

AURELIA NOWICKA

UMOWY O UDOSTĘPNIENIE PROGRAMÓW KOMPUTEROWYCH W WYBRANYCH SYSTEMACH PRAWNYCH

I. PRZEDMIOT I TYPY UMÓW W ZAKRESIE OBROTU OPROGRAMOWANIEM

Dynamiczny rozwój przemysłu sprzętu komputerowego i technik przetwarzania danych sprawił, że na rynku produktów informatycznych wykształciły się rozmaite typy stosunków umownych, których przedmiotem jest oprogramowanie (software). Coraz częściej następuje oddzielenie produkcji sprzętu (hardware) od wytwarzania oprogramowania. Wraz z pojawieniem się nowych rodzajów programów komputerowych powstają liczne firmy, które zajmują się ich tworzeniem i rozpowszechnianiem. Z drugiej strony specjalizacja funkcjonalnych aspektów programów sprawia, że o ile w początkowej fazie rozwoju informatyki przez pojęcie oprogramowania rozumiano w zasadzie tylko oprogramowanie podstawowe (systemowe), utożsamiane wówczas z tzw. systemem operacyjnym i udostępniane wraz ze sprzętem, o tyle ostatnio pojęcie to rezerwowane jest dla oprogramowania użytkowego. Oprogramowanie systemowe traktowane jest jako integralne uzupełnienie wyposażenia komputera i stanowi zbiór programów niezbędnych do organizacji pracy systemu komputerowego. Wyróżnia się przy tym: 1) podstawowe oprogramowanie systemowe, które w obrocie coraz częściej przybiera postać tzw. standardowych systemów operacyjnych i może być użytkowane w mikrokomputerach różnych producentów, oraz 2) specjalistyczne oprogramowanie systemowe, które działa w środowisku utworzonym przez system operacyjny użytkownika i którego zadaniem jest realizacja jego wymagań¹.

W obrocie produktami informatycznymi coraz większą pozycję stanowi tzw. oprogramowanie użytkowe (aplikacyjne). Jest to zbiór programów służących do realizacji potrzeb użytkownika za pomocą sprzętu komputerowego oraz oprogramowania systemowego. Realizuje ono konkretne potrzeby w zakresie zastosowań praktyczno-gospodarczych i nau-

¹ Por. A. Klar, w: *Wstęp do informatyki*, pod red. E. Niedzielskiej, Warszawa 1989, s. 186.

kowo-technicznych (np. zarządzanie przedsiębiorstwami lub sterowanie wydzielonymi sferami ich działalności). Standaryzacja funkcji oprogramowania sprawia, że w obrocie obok pojedynczych programów aplikacyjnych coraz powszechniejsze stają się pakiety programów użytkowych. O ile pojedyncze programy aplikacyjne służą do realizacji niedużych zadań prostych, o tyle pakiety standardowego oprogramowania użytkowego, tworzone na bazie kilku lub kilkunastu programów, przeznaczone są do rozwiązywania jednorodnych zadań złożonych (np. zarządzanie gospodarką materiałową, planowanie produkcji)².

Ten kierunek ewolucji produktów informatycznych sprawił, że w krajach posiadających wyspecjalizowany rynek oprogramowania, pojawiły się różne formy dystrybucji, których przedmiotem są: 1) programy specjalistyczne (niestandardowe) wykonane na zamówienie klienta, 2) pakiety oprogramowania standardowego, 3) produkty o charakterze masowym. Odpowiednio zatem wyróżnia się: 1) umowy o dostawę oprogramowania na zamówienie klienta (custom software contracts), 2) umowy o pakiety oprogramowania standardowego (package software contracts), 3) umowy dotyczące software o charakterze masowym, których przykładem jest tzw. „shrink-wrap agreement”.

Z udostępnieniem oprogramowania, które najczęściej oferowane jest w postaci tzw. produktów informatycznych, tj. zestawów programów wraz z dokumentacją określającą zasady ich prawidłowego użytkowania (specyfikacje funkcjonalne, podręczniki operacyjne, instrukcje dla użytkownika), związany jest zwykle cały kompleks usług instalacyjnych, wdrożeniowych, gwarancyjnych, konserwatorskich i szkoleniowych. Usługi te świadczone są w ramach odrębnych umów (lub kompleksów umów), towarzyszących zwykle nabyciu uprawnień do korzystania z software.

Podstawową postacią kontraktową udostępniania oprogramowania jest umowa licencyjna, natomiast raczej rzadko dochodzi do sprzedaży wytworów informatycznych. Stroną zainteresowaną w posługiwaniu się licencją jest producent, który tę postać umowy wykorzystuje w celu: a) zachowania praw własności intelektualnej do software, b) ograniczenia sposobów i zakresu korzystania z programu przez użytkownika, c) obciążenia użytkownika obowiązkiem zachowania poufności, d) narzucenia wyłączeń lub ograniczeń swej odpowiedzialności.

W obrocie wykształciły się rozmaite wzorce umowne, opracowywane zarówno przez organizacje zrzeszające producentów, jak i użytkowników software. Na uwagę zasługują zwłaszcza wzory umów zaprojektowane przez amerykańskie Stowarzyszenie Organizacji Świadczących Usługi Informatyczne (The Association of Data Processing Service Organizations

² Ibidem, s. 213.

— ADAPSO)³. W znacznej mierze zostały one recypowane do praktyki europejskiej. W Europie Zachodniej rozpowszechniony jest np. tzw. CECUA-Modellvertrag, opracowany przez Związek Stowarzyszeń Europejskich Użytkowników Komputerów (Confederation of European Computer Users Associations)⁴. Ponadto wspomnieć należy o funkcjonujących na rynku RFN wzorach (formularzach) umownych, określanych mianem „szczególnych warunków umów” (Besondere Vertragsbedingungen), wśród których wymienić można np. „Besondere Vertragsbedingungen für die Überlassung von DV-Programmen” z 1977 r.⁵

Przede wszystkim w literaturze zachodnioniemieckiej przedmiotem szczegółowych analiz jest charakter prawny umów o udostępnienie software oraz ich kwalifikacja w systemie prawa cywilnego. Dla potrzeb wyznaczonych ramami niniejszego artykułu wystarczy wskazać, że — przy istnieniu dość znacznej rozpiętości poglądów — poszczególne postacie umowne (Software-Überlassungsverträge) próbuje się przyporządkować takim typom kontraktów, jak sprzedaż, najem czy dzierżawa. Ponadto wyrażane są opinie, że ze względu na specyficzny charakter przedmiotu świadczenia umowa o udostępnienie oprogramowania jest kontraktem *sui generis* typu licencji autorskiej (lub patentowej) albo umowy *know-how*⁶.

Zadaniem artykułu jest prezentacja zagadnień wyłaniających się na tle stosunków umownych, których treścią jest udostępnienie programów komputerowych. W tym celu przedstawione zostaną podstawowe postacie kontraktów oraz typowe elementy ich treści. Opisu tych zjawisk dokonano na podstawie doświadczeń krajów przodujących w obrocie oprogramowaniem (Stany Zjednoczone, W. Brytania, RFN). Natomiast w literaturze polskiej problemy prawne związane z udostępnianiem programów nie doczekały się jeszcze systematycznego opracowania, a podstawowe

³ Wśród szeregu opracowanych przez ADAPSO umów wzorcowych w zakresie obrotu oprogramowaniem i świadczenia usług informatycznych wymienić można np. umowę licencyjną na korzystanie z programu komputerowego przez końcowego użytkownika (program licence agreement with end user), umowę o zdalne przetwarzanie danych (remote processing service agreement) oraz umowy w zakresie dystrybucji (np. international exclusive distribution agreement). Przytaczam za zbiorem wzorców umownych wydanych w latach 1979 - 1985, ADAPSO, Arlington, Virginia.

⁴ Por. H. W. Moritz, B. Tybusseck, *Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, München 1986; J. Schneider, *Softwareverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht*, München 1988, s. 62. Zob. tekst wzorca w: W. Kilian, B. Heussen, *Computerrechts-Handbuch. Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschafts-Praxis*, München 1990.

⁵ Zob. H. W. Moritz, B. Tybusseck, *Computersoftware*, s. 68 i n.; J. Schneider, *Softwareverträge*, s. 59.

⁶ Por. H. W. Moritz, B. Tybusseck, *Computersoftware*, s. 70 i n.; H. Köhler, *Die Herstellung und Überlassung von Software im bürgerlichen Recht*, w: *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, pod red. M. Lehmann, München 1988, s. 340 i n.

informacje w tym zakresie zawierają prace B. Czachórskiej⁷ i H. Janiszewskiego⁸. Obserwacja szybko rozwijającego się rynku oprogramowania w Polsce dowodzi pilnej potrzeby zainteresowania się tą dziedziną obrotu również w naszym piśmiennictwie, a doświadczenia zagraniczne stanowić mogą ilustrację aktualnych tendencji w rozwoju stosunków umownych w tym zakresie.

Ze względu na to, że zagadnienia obrotu wiążą się ściśle ze statusem prawnym programów komputerowych jako typu dóbr niematerialnych, a we wskazanych wyżej krajach status ten został już wyraźnie określony przez włączenie software do systemów praw własności intelektualnej, zasadnicze rozważania zostaną poprzedzone krótkim opisem stanu ochrony programów w tych krajach. Ponadto dokonany zostanie przegląd zapartywań doktryny polskiej na temat pożądanego modelu ochrony, a także przedstawione zostaną zamierzenia legislacyjne zmierzające w kierunku poddania programów komputerowych ochronie prawa autorskiego.

II. SYTUACJA W ZAKRESIE OCHRONY PROGRAMÓW KOMPUTEROWYCH

W wielu krajach posiadających rozwinięty rynek produktów informatycznych doszło w latach osiemdziesiątych do objęcia programów komputerowych ochroną w ramach systemów prawa własności intelektualnej. Trudności w skonstruowaniu sprawnego systemu ochrony software mają swe źródło zwłaszcza w tym, iż oprogramowanie obdarzone jest niejako „podwójną naturą”, przejawiającą się w występowaniu zarówno elementów formalnych, matematyczno-symbolicznych (język oprogramowania), jak i elementów technicznych. Posiada ono zatem z jednej strony aspekt „formalny”, właściwy przedmiotom prawa autorskiego, z drugiej zaś aspekt „użytkowy”, będący tradycyjnie domeną prawa patentowego. Złożona struktura i funkcje oprogramowania, jak również brak zgody co do zakresu ochrony sprawiają, iż brak jest spójnego systemu ochrony tych dóbr.

Generalnie rzecz ujmując poszukiwanie ochrony kieruje się ku systemowi prawa autorskiego oraz — w pewnym zakresie i niejako „pośrednio” — prawa patentowego. Z reguły z systemem prawa autorskiego konkurują przepisy o ochronie tajemnic handlowych i produkcyjnych, tzn. know-how (trade secret law)⁹.

⁷ B. Czachórska, *Umowy w zakresie informatyki i ochrona programów komputerowych*, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk—Łódź 1980, s. 92 i n.

⁸ H. Janiszewski, *Prawne i kontraktowe uwarunkowania obrotu programami komputerowymi*, *Handel Zagraniczny* 1987, nr 4 - 5, s. 27.

⁹ Por. S. Sołtysiński, *Legal Protection for Computer Programs. Public Access to Information and Freedom of Competitive Research and Development Activities*, *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 16, nr 2, 1990, s. 447 i n.

1. PATENTOWA OCHRONA PROGRAMÓW KOMPUTEROWYCH

W państwach będących członkami Konwencji o Patencie Europejskim¹⁰ (tj. m.in. w RFN i W. Brytanii) do krajowych systemów prawa patentowego został inkorporowany art. 52 pkt 2 (c) tej Konwencji, który programom komputerowym odmawia zdolności patentowej. Wyłączenia te dotyczą programów komputerowych „jako takich”. W świetle ustawy patentowej RFN¹¹ patent nie może być udzielony na program jako taki („als solche”) z powodu braku „technicznego charakteru” tych rozwiązań. Pochodzące z 1986 r. wytyczne Urzędu Patentowego odnośnie do badań zgłoszeń zawierających programy komputerowe stanowią, że ochrona może być udzielona wynalazkom, które obejmują dane przetwarzanego programu, reguły obliczeniowe lub organizacyjne albo inne formy przedstawienia lub wykonywania programu (tzw. programmbezogene Erfindungen). Chodzi zatem o wynalazki, które dotyczą wewnętrznych operacji komputera (np. zmiana sposobu jego pracy). Konieczne jest jednak, aby rozwiązania takie miały charakter techniczny¹². W Stanach Zjednoczonych zdolność patentowa programów została przesadzona przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 1981 r. w sprawie *Diamond v. Diehr*¹³. W tym samym roku Urząd Patentowy tego kraju wydał wytyczne w sprawie badania zdolności patentowej algorytmów matematycznych i programów komputerowych, w których odmowę udzielenia patentu przewidziano dla przypadków, gdy zastrzeżenia patentowe ograniczają się do algorytmów i wzorów matematycznych¹⁴.

2. PRAWNO AUTORSKA OCHRONA PROGRAMÓW KOMPUTEROWYCH

Tendencje w kierunku objęcia programów ochroną prawną znalazły w skali międzynarodowej po raz pierwszy wyraz w opracowanych w 1977 r. przez Światową Organizację Własności Intelektualnej (WIPO)

¹⁰ Konwencja o udzielaniu patentów europejskich podpisana 5 X 1973 r. w Monachium. Należy do niej obecnie 14 państw Europy Zachodniej. Jej zadaniem jest ujednoczenie postępowania w sprawie udzielania patentów. Postępowanie to odbywa się przed powołanym przez Konwencję Europejskim Urzędem Patentowym z siedzibą w Monachium. Na temat statusu prawnego programów komputerowych w świetle Konwencji — por. G. Gall, *Der Schutz von Computerprogrammen nach europäischem Patentrecht*, w: *Rechtsschutz und Verwertung*, s. 99 i n.; J. P. Summer, D. Plunkett, *Copyright, Patent and Trade Secret Protection for Computer Software in Western Europe*, *Computer Law Journal* 1988, vol. VIII, s. 333 i n.; zob. też decyzję Europejskiego Urzędu Patentowego z 15 VII 1986 r. w sprawie „Vicom”, *GRUR Int.* 1987, s. 173.

¹¹ Obowiązująca wersja ustawy patentowej z 1968 r. pochodzi z 1980 r. (BGBl I, 1) i zmieniona została ustawą z 15 VIII 1986 r. (BGBl I, 1446).

¹² Zob. R. Krasser, *Der Schutz von Computerprogrammen nach deutschem Patentrecht*, w: *Rechtsschutz und Verwertung*, s. 99 i n.; H. W. Moritz, B. Tybussek, *Computersoftware*, s. 47.

¹³ 450 U.S. 175 (1981).

¹⁴ Wytyczne nr 538-38.3. z października 1981 r.

„wzorcowych przepisach o ochronie programów komputerowych”¹⁵. Dokument ten zakłada *sui generis* ochronę tej kategorii przedmiotów. Ustawodawstwa krajowe nie recypowały jednak w zasadzie proponowanych w tym dokumencie rozwiązań, natomiast wybrały drogę objęcia programów ochroną poprzez włączenie ich do systemów prawa autorskiego¹⁶. Odbywało się to w dwojaki sposób: albo poprzez uzupełnienie dotychczasowego katalogu przedmiotów prawa autorskiego i zaniechanie dalszych ingerencji w założenia tego prawa (tak np. w RFN), albo w drodze ustanowienia w ramach systemu prawa autorskiego odrębnego w pewnym zakresie reżimu ochrony programów (np. Francja).

W skali regionalnej na uwagę zasługują wysiłki krajów EWG zmierzające do harmonizacji systemów ochrony software. W 1988 r. Komisja EWG opracowała dokument pod nazwą „Green Paper” (Grünbuch”), w którym określone zostały kierunki ujednoczenia ochrony¹⁷. Znalazły one wyraz w przyjętym 5 I 1989 r. projekcie dyrektywy Rady EWG w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, a następnie w zmienionym projekcie tej dyrektywy z 18 X 1990 r.¹⁸ Zagadnienia ochrony software są aktualnie przedmiotem intensywnego zainteresowania wyspecjalizowanych organizacji międzynarodowych, zwłaszcza Międzynarodowego Stowarzyszenia Ochrony Własności Przemysłowej (AIPPI), Wyniki prac grup narodowych tej organizacji ujęte zostały w rezolucji AIPPI przyjętej na XXXIV kongresie w Amsterdamie w 1989 r.¹⁹

W Stanach Zjednoczonych ochrona prawnoautorska programów komputerowych opiera się na przepisach znowelizowanej w 1980 r. na wniosek komisji Kongresu (National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works-CONTU) ustawie o prawie autorskim²⁰. W § 101

¹⁵ Zob. tekst niemiecki: *Mustervorschriften für den Schutz von Computer software*, GRUR Int. 1978, nr 7, s. 286 i n.

¹⁶ S. Sołtyński, *Protection of Computer Programs: Comparative and International Aspects*, International Review of Industrial Property and Copyright Law 1990, vol. 21, nr 1, s. 1 i n.; por. też T. Dreier, *Der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme im Ausland. Rechtsfragen und Tendenzen in Rechtsprechung und Gesetzgebung*, GRUR Int. 1988, nr 6, s. 476 i n.

¹⁷ *EC Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology*, Doc. Com. (88) 172 final, Brussels, 7 VI 1988 r.

¹⁸ *Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs*, Official Journal of the European Communities, 12 IV 1989 r., nr C 91/4; *Amended Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs*, COM (90) 509 final. Przewiduje się ochronę programów komputerowych w ramach systemów prawa autorskiego, traktując programy jako dzieła literackie (literary works).

¹⁹ Zob. GRUR Int. 1989, nr 12, s. 916 i n.

²⁰ 17 U.S.C. (1980); por. I. R. Abrams, *Statutory Protection of the Algorithm in a Computer Program: A Comparison of the Copyright and Patent Laws*, Computer Law Journal 1989, vol. IX, s. 136-137; R. S. Laurie, W. L. Keefauver, *Raport Grupy Narodowej AIPPI*, w: Rocznik AIPPI 1988, nr IV, s. 80 i n.; A. R. Bertrand, *Copyright Protection for Computer Software in Civil Law Countries*, Software Protection 1985, October, s. 9 i n.; R. Oman, *Urheberrechts-*

ustawa ta przyjęła zaproponowaną przez tę komisję definicję, według której program to „zestaw twierdzeń lub instrukcji, które są bezpośrednio lub pośrednio używane w komputerze w celu uzyskania określonego wyniku”. Jakkolwiek postulaty CONTU szły w kierunku wyłączenia spod ochrony takich elementów software, jak programy operacyjne, programy zawarte w pamięci ROM oraz zapisane w języku maszynowym, to jednak w sprawie *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.*²¹ Sąd Najwyższy rozciągnął ochronę na wszystkie elementy software, traktując jednakowo programy operacyjne i aplikacyjne oraz obejmując ochroną zarówno programy źródłowe jak i przedmiotowe. Ochronie nie podlegają algorytmy. Dalszą ewolucję orzecznictwa amerykańskiego w dziedzinie zakresu ochrony wyznaczają precedensy w sprawach *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc.*²², *Digital Communications Assocs. v. Softklone Distributing Corp.*²³ oraz *Broderbund Software Inc. v. Unison World Inc.*²⁴ Uwaga judykatury koncentruje się na zagadnieniu kluczowym z punktu widzenia granic ochrony prawnoautorskiej, tj. na wyznaczeniu linii demarkacyjnej pomiędzy chronioną „formą” i nie chronioną „treścią” programu („idea-expression dichotomy”)²⁵.

W prawie RFN programy komputerowe („Programme für die Datenverarbeitung”) traktowane są jako postać dzieł słownych (Sprachwerke), na podstawie § 2 ust. 1 ustawy o prawie autorskim w wersji z 24 VI 1985 r.²⁶ W orzecznictwie Federalnego Sądu Najwyższego (BGH) prawnoautorska ochrona programów została przesądzona w orzeczeniu z dnia 9 V 1985 r. („Inkassoprogramm”)²⁷, a więc jeszcze przed nowelizacją prawa autorskiego. W literaturze i orzecznictwie panuje zgoda co do tego, że ochronie nie podlega algorytm. Zdolność ochronną mają jednak poszczególne formy przedstawienia algorytmu²⁸.

schutz für Computerprogramme. Neue Entwicklungen in den USA, GRUR Int 1988, nr 6, s. 467 i n.

²¹ 714 F. 2d 1240 (1983).

²² 797 F. 2d 1222 (1986).

²³ 659 F. Supp. 449 (1987).

²⁴ 648 F. Supp. 1127 (1986). Precedensy w sprawach *Whelan*, *Softklone* i *Broderbund* analizuje S. Sołtysiński, *Ochrona prawna programów komputerowych*, w: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. Studia i rozprawy. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*, pod red. S. Sołtysińskiego (w druku); por. też R. Oman, *Urheberrechtsschutz*, s. 467 i n.

²⁵ Zasada „idea-expression dichotomy” wyrażona w art. 102 (b) U.S. Copyright Act oznacza, że w przypadku, gdy „treść” (idea) może być wyrażona tylko w jeden sposób lub na ograniczoną ilość sposobów, „forma” takiej idei nie podlega ochronie; por. A. R. Bertrand, *Copyright Protection*, s. 11.

²⁶ BGBI I, 1137.

²⁷ GRUR 1985, s. 1041.

²⁸ Szerzej na ten temat por. H. Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, w: *Rechtsschutz und Verwertung*, s. 7 i n.; H. W. Moritz B. Tybusseck, *Computersoftware*, s. 25; T. Dreier, H. Goldrian, J. Betten, *Raport Grupy Narodowej*, w: *Rocznik AIPPI 1988*, nr IV, s. 6 i n.

W prawie W. Brytanii prawnoautorska ochrona software została ustanowiona w Copyright (Computer Software) Amendment Act z 1985 r. Również obecnie pod rządem Copyright, Designs and Patents Act z 1988 r. programy chronione są jako dzieła literackie („literary works”)²⁹.

3. STAN POGLĄDÓW DOKTRYNY I ZAMIERZENIA LEGISLACYJNE W POLSCE

Na przestrzeni ostatnich niemal dwudziestu lat toczy się w piśmiennictwie polskim dyskusja na temat sposobu i zakresu objęcia programów komputerowych ochroną prawnoautorską. Za objęciem programów tym systemem ochrony opowiedzieli się B. Czachórska³⁰, M. Szaciński³¹ i A. Kopff³². Pogląd przeciwny reprezentuje J. Waluszewski³³, natomiast S. Sołtysiński dostrzega potrzebę stworzenia specjalnego reżimu ochrony programów komputerowych³⁴. Nie przesądzając negatywnie kwestii uznania programów za przedmiot prawa autorskiego, autor ten zwraca uwagę na dość istotne niedostosowanie rozwiązań autorskoprawnych w odniesieniu do tej specyficznej kategorii dóbr intelektualnych. Prezentując model odrębnej ochrony software autor jest zdania, że mógłby on obowiązywać równoległe ze zmodyfikowanym systemem ochrony prawnoautorskiej, co wymagałoby jednak dość gruntownej ingerencji w założenia prawa autorskiego³⁵. W podobnym kierunku zmierzają także postulaty zgłoszone przez J. Błeszyńskiego³⁶.

Coraz silniej uświadamiana potrzeba objęcia programów ochroną prawną sprawiła, że także w naszym kraju zagadnienia te stają się przedmiotem zainteresowania ustawodawcy. Projekt nowej ustawy o prawie autorskim rozciąga tę formę ochrony na programy komputerowe. Autorzy projektu przyjęli założenie, iż w tym celu nie wystarczy uzupełnienie do-

²⁹ Por. Art, 3 (1); R. Morgan, G. Stedman *Computer Contracts*, wyd. 3, London—New York 1987, s. 159-160; T. Dreier, *Copyright Protection*, s. 817; J. P. Sumner, D. Plunkett, *Copyright*, s. 369.

³⁰ B. Czachórska, *Umowy w zakresie informatyki*, s. 73 i n.

³¹ M. Szaciński, *Ochrona programów do maszyn cyfrowych w świetle prawa autorskiego*, Państwo i Prawo 1987, nr 2, s. 89 i n.

³² A. Kopff, *The Influence of Technical Progress on Development of Creativity and the Law on Industrial Property*, Recueil des Cours 1985, nr 190, s. 122 i n.

³³ J. Waluszewski, *Programy dla maszyn cyfrowych jako przedmiot prawa*, Zeszyty Naukowe UJ — Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 1975, nr 5, s. 65 i n.

³⁴ S. Sołtysiński, *Ochrona prawna programów komputerowych*, Zeszyty Naukowe UJ — Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 1973, nr 1, s. 383 i n., tenże, *Ochrona prawna*, przyp. 24.

³⁵ S. Sołtysiński, *Ochrona prawna*, s. 1045 - 1046.

³⁶ J. Błeszyński, *Ochrona programów komputerowych w świetle prawa polskiego*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1987, nr 4-5, s. 113 i n.

tychczasowego katalogu przedmiotów prawa autorskiego, lecz ponadto należy ustanowić w pewnym zakresie specjalny reżim ochrony. Założenie to zrealizowano w ten sposób, iż odrębny, VII rozdział projektowanej ustawy zawiera przepisy szczególne dotyczące programów. W tej grupie przepisów przewiduje się następujące rozwiązania: 1) przyznanie autorskich praw majątkowych do programu stworzonego w ramach stosunku pracy lub na zamówienie pracodawcy lub zamawiającemu, 2) ograniczenie prawa do integralności dzieła, co polegać ma na pozbawieniu twórcy prawa sprzeciwienia się opracowaniu programu przez pracodawcę lub zamawiającego. Osoby te będą mogły przystosować program do własnych potrzeb³⁷,

Jeśli chodzi o patentową ochronę programów, to w świetle prawa polskiego jest ona wyłączona na podstawie art. 2 pkt 5 ustawy o wynalazczości³⁸. W praktyce Urzędu Patentowego wyłączenie to interpretuje się bardzo szeroko, rozciągając pojęcie „programów dla maszyn cyfrowych” na wszystkie elementy oprogramowania, a także odmawiając uznania za projekt wynalazczy rozwiązań, które zakładają posłużenie się komputerem³⁹.

III. PRZEGLĄD TYPOWYCH ELEMENTÓW TREŚCI UMÓW O UDOSTĘPNIENIE PROGRAMÓW KOMPUTEROWYCH

Jak już wspomniano, podstawową postacią umowną udostępniania oprogramowania jest kontrakt licencyjny. Jego typowymi elementami

³⁷ Inaczej niż w pierwotnie opracowanej pod kierownictwem A. Kopffa wersji projektu, zrezygnowano ze skrócenia czasu trwania autorskich praw majątkowych. W odniesieniu do programów komputerowych obowiązywać ma zatem ogólny, pięćdziesięcioletni termin ochrony.

³⁸ Ustawa z 19 X 1972 r.; tekst jednolity: Dz.U. 1984, nr 33, poz. 177 z późn. zm.

³⁹ Por. zwłaszcza decyzję Urzędu Patentowego PRL z 8 XI 1984 r., Sp, 156/84, Wiadomości Urzędu Patentowego 1985, nr 10, s. 621. Zdaniem Urzędu „intencją ustawodawcy, który nie określił ścisłej definicji programu dla maszyny cyfrowej, było wyłączenie spod działania przepisów ustawy o wynalazczości wszystkiego, co dotyczy programów” (podkr. moje — A.N.); zob. też decyzję Komisji Odwoławczej przy Urzędzie Patentowym PRL z 24 VI 1982 r., Odw. 1558/81, Wiadomości Urzędu Patentowego 1983, nr 8, s. 430, oraz decyzję tej Komisji z 24 III 1986 r., Odw. 1023/86, Wiadomości Urzędu Patentowego 1986, nr 12, s. 659.

⁴⁰ Poniższe uwagi opracowane zostały na podstawie wzorów umów zamieszczonych w: R. Morgan, G. Stedman, *Computer Contracts*, s. 219 i n.; M. T. Michele Rennie, *Computer Contracts Handbook*, London 1985, s. 3 i n.; B. Geissler, J. Pagenberg, *Der Software-Lizenzvertrag in der Praxis*, w: *Rechtsschutz und Verwertung*, s. 393 i n.; F. A. Koch, *Computer-Vertragsrecht. Praxis-Handbuch für Kauf, Miete und Leasing von Hard- und Software*, Freiburg 1988, s. 399 i n.; zob. też

- 1) oświadczenie licencjodawcy, że przysługują mu prawa do oprogramowania;
- 2) udzielenie niewyłącznej licencji na korzystanie z oprogramowania;
- 3) regulacja tytułów ochronnych (praw własności intelektualnej) do oprogramowania;
- 4) regulacja uprawnień licencjobiorcy w zakresie sporządzania kopii oprogramowania, wprowadzania zmian w oprogramowaniu oraz dostępu i korzystania z udoskonalonych wersji oprogramowania;
- 5) zabezpieczenie dostępu licencjobiorcy do kodu źródłowego programu;
- 6) zabezpieczenie poufności oprogramowania;
- 7) opłaty licencyjne;
- 8) testowanie i akceptacja oprogramowania;
- 9) gwarancje prawne i techniczne licencjodawcy;
- 10) odpowiedzialność stron za naruszenie warunków umowy;
- 11) przyczyny i skutki wygaśnięcia licencji.

Poniżej dokonana zostanie charakterystyka wymienionych elementów. Jest ona typowa dla kontraktów, których przedmiotem są tzw. pakiety oprogramowania standardowego („package contracts”). Elementy te ulegają pewnej modyfikacji w umowach o dostawę indywidualnego (niestandardowego) oprogramowania użytkowego (por. niżej pkt 2).

1. CHARAKTERYSTYKA TREŚCI UMÓW

Podstawowym świadczeniem licencjodawcy jest udzielenie niewyłącznej i nieprzenoszalnej licencji na korzystanie z programu i innych materiałów (podręczniki operacyjne, specyfikacje, instrukcje użytkowe), niezbędnych do korzystania z programu. Oprogramowanie powinno być w umowie dokładnie opisane. Przedmiotem licencji mogą być zarówno programy operacyjne (systemowe), jak i aplikacyjne (użytkowe). Niewyłączny charakter licencji oznacza, że licencjodawca zachowuje prawo udzielania dalszych licencji innym osobom. Z reguły rodzaj, rozmiar i granice uprawnień przyznanych licencjobiorcy w zakresie korzystania z oprogramowania są dość ściśle limitowane. Poniżej zostaną przedstawione najczęściej występujące postacie ograniczeń:

L. J. Kutten, *Software Licensing Agreement: An Overview*, Licensing Law and Business Report 1987, vol. 10, nr 4, s. 181 i n.; C. Tapper, *Computer Law*, wyd. 3, London—New York 1980, s. 48 i n.; A. Rodau, *Computer Software Contracts: A Review of the Caselaw*, Software Law Journal 1987, vol. II, s. 77 i n.; R. T. Daunt, *Warranties, Commercial and Consumer: Allocation of Economic Risks in the Distribution of Software*, w: *Licensing Law Handbook*, New York 1985, rozdz. 5; H. M. Moritz, B. Tybusseck, *Computersoftware*, s. 73 i n.; H. Köhler, *Die Herstellung*, s. 340 i n. Na temat udostępniania Software w obrocie międzynarodowym por. F. D. Abramson, *Software Exports: Who Owns What?*, w: *Copyright World*, Issue Two, 1989, s. 23 i n.

— Licencja upoważnia do korzystania z oprogramowania tylko w jednej tzw. jednostce centralnej (Central Processing Unit — CPU)⁴¹, tj. w oznaczonym systemie komputerowym. Często ograniczenia używania odnoszą się do miejsca, w którym wykonywany ma być program, określonego przedsiębiorstwa licencjobiorcy, a nawet oznaczonego konkretnie komputera⁴². Niekiedy umowa dopuszcza wykonywanie programu w innym niż uzgodniony sprzęcie w sytuacjach, gdy sprzęt określony w umowie jest czasowo niesprawny. Korzystanie w takim „zastępczym” komputerze może się jednak odbywać za zgodą licencjodawcy i na ryzyko licencjobiorcy.

— Licencjobiorca otrzymuje tylko jedną kopię programu.

— Przedmiotem udostępnienia jest tylko tzw. program przedmiotowy (maszynowy object-code, Objektprogramm), tj. program przetłumaczony na odpowiedni dla danego procesora (mikroprocesora) język maszynowy. Tłumaczenie to (kompilacja), tzn. przekształcenie tekstu źródłowego zapisanego w symbolicznym języku tzw. wysokiego poziomu na program w języku wewnętrznym maszyny, odbywa się za pomocą specjalnego programu tłumaczącego (kompilator). Ta postać zapisu programu czytelna jest tylko dla maszyny (procesora). Językiem zapisu kodu wewnętrznego jest tzw. kod dwójkowy (binarny), tj. zerowy-jedynkowy. Natomiast tzw. program źródłowy (quellen-code, source-code, Quellenprogramm)⁴³, tj. program w takiej postaci, w jakiej został napisany przez programistę i zakodowany w języku zewnętrznym wysokiego poziomu (np. COBOL, FORTRAN, ALGOL, PASCAL, PL/1) — pozostaje u licencjodawcy. Pozbawienie użytkownika dostępu do kodu źródłowego uniemożliwia mu wprowadzenie jakichkolwiek zmian i ulepszeń programu i jego funkcji, a także pozbawia go możliwości samodzielnego utrzymywania programu, tzn. dokonywania jego aktualizacji wynikającej ze zmiany wykonywanych funkcji oraz usuwania błędów. To ścisłe strzeżenie dostępu do kodu źródłowego chronić ma właściciela przed piractwem jego programów. Z reguły umowy wyraźnie zakazują tłumaczenia kodu

⁴¹ CPU jest najważniejszym blokiem funkcjonalnym konfiguracji technicznej komputera i wykonuje główne czynności sterujące i obliczeniowe, tj. sterowanie pracą urządzeń wchodzących w skład zestawu komputerowego oraz przetwarzanie wprowadzonych danych zgodnie z algorytmami zawartymi w zapamiętanym programie. Elementami CPU są: procesor (mikroprocesor), pamięć operacyjna i kanały wejścia-wyjścia; por. W. Domański, w: *Wstęp do informatyki*, s. 171.

⁴² Ostatnio wraz z udoskonaleniem technik przetwarzania danych i coraz powszechniejszą eksploatacją sieci komputerowych pojawiła się tzw. „site licensing agreement”, tj. umowa, która zezwala na kopiowanie programu i wykorzystywanie kopii w więcej niż jednej CPU; szerzej na ten temat por. L. J. Kutten, *Software Licensing*, s. 191-192; R. Morgan, G. Stedman, *Computer Contracts*, s. 163-164. Zob. też wzór „site licensing agreement” opracowany przez J. T. Ruble na zlecenie ADAPSO (por. przypis 3).

⁴³ Por. A. Klar, w: *Wstęp do informatyki*, s. 203.

przedmiotowego na kod źródłowy. Chcąc zapewnić sobie dostęp do kodu źródłowego (np. na wypadek likwidacji czy reorganizacji dostawcy) licencjobiorca powinien zabiegać o wynegocjowanie klauzul zabezpieczających, które przewidują złożenie kodu źródłowego do depozytu u osoby trzeciej, np. w banku (tzw. escrow agreement, source code deposit agreement).

— Licencjobiorca ma prawo do wykonania tylko takiej ilości kopii, która jest niezbędna do zabezpieczenia korzystania z programu (tzw. kopie rezerwowe). Są one niezbędne z uwagi na to, że nośniki, w których utrwalony jest program (np. taśmy magnetyczne, dyski twarde lub elastyczne) łatwo narażone są na zniszczenie (np. kurz, zmiany temperatury) lub uszkodzenie np. przez wadliwe funkcjonowanie sprzętu, w którym są instalowane. Sporządzenie takich kopii może nastąpić tylko za zgodą licencjodawcy, a licencjobiorca ma obowiązek zamieścić na nich wzmiankę o tytułach ochronnych (copyright) dostawcy.

— Licencjobiorca ma prawo korzystać z programu tylko w celu przetwarzania własnych danych i wyłącznie na potrzeby swego przedsiębiorstwa. Nie wolno mu zezwalać na korzystanie z programu przez osoby trzecie ani też sam nie może używać programu na rzecz osób trzecich (zakaz świadczenia usług informatycznych).

— Licencja jest nieprzenoszalna, tzn. licencjobiorcę obowiązuje zakaz udostępniania oprogramowania i przenoszenia praw z licencji na rzecz osób trzecich (zakaz udzielania sub-licencji).

Tytuły ochronne. Licencjodawca zastrzega sobie prawa autorskie (i inne prawa własności intelektualnej) do wszystkich materiałów programu licencyjnego (tzn. nie tylko do programu, lecz także podręczników operacyjnych, instrukcji, specyfikacji). Umowa zobowiązuje licencjobiorcę do zawiadomienia dostawcy o faktach bezprawnego korzystania z oprogramowania przez osoby trzecie.

Wprowadzanie zmian w oprogramowaniu. W tym zakresie spotykane są dwie metody regulacji. Szereg umów przewiduje całkowity zakaz dokonywania przez licencjobiorcę jakichkolwiek zmian w programie. Zakaz ten spotykany jest zwłaszcza w umowach, w których dostawca pakietu standardowego zobowiązuje się do utrzymania i konserwacji programu. Szczegółowe warunki świadczenia tych usług są zwykle określane w odrębnych kontraktach (tzw. software maintenance agreement). Ponadto zabronione jest włączanie programu licencyjnego (lub jego części) do innego oprogramowania. Niektóre umowy zezwalają na modyfikacje programu. Odbywa się to jednak na koszt i ryzyko licencjobiorcy. Ponosi on też odpowiedzialność za naruszenie praw osób trzecich. Jest zobowiązany niezwłocznie zawiadomić licencjodawcę o wprowadzonych zmianach i bezpłatnie dostarczyć mu kopie materiałów dotyczących modyfikacji, włącznie ze specyfikacjami i kodami źródłowymi. Zwykle umowa stanowi, że prawa autorskie (lub inne prawa) do tak zmodyfikowanych

programów przysługują licencjodawcy. Niekiedy umowy zezwalają na połączenie programu licencyjnego z innymi programami. Jeżeli stanowią one własność osób trzecich, licencjobiorca zobowiązany jest uzyskać zgodę tych osób i zabezpieczyć licencjodawcę przed roszczeniami tych osób z powodu korzystania z takiego „łącznego” oprogramowania. Po wygaśnięciu licencji licencjobiorca ma obowiązek odłączyć program licencyjny.

Zabezpieczenie poufności. Licencjobiorca zobowiązuje się traktować jako poufne i utrzymać w tajemnicy informacje zawarte w programie licencyjnym i specyfikacjach oraz informacje, z którymi zapoznał się w trakcie szkolenia. Zakaz ujawniania danych nie dotyczy pracowników licencjobiorcy w zakresie ich zatrudnienia oraz osób konserwujących sprzęt komputerowy. Licencjobiorca zobowiązany jest pouczyć te osoby o obowiązku poufności i ponosi odpowiedzialność za szkodę poniesioną przez licencjodawcę w razie bezprawnego ujawnienia informacji. Z drugiej strony również licencjodawca ma obowiązek zapewnić poufność informacji dostarczonych przez nabywcę licencji w związku z zawarciem i wykonaniem umowy.

Gwarancje prawne. Licencjodawca gwarantuje, że korzystanie z programu i innych udostępnionych materiałów nie narusza praw własności intelektualnej osób trzecich. W razie wystąpienia tych osób z roszczeniami z powodu korzystania z oprogramowania przez licencjobiorcę, dostawca zobowiązuje się podjąć obronę praw nabywcy, a ten ostatni zobowiązuje się udzielić mu pomocy.

Gwarancje techniczne. Licencjodawca gwarantuje, że program licencyjny nadaje się do wykonania funkcji opisanych w specyfikacji i spełnia określone tam parametry, pod warunkiem należytego wykorzystywania w oznaczonym wyposażeniu zgodnie z dostarczonymi instrukcjami. Strony uzgadniają zwykle w umowie okres, w ciągu którego licencjodawca zobowiązany jest — niezwłocznie po otrzymaniu pisemnego zawiadomienia użytkownika — usunąć na swój koszt wady programu (np. 6 miesięcy). Gwarancje ulegają wyłączeniu w razie dokonania zmian w programie przez licencjobiorcę lub osobę trzecią.

Testowanie i akceptacja. Umowa określa procedury i kryteria testowania, dane testowe i okres testowania poprzedzający akceptację (powinien on być odpowiednio długi, aby przed jego upływem wykryć maksymalną ilość błędów).

Odpowiedzialność. W zakresie odpowiedzialności licencjodawcy często spotykane są ograniczenia polegające na określeniu rodzaju szkód, do których naprawienia jest on zobowiązany, a także ograniczenia wysokości odszkodowania. Precyzyjnie określone są też okoliczności kwalifikowane jako siła wyższa.

Przyczyny i skutki wygaśnięcia (rozwiązania) umowy. Licencja obowiązuje przez czas, na jaki została zawarta lub do czasu ustania tytułów ochronnych. Przedłużenie okresu obowiązywania licencji poza termin, w którym oprogramowanie stało się „public domain”, traktowane jest jako nieskuteczne. Strony mogą też zastrzec prawo wypowiedzenia kontraktu (dla jednego lub obydwu kontrahentów). Zwykle licencjodawcy zastrzegają sobie prawo rozwiązania umowy w razie naruszenia obowiązków w zakresie płatności, bezprawnego kopiowania i udostępniania software osobom trzecim. Po wygaśnięciu umowy licencjobiorca jest zobowiązany zwrócić wszystkie materiały oprogramowania, łącznie z dokonanymi przez siebie modyfikacjami lub — na żądanie dostawcy — zniszczyć je. Niekiedy licencjodawcy zezwalają na zatrzymanie jednej kopii, wyłącznie w celach archiwalnych.

2. UMOWY O DOSTAWĘ OPROGRAMOWANIA NA ZAMÓWIENIE KLIENTA

Przedmiotem tych umów („commissioned software agreements”, „custom software contracts”) jest indywidualne (niestandardowe) oprogramowanie użytkowe wykonane na zamówienie konkretnego użytkownika (tzw. „tailormade software”, „bespoke software”). Jego przeznaczeniem jest wykonywanie funkcji indywidualnie oznaczonych przez odbiorców. Zakresem świadczeń dostawcy objęte jest: 1) opracowanie programu, 2) dostawa programu w formie nadającej się do załadowania w komputerze klienta i w uzgodnionych nośnikach informacji, 3) zainstalowanie programu w systemie komputerowym klienta, 4) dostawa instrukcji i podręczników operacyjnych, 5) szkolenie personelu klienta⁴⁴.

Wykonanie oprogramowania (tj. programowanie i kodowanie) poprzedzone jest sporządzeniem przez dostawcę tzw. studium wykonalności (feasibility study) oraz szczegółowej dokumentacji (zwłaszcza specyfikacji funkcjonalnej), która w tego typu umowie pełni znacznie ważniejszą rolę niż w umowach o pakiety standardowe, umożliwiając prawidłową eksploatację oprogramowania⁴⁵. Program ma nadawać się do wykorzystania w wyposażeniu (sprzęcie komputerowym) istniejącym u odbiorcy oraz zainstalowanym u klienta systemie operacyjnym. W związku z tym strony powinny także określić język, w którym program zostanie napisany. Wytwórca dostarcza jedną kopię kodu przedmiotowego w formie nadającej się do odczytania w komputerze zamawiającego.

Odbiorca zobowiązany jest do współdziałania z wytwórcą, co polega na udostępnieniu informacji niezbędnych do opracowania, napisania,

⁴⁴ Poniższe uwagi opracowane zostały na podstawie wzoru umowy zamieszczonego w pracy: R. Morgan, G. Stedman, *Computer Contracts*, s. 235 i n.; zob. też H. W. Moritz, B. Tybussek, *Computersoftware*, s. 103 i n.; H. Kohler, *Die Herstellung*, s. 371 i n.; F. A. Koch, *Computer-Vertragsrecht*, s. 314 i n.

⁴⁵ Por. A. Papst, w: *Wstęp do informatyki*, s. 156.

testowania i uruchomienia programu (zwłaszcza danych o zainstalowanym w przedsiębiorstwie klienta sprzęcie, warunkach funkcjonowania przedsiębiorstwa) oraz na zapewnieniu dostępu personelu wytwórcy do pomieszczeń i sprzętu klienta. Jeżeli przed ukończeniem prac odbiorca zamierza wprowadzić zmiany w zamówionym oprogramowaniu, powinien je szczegółowo określić, a wykonawca po przeanalizowaniu propozycji zmian przedstawia klientowi możliwości ich wprowadzenia z uwzględnieniem dodatkowych kosztów i ewentualnej potrzeby modyfikacji już wykonanych materiałów.

W umowach typu „custom software contracts” z reguły nie następuje przekazanie kodu źródłowego programu. W takiej sytuacji klient nie ma technicznych możliwości wprowadzenia zmian do programu, a nawet zrozumienia zasad jego funkcjonowania. Nie może również samodzielnie dokonywać aktualizacji programu związanych ze zmianą spełnianych funkcji ani usuwać błędów programu. Ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie dostarczenia klientowi kodu źródłowego zależy od przyjętej w umowie regulacji uprawnień do software. W tej dziedzinie stosowane są dwa rozwiązania: 1) prawa do oprogramowania przysługują wytwórcy, 2) prawa te przechodzą na zamawiającego z chwilą akceptacji programu.

W sytuacji pierwszej wytwórca zastrzega sobie copyright i inne prawa własności intelektualnej odnośnie do programu i innych elementów oprogramowania. Jednocześnie producent udziela zamawiającemu niewyłącznej licencji na korzystanie z oprogramowania. Klientowi nie przysługuje prawo udzielania sub-licencji. Wytwórca może udostępniać program innym użytkownikom z tym, że strony zwykle uzgadniają, iż kolejnymi licencjobiorcami nie będą przedsiębiorstwa konkurencyjne wobec pierwszego odbiorcy. Wpływa to zwykle na obniżenie ceny licencji. Klient nie otrzymuje kodu źródłowego, natomiast strony mogą podjąć negocjacje w celu zawarcia umowy o złożenie programu do depozytu u osoby trzeciej (escrow agreement). Mając takie zabezpieczenie licencjobiorca ma zagwarantowany dostęp do kodu źródłowego w przypadku likwidacji (np. bankructwa) producenta lub nienależytego wykonywania przez niego obowiązków w zakresie utrzymywania programu. Warunki tej umowy są zwykle określone już w załączniku do „custom software agreement”. Klient zobowiązany jest do zachowania poufności oprogramowania.

W sytuacji opisanej w pkt 2 prawa własności intelektualnej do oprogramowania przechodzą w dacie akceptacji na zamawiającego. Wytwórca zastrzega sobie jednak prawo używania doświadczeń, technik i narzędzi nabytych lub używanych przy sporządzaniu programu. Klient otrzymuje od swego kontrahenta kod źródłowy programu oraz materiały potrzebne do właściwej eksploatacji oprogramowania i jego utrzymania (konserwacji). Strony mogą jednak porozumieć się co do tego, że utrzymanie programu będzie sprawował wytwórca. W takim razie może on zatrzymać kopię kodu źródłowego i innych materiałów niezbędnych do tego

celu. Warunki utrzymania software określa odrębna umowa (maintenance software agreement). Producent zobowiązany jest do zabezpieczenia poufności informacji zawartych w oprogramowaniu.

W zakresie ustalania odpłatności stosowane są trzy metody:

1) formuła ceny stałej (fixed price), płatnej z reguły w kilku ratach (np. 10% przy podpisaniu umowy, określony procent przy zakończeniu każdego etapu prac i 10% w dacie akceptacji);

2) formuła „czas i materiały” (time and materials), tzn. cena oprogramowania pokrywa koszty materiałów według stawek określonych w umowie oraz koszty czasu pracy personelu według stawek godzinowych;

3) formuła szacunkowej ceny maksymalnej (estimated maximum price), tzn. formuła „czas i materiały” z zastrzeżeniem, że całkowita kwota wynagrodzenia nie przekroczy uzgodnionej kwoty maksymalnej.

Pozostałe elementy „custom software agreement” nie różnią się w zasadniczy sposób od typowych elementów licencji wskazanych wyżej w pkt 1.

3. LICENCJA TYPU „SHRINK-WRAP”

Wraz z rozwojem przemysłu informatycznego i standaryzacją produktów informatycznych na rynku oprogramowania pojawiła się szczególna postać licencji programów wprowadzanych do obrotu masowo (jako tzw. mass marketed software). Ta forma licencji stanowi sposób narzucenia użytkownikom warunków licencji bez potrzeby negocjowania odrębnej umowy. Zawarcie kontraktu następuje poprzez otwarcie przez klienta opakowania, w którym szczelnie zamknięty jest program komputerowy. Stąd też na określenie tak zawieranych umów używa się w języku angielskim określenia „shrink-wrap (tear-open, box-top) licenses”. W języku niemieckim licencje te określa się mianem „Schutzhüllenverträge”. Warunki licencji, ujęte w bardzo lakonicznej formie, zawarte są na kartce umieszczonej wewnątrz opakowania za osłoną wykonaną z folii lub celofanu albo wydrukowane na opakowaniu⁴⁶. Na opakowaniu wydrukowane jest też „ostrzeżenie”, które głosi, że otwarcie pakietu oznacza akceptację faktu zawarcia umowy i zgodę na przestrzeganie jej warunków.

Typowe postanowienia licencyjne obejmują⁴⁷:

1) udzielenie licencji: nabywca uzyskuje niewyłączne prawo używania programu, a producent zastrzega sobie tytuły do programu zawartego w nośniku magnetycznym lub dyskietce;

⁴⁶ Por. zwłaszcza R. Morgan, G. Stedman, *Computer Contracts*, s. 161 i n.; L. J. Kutten, *Software Licensing*, s. 188-189; W. H. Moritz, B. Tybussek, *Computer-software*, s. 95 i n.

⁴⁷ Przytaczam za L. J. Kutten, *Software Licensing*, s. 188.

2) wyłączenie gwarancji oraz ograniczenie odpowiedzialności: program udostępniany jest w postaci „jak jest” („as is”). Producent wyłącza wszelkie gwarancje, a środki przyznane nabywcy ograniczają się do roszczenia o zwrot ceny;

3) zakaz dokonywania modyfikacji programu w jakimkolwiek celu;

4) zakaz dalszej sprzedaży lub innych sposobów odstąpienia nabytej kopii osobom trzecim;

5) sankcje za naruszenie jednego z powyższych postanowień: w takim przypadku licencja na używanie programu będzie uważana za nieważną.

Ten szczególny sposób zawarcia umowy, zrodzony w warunkach masowej dystrybucji software, wywołuje szereg wątpliwości, zwłaszcza co do skuteczności (ważności) tak zawartych umów. Ponadto zastrzeżenia budzi zakres uprawnień klienta. Umowy te, wykazując znaczne podobieństwo do sprzedaży, jednocześnie jednak ograniczają uprawnienia nabywcy stawiając go w pozycji licencjobjorcy. Chodzi w szczególności o to, czy umowa wykazująca wiele cech sprzedaży może pozbawiać nabywcę uprawnień wynikających z tego typu czynności prawnej (zwłaszcza prawa własności i kompetencji do dysponowania nabytym programem). Kwestionuje się również sposób zakomunikowania nabywcy treści warunków licencji⁴⁸.

Licencja typu „shrink-wrap” traktowana jest więc w piśmiennictwie szeregu krajów jako przejaw nadużywania przewagi ekonomicznej przez dostawcę programu. Warto zaznaczyć, że legalność tego typu umów została zakwestionowana w orzecznictwie amerykańskim⁴⁹ ze względu na to, iż — stanowiąc typ kontraktu adhezyjnego (contract of adhesion) — nadmiernie ogranicza zagwarantowane w prawie autorskim uprawnienia nabywcy (głównie w zakresie sporządzania tzw. kopii rezerwowych oraz możliwości adaptacji programu w celu jego należytej eksploatacji)⁵⁰. O doniosłości związanych z tą formą dystrybucji zagadnień oraz dostrzeganiu jej ujemnych skutków świadczy fakt, że w ramach prac powierzonych poszczególnym grupom narodowym AIPPI na XXXIV kongres tej organizacji wśród siedmiu szczegółowych tematów znalazła się również

⁴⁸ Por. R. Morgan, G. Stedman, *Computer Contracts*, s. 161-163; L. J. Kuttan, *Software Licensing*, s. 190; zob. też raporty grup narodowych cytowane w przypisie 51. Zastrzeżenia co do skuteczności „shrink-wrap license” zostały również podniesione w uzasadnieniu projektu zaleceń Rady EWG w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych; por. przypis 18.

⁴⁹ Por. orzeczenie w sprawie Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 655 F. Supp. 750 oraz 847 F 2d 255 (1988).

⁵⁰ Por. S. Sołtysiński, *Reflections on Legal Protection of Computer Software under Copyright Laws: A Comparative Study*, Lausanne 1989, s. 294-295.

problematyka tych umów⁵¹. W rezolucji podjętej na wspomnianym kongresie wyrażono opinię, że przy dokonywaniu oceny skuteczności „shrink-wrap licenses” w płaszczyźnie ustawodawstw krajowych należy zmierzać do eliminowania nadmiernie uciążliwych dla użytkownika warunków kontraktów⁵².

IV. UWAGI KOŃCOWE

W perspektywie doświadczeń krajów przodujących na światowym rynku oprogramowania rysują się pewne szczegółowe problemy, które zapewne wkrótce staną się udziałem praktyki polskiej. Zapewnienie realnego udziału Polski w obrocie międzynarodowym wymaga respektowania przyjętych w tej dziedzinie reguł transferu wynikających w szczególności z uczestnictwa w Układzie Ogólnym w Sprawie Ceł i Handlu (GATT)⁵³. Omówiony powyżej projekt ustawy o prawie autorskim uwzględnia oczekiwania krajów naszych potencjalnych kontrahentów i jest zgodny z ogólną tendencją ochrony oprogramowania w ramach systemów prawa autorskiego⁵⁴. Na rynku światowym Polska zajmuje i długo jeszcze zajmować będzie pozycję importera. Zabezpieczenie naszych interesów wymaga zatem poszukiwania takich rozwiązań prawnych, które zapewniając skuteczną ochronę, równocześnie nie będą stwarzać nadmiernych ograniczeń w korzystaniu z osiągnięć zagranicznych. W tym kontekście na krytyczną refleksję zasługuje przyjęty w projekcie ustawy o prawie autorskim zakres uprawnień recypienta software odnośnie do dokonywania opracowań programu (np. przystosowanie do własnych potrzeb, wprowadzanie modyfikacji i ulepszeń). Projekt przyznaje takie uprawnienia jedynie pracodawcy lub zamawiającemu w stosunku do programów wykonanych w ramach stosunku pracy lub na zamówienie. Tymczasem czynności takie powinny być dozwolone każdemu uprawnionemu użytkownikowi programu (tj. zwłaszcza licencjobiorcy). Problem

⁵¹ Por. np. raport zachodnioniemieckiej grupy narodowej AIPPI, w: Rocznik AIPPI 1988, nr IV, s. 15-17; raport amerykańskiej grupy narodowej, ibidem, s. 88; raport brytyjskiej grupy narodowej, ibidem, s. 105.

⁵² Zob. GRUR Int. 1989, nr 12, s. 917.

⁵³ Podstawowe problemy obrotu międzynarodowego w zakresie własności intelektualnej w perspektywie działalności GATT analizują autorzy studiów zamieszczonych w: *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Studies in Industrial Property and Copyright Law, vol. 11, pod red. F.-K. Beiera i G. Schrickera, Munich 1989.

⁵⁴ W traktacie ze Stanami Zjednoczonymi o stosunkach handlowych i gospodarczych, podpisanym 21 I I 1990 r. w Waszyngtonie, Polska zobowiązała się chronić programy komputerowe w ramach prawa autorskiego „jak dzieła literackie” (art IV). Tekst angielski traktatu opublikowany w *International Legal Materials* 1990, vol. XXIX, nr 5, s. 1194 i n.

ten wiąże się z dostępem do kodu źródłowego, a szczególną formą jego realizacji jest tzw. „reverse engineering”, co polega na „dekompilacji” kodu wynikowego (przedmiotowego) do postaci źródłowej, która pozwala poznać strukturę i zasady funkcjonowania programu. Doświadczenia zagraniczne wskazują wyraźnie na potrzebę przyznania użytkownikowi możliwości dokonywania owego „odwrotnego tłumaczenia” w celu rekonstrukcji programu w zakresie wyznaczonym wymogami jego należytej eksploatacji⁵⁵.

Kolejnym zagadnieniem wyłaniającym się na tle umownych form udostępniania software jest problem ryzyka stosowania wobec nabywcy programu praktyk restrykcyjnych nadmiernie ograniczających jego uprawnienia do korzystania z przedmiotu udostępnienia. Szczególnie duże zagrożenie niesie z sobą omówiona wyżej forma dystrybucji tzw. masowych produktów informatycznych, przybierająca postać licencji „shrink-wrap”. Skłaniać to powinno do poszukiwania skutecznych sposobów zabezpieczenia interesów nabywcy oprogramowania.

CONTRACTS FOR THE USE OF COMPUTER PROGRAMMES IN SELECTED LEGAL SYSTEM

S u m m a r y

The article discusses the contracts for the use of computer programmes. The author presents basic forms of contracts and typical elements of their contents. The basis of her presentation are the legal systems of the USA, Great Britain and the Federal Republic of Germany.

In the first part of her article, the author presents the object and types of contracts (custom software contracts, package software contracts, mass marketed software contracts, especially shrink-wrap agreements). A basic contractual form of offering software is licence agreement. The author pays special attention to form contracts developed by the Association of Data Processing Service Organization.

In the second part of her article the author discusses the legal status of computer programmes. In recent years, a prevailing form of legal protection is copyright law, accompanied by patent law and know-how protection within the trade secret law. The author also presents the position of Polish legal doctrine on the protection of computer programmes and analyses the premises of the draft of the Polish copyright law, which is to include computer programmes under its protection.

⁵⁵ Por. S. Sołtyśński, *Reflections*, s. 294. W ograniczonym zakresie zabieg taki dopuszcza drug' projekt dyrektywy EWG z 18 X 1990 r. (zob. przypis 18). Ostatnia wersja przepisów o programach komputerowych w projekcie polskiej ustawy o prawie autorskim, opracowana w lutym 1991 r. w Międzyuczelnianym Instytucie Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej w Krakowie przez J. Bartę i R. Markiewicza, w znacznie większym stopniu niż poprzednie projekty uwzględnia uzasadnione interesy nabywców software, zezwalając m. in. na dekompilację programu. Tą wersją projektu autorka dysponowała w trakcie II korekty, co uniemożliwiło prezentację proponowanych w niej rozwiązań.

The third part of the article contains the analysis of typical elements of the contracts for the use of computer programmes (the scope of the licence, the character of the licence, intellectual property rights, licensee's rights to copying, alterations, the access to source code, the use of improved programmes, protection of secrecy, licence fees, legal and technical guarantees for the licensor, liability and the causes and consequences of expiration of a contract). Special attention is paid to the stipulations which may be of restrictive character for the buyer, limiting his or her rights to use the programme (e.g. no access to source code, the interdiction to make copies, especially back-up copies, the interdiction to do reverse engineering, etc.). Next, the author analyses a special form of distribution of mass marketed software (shrink-wrap licence). The admissibility of such contracts has recently been questioned, for they limit excessively the rights of the buyer protected by copyright law and they are an example of an abuse of economic power by the seller.

The last part of the article contains the remarks on the possibilities of applying foreign solutions in Polish software trade (domestic and international). In this context the author points to the need of seeking the solutions which could best protect the interests of Polish software importers.