

**Научный круглый стол
«Свободные лицензии» или самоограничение права?»**

19 мая 2011 года, 18.30-21.00

Комментарии на предлагаемую в проект изменений в часть 4 ГК РФ концепцию регулирования отношений, возникающих в связи со свободным использованием и распространением объектов авторских прав

*Савельев Александр,
кандидат юридических наук, магистр частного права,
юрисконсульт компании IBM (Россия)*

Прежде, чем перейти к анализу предлагаемых изменений в ГК РФ, касающихся правового режима т.н. свободных лицензий, необходимо сделать несколько вводных замечаний.

1. При разработке правового регулирования определенных отношений огромную роль играет правильный выбор моделей отношений, отталкиваясь от которых, оно будет разрабатываться. Некоторым ситуациям, сколь интересными в теоретическом плане они не казались, вряд ли стоит уделять значительное внимание, если они практически не встречаются на практике либо если не имеют перспектив разрешения возникающих ситуаций в правовом русле. Напротив, особое внимание следует уделять тем отношениям, которые уже получили широкое распространение на практике и от правового регулирования которых зависит их экономическая составляющая. Наибольший практический интерес тематика свободных лицензий имеет применительно к программному обеспечению. Именно в этой сфере они зародились и именно в этой сфере они имеют наибольшее социальное и экономическое значение. В этой связи целесообразно оценивать предлагаемые варианты правового режима через призму их возможного воздействия на сложившуюся практику использования свободных лицензий в первую очередь именно в отношении программного обеспечения. Все остальные объекты авторского права (литературные произведения, музыкальные произведения и т.д.) будут выступать лишь «эпизодическими» потребителями данных правовых конструкций, не оказывающими сколь либо значительного влияния на экономику, и рассчитывать на то, что эта ситуация в ближайшее десятилетие измениться вряд ли имеет смысл. Поэтому они не должны иметь решающего значения при моделировании соответствующего правового режима. Это замечание имеет особое значение в связи с тем, что лицензия Creative Commons не предназначена для лицензирования программного обеспечения¹.

2. Принимая во внимание, что подавляющее большинство программных продуктов производится за рубежом и, как следствие, имеет иностранных авторов (правообладателей), особое значение приобретает гармонизация подходов к свободным лицензиям, используемых в различных странах. Существование особого правового режима свободных лицензий в одном правовом порядке, отличающегося от подходов к их квалификации и регулированию в других правовых порядках, обостряет вопросы действительности тех свободных лицензий, которые не укладываются всецело в рамки такого правового режима. В

¹ http://wiki.creativecommons.org/Frequently_Asked_Questions

этой связи введение такого особого режима должно иметь действительно веские основания и являться «наименьшим злом» по сравнению со всеми иными вариантами.

Теперь необходимо перейти непосредственно к анализу предлагаемого решения (проект п. 6 ст. 1233 ГК РФ). Оно заключается в квалификации соответствующих отношений в качестве самоограничения права путем совершения односторонней сделки, а путем заключения договора (лицензионного соглашения). В качестве главного обоснования предлагаемого решения указывается «конфликт существующих договорных моделей свободных лицензий со сложившейся в нашей стране правовой системой, в результате чего полноценное их применение потребует достаточно серьезных корректив в действующем законодательстве».

В связи с этим имеет смысл рассмотреть подробнее вопрос о том, насколько закрепление на уровне закона квалификации свободных лицензий в качестве односторонней сделки, способно решить те проблемы, которые возникают при квалификации их в качестве договора по российскому праву, а также - насколько эти перечисленные проблемы в принципе являются фатальными для свободных лицензий при их квалификации в качестве договоров. Как будет показано далее, большинство обозначенных проблем не являются столь уж критичными для свободных лицензий и не препятствуют их квалификации в качестве договора.

1) Проблема идентификации сторон договора. Действительно, в ряде случаев достаточно тяжело установить, кто является лицензиаром и лицензиатом применительно к свободным лицензиям. Во-первых, трудности могут возникнуть с установлением личности лицензиара. Указанную проблему предлагается решить путем обязанности правообладателя разместить заявление о самоограничении своего права на официальном сайте федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Предполагается, что соответствующее заявление будет содержать достаточно сведений о личности правообладателя. Действительно, в таком случае вопрос об идентификации правообладателя будет снят². Однако, следуя данному пути, необходимо быть уверенным в том, что иного выхода нет и в случае квалификации отношений в качестве договорных действительно невозможно идентифицировать сторон свободной лицензии. Однако при более детальном рассмотрении вопроса, выясняется, что проблема несколько преувеличена. Стандартный текст свободной лицензии действительно может не содержать исчерпывающих сведений о лицензиаре. Тем не менее, это не означает, что его личность нельзя установить в принципе. В ряде случаев, сведения об авторе будут содержаться в исходном коде программы, сопровождающей документации либо ее аудиовизуальном отображении (например, путем указания своего имени или псевдонима рядом со знаком охраны авторского права (с) на экране загрузки программы). Требования об указании сведений об авторе и их последующем воспроизведении при дальнейшем распространении программы содержат практически все свободные лицензии. Такие условия как раз и направлены на то, чтобы получатели кода были осведомлены о личности автора³. Иногда, сведения об авторе можно получить также и на официальном сайте проекта, где была загружена программа. В любом случае, при достаточной степени внимательности и осмотрительности автора произведения, которое он

² Остается, конечно, вопрос о степени достоверности заявленных сведений, но это уже иной аспект проблемы, в основном упирающийся в общую проблему анонимности пользователей сети Интернет и свободные лицензии вряд ли привносят сюда значительную специфику.

³ Эта функция условий об указании автора в свободных лицензиях была особенно подчеркнута в решении Jacobsen v. Katzer (9th Cir. 2008), известном тем, что в нем была признана юридическая сила свободной лицензии «Artistic License».

предполагает распространять на условиях свободной лицензии, сведения о его личности вполне могут быть доступными в достаточном объеме.

Во-вторых, неопределенность существует и относительно личности лицензиата. Однако, такая ситуация не является принципиально новой для гражданского права. Напротив, на практике существует немало договоров, которые считаются заключенными и юридически действительными и в отсутствие явно выраженной определенности личности одного из контрагентов. В качестве примеров можно указать многие договоры, заключаемые ежедневно с участием граждан: купля-продажа товаров с использованием автоматов; договоры на оказание услуг, заключаемые путем приобретения билетов; договоры перевозки транспортом общего пользования и ряд других. В приведенных примерах договор считается заключенным и в отсутствие у продавца (услугодателя) знания не только о личности своего контрагента (в том числе, как правило, и его имени, под которым в соответствии со ст. 19 ГК РФ гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности), но и даже о самом факте заключения договора с таким контрагентом. В некоторых случаях продавец/услугодатель «знакомится» со своим контрагентом уже на стадии исполнения заключенного договора. В других случаях, такого «знакомства» и вовсе не происходит, как например, при продаже товаров с использованием автоматов и перевозках некоторыми видами транспорта общего пользования. Тем не менее, правоприменительная практика и доктрина не испытывают трудностей при признании таких договоров заключенными и действительными.

Возвращаясь к тематике лицензионных соглашений целесообразно напомнить, что п. 3 ст. 1286 ГК РФ прямо санкционирует «оберточные» лицензии, указывая, что «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, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора». Нетрудно увидеть, что в рассматриваемом случае также отсутствует однозначная определенность относительно личности лицензиата (лица, вскрывшего упаковку или установившего программу), что, однако не препятствует признанию соответствующего лицензионного соглашения легитимным.

У рассматриваемой проблемы есть и еще один аспект, который может вызвать затруднение в применении положений о договорах к свободным лицензиям. Речь идет о п. 1 ст. 433 ГК РФ, в соответствии с которой «Договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта». Как правило, лицензиар по свободной лицензии не знает о факте заключения договора с ним. На первый взгляд, в отсутствие такого знания нельзя говорить о заключенном договоре. Тем не менее, эта проблема устраняется, если вспомнить причину появления рассматриваемого положения в законе. Оно направлено на защиту интересов оферента: признание договора заключенным в отсутствие у него знаний об акцепте, создавало бы неопределенность относительно статуса его оферты и могло бы поставить его в ситуацию, когда договор будет считаться заключенным с несколькими лицами. В условиях, когда личность контрагента имеет существенное значение для оферента или объектом договора являются классические исчерпаемые объекты гражданского права (товары, работы, услуги) - это могло бы значительным образом ущемить интересы оферента. Однако, если риск подобного ущемления прав отсутствует - нет смысла придавать излишне императивное значение данной норме и рушить договор, особенно, если учитывать, что это будет противоречить ожиданиям той стороны, ради которой эта норма вводилась. Существо договора, таким образом, может

предопределять иной момент заключения договора, в том числе и момент совершения акцепта конклюдентными действиями.

В любом случае не следует ожидать от свободных лицензий той степени определенности субъектного состава, которая обеспечивается при подписании сторонами одного документа на бумаге. Однако говорить по этой причине о неопределенности, которая препятствует признанию юридической силы свободной лицензии также нельзя: в большинстве случаев можно говорить об определмости субъектного состава. Как говорится, был бы объект лицензии, а ее стороны найдутся. Любопытно, что в большинстве судебных споров, в которых имели место те или иные виды свободных лицензий, споров об их субъектном составе не возникало. Известный специалист по свободным лицензиям и главный юрист общественной организации Open Source Initiative, рецензирующей и утверждающей лицензии open source Лоуренс Розен (Lawrence Rosen) отмечает, что вопрос о субъектном составе лицензии не так актуален, как может показаться на самом деле: «лицензиаты обычно мало что приобретают, отрицая существование договора, а лицензиары практически всегда настаивают на его существовании. Судебных споров относительно соблюдения порядка заключения договора, вероятно, не возникнет в ситуациях, связанных с коммерческим использованием свободных лицензий»⁴. Аналогичной точки зрения придерживаются и иные авторы⁵.

2) Проблема идентификации предмета договора. В качестве примера данной проблемы приводится лицензия Creative Commons, под которую, как отмечается, подпадают все производные произведения. Представляется, что обозначенная проблема носит частный характер и не свойственна всем свободным лицензиям. Ведь многие виды свободных лицензий вообще не содержат определенных условий, относящихся к порядку распространения производных произведений. К тому же, в данном случае скорее стоит говорить не столько о проблеме идентификации предмета договора, который вполне определен (предоставление права пользования произведением на определенных условиях), сколько о тех произведениях, которые охватываются условиями лицензии. А этот вопрос в контексте рассматриваемой проблемы сводится, в конечном счете, к понятию производного произведения и он относится к авторскому праву в целом, а не только к свободным лицензиям. Предлагаемый в Проекте вариант, в рамках которого заявление о самоограничении права, размещаемое на официальном сайте уполномоченного органа власти будет содержать указание на соответствующий объект самоограничения, конечно позволит определить то произведение, которое охватывается данным заявлением. Но он не сможет решить вопроса о том, *какие производные произведения будут подпадать под условия такого заявления, поскольку четкое представление об том, что считать производным произведением (особенно в сфере программного обеспечения) отсутствует, а значит соответствующая неопределенность все равно сохранится. А определение исходного произведения, охватываемого условиями свободной лицензии в большинстве случаев возможно и в отсутствие формального заявления, сделанного в специально отведенном на то месте. Ведь свободная лицензия существует на практике не сама по себе, а сопровождает конкретное произведение и в этой связи именно оно и будет выступать ее объектом (при отсутствии явно выраженных положений об ином). Данный подход уже используется и весьма успешно в сфере лицензирования коммерческого программного обеспечения.*

⁴ Rosen L. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. Prentice Hall. 2005. P. 67.

⁵ Meeker H. The Open Source Alternative. New Jersey. 2008. P. 231.

3) **Проблема исполнения требований к форме договора.** Системный анализ действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что письменная форма сделки может считаться соблюденной и применительно к свободным лицензиям. Во-первых, это следует из п. 3 ст. 434 ГК РФ и п. 3 ст. 438 ГК РФ. В соответствии с п. 3 ст. 434 ГК РФ письменная форма считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор принято в порядке п. 3 ст. 438 ГК РФ. В свою очередь, последняя статья содержит положение о том, что совершение лицом, получившим оферту, действий, указанных в ней, считается акцептом. В контексте свободных лицензий мы имеем письменную оферту (устной назвать ее просто язык не поворачивается): предложение автора использовать его произведение на условиях свободной лицензии (например, путем размещения его на специальных сайтах в Интернет вроде SourceForge.net) которая к тому же может быть квалифицирована как публичная оферта, то есть обращенная ко всем и каждому. Уведомление о типе применимой лицензии (BSD, MIT, GPL и т.п.) может содержаться в исходном коде, документации либо аудиовизуальных отображениях компьютерной программы. Начало использования произведения лицом, получившим доступ к нему - акцепт такой оферты конклюдентными действиями и, как следствие, заключение лицензионного соглашения, письменная форма которого считается соблюденной. Отсутствие у пользователя фактического знания содержания условий лицензии на момент начала использования произведения не препятствует признанию соглашения заключенным: тот факт, что пользователь не позаботился о том, чтобы узнать условия лицензии, еще не означает, что он не должен был этого сделать. Ведь, по общему правилу, использование чужого произведения допускается лишь с согласия правообладателя. Отсутствие такого согласия означает запрет его использования, за исключением узкого круга случаев, когда такое использование допустимо в силу закона. Таким образом, в отсутствие знаний об условиях лицензии у пользователя нет оснований полагать, что он имеет право использовать соответствующее произведение (особенно в таких формах, как его модификация или распространение)⁶. В таких условиях пользователь может иметь два статуса: либо нарушителя авторских прав либо лицензиата. Последний вариант дешевле и приятнее для него. Иными словами, в условиях существования презумпции знания закона, достаточно разумным является вывод, что лицо, начавшее использование произведения, изъявило тем самым свое согласие с условиями его использования, выставленными правообладателем и совершило их акцепт конклюдентными действиями.

К этому следует добавить, что законодатель, признавая уникальность процесса лицензирования программного обеспечения, допустил особый способ заключения лицензионного договора на право использования компьютерной программы. Анализируя п. 3 ст. 1286 ГК РФ необходимо отметить, что для его применения условия лицензии должны быть изложены на приобретаемом экземпляре компьютерной программы либо на упаковке этого экземпляра. Из ст. 1268 ГК РФ следует, что под экземпляром произведения, в том числе и компьютерной программы, понимается «копия произведения в любой материальной форме». Такой же вывод следует и из подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ в соответствии с которым под воспроизведением произведения понимается изготовление экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, запись произведения в память ЭВМ является его воспроизведением. Из системного толкования вышеуказанных положений ГК РФ следует, что экземпляром компьютерной программы является в том числе и ее копия, записанная непосредственно в память компьютера. В качестве материального носителя в последнем случае будет выступать жесткий диск компьютера. Таким образом, п. 3 ст. 1286 ГК РФ указывает две различные ситуации, когда она применима: когда условия лицензионного договора изложены на

⁶ **Laurent A.** Understanding Open Source and Free Software Licensing. O'Reilly, 5th ed. 2004. P. 28, 43.

упаковке экземпляра компьютерной программы и когда условия изложены на приобретаемом экземпляре такой программы. В первом случае речь идет об оборотных лицензиях, условия которых сопровождают коробочные версии программных продуктов. Во втором случае речь идет и о ситуациях, когда условия изложены в электронной форме в памяти компьютера, что может быть выполнено, как в форме отдельного текстового файла, например, с названием «license», так и в форме отсылки к условиям одной из известных свободных лицензий

Как видно, положения п. 3 ст. 434, п. 3 ст. 438 и п. 3 ст. 1286 ГК РФ позволяют говорить о том, что при правильном и системном их применении, проблем с признанием письменной формы свободных лицензий соблюденной быть не должно.

4) Проблема безвозмездности свободных лицензий в отношениях между коммерческими организациями.

Действительно, такая проблема может иметь место. Известно, в частности, что Исследовательским центром частного права в ноябре 2008 г. была подготовлена позиция, в соответствии с которой предоставление прав использования произведения в рамках свободных лицензий может быть истолковано как дарение. Как отмечается, «понятие договора дарения сформулировано очень широко... и позволяет применять на практике правила о договоре дарения по аналогии к самым разным случаям безвозмездной передачи имущества ... Таким образом, коммерческим организациям целесообразно воздерживаться от заключения между собой безвозмездных лицензионных договоров»⁷. Представляется, что свободные лицензии даже в рамках ныне существующего законодательства не могут быть квалифицированы как договор дарения (с распространением соответствующих ограничений п. 4 ст. 575 ГК РФ на их заключение между коммерческими организациями) в силу нижеследующего. Во-первых, некоторые свободные лицензии (например, GPL, LGPL, MPL, CPL и др.) содержат в себе ряд обязательств, возлагаемых на лицензиата, что в силу абз. 2 ст. 572 ГК РФ исключает возможность квалификации такого соглашения как договора дарения. Во-вторых, ст. 575 ГК РФ допускает дарение обычных подарков между коммерческими организациями (стоимость которых не превышает трех тысяч рублей). В подавляющем большинстве случаев, рыночная цена программного обеспечения, распространяемого на условиях свободной лицензии будет равна нулю. Конечно, существуют и варианты такого программного обеспечения, которые стоят определенных денег, но эти деньги взимаются не за сам программный код, возможность его использования или распространения, а за изготовление носителя или дополнительные услуги в виде поддержки, установки и т.п. Наконец, в-третьих, самое главное заключается в том, что в случае свободных лицензий отсутствует основание, ради которого ограничение на дарение между коммерческими организациями вводилось. Как известно, таким основанием является защита интересов кредиторов⁸. Однако в случае со свободными лицензиями угроза интересам кредиторов отсутствует - любое лицо может при желании приобрести соответствующие права. И обоснованной необходимости заниматься формализмом и «притягивать» за уши п. 4 ст. 575 ГК РФ просто нет.

⁷ Ответ Исследовательского центра частного права от 24 ноября 2008 г. № 112-у на запрос депутата Государственной Думы Кушева В.М.

⁸ Как отмечает А.Л. Маковский, запрещение такого дарения было установлено «исходя из того, что безвозмездные имущественные отношения между организациями, само существование которых порождено целью извлечения прибыли (п. 1 ст. 50), как правило, ненормальны и могут использоваться в ущерб интересам их кредиторов». См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно - предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 312.

5) Проблема невозможности ограничить личные неимущественные права автора произведения в связи с необходимостью создания на его основе новых объектов

Данная проблема, также как и некоторые вышеизложенные, является проявлением принятой в континентальной системе права концепции неотчуждаемости личных неимущественных права авторов. Как таковая, данная проблема особенно ярко выражена в области индустрии программного обеспечения и характерна для лицензирования компьютерных программ в принципе (неважно на условиях свободных или проприетарных лицензий). Как представляется, главным образом, речь здесь идет о таком личном неимущественном праве, как право на неприкосновенность произведения.

В соответствии с п. 1 ст. 1266 ГК РФ не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями (право на неприкосновенность произведения). Применение данного пункта в отношении программного обеспечения означает, что внесение изменений в код, дополнение его иным кодом без согласия автора, может нарушить указанное право, особенно, если речь идет об относительно законченном программном коде. Разумеется, неотчуждаемость такого права вступает в противоречие с самой идеей свободной лицензии, направленной на предоставление прав по модификации исходной программы, для чего в общем-то и нужен доступ к исходному коду.

Однако здесь на помощь приходит определенное пересечение права на неприкосновенность и права на переработку произведения, которое входит в состав исключительного права (ст. 1270 ГК РФ) и, следовательно, может выступать предметом распоряжения. Как известно, переработка произведения предполагает создание нового (производного) произведения на основе уже существующего. В совместном постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 5/29 отмечается, что «частным случаем переработки произведения является модификация программы для ЭВМ или базы данных, то есть **любые их изменения**, в том числе их перевод с одного языка программирования на другой, за исключением адаптации, представляющей собой внесение изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя» (п. 31). Следует обратить внимание на то, что приведенный в данном пункте пример является лишь частным случаем, одним из примеров возможных действий, которые могут быть квалифицированы в качестве переработки. Но из данного разъяснения можно сделать вывод, что под понятие переработки подпадет любая модификация компьютерной программы, выражающаяся во внесении любых изменений в нее, в том числе и не связанных с целями, приведенными в вышеуказанном случае, поскольку первостепенное значение имеет именно характер совершаемых действий, а не их цель. Таким образом, вполне возможно «поглотить» формально неотчуждаемое личное неимущественное право автора на неприкосновенность компьютерной программы - правом на его переработку, которое является неотъемлемой частью любой свободной лицензии. Что же касается иных видов произведения (кроме компьютерных программ), то здесь, возможно, будут необходимы изменения в ст. 1266 ГК РФ, сужающие сферу его действия в отношении свободных лицензий лишь случаями нанесения соответствующими изменениями ущерба чести и достоинству автора⁹. В отсутствие таких изменений, действия автора, первоначально распространившего

⁹ Например, вряд ли авторам операционной системы Linux понравится ее модификация, при которой ее аудиовизуальные отображения или интерфейс будут представлять собой открытое восхваление или рекламу Windows (особенно если это делается на фоне специально артикулированных недостатков Linux).

свое произведение на условии свободной лицензии, а впоследствии предъявившего пользователю требования, связанные с нарушением права на неприкосновенность внесенными изменениями могут быть признаны злоупотреблением правом (ст. 10 ГК РФ), если только такое требование не будет иметь веское основание под собой (нанесение внесенными изменениями ущерба чести и достоинству автора).

Что же касается иных личных неимущественных прав, то представляется, что они не оказывают негативного воздействия на использование свободных лицензий. В соответствии с п. 2 ст. 1268 ГК РФ автор, передавший другому лицу по договору (а не по односторонней сделке), считается согласившимся на обнародование этого произведения. К тому же сам факт распространения произведения на условиях свободной лицензии уже означает его обнародование. Право на имя и право авторства («attribution rights») в той или иной степени всегда признаются свободными лицензиями, что выражается, в частности, в возложении обязанности на лицензиатов по указанию в созданных ими производных произведениях имен авторов исходного произведения. Таким образом, личные неимущественные права авторов не являются неустранимой помехой для распространения произведений на условиях свободных лицензий, даже при квалификации их в качестве договоров.

б) Проблема распространения условий первоначального договора на последующих пользователей. Действительно, динамика прав в контексте свободных лицензий может отличаться значительным своеобразием. Для того, чтобы не запутаться в хитросплетениях положений, регламентирующих такой переход, присущих различным видам свободных лицензий, необходимо разграничить несколько различных ситуаций, при которых такой переход возможен и рассмотреть отдельно каждую из них.

Во-первых, это ситуации, когда лицензиат осуществляет дальнейшее распространение копии произведения в рамках предоставленных ему лицензией прав без каких-либо модификаций. В таких случаях есть два варианта: либо признать, что имеет место сублицензирование и права на произведение переходят «по цепочке», либо, что конечный пользователь, используя произведение, полученное от посредника, вступает в лицензионные отношения непосредственно с правообладателем (первоначальным лицензиаром). Публичный характер оферты, по которой заключаются все свободные лицензии, а также характер присоединения к ее условиям (начало использования соответствующего произведения) позволяет сделать вывод, что второй вариант является более правильным. Во-первых, такая модель отношений не является чем-то новым, а вполне успешно используется при коммерческом лицензировании программного обеспечения (п. 3 ст. 1286 ГК РФ), в рамках которого лицензионное соглашение обычно заключается непосредственно между конечным пользователем и правообладателем. Во-вторых, отдельные условия некоторых свободных лицензий прямо указывают именно на такой характер взаимоотношений¹⁰.

Вторым видом ситуаций, которые следует рассмотреть в связи с рассматриваемой проблемой, являются случаи, когда распространяется модифицированная копия произведения, полученного по свободной лицензии. Если такая модифицированная версия может быть квалифицирована как производное произведение, и создана с соблюдением условий первоначальной лицензии, то права на использование модифицированной версии пользователь получит от автора такой модифицированной версии. В случае распространения модифицированной версии одновременно с исходной, права на первоначальное произведение конечный пользователь получит от первоначального автора, как было рассмотрено выше.

¹⁰ См.: ст. 6 GPL v. 2.0 «Каждый раз, когда Вы распространяете Программу приобретатель автоматически получает лицензию от первоначального лицензиара на условиях, указанных в данной лицензии; ст. 10 LGPL v. 2.1;

При определении порядка перехода прав на модифицированные произведения приведенные решения могут быть откорректированы спецификой условий первоначальной лицензии.

Некоторые виды свободных лицензий предоставляют права на модификацию произведения и его дальнейшее распространение с возложением на лицензиата минимальных обязательств, таких как сохранение информации об авторах произведения, а также запрет использования их имен для рекламы и продвижения собственных производных продуктов. Такие лицензии обычно обозначаются как «либеральные» («permissive»), к ним относятся лицензии типа MIT, BSD, Apache, AFL и т.д. Поскольку подобные лицензии не регламентируют условия, на которых должно осуществляться дальнейшее распространение произведений, последующие пользователи могут получить права использования такой модифицированной версии и на иных условиях, чем условия первоначальной лицензии (в том числе и на условиях коммерческой лицензии). Таким образом, при распространении модифицированного произведения, изначально распространенного на условиях либеральных лицензий, проблем с «транслированием» условий такой лицензии просто не возникает, равно как и с определением лица, от которого соответствующие права переходят.

Если же речь идет о взаимобязывающих («reciprocal») лицензиях (GPL, LGPL, Mozilla Public License и др.), которые возлагают обязательства по распространению модифицированных версий на условиях первоначальной лицензии, то здесь лицензиаром модифицированной версии будет выступать, по общему правилу, тоже автор такой модификации. Однако возникает вопрос, как быть в ситуации, когда лицо нарушило условия свободной лицензии, регламентирующей порядок распространения произведения? Что в таком случае происходит с правами тех лиц, которые уже получили права от такого, нарушившего условия первоначальной лицензии лицензиара.

Если попытаться взглянуть на ситуацию с позиций классического авторского права, то получается следующая картина. В соответствии с условиями лицензии GPL, лицензиат имеет право на модификацию и распространение модифицированной версии лицензии лишь при условии соблюдения ее условий (что находит отражение в формулировке п. 3 ст. 1260 ГК РФ, где указано, что автор производного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав первоначальных авторов). В случае нарушения условий лицензии, ее действие прекращается, что означает невозможность дальнейшей реализации своих прав на производное произведение (модифицированную компьютерную программу) без нарушения прав первоначальных авторов. Соответственно, по идее, должны утратить все права и лицензиаты нарушителя, получившие от него такие права (знаменитый принцип *nemo dat quod non habet*). Однако, такое положение вещей противоречило бы самой идее свободного программного обеспечения и ставило бы права третьих лиц в зависимость от добросовестности отдельных лиц.

Авторы лицензии GPL предвидя, подобные ситуации, включили специальное условие на сей счет. В соответствии со ст. 4 GPL v. 2.0 «Любая попытка копирования, модификации, сублицензирования или распространения Программы с нарушением условий данной Лицензии будет считаться недействительной и приведет к автоматическому аннулированию Ваших прав по данной Лицензии. Однако лицензии лиц, получивших от Вас копии или права на основании данной Лицензии, не будут прекращены, пока такие лица полностью соблюдают ее условия»¹¹. В комментариях к данной статье отмечается, что она направлена, в частности, на защиту добросовестных приобретателей копии программы от возможной ответственности при ее приобретении от лица, утратившего права лицензиата по первоначальной Лицензии в связи с ее

¹¹ Аналогичное по смыслу положение содержится также в ст. 8.1 Mozilla Public License и ст. 7 Common Public License.

нарушением¹². Таким образом, прекращение прав на программу у автора модификации в связи с прекращением права использования исходной программы компенсируется наличием (признанием) такого права за получателями прав от такого нарушителя. Это корреспондирует и положению ст. 6 GPL в соответствии с которой конечный пользователь получает право использования первоначальной версии непосредственно от автора первоначальной версии. Представляется, что в контексте возникающих отношений, с признанием легитимности подобного подхода не должно возникнуть проблем.

Однако наибольший интерес представляют собой ситуации, когда программный продукт является плодом усилий множества разработчиков, каждый из которых вносит свой определенный вклад («contribution») в конечный результат (итоговую версию программы). Примером подобного рода ситуаций являются крупные OSS-проекты типа Linux, Mozilla Firefox, Apache HTTP Server и т.д. В таких случаях имеет место постоянная смена ролей: лицензиаты выступают в качестве лицензиаров и наоборот¹³. Динамика взаимодействия сообщества при разработке подобных продуктов такова, что отследить, кто из участников сообщества является кем в контексте лицензионных отношений в каждый конкретный момент времени практически невозможно. Недаром, большинство лицензий, в рамках которых осуществляется такое взаимодействие предусматривают регламентацию подобного рода вкладов и статус лиц, которые их производят («Contributors»)¹⁴. Модификации, имеющие статус вклада, одобренные лицензиаром, права которого обычно осуществляет специализированные организации, включаются в состав соответствующей версии компьютерной программы. Единообразные условия лицензирования приносят элемент упорядоченности во взаимодействие и составляют «костяк» механизма возникновения и перехода прав на разрабатываемую компьютерную программу, ее модификации и составные части. Другим основным регулятором взаимоотношений являются обычаи, которыми определяется, в частности, кто может выступать в качестве правообладателя (обычно им признается лицо, осуществляющее общее руководство проектом и обладающее правом определять, какие модификации будут включены в состав основной версии программы)¹⁵.

Безусловно, такой процесс не может укладываться в полной мере в закрепленную ныне на законодательном уровне идеологию лицензирования, ориентированную преимущественно на коммерческое лицензирование, которое, как правило, имеет заранее определенный круг лиц, выступающих в качестве лицензиара и лицензиата. Однако подстроить под него существующие нормы, представляется, проще, чем попытки «втиснуть» эти отношения в рамки концепции самоограничения права. Предлагаемый механизм самоограничения права просто не способен справиться с той динамикой, которая имеет место при разработке программного обеспечения. Вряд ли каждый потенциальный «вкладчик» перед отправкой своего вклада будет готов предварительно заглянуть на сайт официального органа исполнительной власти РФ по интеллектуальной собственности и составить там соответствующее заявление. К тому же, в них потом можно будет запутаться, учитывая те масштабы модификаций, которые могут совершаться ежемесячно (и даже ежедневно).

Кроме того, что предлагаемая модель самоограничения права не решает каких-либо проблем, которые не могут быть решены в рамках договорной концепции понимания

¹² Laurent A. Understanding Open Source and Free Software Licensing. O'Reilly, 5th ed. 2004. P. 43.

¹³ McGovan D. Legal Implications of Open Source Software // University of Illinois L.R. Vol. 2001, 2001. P. 259.

¹⁴ См.: Apache License v. 2.0; Mozilla Public License v. 1.1 и т.д.

¹⁵ Raymond E. The Magic Cauldron. § 4. <http://www.tuxedo.org>

свободных лицензий, она способна привести ряд дополнительных затруднений и без того нелегкую судьбу свободных лицензий в настоящее время.

Основные последствия признания свободных лицензий самоограничением права (односторонней сделкой), а не договором:

а) Данные отношения выводятся за рамки договорных. Это означает:

- невозможность прямого применения к ним диспозитивных норм договорного права. В то же время необходимость в них неизбежно возникнет, о чем свидетельствует воспроизведение некоторых диспозитивных норм, относящихся к регулированию лицензионных договоров в проекте нормы о самоограничении права (срок действия самоограничения - пять лет в отсутствие заявления об ином, территория действия почсамоограничения в отсутствие заявлений об ином - ограничена территорией Российской Федерацией)¹⁶.

- невозможность применения отдельных договорных средств защиты, в частности, понуждения к исполнению обязанности в натуре. В то же время, применение данного способа может оказаться не лишним применительно к отдельным видам свободных лицензий, которые предусматривают необходимость раскрытия исходного кода произведенных модификаций. Понудить к раскрытию исходного кода в рамках средств, предоставляемых авторским правом, весьма затруднительно (если не невозможно в принципе), в связи с чем арсенал договорного права может оказаться весьма не лишним.

- ряд последствий с точки зрения международного частного права. При наличии иностранного элемента в отношениях, возникающих с связи реализацией такого самоограничения, применимое право будет определяться не в соответствии с нормами договорного статута, которое допускает значительную автономию воли в данном вопросе, а в соответствии с нормами статута интеллектуальных прав, который, как и вещный статут, достаточно императивен по своей природе. Не следует забывать, что в настоящее время данный статут практически никак не регламентирован в ГК РФ. Положения Проекта предлагают включение соответствующих положений в часть 3 ГК РФ и закрепить, что это право страны, где испрашивается охрана соответствующего исключительного права (проект ст. 1207.1). Очевидно, что существует большая разница между принципами действия договорного статута и статута права интеллектуальной собственности в связи с чем необходимо тщательно проанализировать последствия принятия предложений, указанных в Проекте. Представляется, что в условиях, когда объекты свободных лицензий, распространяются преимущественно по сети Интернет, которая не имеет территориальных границ, лишение правообладателя (лицензиара) возможности выбора права, применимого к лицензионным отношениям, и как следствие - возможности внесения дополнительной определенности в отношения вряд ли обосновано и справедливо. Тем более, если выбранное применимое право доброжелательно относится к соответствующему виду свободной лицензии.

б) Неопределенность юридического статуса на территории Российской Федерации свободных лицензий, которые не отвечают требованиям, предъявляемым к самоограничению права, например, соответствующее заявление на официальном сайте федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности не сделано. Либо же из их содержания становится очевиден их двусторонний, договорный характер. Примечательно, что

¹⁶ Ср.: п. 3 и п. 4 ст. 1235 ГК РФ. Кстати говоря, данные диспозитивные нормы плохо приспособлены к лицензированию программного обеспечения и не учитывают его специфику. Во-первых, они не учитывают тот факт, что программное обеспечение в современных условиях может использоваться на территориях различных государств (удаленный доступ, мобильные компьютеры и т.д.). Во-вторых, в отсутствие прямых ограничений срока лицензионного соглашения на программное обеспечение разумное ожидание пользователя состоит в том, что срок лицензионного соглашения соответствует сроку действия авторского права

большинство зарубежных специалистов по лицензированию программного обеспечения с открытым исходным кодом склоняются к выводу о договорной природе возникающих лицензионных отношений¹⁷. Аналогичного мнения придерживается и Раймонд Ниммер, являющийся ведущим специалистом по авторскому праву в США, который прямо указывает, что «лицензия является договором»¹⁸.

Существует риск, что судьи и иные правоприменители будут «механически» применять п. 6 ст. 1233 ГК РФ и рассматривать его в качестве единственно допустимой законодателем формы существования свободных лицензий с автоматическим «отсеиванием» всех иных их проявлений, в том числе имеющих явно выраженную договорную форму. К тому же не ясно, насколько предполагается охватить предлагаемой концепцией самоограничения «вклады» (contributions), совершенные российскими авторами, в отношении проектов, имеющих иностранных правообладателей.

в) Отношения, связанные со свободными лицензиями могут подпасть под контроль государственных органов (федеральный орган исполнительной власти, на сайте которого будут совершаться соответствующие заявления, как минимум, примет соответствующий регламент, устанавливающий порядок совершения таких заявлений и требования к их содержанию, порядок ведения соответствующего реестра). Вряд ли от государственного органа можно ожидать учет всей специфики и многообразия отношений, возникающих в связи с использованием свободных лицензий. Государственное регулирование может скорее навредить, чем способствовать развитию подобных отношений, значительную роль в регулировании которых играют обычаи и саморегулирование.

Выводы

- Те проблемы, во имя решения которых и появилось рассматриваемое предложение, могут быть решены в рамках действующего законодательства, главным образом, путем отхода от излишне формального его толкования либо при внесении отдельных точечных изменений. Серьезных корректив в действующем законодательстве не потребуется. Это подтверждает и зарубежный опыт, где в условиях схожего по содержанию законодательства в области авторского права, была признана юридическая сила свободных лицензий.
- Преимущества же предлагаемого в Проекте подхода в этой связи являются не столь очевидными. Во-первых, его принятие будет означать выведение отношений, возникающие в связи с использованием свободных лицензий за рамки договорных. Это означает, в частности, неприменимость к ним арсенала хорошо разработанных диспозитивных норм договорного права, а также отсутствие возможности использования отдельных договорных средств защиты нарушенных прав, а также отсутствие автономии воли при выборе применимого права.
- Предлагаемый подход имеет весьма сомнительную применимость к отношениям по разработке программного обеспечения с открытым исходным кодом, и не учитывает его

¹⁷ Lindberg V. Intellectual Property and Open Source. A Practical Guide to Protecting Code. O'Reilly. 2008. P. 134; Rosen L. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. Prentice Hall. 2005. P. 57, 140; Rustad M. Software Licensing: Principles and Practical Strategies. Oxford. University Press. 2010. P. 384.

¹⁸ Nimmer R. Licensing in the Absence of Intellectual Property Rights (available at: <http://www.ipinfoblog.com/archives/licensing-law-issues-licensing-in-the-absence-of-intellectual-property-rights.html>)

динамики¹⁹. Попытки консервирования этих процессов путем их законодательной регламентации с привнесением в них значительных элементов формальности - обречены на провал и чреватые разрывом с реальной практикой.

Наконец, необходимо признать тот факт, что единственное различие между предоставлением права использования произведения на условиях свободной лицензии и на условиях коммерческой («классической») лицензии состоит лишь в наличии/отсутствии определенных условий в лицензионном соглашении, но никак не в их различной правовой природе (односторонняя сделка - самоограничение права Vs. договор). Попытки установления принципиально отличного регулирования свободных лицензий от обычных лицензионных соглашений будут носить заведомо искусственный характер и с точки зрения теории авторского и договорного права.

¹⁹ Динамичность отношений, возникающих в связи с созданием и лицензированием программного обеспечения с открытым исходным кодом, является важной чертой данных процессов. Постоянно появляются новые лицензии и модели лицензирования. *Rosen L.* Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. Prentice Hall. 2005. P. 102.