

Сергей Серeda СВОБОДНЫ ЛИ В РОССИИ «СВОБОДНЫЕ ЛИЦЕНЗИИ»? Патенты и лицензии (2009-02-24). — анализ FOSS с точки зрения современного гражданско-правового и налогового законодательства РФ.

СВОБОДНЫ ЛИ В РОССИИ «СВОБОДНЫЕ ЛИЦЕНЗИИ»?

Вопросом, вынесенным в заголовок статьи, задается канд. экон. наук С.А.Серeda. (*Статья С.А.Середы опубликована в журнале «Патенты и лицензии», ISSN 0869-5466, № 4_2009, с.2, <http://patents-and-licences.webzone.ru/index.html>*)

К настоящему времени за рубежом стало понятным, что фактический отказ от имущественных прав (с сохранением прав моральных) на объекты интеллектуальной собственности не только возможен, но и весьма распространен среди авторов самых разных произведений науки и искусства. Также стало очевидным, что на базе таких «отказных» продуктов творчества можно строить жизнеспособные деловые модели, а построенные по таким моделям предприятия успешно развиваются. Более того, примеры таких компаний, как «Компьютер ассошиэйтс» (Computer Associates), «САН Майкросистемз» («SUN Microsystems»), «О'Рейли & ассошиэйтс» («O'Reilly & Associates») наглядно показали, что «выход в народ» позволяет заметно активизировать развитие программных продуктов, расширить пользовательскую базу, увеличить поступления от обслуживания и консультационных услуг, а также существенно оживить продажи издательской продукции.

Изначально считалось, что движение за «освобождение компьютерных программ»*, а позднее книг, музыки и песен** – просто социальный протест отдельных нонконформистов и чуть ли не коммунистов***. Действительно, добровольный отказ от законной экономической монополии на использование объекта авторского права, на первый взгляд, явно противоречит до сих пор бытующему представлению о рационально мыслящем субъекте, homo economicus****. Одновременно и активисты «освобождения», такие как Р. Столлмен и Л. Лессиг, в своей риторике оперировали больше категориями морали, общественной пользы и прогресса, не пренебрегая острой критикой монополизма и корпораций, что зачастую лишь подтверждало аргументы их критиков.

* www.fsf.org, www.gnu.org

** creativecommons.org

*** *Kanellos M. Gates taking a seat in your den // CNET News. 2005. 5 января. 18:30 PST // http://news.cnet.com/Gates-taking-a-seat-in-your-den---page-4/2008-1041_3-5514121-4.html?tag=mncol.*

**** *Подобный «экономический человек» должен, в теории, поступать исключительно рационально, в соответствии с личной выгодой, не отвлекаясь на различные «глупости» вроде традиций, морали и общественного блага // http://en.wikipedia.org/wiki/Homo_economicus*

Однако с развитием движения в рядах активистов появились и «умеренные», которые стали говорить на языке, более близком экономистам, и разрабатывать модели, включающие так называемый «обмен дарами»*. Вместе с развитием движения и распространением «свободных» (Free) и немного позднее, «открытых» (Open Source) продуктов это вызвало интерес у довольно большого числа исследователей, а также коммерческих компаний. В целом, если отвлечься от критики со стороны идеологов**, это привело к положительному результату: движение поддержали известные

компании, и оно стало популярным, был проведен ряд академических исследований связанных явлений и процессов, начала формироваться правоприменительная практика, доказывающая легальность используемых «отказниками» правовых механизмов.

* Реймонд Э. *Волшебный котел*/Пер. П.Протасова//bugtraq.ru. 2004. (<http://bugtraq.ru/law/articles/cauldron/>).

** Столлмен Р. *Сообщество свободного ПО 20 лет спустя: успех очень большой, но не полный, что дальше?*/Пер. С.Середы//«Потребитель». 2004. (<http://consumer.nm.ru/stallman.htm>).

Таким образом, сегодня можно считать, что создание и распространение «свободных» и «открытых» компьютерных программ, а также книг и аудиовизуальных произведений на аналогичных FOSS*** условиях за рубежом полностью легально и легитимно.

*** FOSS – «свободное» и «открытое» программное обеспечение (*Free and Open-Source Software*), используется также аббревиатура FLOSS (*Free/Libre and Open-Source Software*).

Относительно Российской Федерации можно сказать, что многие отечественные экономисты, юристы и чиновники проходят пока фазу отрицания, полагая, по самым разным соображениям, что подходы сторонников FOSS и Creative Commons несовместимы с российскими реалиями. Отечественные же активисты движения думают прямо противоположным образом, но, к сожалению, в основной своей массе не владеют ни экономическими, ни юридическими знаниями. При этом зарубежный опыт свидетельствует, что «несогласные» экономисты и чиновники, скорее всего, просто находятся под влиянием психологической инерции. А вот российское законодательство действительно совместимо со «свободными» произведениями лишь частично, что, правда, не отменяет наличия психологической инерции и у отечественных юристов. Таким образом, основным вопросом, связанным с перспективами распространения и развития «свободного движения» в России, стал вопрос правовой.

В этом контексте существует ряд утверждений о противоречии механизмов работы лицензионных договоров, на которых основаны системы «свободных» программ, книг, фотографий, песен и музыки, отечественному законодательству об охране авторских и смежных прав (причем как старому, так и новому). Эти утверждения можно разделить на однозначно трактуемые и спорные.

К однозначно трактуемым, по нашему мнению, относится утверждение о том, что «свободные лицензии» применимы в Российской Федерации исключительно к программам для ЭВМ и базам данных, но юридически ничтожны по отношению ко всем остальным объектам авторских и смежных прав: текстам, аудио- и видеозаписям, фотографиям и др. Это вытекает из положений статей ГК РФ 1235 «Лицензионный договор» и 1286 «Лицензионный договор о предоставлении права использования произведения». В соответствии с ними «лицензионный договор заключается в письменной форме...» и «несоблюдение письменной формы... влечет за собой недействительность лицензионного договора», но «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». Соответственно, любое использование* «не программ для ЭВМ» на условиях GNU FDL или «лицензий» Creative Commons, в том числе в рамках проекта

Википедия (Wikipedia) и сходных с ним в Российской Федерации незаконно и, соответственно, может преследоваться как в гражданском, так и в уголовном порядке.

** «Использование» не в бытовом смысле, а в авторско-правовом. Подробнее см.: ст. 1270 ГК РФ «Исключительное право на произведение».*

Точно так же однозначно трактуемым мы считаем утверждение о том, что российское законодательство содержит положение, создающее логическую брешь в «вирусном» механизме ряда лицензионных договоров на использование FOSS и, в первую очередь, GNU GPL. Речь идет о п. 4 ст. 1233 ГК РФ «Распоряжение исключительным правом»: «Условия договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, ограничивающие право гражданина создавать результаты интеллектуальной деятельности определенного рода или в определенной области интеллектуальной деятельности либо отчуждать исключительное право на такие результаты другим лицам, ничтожны». В более простом изложении это означает, что любой человек, получивший по лицензионному договору право дорабатывать (развивать) программный продукт FOSS, вправе «продать»* результат своей доработки третьему лицу на любых устраивающих «продавца» и «покупателя» условиях. В результате «покупатель» станет полноценным правообладателем ранее «свободного» продукта, например, доработанного сервера Apache или ядра операционной системы GNU/Linux, и сможет распоряжаться им по своему усмотрению, в том числе продавая лицензии на его использование.

** Полностью передать свои права по договору отчуждения исключительного права.*

Таким образом, современное российское законодательство позволяет совершать самую страшную для сторонников «свободного» программного обеспечения вещь – присваивать создаваемые и развиваемые «свободным сообществом» программы и превращать их в собственные (то есть защищенные экономической монополией). И если бы не первое утверждение (оговоренное выше), то подобной «приватизации» подлежали бы и «свободные» тексты, аудио- и видеозаписи, фотографии и др.

Другие утверждения не столь однозначны и являются уже трактовками законодательства и поэтому были отнесены нами к спорным, дискуссионным. Обсуждению определенной их части был посвящен доклад «Открытое программное обеспечение: проблемы лицензирования и доказательства легальности»*. Среди утверждений, не охваченных докладом есть три, ставящие под сомнение законность «вирусного механизма» лицензионных договоров на «свободные» продукты творчества, которые стоит рассмотреть.

Первое основано на том, что российское законодательство считает производное произведение (перевод, постановку, ответвление (fork)** от программного продукта) самостоятельным объектом авторского права, а автора такого производного произведения – полноценным правообладателем нового произведения целиком и «независимо от охраны прав авторов произведений, на которых основано производное... произведение». При этом присутствует оговорка, что «...переводчик производного... произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов произведений, использованных для создания производного»***, но однозначной трактовки этого положения нет. В этом отечественное законодательство серьезно расходится, например, с законодательством США, которое признает за новым автором права вовсе не на все производное произведение, а лишь на те его части, которые составляют персональный вклад автора. При этом за автором исходного произведения полностью остаются права на все не измененные новым автором фрагменты****.

* *Серeda С.А. Открытое программное обеспечение: проблемы лицензирования и доказательства легальности//Потребитель, 2008. http://consumer.nm.ru/osp_law.htm.*

** *Подробнее см.:*

(<http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A4%D0%BE%D1%80%D0%BA>)

*** *Ст. 1260 ГК РФ «Переводы, иные производные произведения. Составные произведения».*

**** *См.: US Code, § 103. Subject matter of copyright: Compilations and derivative works.*

Соответственно, если производное произведение создано в России без нарушения прав автора исходного произведения (а любой лицензионный договор FOSS разрешает доработку программы, как и лицензии Creative Commons – доработку и перевод текста, аранжировку музыки и т.п.), то оно становится самостоятельным произведением, а его автору присваиваются такие же права, как если бы он написал это произведение сам от начала и до конца. А в таком контексте возникают серьезные сомнения в законности ограничений «свободных лицензий» на условия распространения производных произведений, поэтому велика вероятность признания их судом ничтожными.

Возразить этому можно на основании упомянутой выше оговорки законодателя, а также утверждения, что воспроизведение не измененных частей исходного произведения незаконно без разрешения его автора. Можно также сослаться на ст. 12 пользующейся приоритетом* по отношению к ГК Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, гласящую, что «авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать переделки, аранжировки и другие изменения своих произведений».

* *В соответствии со ст. 7 ГК РФ «Гражданское законодательство и нормы международного права».*

В то же время, вероятнее всего, доказывать все это придется в суде, а так как в Российской Федерации нет прецедентного права, разными судьями каждый раз (до вынесения постановления Верховного суда или Высшего арбитражного суда Российской Федерации будут приниматься разные решения, что неизбежно нанесет моральный и материальный вред участникам гражданского оборота «свободных» продуктов творчества.

Второе утверждение базируется на п. 2 ст. 428 ГК РФ «Договор присоединения», в котором говорится, что «присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора». Поскольку «свободные лицензии» фактически запрещают распространять модифицированные программные и иные продукты творчества на коммерческой основе, требуя распространять их только на тех же условиях, которые указаны в «свободной лицензии», есть основания утверждать, что такое условие «содержит... явно обременительные для присоединившейся стороны условия», а, следовательно, лицензиат вправе требовать изменения «вирусного» условия «свободной лицензии», не позволяющего ему получать прибыль от создания производного произведения.

На это можно возразить, напомнив про п. 3 ст. 428 ГК РФ, в котором указано, что подобное описанному выше «требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор». Соответственно, требовать расторжения или изменения лицензионного договора на использование FOSS вправе лишь лица, не занимающиеся предпринимательской деятельностью. Правда, и это уже немало в плане угрозы «свободному движению».

Третье утверждение касается цитированного выше п. 4 ст. 1233 ГК РФ. Его суть сводится к тому, что разрешение на создание производных произведений с требованием, что все они будут лицензироваться только на условиях той же самой «свободной лицензии», по которой было получено исходное произведение, ограничивает «право гражданина создавать результаты интеллектуальной деятельности определенного рода или в определенной области интеллектуальной деятельности». Исходя из этого указанное условие «свободной лицензии» следует считать ничтожным.

Это не так, поскольку в данном случае право гражданина создавать производное произведение ограничивается совсем не лицензионным договором, а гражданским законодательством и международными соглашениями (в том числе упомянутой Бернской конвенцией). А «свободный» лицензионный договор, наоборот, разрешает создавать производные произведения (в отличие, кстати, от лицензий на коммерческие программные продукты), но это разрешение требует встречного обязательства. Создание производного произведения (перевода, аранжировки и т.п.) является точно таким же способом использования исключительного права, как воспроизведение, распространение, сдача в прокат и др. Если, разрешая воспроизведение, правообладатель вправе ставить условия, выходящие за пределы его исключительного права (использование в коммерческих или некоммерческих целях, запуск программы в виртуальной среде и т.п.), то почему он не вправе ставить подобные условия, разрешая создание производных произведений?

Кроме рассмотренных выше трактовок «свободных» лицензионных договоров общим гражданским законодательством относительно недавно возник вопрос аналогичной трактовки законодательством налоговым. Как выяснилось, чиновники Министерства финансов и Федеральной налоговой службы пришли к выводу, что приобретение прав на основании безвозмездной лицензии относится к внереализационным доходам и должно облагаться налогом, исчисляемым на основании рыночной цены права использования такой программы*. Существует также мнение, что такая сделка является дарением, которое в отношениях между коммерческими организациями запрещено**.

* *С Новым Годом! И попрощайтесь с открытыми лицензиями...//Живой журнал. 2008 (<http://bablaw.livejournal.com/45358.html>)*

** *Ст. 575 ГК РФ «Запрещение дарения», п. 4*

Что касается дарения, то здесь все довольно просто. В ст. 572 ГК РФ «Договор дарения» четко указано, что «при наличии встречной передачи вещи или права либо встречного обязательства договор не признается дарением». А поскольку любой лицензионный договор обязательно содержит требования к способам использования произведения, признать его договором дарения нельзя ни при каких обстоятельствах. Если же говорить конкретно о «свободных лицензиях», то, кроме указанных, они содержат и дополнительные встречные обязательства лицензиата о распространении производных произведений и экземпляров исходного произведения.

Кроме того, в этой же статье говорится, что «по договору дарения одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность либо имущественное право (требование) к себе или к третьему лицу либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом». А согласно ст. 1235 ГК РФ «Лицензионный договор» «по лицензионному договору одна сторона – обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах». В то же время ст. 1234 ГК РФ «Договор об отчуждении исключительного права» гласит: «По договору об отчуждении исключительного права одна сторона (правообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в полном объеме другой стороне (приобретателю)».

Как нетрудно заметить из приведенных цитат, лицензионный договор не предусматривает передачи имущественного права, а предусматривает лишь его предоставление. Передачу же права, которую можно было бы уподобить дарению, предусматривает лишь договор об отчуждении исключительного права.

Кстати, последнее замечание непосредственно относится и к претензиям «налоговиков». Согласно упоминавшейся ст. 250 НК РФ «Внереализационные доходы», «внереализационными доходами налогоплательщика признаются, в частности, доходы... в виде безвозмездно полученного имущества (работ, услуг) или имущественных прав...». По лицензионному же договору, как указано выше, передачи прав не происходит, а, следовательно, не происходит и их получения. Поэтому «неправедно нажитые» компьютерные программы, относящиеся к FOSS, не составляют внереализационного дохода пользующегося ими юридического лица и, следовательно, облагаться налогом на прибыль не могут.

Как нам кажется, подобное отношение к «свободным» продуктам творчества (как к объектам дарения) является заблуждением и серьезным психологическим барьером на пути их распространения в России. Возможно, преодолеть его поможет краткое рассмотрение недавнего судебного разбирательства о сознательном нарушении одной из «свободных лицензий».

13 августа 2008 г. было принято судебное решение по делу «Роберт Якобсен против Мэттью Катцера и Кэминд ассошиэйтс, инк.»*. Итоги этого дела освещались и отечественными средствами массовой информации. Но, как обычно, журналисты, «услышав звон», оказались неспособны донести до читателей самого главного – сути созданного в США прецедента.

** United States Court of Appeals for the Federal Circuit, ROBERT JACOBSEN v. MATTHEW KATZER and KAMIND ASSOCIATES, INC. 2008-1001 // <http://www.cafc.uscourts.gov/opinions/08-1001.pdf>*

Р.Якобсен написал компьютерную программу и стал распространять ее на условиях лицензионного договора Artistic License, а компания «Кэминд ассошиэйтс» разработала на ее основе собственный продукт и стала распространять его, нарушая требования Artistic License (исходя, очевидно, из тех же соображений, что высказывают и отечественные критики «свободных лицензий»).

Суд первой инстанции посчитал «вирусные» требования Artistic License, распространяющиеся на производные произведения, необоснованно расширенными и не вытекающими из исключительного права автора исходного произведения. В результате первоначально суд решил, что нарушение указанных условий

лицензионного договора не является нарушением исключительного права автора. Истец подал апелляцию и при повторном рассмотрении дела судом высшей инстанции первоначальное решение было отменено и, наоборот, установлено, что нарушение «вирусных» условий является нарушением именно исключительного права.

Сам по себе этот факт, конечно, является шагом вперед в признании «свободных лицензий» и хорошей новостью для сторонников FOSS, но намного важнее, на наш взгляд, мотивировка этого судебного решения. Приведем перевод, важнейших для настоящей статьи частей постановления:

«Традиционно, правообладатели продают объекты своих прав в обмен на деньги. Однако не следует считать, что отсутствие переходящих из рук в руки денег при лицензировании продуктов с открытым кодом означает отсутствие экономической стороны дела. Для создания и распространения объектов авторского права на условиях публичных лицензий существуют значительные преимущества, включая экономические, которые выходят далеко за пределы традиционных лицензионных платежей. Например, создатели программы могут увеличивать долю рынка для своих программ, предоставляя определенные компоненты бесплатно. Аналогично программист или компания могут повышать свою национальную или международную репутацию, развивая и поддерживая проекты с открытым кодом. К улучшению продукта может быстро и бесплатно подключиться какой-нибудь эксперт, о существовании которого правообладатель может даже не знать.

...Четкая формулировка Artistic License обеспечивает условия для защиты экономических прав в случае использования публичной лицензии. Эти условия регулируют права на модификацию и распространение компьютерных программ и файлов, включенных в доступный для загрузки программный пакет. Требования к прозрачности при указании авторства и при модификации кода* непосредственно служат для привлечения посетителей на страницу развития проекта с открытым кодом и для информирования последующих пользователей проекта, что является важной экономической целью правообладателя, которая должна обеспечиваться законом. При помощи такого контролируемого распространения информации правообладатель привлекает в проект с открытым кодом творческих участников; требуя, чтобы все изменения, сделанные последующими пользователями были видимыми для правообладателя и для всех, правообладатель получает данные об использовании своей программы и привлекает со стороны знания, которые могут быть использованы для создания будущих версий программы».

* Artistic License требует в обязательном порядке указывать авторство на все производные произведения и подробно описывать все сделанные изменения относительно исходного произведения.

Таким образом, в рамках описанного судебного дела впервые было сформулировано экономическое обоснование «вирусного» принципа «свободных лицензий», которое сводится к тому, что контроль за распространением производных произведений является просто иной формой авторского гонорара. Поскольку в США право прецедентное, значение этого судебного постановления трудно переоценить. А вот переоценить «свободные лицензии» в свете вышеописанного, надеемся, станет намного легче.

Источник: http://consumer.nm.ru/osp_law.htm