

ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

ЖАРОВА Анна Константиновна — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права РАН, доцент ВШЭ ГУ
e-mail: anna_jarova@mail.ru

Правовая классификация лицензий на программное обеспечение

Российский рынок программного обеспечения активно развивается, появляются российские программы с разнообразными функциональными возможностями, и связано это не столько с принятием 4 части ГК РФ, так как нормы данной части ГК РФ на 80 % состоят из предыдущего законодательства, сколько с распространением правил делового оборота, которые позволяют применять дополнительные виды лицензионных соглашений. К таким лицензионным соглашениям относятся соглашения на передачу исключительных прав на программу для ЭВМ с открытым кодом. Эти лицензионные соглашения обладают определенной спецификой, отличающей их от законодательно определенных видов лицензий, в частности передаваемым объемом прав пользователю такого программного обеспечения.

Для классификации существующих лицензионных соглашений и их характеристик разделим их по объему передаваемых прав пользователю программы на две большие группы:

К первой группе относится программное обеспечение с закрытым кодом, распространяемое на основе лицензионных соглашений. Это - платные лицензионные, условно бесплатные (shareware) и бесплатные лицензионные соглашения.

Ко второй группе относится свободно распространяемое программное обеспечение (Open Source) - программы с открытым программным кодом. Именно вторая группа соглашений появилась как альтернатива первой группе лицензионных соглашений. Одним из первых таких лицензионных договоров был General Public License (GNU GPL), разработанный Ричардом Столлманом в 1988 г.

Раскрывая особенности первой группы отношений, связанных с передачей исключительных прав, необходимо отметить, что положения ГК РФ определяют следующие условия заключения лицензионного соглашения о праве использования программного обеспечения:

Во-первых, лицензионный договор о предоставлении права использования программы для ЭВМ не подлежит государственной регистрации, так как для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрация произведения или соблюдение каких-либо иных формальностей (п. 2 ст. 1232, п. 4 ст. 1259 ГК РФ).

Во-вторых, заключение лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных допускается путем заключения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре таких программы или базы данных либо на упаковке этого экземпляра. Начало использования таких программы или базы данных пользователем означает его согласие на заключение договора (ст. 1286 ГК РФ).

В-третьих, согласно ст. 1235 ГК РФ лицензионный договор должен быть заключен обязательно в письменной форме, несоблюдение которой влечет недействительность данного договора, **отсюда следует,** что по отношению к программному обеспечению лицензионное соглашение может иметь следующие виды:

- **первый вид,** бумажный или электронный, сопровождающий поставку программы, в том числе *оберточные лицензионные договора (любые документы с изложением условий использования программы, сопровождающие поставку);*

- **второй вид,** условия использования программного обеспечения могут быть изложены на интернет-странице, с которой производится загрузка программы;

- **третий вид,** правила использования экземпляра программного обеспечения **следуют из характера применяемых в программном обеспечении технических средств защиты** (например, ограничивающих количество одновременно работающих в сети пользователей);

- **четвертый вид,** может следовать из названия самого программного обеспечения.

В-четвертых, лицензионный договор может быть как возмездным, так и безвозмездным, однако последнее обстоятельство должно быть четко отражено в тексте самого договора, так как при отсутствии указаний на безвозмездность лицензионного договора он считается возмездным (п. 5 ст. 1235 ГК РФ).

Если же в договоре нет указания на его безвозмездность и при этом не установлен размер вознаграждения или порядок его определения, то договор будет считаться незаключенным (абз. 2 п. 5 ст. 1235, п. 4 ст. 1286, ст. 1234 ГК РФ).

К безвозмездным договорам относятся условно-бесплатные и бесплатные программы, которые в последнее время также получили широкое распространение. Особенностью такого программного обеспечения является то, что при предоставлении права использования программного обеспечения на бесплатной основе правообладателем обычно оговариваются некоторые специальные ограничения. В частности, весьма распространенным условием является запрет на внесение любых изменений в программный код за исключением прямо разрешенных законодательством. Кроме того, обычным условием «бесплатной» лицензии является оговорка об освобождении правообладателя от любых гарантий и обязательств, связанных с функционированием программного обеспечения.

Программное обеспечение, распространяемое на основании бесплатного лицензионного соглашения, включает следующие положения:

1. полностью бесплатно, но не содержит исходные коды данной программы;
2. может распространяться без ограничений;
3. имущественные права и неимущественные права сохраняются за правообладателем.

Примером лицензии бесплатного программного обеспечения является соглашение Adware, по которому программа, содержащая рекламу, распространяется и используется бесплатно, а автор программы для ЭВМ получает вознаграждение от рекламодателей за размещение рекламы и от пользователей, которые заинтересованы в том, чтобы рекламы не было. Другим примером является клиент ICQ (в отличие, например, от клиентов QIP, Miranda IM, Kopete и т.д.).

Программное обеспечение, распространяемое на основании условно-бесплатного лицензионного соглашения (Shareware), можно отнести к смешанному виду безвозмездных договоров, в которых используются условия бесплатных программ, с соблюдением определенных ограничений.

К ограничениям, применяемым в **условно бесплатном программном обеспечении**, относится возможность использования в личных целях пользователя функционально или временно ограниченный экземпляр программного обеспечения. В то же время пользователь за предоставленный период бесплатного использования должен определить, нужна ли ему программа или нет, после чего программа перестает функционировать до уплаты разработчикам определенной суммы. Возможен также другой вариант - программа бесплатна, но она функционально ограничена, и пользователь может оценить, нужен ли ему более профессиональный вариант, за который необходимо заплатить. По истечении времени работы такого программного продукта его необходимо либо удалить, либо оплатить программный продукт и приобрести права на него в полном объеме. Т.е. можно говорить о совокупности двух зависимых лицензионных договоров, причем заключение второго договора непосредственно связано с условиями первого.

В любых вариантах лицензионного соглашения передаваемые программы для ЭВМ имеют закрытый код, причем модификация программного кода, возможна только в случае декомпиляции. Согласно ст. 1280 ГК РФ действия по декомпиляции предусмотрены законодательством РФ лицом, законно владеющим экземпляром программного обеспечения, для целей, когда действия необходимы для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной этим лицом программы для ЭВМ с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой. Законом разрешается осуществить такие действия другим лицом по поручению правообладателя.

Для декомпиляции не требуется согласия правообладателя, выплаты дополнительного вознаграждения, но необходимо соблюдение следующих условий:

- 1) информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию, ранее не была доступна этому лицу из других источников;
- 2) указанные действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилируемой программы для ЭВМ, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;
- 3) информация, полученная в результате декомпилирования, может использоваться лишь для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, не может передаваться иным лицам, за исключением случаев, когда это необходимо для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, а также не может использоваться для разработки программы для ЭВМ, по своему виду существенно схожей с декомпилируемой программой для ЭВМ, или для осуществления другого действия, нарушающего исключительное право на программу для ЭВМ.

Действия по декомпиляции разрешены только в отношении к программному обеспечению, к базам данных такое разрешение не распространяется.

В том числе, статьей 1280 ГК РФ пользователю, правомерно владеющему экземпляром программы для ЭВМ или экземпляром базы данных, предоставлено право без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения осуществлять следующие действия:

1) внести в программу для ЭВМ или базу данных изменения исключительно в целях их функционирования на технических средствах пользователя и осуществлять действия, необходимые для функционирования таких программы или базы данных в соответствии с их назначением, в том числе запись и хранение в памяти одной ЭВМ или одного пользователя сети, а также осуществить исправление явных ошибок, если иное не предусмотрено договором с правообладателем;

2) изготовить копию программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда такой экземпляр утерян, уничтожен или стал непригоден для использования.

Однако такие действия не должны наносить неоправданный ущерб нормальному использованию программы для ЭВМ или базы данных и не должны ущемлять необоснованным образом законные интересы автора или иного правообладателя.

Все это осложняло распространение и использование программ для ЭВМ. Для сравнения, в отношении программ для ЭВМ правообладатель обладает возможностью самому определять правила использования программного продукта, чего не происходит в отношении литературного произведения. Кроме того, в большинстве случаев юридические лица образовывали монополии на использование разработанных ими программ для ЭВМ, как например, корпорация Microsoft, причем и с точки зрения безопасности программы с закрытым кодом не являются оптимальным вариантом. Из-за их закрытости проверить эти программы на наличие ошибок встроенных шпионских программ законно невозможно.

На сайте МЭР РФ приводится пример, когда корпорация Microsoft 24 августа 2007 г. «осуществила массовый несанкционированный доступ в десятки миллионов компьютеров по всему миру, подключенные к Сети, включая и компьютеры российских пользователей. Несанкционированный доступ заключался в установке на компьютеры с операционной системой Windows XP и Windows Vista девяти файлов без согласия пользователей, при этом файлы были изменены даже на компьютерах, где функция автоматического обновления в ОС была отключена. После публикации в СМИ этой информации 14 сентября Microsoft признала данный факт»¹.

Все это и послужило распространению другого класса программ для ЭВМ — программ с открытым кодом. Если на территории РФ заговорили о необходимости использования программ с открытым кодом относительно недавно, то на территории США еще с начала 90-х образовывались движения и организации, поддерживающие такие программы. Итак, к таким программам для ЭВМ относится вторая группа.

Свободное программное обеспечение. Его появление связано с идеей создания программного обеспечения, свободного от ограничений в обороте, причем концепцию, содержащую данные идеи в настоящее время называют «копилефт», она является противоположностью концепции «копирайт». Концепция «копилефт» предполагает использование законов авторского права для обеспечения невозможности ограничить любому человеку право использовать, изменять и распространять как исходное произведение, так и произведения, производные от него.

В 1998 г. по предложению американских разработчиков Брюса Перенса и Эрика Рэймонда создана организация «Инициатива открытых кодов» (Open Source Initiative, OSI). Движение Open Source Initiative разработало и опубликовало состоящее из десяти пунктов «Определение Программного обеспечения с открытым программным кодом».

Для раскрытия особенностей данного программного обеспечения, в первую очередь необходимо сказать, что в соответствии с правовыми конструкциями, определенными законодательством РФ, автор при всем своем желании не может отказаться от всех интеллектуальных прав, которые состоят из исключительных и неимущественных прав. В отличие от исключительных прав неимущественные права, такие как право авторства, право на имя и иные личные неимущественные права автора согласно ст. 1228 ГК РФ, неотчуждаемы и непередаваемы.

¹ Административная Реформа РФ. Свободное программное обеспечение. [Электронный ресурс]. - Режим доступа http://www.ar.gov.ru/ru/about/el_russia/free_soft/

Авторство и имя автора охраняются бессрочно. Отказ от этих прав ничтожен. В связи с тем, что положениями лицензионного соглашения относительно программ для ЭВМ предусмотрено заключение соглашения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре таких программы или базы данных либо на упаковке этого экземпляра. То это и позволяет использовать конструкцию, разработанную Эриком Рэймондом — распространение программы для ЭВМ с открытым кодом.

Конечно, нельзя исключить ситуации, при которой в случае размещения программного кода в сети Интернет автором программы для ЭВМ с закрепленным в письменной форме волеизъявлением о том, что любой субъект может пользоваться данным произведением, т.е. распространять, модифицировать и т.д., не исключена ситуация, что заинтересованное лицо, обнаружившее факт использования данной программы третьими лицами, может обратиться в суд за защитой неимущественных прав автора. Таким заинтересованным лицом, например, может являться организация по коллективному управлению имущественными правами. В РФ такой организацией является Российское Авторское Общество (РАО)².

С целью создания законной схемы передачи всем обратившимся исключительных прав на программное обеспечение по всему миру была разработана лицензия на свободное программное обеспечение – программное обеспечение с открытым кодом (Open Source). В настоящее время разработка такого программного обеспечения стала поддерживаться и в РФ³ (реализуется Административная реформа в РФ, Электронная Россия).

Такое программное обеспечение похоже на бесплатное программное обеспечение, но с существенной разницей – в случае бесплатного программного обеспечения исключительные права на исходный код остаются за правообладателем программы, а в случае программного обеспечения с открытым кодом подобные права у правообладателя программы не сохраняются. Программа на основе такой лицензии распространяется с исходным открытым кодом, который не нужно открывать, кроме того, его можно модифицировать.

Концепция таких программных продуктов, распространяемых на основе лицензионных соглашений на использование программного обеспечения с открытым кодом, состоит в том, что такое программное обеспечение, исходный код которого открыт, можно дорабатывать для дальнейшего совершенствования, распространения и использования без дополнительных условий и без получения на то согласия автора. В 2006 году в РФ во исполнение п.5 приказа Мининформсвязи России был разработан план мероприятий по содействию разработке в Российской Федерации, а также использованию в органах государственной власти свободного программного обеспечения (с открытыми исходными кодами), согласно которому предполагается:

1. «Разработка требований и рекомендаций по использованию открытых стандартов и спецификаций при разработках программ для ЭВМ для государственных и муниципальных нужд;
2. Оценка экономической эффективности внедрения ИСО/МЭК 26300:2006 (Формат открытого документа для офисных применений);
3. Организация участия представителей администрации связи Российской Федерации в международных организациях по стандартизации в сфере информационных технологий, а также содействие и координация участия представителей российских компаний в международных организациях по стандартизации (в случае, если участие государственных органов в таких организациях не предусмотрено);
4. Разработка и внедрение порядка получения (включая определение объема и оценку) и схемы управления правами на программное обеспечение для ЭВМ, получаемыми заказчиками в результате выполнения работ для государственных и муниципальных нужд;
5. Совершенствование механизмов мониторинга условий конкурсов в целях контроля обеспечения разработчикам различного программного обеспечения равных рыночных условий;
6. Разработка концепции и плана мероприятий в целях повышения уровня профессионального образования и подготовки пользователей в сфере инфокоммуникационных технологий;
7. Разработка перечня типов (разновидностей) программ для ЭВМ, где целесообразность и обоснованность преимущественного использования свободного программного обеспечения

2 Российское Авторское Общество – некоммерческая общественная организация, созданная авторами для реализации и охраны авторских прав в сфере интеллектуальной деятельности

3 Административная Реформа РФ. Свободное программное обеспечение. [Электронный ресурс]. - Режим доступа http://www.ar.gov.ru/ru/about/el_russia/free_soft/

доказана мировой практикой и/или признается значительным количеством участников рынка, а также разработка для различных целей, в том числе для целей стандартизации, иных классификаторов;

8. Разработка концепции и плана мероприятий по развитию в Российской Федерации, в том числе для государственных и муниципальных нужд, сервис-ориентированной модели распространения программ для ЭВМ»⁴.

В случае использования программы с открытым кодом исходный код программы доступен всем, и любой пользователь имеет право модифицировать, распространять, использовать программы, созданные на основе данной программы. Программное обеспечение, пользователям которого не предоставляется право на модификацию открытого кода, является несвободным — независимо от любых других условий.

Качество таких программ для ЭВМ соизмеримо с качеством коммерческих программ. Связано это с тем, что данное программное обеспечение тестируется, изменяется, улучшается всеми желающими. Таким образом, число разработчиков, трудящихся над улучшением программы, приравнивается, а в некоторых случаях и несравнимо больше штата разработчиков коммерческого обеспечения с закрытым кодом.

Положительным моментом является и то, что такое программное обеспечение оказалось не только общедоступным, но и надежным, причем свобода творчества для авторов такого программного обеспечения важнее вознаграждения. Конечно, неимущественные права в таких лицензиях обязаны соблюдаться, то есть для авторов распространяемых лицензий программ с открытым кодом особой важностью является соблюдение неимущественных прав, таких как проставление знака охраны, года первого опубликования и имени автора или иного правообладателя.

С 2009 года в РФ Постановлением Правительства РФ от 10.03.2009⁵ закрепляется право использования любого программного обеспечения с открытым программным кодом в школах. В том же году Федеральная служба судебных приставов России отчиталась о внедрении программного обеспечения с открытым кодом OpenOffice с целью реализации государственной политики в области использования свободного программного обеспечения и во исполнение распоряжения Федеральной службы судебных приставов. «В апреле-мае 2009 г. проведены сеансы видеоконференцсвязи с руководителями территориальных органов ФССП России с использованием свободного программного обеспечения. В целях своевременного и регулярного размещения информации на официальном интернет-сайте центрального аппарата ФССП России, систематического информирования граждан и организаций о деятельности ФССП управлением информационных технологий проведены работы по доработке программной платформы и дизайна сайта, что позволило значительно расширить его функциональные возможности сайта, повысить информативность и посещаемость».⁶

Концепция развития свободного программного обеспечения в Российской Федерации предполагает создание в период до 2010 года следующих продуктов:

- стандартных комплексных офисных решений для государственных гражданских служащих, а также работников бюджетной сферы;
- стандартных решений для обеспечения работы образовательных учреждений;
- программного обеспечения для пунктов коллективного доступа к сети Интернет;
- программного обеспечения для интернет-сайтов государственных услуг;
- интеграционной платформы для целей электронного правительства;
- защищенных решений для критически важных объектов;
- развитие сервис-ориентированной модели распространения программ для ЭВМ.

4 п.5. Приказ Мининформсвязи России «О мероприятиях Мининформсвязи России на 2006 год по реализации основных положений Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации» от 29.06.2006 № 83 / Консультант+

5 Распоряжение Правительства РФ от 18 октября 2007 г. N 1447-р (в ред. Постановления Правительства РФ от 10.03.2009 N 219)

6 Федеральная служба судебных приставов внедрила свободное программное обеспечение [Электронный ресурс]. - Режим доступа <http://www.linux-rb.ru/news/69.html>

В свою очередь МЭР РФ опубликовало⁷ критерии привлекательности применения свободного программного обеспечения для нужд государственных органов:

1. Антикоррупционность,
2. Безопасность,
3. Защита национальных интересов,
4. Дружественность к гражданам,
5. Свободное программное обеспечение легко адаптируется,
6. Экономически выгодное.

Таким образом, специфика лицензионного соглашения на использование программного обеспечения с открытым программным кодом определяется объемом передаваемых исключительных прав лицензиату. Важно сразу отметить, что такие лицензионные договора никак не влияют на личные неимущественные права авторов программ, кроме того, они в большей степени защищают такие права. Данные программы обладают большей надежностью, безопасностью, так как код программы можно проверить и в случае необходимости перепрограммировать, что в рамках выполнения Доктрины информационной безопасности Российской Федерации⁸, а также Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года⁹ является основополагающей задачей обеспечения национальной безопасности. В Стратегии национальной безопасности-2020 к средствам обеспечения национальной безопасности, в том числе, отнесены технологии, а также технические, программные, лингвистические, правовые, организационные средства, включая телекоммуникационные каналы, используемые в системе обеспечения национальной безопасности для сбора, формирования, обработки, передачи или приема информации о состоянии национальной безопасности и мерах по ее укреплению.

Поддержание Российской Федерацией применения таких лицензионных соглашений символизируют развитие качественно новых явлений во взаимоотношениях автора и пользователя программного обеспечения с открытым кодом уже и на территории РФ. Это позволит решить проблемы обеспечения заинтересованных физических и юридических лиц широким ассортиментом программ для ЭВМ высокого качества, а также значительно снизит количество нарушений в сфере авторского права.

7 Административная реформа в РФ. Свободное программное обеспечение. [Электронный ресурс]. - Режим доступа http://www.ar.gov.ru/ru/about/el_russia/free_soft/

8 Доктрина информационной безопасности Российской Федерации. Утверждена Президентом Российской Федерации В.В. Путиным 9 сентября 2000 г.// сайт МИД РФ <http://www.mid.ru/ns-osndoc.nsf/d06bd3f5303124fe432569fa003a70ff/4db2749a4b55f02f432569fb004872a4?OpenDocument>

9 Указ Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 г. N 537 "О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года"// РГ. Федеральный выпуск №4912 от 19 мая 2009 г.