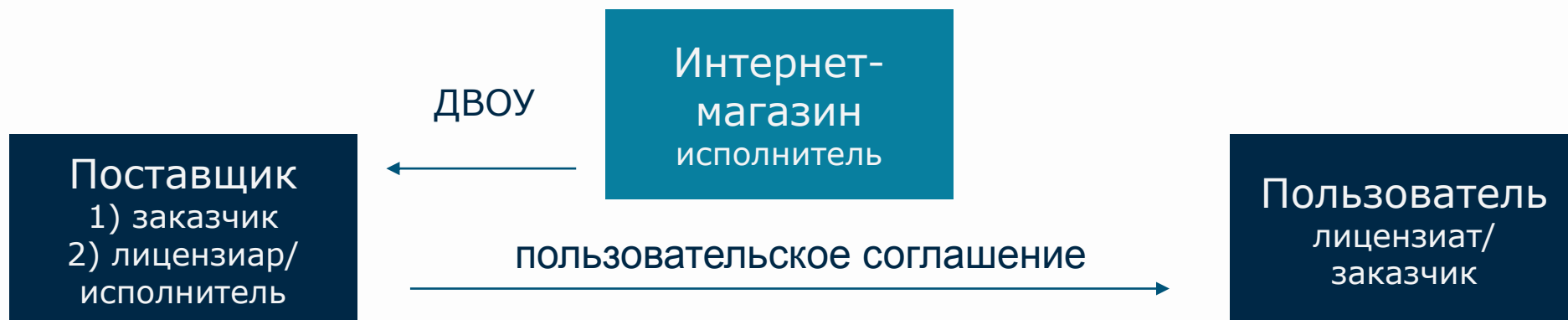
- **Льгота по НДС в российском налоговом законодательстве**
 - ▶ Подпункт 26 пункта 2 статьи 149 НК РФ
 - ▶ Законопроект № 962487-6
- **Удобная в случае распространения ПО напрямую правообладателем, либо аффилированным с ним лицом (случай «фирменного» магазина)**
 - ▶ Ограничения в зависимости от типа продукта
- **Подходит не для всех вариантов сервисных программных продуктов, распространяемых через интернет**
 - ▶ Программные продукты не имеют уникальных программных решений и имеют множество свободно распространяемых аналогов, в связи с чем, их рыночная стоимость может быть оценена как "нулевая" (Постановление Тринадцатого ААС от 16.02.2015 № 13АП-30895/2014)
- **Подходит не для всех случаев распространения продукта через Интернет-магазин**
 - ▶ Сайт в сети "Интернет" - совокупность программ для электронных вычислительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети "Интернет" (Закон об информации, информационных технологиях и защите информации № 149-ФЗ)

Агентирование по типу поручения



- Правовая природа:
 - ▶ Посредник совершает юридические и иные действия от имени поставщика
 - ▶ Для посредника не имеет значения тип заключаемого с пользователем договора (его предмет)
 - ▷ Может заключаться смешанный договор, например, лицензия-ДВОУ
- Риски:
 - ▶ Посредник принимает на себя минимум ответственности – все права и обязанности по договору с пользователем возникают у поставщика
 - ▶ Доверенность в письменной форме

Техническое посредничество



- Правовая природа:
 - ▶ Посредник совершает фактические действия от своего имени
 - ▶ Для посредника не имеет значения тип заключаемого с пользователем договора (его предмет)
 - ▷ Может заключаться смешанный договор, например, лицензия-ДВОУ
 - ▶ Посредник предоставляет платформу для заключения и исполнения договора
- Риски:
 - ▶ Посредник принимает на себя минимум ответственности – все права и обязанности по договору с пользователем возникают у поставщика
 - ▶ Документооборот

- Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015
 - ▶ Действия курьера исключительно по доставке книги от продавца покупателю не являются использованием содержащихся в ней произведений, указанным в подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК РФ (п. 6)
 - ▶ «...курьер не приобрел права и обязанности продавца, вытекающие из договора купли-продажи, поскольку обеспечивал его исполнение только в части поставки товара, заказанного ранее продавцом, а также получения и передачи денежных средств от покупателя к продавцу за вычетом вознаграждения»
 - ▶ НО: Согласно подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК РФ использующим произведение может быть признано лицо, которое распространяет указанное произведение путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров.

- **Договор комиссии (д-р в пользу третьего лица)**
 - ▶ Ввиду того, что конструкция не приспособлена к реализации нематериальных объектов, комиссия превращается либо в «лицензию-сублицензию», либо в «техническое посредничество»
- **Агентирование со стороны пользователя**
 - ▶ «Клиент» посредника – поставщик; посредник вступает в правоотношения с поставщиком до того, как он может идентифицировать конкретного пользователя
- **Договор простого товарищества (поставщик-Интернет-магазин)**
 - ▶ Есть четко выраженный встречный характер обязательств; стороны редко готовы «настолько» зависеть друг от друга; неопределенность с т. зр. документооборота и налоговых последствий
 - ▶ см. *Постановление Суда по интеллектуальным правам от 09.09.2015 № С01-720/2015 по делу № А67-4147/2014* (подтвержденное определением ВС РФ)
- **Трехсторонний договор**
 - ▶ Высокие риски, связанные с правовой неопределенностью + высокая вероятность переквалификации
- **Непоименованный договор**
 - ▶ Высокий риск переквалификации в одну из приведенных моделей налоговым органом

- **Законопроект № 962487-6 о внесении изменений в налоговое законодательство**
 - ▶ Налогообложение зарубежных IT-компаний
 - ▶ Замена льготы по НДС для IT-компаний
 - ▶ **Определение «услуг в электронной форме»**
 - ▷ **Очень широкий перечень**
 - ▷ **Включает «передачу неисключительных прав»**
 - ▶ Позиция Правительства и профильного комитета ГД ФС РФ

- **Реформа II части ГК РФ**
 - ▶ Исследовательский центр частного права уже работает над проектом
 - ▶ Проблема агентирования – одна из центральных

Александра Васюхнова
Руководитель Группы Технологий и
Инвестиций
vasukhnova@vegaslex.ru

VEGAS LEX

VEGASLEX.RU