

**Общество с ограниченной ответственностью
«Васлекс (юридическая компания)»**

**Limited liability company
“Vaslex (Law Firm)”**

ЮРИДИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ СВОБОДНОГО ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В РОССИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ СОЗДАНИЯ РОССИЙСКОЙ СВОБОДНОЙ ЛИЦЕНЗИИ

Владимир Слыщенко
Старший юрист
Васлекс (юридическая компания)

www.vaslex.com

Москва, апрель 2013

Программы для ЭВМ в качестве результатов интеллектуальной деятельности охраняются законом как литературные произведения. Поэтому интересы разработчиков программ для ЭВМ защищаются **авторским правом**.

Автору принадлежит:

- исключительное (имущественное) право на произведение, - этим правом можно распоряжаться;
- неимущественные авторские права – главным образом, право на имя, т.е. право автора указывать или не указывать свое имя при опубликовании, передаче или ином использовании произведения; право на имя бессрочно, неотчуждаемо и непередаваемо.



Некоторые основные положения и принципы российского авторского права:

- Для возникновения авторских прав не требуется соблюдения каких-либо формальностей, в частности, не является обязательной государственная регистрация программы для ЭВМ;
- Правовая защита распространяется на произведения, созданные за пределами Российской Федерации, – Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений (Париж, 9 сентября 1886 г.);
- Авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе в письменной, устной форме (в виде публичного исполнения и иной подобной форме);
- Идеи, методы, процессы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования не охраняются авторским правом;
- Исключительное право состоит в праве использования произведения по усмотрению автора, в том числе право разрешать или запрещать другим лицам использование произведения;
- Лицензионный договор (лицензия) представляет собой **разрешение** на использование произведения в установленных пределах; такое разрешение предоставляется правообладателем, который может отличаться от автора, и является одним из способов осуществления исключительного права;
- Срок действия исключительного права: в течение всей жизни автора и 70 лет, начиная с 1 января года, следующего за годом смерти автора; после истечения срока действия исключительного права произведение переходит в общественное достояние (public domain).

Авторское право предоставляет автору (правообладателю) исключительную возможность использовать и распоряжаться произведением, в том числе получать прибыль от использования произведения. Предполагается, что в конечном итоге юридические гарантии авторского права способствуют созданию новых и оригинальных произведений, обеспечивают инвестиции в интеллектуальную деятельность.

Критика авторского права является критикой исключительного (имущественного) права (copyright):

- приводит к образованию монополий в области телевидения, СМИ, программного обеспечения, издательского дела;
- препятствует свободному распространению информации;
- ухудшает возможности для творческой деятельности: нельзя свободно создавать производные произведения;
- служит дополнительным основанием имущественного неравенства: богатые становятся богаче, бедные – беднее.

Р. Беттиг: «Всегда существовало напряжение между монополистическим характером интеллектуальной собственности и заявленной целью содействия распространению информации и идей. Авторское право стремится ограничить использование произведения кругом лиц, желающих и способных заплатить за него. Эта ограниченность может привести к противоположному результату, чем тот, на который рассчитывали основатели системы, и может увеличить разрыв между информационным богатством и бедностью. Олигополия в индустрии связи и коммуникации еще более способствует расширению этого разрыва» (*Bettig R.V. Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property. Colorado: West View Press, 1996. P. 8*).

В нынешний период высокого развития технологий коммуникации и копирования стало очевидным противоречие между институтом авторского права, с одной стороны, и потребностью членов общества в свободном доступе к информации и произведениям культуры, включая программное обеспечение, которые рассматриваются как общественное богатство, — с другой стороны.

Формы сопротивления исключительному праву:

- добровольный отказ автора от осуществления исключительного права, например, посредством допущения свободного и бесплатного копирования или определения размера платы самостоятельно получателем (пользователем) произведения (применяется к литературным произведениям, музыке и проч.);
- хакерство в программировании, в значительной степени опирающееся на этические ценности беспрепятственного обмена компьютерными программами и свободы информации;
- свободное программное обеспечение.

Некоторые результаты интеллектуальной деятельности, такие как произведения искусства и литературы, обладают признаками общественного блага (в экономическом смысле). Применительно к программам для ЭВМ:

- использование одним потребителем не исключает использования другими потребителями;
- затруднительно ограничить безвозмездный доступ;
- воспроизведение (копирование) требует относительно небольших затрат.

Указанным объясняется существование заметных коммерческих рисков при торговле программным обеспечением (также см.: *Bettig R.V. Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property. P. 2*).

Распространенность интеллектуального пиратства (незаконного использования и распространения интеллектуальной собственности, в частности, компьютерных программ) свидетельствует о неполном соответствии авторского права ценностям современного общества.

По всей видимости, пока только свободному программному обеспечению удалось предложить эффективную, работающую на практике юридическую модель создания и распространения результатов интеллектуальной деятельности (в данном случае, программ для ЭВМ) **не на основе** защиты имущественных прав авторов (правообладателей) программ.

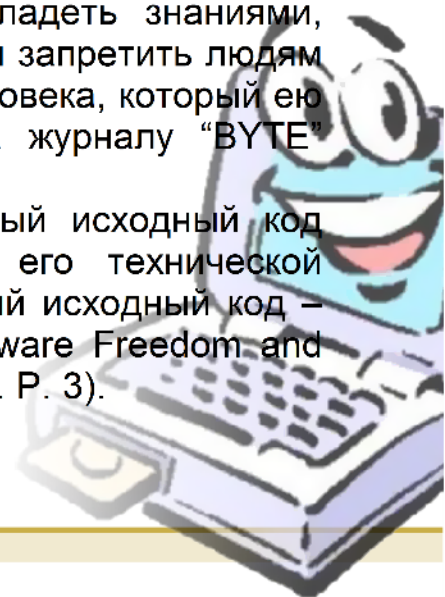
Конструкция свободного программного обеспечения опирается на идеал **сотрудничества** между программистами. Принцип сотрудничества конкретным образом выражается в следующих свободах, сформулированных Фондом свободного программного обеспечения (Free Software Foundation):

- запускать программу в любых целях (to run the program for any purpose);
- изучать и изменять программу в форме исходного кода (to study and change the program in source code form);
- распространять точные копии программы (to redistribute exact copies);
- распространять измененные версии программы (to distribute modified versions).

Свободное программное обеспечение (СПО) относится к свободе, а не к цене: СПО – не обязательно бесплатное программное обеспечение.

В основе движения СПО лежат этические предпосылки: «...попытки завладеть знаниями, попытки контролировать, разрешено ли людям пользоваться ими, или попытки запретить людям обмениваться ими — это вредительство. Это деятельность, обогащающая человека, который ею занимается, за счет обеднения всего общества» (интервью Р. Столмена журналу "BYTE" (<http://www.gnu.org/gnu/byte-interview.html>)).

СПО предполагает открытый исходный код программы. Л. Розен: «Открытый исходный код является существенным условием свободы программного обеспечения, его технической предпосылкой. Свобода программного обеспечения является целью; открытый исходный код – средство для достижения этой цели» (*Rosen L. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall PTR, 2004. P. 3*).



Экономическая модель СПО основана на принципе сотрудничества и взаимопомощи.

При создании свободной программы результат достигается благодаря общим усилиям вовлеченных программистов с распределением между ними временных и финансовых затрат. Коммерческое преимущество СПО связано с возможностью разработчиков использовать ранее созданный другими лицами исходный код. Получение прибыли в этой области может быть связано, среди прочего, с разработкой программ для нужд конкретного заказчика, платной технической поддержкой и доработкой, обучением и консультированием специалистов заказчика.

СПО – новый юридический механизм распространения программного обеспечения. Свободное программное обеспечение опирается на авторское право. Однако СПО использует авторское право не для того, чтобы защищать имущественные интересы разработчиков программ, а чтобы сделать программы общедоступными для использования и изменения в интересах любого члена общества.

Возможные параллели с социалистическим подходом к интеллектуальной собственности являются ошибочными: СПО направлено на защиту свободы разработчиков и пользователей, тогда как социалистическое законодательство отрицало свободу.

Свободные лицензии остаются в сфере действия законодательства об интеллектуальной собственности. Именно авторское право позволяет разработчику, передавшему созданную им программу по лицензии GNU GPL или иной свободной лицензии, требовать от лицензиата (получателя программы) соблюдения лицензионных положений, а в случае нарушения – привлечь его к ответственности (также см.: *Lindberg V. Intellectual Property and Open Source*. Sebastopol: O'Reilly Media, 2008. P. 153-168).



Свободное программное обеспечение – не техническое, а юридическое понятие.

ПО является свободным, если распространяется на условиях свободной лицензии, т.е. лицензионного договора, предусматривающего определенные права пользователя программы. Именно свободная лицензия делает ПО свободным.

В целом юридический механизм свободного лицензирования программ для ЭВМ не противоречит российскому законодательству. Абзац 2 пункт 1 статьи 1235 Гражданского кодекса Российской Федерации: «Лицензиат может использовать результат интеллектуальной деятельности ... в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором».

Свободных лицензий, более или менее существенным образом отличающихся друг от друга, может быть сколь угодно много: любое заинтересованное лицо вправе написать собственную свободную лицензию и распространять по ней созданные им программы. Но каждая свободная лицензия должна закреплять установленные свободы ПО, в противном случае распространяемые по такой лицензии программы не могут быть признаны свободными.

Свободные лицензии могут быть:

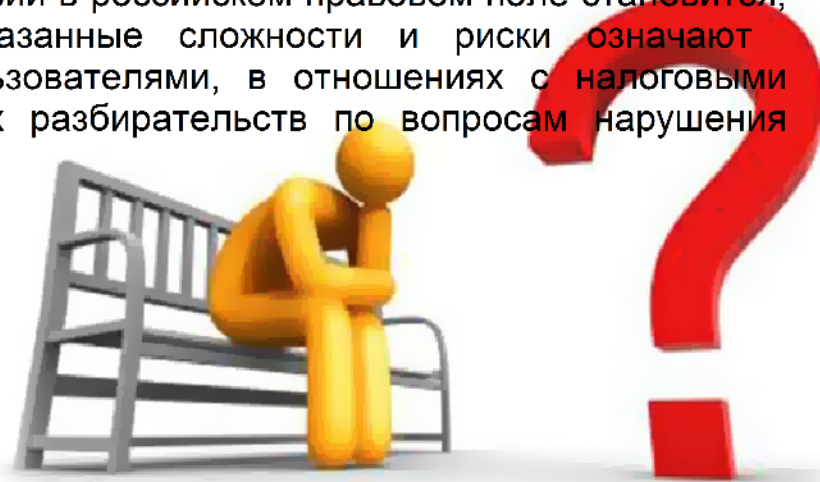
- простыми разрешительными (академическими) – предоставляют пользователю соответствующие права, но не требуют сохранения свобод ПО при передаче копий программы другим пользователям, например, BSD (http://directory.fsf.org/wiki/License:BSD_3Clause);
- авторско-левыми, т.е. лицензиями, содержащими правило авторского лева (copyleft) – предоставляют пользователю соответствующие права, при этом требуют сохранения свобод ПО при передаче копий программы другим пользователям, например, GNU General Public License, версия 3 (<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>, неофициальный перевод на русский язык: <http://www.pcmag.ru/GPL/rus-gpl.html>), Mozilla Public License, версия 2.0 (<http://directory.fsf.org/wiki/License:MPLv2.0>). Объем авторского лева может быть различным в разных лицензиях, например, авторское лево может применять только к оригинальной программе или применяться как к оригинальной программе, так и к модифицированной и производной программе.

Программа может распространяться в России на условиях западной свободной лицензии (BSD, GNU GPL и др.). Однако иностранные свободные лицензии плохо известны большинству пользователей ПО в России, в деталях предусмотренного иностранными лицензиями юридического регулирования не очень просто разобраться.

Несмотря на то, что юридическая действительность свободных лицензий должна быть признана в целом, применение в российском правовом поле иностранных свободных лицензий создает риски и сложности:

- написаны на английском языке, что затрудняет точное понимание юридических правил;
- возможны различные переводы на русский язык: переводы одной и той же лицензии могут отличаться друг от друга;
- созданы без учета норм и подходов российского законодательства: формулировки иностранных свободных лицензий иногда непонятны или малопонятны для российских юристов, бухгалтеров, налоговых специалистов и вообще правоприменителей;
- возможны противоречия отдельных положений данной иностранной свободной лицензии российским законодательным нормам.

Поэтому применение иностранной свободной лицензии в российском правовом поле становится, по всей видимости, сложной задачей. Вышеуказанные сложности и риски означают дополнительные трудности в переговорах с пользователями, в отношениях с налоговыми органами, неопределенные перспективы судебных разбирательств по вопросам нарушения условий свободной лицензии.



Практические сложности применения иностранной свободной лицензии в российском правовом поле: иллюстрация.

Успешное применение иностранной свободной лицензии во многом зависит от конкретной лицензии, как сформулированы положения данной лицензии и какие именно правила содержатся в лицензии.

Многие иностранные лицензии содержат отдельные формулировки и правила, которые потенциально создают сложности для правоприменения в России. Требуются отдельные объяснения, разъяснения и проч., возможны споры только по той причине, что правила лицензии сформулированы недостаточно понятно в контексте российского законодательства.

Например, лицензия BSD (http://directory.fsf.org/wiki/License:BSD_3Clause) устанавливает очень важное правило об отказе разработчика свободной программы от ответственности за недостатки программы:

This software is provided by the author "as is" and any **express or implied warranties**, including, but not limited to, the implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose are disclaimed. In no event shall the author be liable for any **direct, indirect, incidental, special, exemplary, or consequential damages** (including, but not limited to, procurement of substitute goods or services; loss of use, data, or profits; or business interruption) however caused and on any **theory of liability**, whether in contract, strict liability, or tort (including negligence or otherwise) arising in any way out of the use of this software, even if advised of the possibility of such damage.

Это положение BSD содержит целый набор возможных неясностей в контексте российского законодательства.

Практические сложности применения иностранной свободной лицензии в российском правовом поле: иллюстрация (продолжение).

Возможные правоприменительные сложности приведенного правила лицензии BSD об отказе от ответственности за недостатки в российском правовом поле обусловлены недостаточной ясностью отдельных формулировок:

■ **терминов «явная» и «подразумеваемая» (express и implied) (гарантия) российский закон как таковых не знает.** Здесь речь идет о том, что не предусмотрено никаких обязательств автора в отношении качества ни по данной лицензии (явная гарантия), ни по закону (подразумеваемая гарантия), т.е. даже если закон устанавливает гарантию, автор программы (лицензиар) отменяет эту законную гарантию. Само по себе это положение не противоречит российскому законодательству.

■ **термин «гарантия» (warranty) в тексте лицензии использован в другом смысле, чем похожий термин – «гарантия качества» – используется в российском законодательстве.** Гарантия качества в российском законодательстве означает ответственность за недостатки товара, выявленные после передачи товара покупателю. Отказ от гарантии качества не означает, по российскому закону, что товар не должен быть свободен от недостатков на момент передачи покупателю. В лицензии BSD термин «гарантия» означает просто «обязанность». Следовательно, нет «гарантии» (warranty) – нет ответственности за недостатки ни на момент передачи программы, ни после начала использования. Программа поставляется «как есть» (as is): поставка «как есть» не противоречит российскому закону, но появление слова «гарантия» делает текст не очень понятным в контексте российского законодательства.

■ **термины «any direct, indirect, incidental, special, exemplary, or consequential» (damages), неизвестны российскому закону и правоприменительной практике.** Здесь перечисляются все возможные виды убытков (прямые, косвенные, случайные и проч.), но российский закон знает только два вида убытков, которые называются по-другому: «реальный ущерб» и «упущенная выгода». Никаких других убытков по российскому закону нет, но эти два вида убытков покрывают все перечисленные в английском тексте виды убытков.

■ **выражение «any theory of liability» в данном случае означает следующее: автор программы не отвечает за убытки «ни по одному основанию ответственности»,** это выражение нельзя буквально переводить как «теория ответственности» - бессмысленная фраза на русском языке в данном контексте. Не углубляясь в детали, в правоповедении «основание ответственности» означает нарушенную (неисполненную) норму закона, на основании которой (т.е. в связи с нарушением которой) нарушитель должен быть привлечен к ответственности. Чтобы понять, что «theory of liability» означает в данном случае «основание ответственности», нужно обладать специальными знаниями.

Лицензии на компьютерные программы (а равно иные произведения, охраняемые авторским правом) нужны для того, чтобы не было сомнений (или, по крайней мере, уменьшить сомнения), какие именно права и в каком объеме автор (правообладатель) программы передал пользователю.

Распространение (передача) программы без каких-либо лицензионных условий не является незаконным, однако такой (фактический) способ распространения не обладает достаточной юридической определенностью, соответственно, угрожает конфликтами и спорами.

Российская свободная лицензия, если таковая появится, будет написана с опорой на российское законодательство, с использованием привычной терминологии, юридических конструкций и понятий.

Поэтому отечественная свободная лицензия должна применяться в России гораздо легче и проще, чем любая иностранная (англоязычная) свободная лицензия. В этом состоит основное преимущество российской свободной лицензии. Создание и применение на практике российской свободной лицензии может существенно способствовать распространению и развитию свободного ПО в России.



Свободные программы обычно не создаются с чистого листа, при разработке программы используется уже имеющийся исходный код, ранее выпущенный (другим разработчиком) под какой-либо свободной лицензией.

Если первоначальная лицензия является такой авторско-левой (copyleft) лицензией, которая требует, чтобы любые модификации программы оставались свободными, то новая российская свободная программа (в которую включен чужой исходный код) обычно должна распространяться по условиям той же самой первоначальной лицензии (по которой был получен исходный код). В этой ситуации российский разработчик обычно не сможет использовать российскую свободную лицензию для лицензирования своего продукта, так как copyleft-лицензия, по которой был получен исходный код другого разработчика, запрещает перелицензирование (т.е. замену первоначальной лицензии на другую лицензию).

В некоторых случаях российская свободная лицензия может оказаться практически востребованной:

- если программа все же создается с чистого листа; или
- использованный исходный код другого разработчика подчиняется простой разрешительной (академической) лицензии или copyleft-лицензии, которая требует сохранения свобод только оригинальной программы, но не модификаций; или
- новая программа представляет собой самостоятельный продукт по отношению к полученному исходному коду, с которым связана новая программа (в зависимости от правил первоначальной авторско-левой лицензии).

Создание российской свободной лицензии не будет означать, что все программы, созданные в России как свободные программы (согласно намерению разработчика), должны выпускаться в свет только на условиях этой российской свободной лицензии. Использование любой лицензии всегда остается на полное усмотрение автора программы (но с учетом лицензии на чужой исходный код, который был использован при разработке данной программы).

Российская свободная лицензия, если таковая появится и будет применяться к конкретным программам, не исключает:

- трансграничного лицензирования программного обеспечения, т.е. передачи программы по лицензии получателю в другой стране;
- множественного лицензирования, т.е. распространение разработчиком одной и той же программы по нескольким свободным лицензиям одновременно.



Российская свободная лицензия, в качестве типового лицензионного договора на СПО, будет иметь положительное значение для СПО в России в случае, если эта лицензия будет создана с участием заинтересованных лиц, будет признана и принята участниками рынка, которую будут готовы применять лицензию на практике к созданным ими свободным программам.

Свободных лицензий, составленных по российскому законодательству, может быть сколько угодно много, - любой разработчик может написать свою собственную свободную лицензию и распространять по ней свои программы.

Популярные западные свободные лицензии в основном были написаны по инициативе разработчиков, которым понадобились лицензии для распространения собственных программ. Тем не менее, свободную лицензию, как юридический документ, можно создать вне непосредственной связи с конкретными крупными проектами в области разработки программного обеспечения. Российская свободная лицензия может быть полезна не только разработчикам, но также пользователям свободного ПО, например, государственным органам и крупным коммерческим организациям.

Успешное развитие рынка СПО в России нуждается в устойчивом и эффективном практическом применении свободных лицензий. Практическое применение здесь означает не только само по себе распространение программы на условиях свободной лицензии, но также успешную защиту положений свободной лицензии в судах, в спорах с налоговыми органами, в переговорах с пользователями, которые не всегда хорошо понимают, что такое СПО. Это станет полноценным введением свободного ПО в российскую юридическую и коммерческую практику. Такой результат может быть более надежным образом достигнут с помощью российской свободной лицензии, чем посредством применения в России западных свободных лицензий.

СПАСИБО ЗА ВНИМАНИЕ

Владимир Слыщенко
Васлекс (юридическая компания)

vslyshchenkov@vaslex.com



Настоящая презентация распространяется по лицензии Creative Commons Attribution-NoDerivs 3.0 Unported License (CC BY-ND 3.0)

Использованные иллюстрации заимствованы с открытых интернет-ресурсов