

На правах рукописи

РЯБОВ КИРИЛЛ ИГОРЕВИЧ

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОЕ ПРАВО НА ПРОГРАММУ ДЛЯ ЭВМ И  
РАСПОРЯЖЕНИЕ ИМ

Специальность 12.00.03 – Гражданское право;  
предпринимательское право; семейное право;  
международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ  
диссертации на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Санкт-Петербург – 2011

Работа выполнена в Государственном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов».

**Научный руководитель -** доктор юридических наук, профессор  
**Сергеев Александр Петрович**

**Официальные оппоненты:** доктор юридических наук, профессор  
**Городов Олег Александрович**

кандидат юридически наук  
**Наумов Виктор Борисович**

**Ведущая организация -** Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Казанский (Приволжский) федеральный университет»

Защита состоится «\_\_\_»\_\_\_\_\_ 2011 г. в \_\_\_ час. \_\_\_ мин. на заседании диссертационного совета Д 212.237.16 при Государственном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов» по адресу: 191023, Санкт-Петербург, Москательный пер., д. 4 (юридический факультет), ауд.102.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов».

Автореферат разослан «\_\_\_» \_\_\_\_\_ 2011 г.

Ученый секретарь  
диссертационного совета

А.Б. Новиков

## I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

**Актуальность исследования.** Сегодня, как представляется, уже нет необходимости доказывать, что программы для ЭВМ получили широкое применение в различных областях человеческой деятельности. Известно и то, что конфликты – неискоренимый полностью элемент любой социальной деятельности, а чем выше ее интенсивность, тем острее встает вопрос, каким образом можно минимизировать количество конфликтов, а, если они все же возникли, кто и на основании чего должен их разрешать. Лучшим ответом на данный вопрос, который смогло придумать человечество, является разработка юридической формы для наиболее значимых фактических отношений. В интересующей нас сфере (использование программ для ЭВМ) фактические отношения развиваются более чем стремительно, а их юридическое оформление сохраняется в состоянии двадцатилетней давности, в результате оно далеко не всегда способно служить решению названной выше задачи. Этим и предопределяется актуальность исследования.

Действительно, как показано на примерах в основной части работы, российские суды, сталкиваясь со сколько-нибудь сложным вопросом, зачастую попросту уклоняются от его разрешения. Неудовлетворительность такого положения, видимо, очевидна и лицам, ответственным за функционирование судебной системы. Не позднее 2012 года в структуре арбитражных судов планируется создание суда, специализирующегося на проблемах интеллектуальной собственности. Думается, одной из первых задач этого органа должно быть составление перечня вопросов, поставивших его «в тупик».

Суды имеют дело с уже сформировавшейся конфликтной ситуацией, но проблемы, как известно, легче не создавать, чем решать. Поэтому значительное внимание должно уделяться договорной работе. Но при ближайшем рассмотрении оказывается, что ситуация и в этой сфере «уязвима для критики». Как правило, берется договор, составленный для сходного отношения американскими юристами, и переводится на русский язык. Не увлекаясь здесь вопросом (не)правильности перевода с одного языка на другой (от этого недостатка не свободны и переводные книги по программированию), укажем более серьезную проблему такого подхода. Если регулирование вопросов, касающихся собственно исключительного права на программу, в России и США более или менее схоже, то в других сферах, охватываемых договором (например, в вопросах ответственности), различия могут быть весьма существенными. Использовать иностранный опыт не только можно, но и должно, чтобы вторично не «изобретать велосипед». Однако здесь нельзя ограничиваться лишь переводом с одного языка на другой. Примеры того, как, по мнению

автора данной работы, следует заниматься рецепцией, приведены в главе 2 и §4 главы 3.

Начав краткий обзор текущего состояния дел в области правового регулирования отношений по поводу использования программ для ЭВМ со стадии правоприменения, естественно его закончить источниками права. Само их положение – у истоков регулирования – означает, что они заслуживают наибольшего внимания. Малочисленность норм, непосредственно применимых к рассматриваемым отношениям, вызывает трудности у судов, которые не решаются применять нормы общей части и тем более аналогию. Наличие пробелов – естественный недостаток законов вообще, а в новой подотрасли, какой является право интеллектуальной собственности, особенно, но с ним тоже нужно бороться.

Отсутствие диспозитивных норм, формулирующих общие правила для основных условий лицензионного договора о праве использования программы по функциональному назначению, вынуждает лиц, составляющих такие договоры, копировать готовые иностранные образцы. Последнего упрека заслуживает и сам законодатель, позаимствовавший одни нормы из европейского права, а другие – из американского. В результате действующее законодательство страдает не только наличием пробелов, но и противоречивостью, что недопустимо. Например, важной проблемой, в которой до сих пор не расставлены все точки над *i*, является вопрос о том, возникает ли право использовать программу по назначению из лицензионного договора или из договора купли-продажи экземпляра программы. Практика показывает, что этот вопрос решается по-разному, в зависимости от того, что выгодно фактически более сильной стороне в споре. Однако «право», которое годится лишь на то, чтобы оправдывать решения, неизменно принимаемые в пользу фактически более сильной стороны, лишь дискредитирует идею справедливости.

Наконец, в обоснование актуальности исследования может быть положен еще и следующий аргумент. Правовая охрана программ для ЭВМ – очень молодая область цивилистики, в силу чего уровень ее теоретической проработки примерно одинаков во всех странах. Поэтому удачные работы по проблемам интеллектуальной собственности, связанным с программами, способны повысить авторитет российской правовой науки и в глазах представителей так называемых «развитых правопорядков», этого сложнее добиться исследованиям в тех частноправовых сферах, где наше отставание более значительно.

**Степень научной разработанности темы исследования.** Нормы Гражданского кодекса РФ<sup>1</sup> (далее – ГК РФ) об исключительном авторском праве, сформулированные с ориентацией на литературные, художественные и научные произведения, слабо учитывают особенности программ. Нормы, в которых предпринята попытка учесть эти особенности, одни, как уже отмечалось, позаимствованы из разных иностранных правопорядков без должного согласования, другие – страдают казуистичностью.

Сущность исключительного права именно на программу для ЭВМ поверхностно изучена отечественной наукой. Большой интерес российских юристов вызвала только проблематика распространения экземпляров программ в связи с принятием Федерального закона от 19 июля 2007 г. №195-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части формирования благоприятных налоговых условий для финансирования инновационной деятельности»<sup>2</sup>. Наиболее обстоятельное исследование проделал В.Витко.

Так называемое «свободное программное обеспечение» рассматривалось А.С.Кондрушенко, В.А.Слыщенковым, А.Е.Левиным, Д.Ульяновым и некоторыми другими учеными. Их работы знакомят русскоязычного читателя с основными идеями, положенными в основу данного подхода к распоряжению исключительным правом. Однако, когда речь заходит о юридической квалификации возникающих отношений, дело ограничивается небесспорными (что естественно для сравнительно нового, достаточно самобытного явления) и (что хуже) лишь частными замечаниями.

Норм ГК РФ, посвященных лицензионному договору, явно мало, чтобы говорить о существовании целостной договорной конструкции, которую можно поставить в один ряд с куплей-продажей, арендой, подрядом.

Что касается отечественной литературы, посвященной договорным отношениям по использованию программ, то нечто, идущее дальше пересказа положений закона своими словами, удалось обнаружить лишь в двух статьях Н.Мальцевой, касающихся соглашения о сопровождении программы. Из иностранных исследователей необходимо отметить Гордона (J.Gordon) и Классена (H.Classen).

**Цели и задачи исследования** состоят в выработке предложений, ведущих к максимально возможному устранению перечисленных выше

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства Российской Федерации (далее – СЗ РФ). 1994. № 32. Ст. 3301. (часть первая); СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410. (часть вторая); СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552. (часть третья); СЗ РФ. 2006. №52(1ч.). Ст. 5496. (часть четвертая).

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2007. №31. Ст.3991.

проблем. Другими словами, цель диссертации – способствовать приведению юридической формы в соответствие с уровнем развития фактических отношений в сфере использования программ для ЭВМ. Для этого необходимо решить следующие задачи.

Определиться с местом, которое занимают программы для ЭВМ среди охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, – §1 главы 1. Подробно разобрать содержание исключительного авторского права на программу для ЭВМ – §2 главы 1, отдельно остановившись на распространении экземпляров программы (пп.2 п.2 ст.1270 ГК РФ), вызывающем многочисленные вопросы на практике, – §3 главы 1.

Далее, представляется полезным исследовать феномен «свободного программного обеспечения». Тем более, что российский законодатель предполагает разработать аналогичный по сути механизм (п.2.3 Концепции совершенствования Раздела VII Гражданского кодекса Российской Федерации «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» от 13 мая 2009 г.<sup>3</sup>) – глава 2.

Наконец, в рамках четырех параграфов главы 3 необходимо определиться с основными элементами лицензионного договора о праве использования программы для ЭВМ по функциональному назначению: предмет, права и обязанности, ответственность сторон. Тут требуется обратить внимание на терминологию. Несколько забегая вперед и, как следствие, опуская доказательство, нужно сказать, что «осуществление действий, необходимых для функционирования программы в соответствии с ее назначением» (пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ) должно считаться способом использования программы, входящим в содержание исключительного права. Следовательно, чтобы осуществление названных действий было правомерным, необходимо получить согласие правообладателя, например, путем заключения лицензионного договора о праве использования программы для ЭВМ по (функциональному) назначению. Этому договору посвящена глава 3.

**Объектом исследования** являются общественные отношения, возникающие в связи с созданием и использованием программ для ЭВМ.

**Предмет исследования** включает в себя:

- выяснение содержания абсолютного авторского права на программу для ЭВМ;
- рассмотрение распоряжения этим правом путем разрешения широкой публике (неограниченному кругу лиц) использовать программу на определенных условиях;

---

<sup>3</sup> Портал российского частного права. URL: [http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=24](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24) (дата обращения: 22.12.2010).

– анализ распространенного обязательственного отношения по поводу программы для ЭВМ – лицензионного договора о праве использования программы по назначению, заключенного по итогам согласования его условий сторонами.

**Теоретическую основу исследования** составили, во-первых, труды советских и российских ученых (М.М.Агарков, В.А.Белов, И.А.Близнец, В.В.Витрянский, Э.П.Гаврилов, О.А.Городов, В.А.Дозорцев, В.Я.Ионас, О.С.Иоффе, В.О.Калятин, А.В.Кашанин, А.С.Комаров, О.А.Красавчиков, Е.А.Крашенинников, В.Б.Наумов, В.В.Ровный, О.Н.Садиков, А.П.Сергеев, С.А.Судариков, А.В.Томсинов и др.) по вопросам гражданского права вообще и права интеллектуальной собственности в частности.

Во-вторых, не оставлены без внимания идеи, высказанные авторами диссертаций последних лет, объектом исследования в которых были вопросы интеллектуальной собственности и в первую очередь правовой охраны программ для ЭВМ: С.А.Бабкиным, А.С.Кондрушенко, А.А.Крыжановской, В.В.Черячукиным.

В-третьих, следует упомянуть наиболее обстоятельные журнальные статьи по проблематике диссертации, принадлежащие перу В.Витко, А.Е.Левина, Н.Мальцевой, В.А.Слыщенко.

В-четвертых, изучение иностранного опыта было бы сильно затруднено, если бы не работы Бентли (L.Bently), Гордона (J.Gordon), Классена (H.Classen), Лорана (A.Laurent), Шермана (B.Sherman).

**Методологическая основа исследования.** При работе над диссертацией использованы общенаучные (логический, исторический, системный, анализ, синтез) и частнонаучные (формально-юридический, сравнительно-правовой) методы познания.

Знакомясь с текстом диссертации, необходимо помнить несколько «методологических советов», высказанных людьми, заметно обогатившими мировую культуру. Форма должна следовать за функцией (Ш.Ле Корбюзье). Пусть это будет просто: просто, как только можно, но не проще (А.Эйнштейн). Кое-что лучше изменить, ... но фундаментальные темы должны упиваться своим упорством (С.Дж.Гоулд).

**Нормативно-правовую и эмпирическую базу исследования** составили Конституция РФ<sup>4</sup>, Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г.<sup>5</sup>, Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г.<sup>6</sup>, ГК РФ, Закон РФ «О правовой охране программ для электронно-вычислительных машин и баз данных» от 23 сентября 1992

<sup>4</sup> Российская газета. 1993. 25 декабря.

<sup>5</sup> Бюллетень международных договоров. 2003. №9.

<sup>6</sup> Документ официально опубликован не был.

№3523-1<sup>7</sup>(утратил силу), Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» от 9 июля 1993 №5351-1<sup>8</sup>(утратил силу).

В диссертации использовано Постановление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 26 марта 2009 г. №5/29<sup>9</sup>, практика арбитражных судов.

Кроме того, автором изучены – Концепция совершенствования общих положений обязательственного права России (от 26 января 2009 г.)<sup>10</sup>, Концепция совершенствования Раздела VII Гражданского кодекса Российской Федерации «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» (от 13 мая 2009 г.), Проект изменений в Раздел VII Гражданского кодекса Российской Федерации (от 7 декабря 2010 г.)<sup>11</sup>, Принципы международных коммерческих договоров 2004 г.<sup>12</sup> и другие источники.

**Научная новизна исследования.** Впервые в отечественной литературе (а) подробно проанализировано содержание исключительного авторского права на программу для ЭВМ; (б) осуществлено конструирование теоретической модели лицензионного договора о праве использования программы для ЭВМ по функциональному назначению; (в) с позиций российского гражданского права проанализирован распространенный способ распоряжения авторским правом на программу – General Public License<sup>13</sup> (GPL, «разрешение широкой публике»).

В результате проведенного исследования **на защиту выносятся следующие положения:**

1. Правомочие «осуществлять действия, необходимые для функционирования программы в соответствии с назначением» (пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ), то есть запускать ее на выполнение, извлекать полезные свойства программы, использовать по (функциональному) назначению, предлагается признать входящим в содержание исключительного права на программу для ЭВМ и закрепить в списке способов использования произведения (п.2 ст.1270 ГК РФ).

---

<sup>7</sup> Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 42. Ст. 2325.

<sup>8</sup> Там же. 1993. № 32. Ст. 1242.

<sup>9</sup> Вестник ВАС РФ. 2009. №6.

<sup>10</sup> Портал российского частного права. URL: [http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=24](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24) (дата обращения: 22.12.2010).

<sup>11</sup> Портал российского частного права. URL: [http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=100](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=100) (дата обращения: 22.12.2010).

<sup>12</sup> Сайт УНИДРУА. URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm> (дата обращения: 22.12.2010).

<sup>13</sup> Сайт проекта GNU. URL: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html> (дата обращения: 22.12.2010).



2. В соответствии с принципами права интеллектуальной собственности «правомерное владение экземпляром программы для ЭВМ» (пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ) не может являться юридическим фактом, из которого у третьих лиц возникает право использовать программу по функциональному назначению («осуществлять действия, необходимые для функционирования программы в соответствии с назначением»). Для исключения всех сомнений на этот счет ст.1280 ГК РФ предлагается изложить в новой редакции (и одновременно изъять упоминание о ней из п.3 ст.1273 ГК РФ). Предлагаемая редакция ст.1280 ГК РФ приводится на стр.13 автореферата.

3. Утверждается, что существующий сегодня на практике дифференцированный подход к взиманию НДС в зависимости от фактического способа распространения экземпляров программы не основан на законе. Предлагается либо вообще отказаться от применения НДС при осуществлении деятельности по распространению экземпляров программ для ЭВМ, либо зафиксировать в законе конкретные способы распространения, которые (не) попадают под налоговую льготу.

4. Отстаивается необходимость стремиться четко отделять права на экземпляр и право на использование произведения по назначению. С опорой на выдвинутый тезис предложено решение вопроса об исчерпании права (ст. 1272 ГК РФ) применительно к программам:

(а) Обосновать правомерность действий, о которых идет речь в ст.1272 ГК РФ, можно проще. Собственник вправе продать принадлежащую ему вещь. Это всем известное правило, которым и следует пользоваться (экземпляр программы – вещь). Действующее законодательство идет по пути полного ограничения правомочия отчуждения (входящего в содержание права собственности) – пп.2 п.2 ст.1270 ГК РФ, а затем ослабляет это ограничение – ст.1272 ГК РФ.

С точки зрения формальной логики названные подходы взаимозаменяемы, но с точки зрения здравого смысла и юридической техники разница, думается, существенная: во-первых, проще пользоваться правилом, а не исключением из его ограничения, во-вторых, хорошо продуманные ограничения того или иного права не должны нуждаться в последующих исключениях.

(б) Кроме перехода права собственности на экземпляр должен быть решен и более важный вопрос – о переходе к приобретателю экземпляра права запускать программу. Действующее законодательство отчасти решает этот вопрос в пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ, но в положении №2 рекомендуется его отменить, следовательно, необходимо предложить замену. Так как право лицензиата из лицензионного договора есть право, принадлежащее кредитору на основании обязательства (п.2 ст.1233 ГК

РФ), оно может быть уступлено (ст.382 ГК РФ) приобретателю экземпляра. Это не запрещает формулировать некоторые условия такой уступки (как законодателю, так и обладателю исключительного права).

5. В результате анализа условий General Public License (GPL, «разрешение широкой публике») с позиций российского гражданского права можно выдвинуть следующие тезисы:

(а) «Разрешение широкой публике» является способом распоряжения исключительным правом (п.1 ст.1233 ГК РФ), но не может рассматриваться в качестве лицензионного договора (ст.1235 ГК РФ).

(б) Лицо, использующее программу в рамках, очерченных условиями GPL, обосновывает правомерность своих действий ссылкой на принцип «никто не может противоречить собственному предыдущему поведению» – п.4 ст.1109 ГК РФ.

(в) Однако выход за указанные рамки следует рассматривать как нарушение абсолютного авторского права правообладателя.

6. При рассмотрении основных элементов лицензионного договора о праве использования программы для ЭВМ по функциональному назначению, заключенного по итогам согласования его условий сторонами, показано, что условие о работоспособности (которая, для единообразия терминологии с частью второй ГК РФ, названа качеством) программы занимает в изучаемом договоре то же положение, что условие о качестве вещи в классических договорах (ст.469,611,721 ГК РФ), являясь его неотъемлемым элементом. Решая вопрос об основании и размере ответственности лицензиара за отступление от согласованных требований к работоспособности, общим правилом следует считать норму, сформулированную в ст.777 ГК РФ (в которой законодателю следует исправить опечатку: вставить слово «не» перед словом «предусмотрено»).

7. Большинство программ не «застывший», а развивающийся объект, в который (по ряду причин) постоянно вносятся изменения. Оптимальной юридической формой для отношений по поводу предоставления лицензиату права использования различных модификаций (обновлений) программы является соглашение о сопровождении программы. Взяв в качестве образца легальной дефиниции договорной конструкции соответствующие нормы о купле-продаже и подряде, предложено следующее определение: в соответствии с соглашением о сопровождении программы лицензиар (исполнитель) обязуется за вознаграждение в определенные сроки предоставлять лицензиату (заказчику) право использования обновлений программы, а лицензиат (заказчик) обязуется эти обновления принимать, если не предусмотрена возможность отказаться.

Другими словами, лицензиат, как обычно (п.1 ст.454, п.1 ст.702 ГК РФ), вправе требовать предоставления согласованных обновлений, а предоставленные обязан принимать. Но допустимо предусмотреть условия (не обязательно связанные с нарушениями со стороны лицензиара (п.3 ст.511 ГК РФ)), когда лицензиат вправе отказаться от предложенного обновления (например, добавление факультативной функциональности, в которой лицензиат не нуждается).

8. При регулировании отношений между сторонами лицензионного договора дважды приходится сталкиваться с теоретически сложным вопросом о соотношении договорной и внедоговорной ответственности: выход лицензиата за согласованные пределы использования и причинение программой вреда лицензиату.

(а) В случае первого нарушения предлагается руководствоваться позицией высших судебных инстанций<sup>14</sup>, согласно которой п.3 ст.1252 (ст.1301) ГК РФ применим при нарушении исключительного права, вне зависимости от того, связаны стороны договором или нет, дополнив ее следующим тезисом: если данное нарушение совершено лицом, находящимся в договорном отношении с правообладателем, то в силу п.3 ст.1237 ГК РФ («или договором») правила ст.1301 ГК РФ становятся диспозитивными.

(б) Что касается причинения вреда, то, несколько выходя за предмет данной работы, предложено расширить редакцию п.3 ст.1064 ГК РФ, позволив предпринимателям в отношениях между собой договором регулировать вопросы возможного (будущего) причинения вреда. Применительно к исследуемому отношению, по крайней мере, вопрос сохранности данных, для обработки которых предназначена программа, следует считать «охватываемым договорной конструкцией». Следовательно, последствия их утраты (повреждения) могут быть урегулированы договором, а не главой 59 ГК РФ.

**Теоретическая и практическая значимость работы.** Во-первых, дан ответ на вопрос о юридической природе запуска программы на выполнение, без ответа на который нет смысла дальше обсуждать правовую охрану программ для ЭВМ.

Во-вторых, установлено существование противоречия между пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ и п.3 ст.1286 ГК РФ и указан способ его устранения.

В-третьих, предложено решение проблемы исчерпания права применительно к программам.

---

<sup>14</sup> См.: п.15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 26 марта 2009 г. №5/29.

В-четвертых, продемонстрировано, что между лицами, предоставляющими и использующими программу на условиях GPL, существует гражданское правоотношение, не являющееся договорным обязательством.

В-пятых, предложена теоретическая модель лицензионного договора о праве использования программы по (функциональному) назначению; первоочередное внимание уделено различным аспектам юридического оформления процесса обеспечения работоспособности программы.

Исходя из того, что содержание исключительного права определяется императивными нормами закона, понятно, что предлагаемые в работе новые редакции статей ГК РФ, содержащие соответствующие поправки, адресованы законодателю.

Предлагаемые правила, касающиеся лицензионного договора о праве использования программы для ЭВМ по функциональному назначению, предполагают закрепление главным образом в диспозитивных нормах. Однако делать это прямо сейчас было бы преждевременно. Поэтому адресатами третьей главы диссертации являются в первую очередь практические работники.

Высказанные в первой главе предложения по принципиальному изменению подхода к определению содержания исключительного права ожидают объективной оценки со стороны ученых, занимающихся проблемами интеллектуальной собственности.

Рассуждения, изложенные в параграфе, посвященном основанию гражданско-правовой ответственности, адресованы всем цивилистам.

**Апробация результатов исследования.** Диссертация подготовлена на кафедре гражданского права юридического факультета Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов», где проведено ее рецензирование и обсуждение.

Основные положения и выводы диссертации нашли свое отражение в работах, подготовленных и опубликованных автором диссертации. А также были направлены в Исследовательский центр частного права в рамках обсуждения Проекта изменений в Раздел VII Гражданского кодекса Российской Федерации (от 7 декабря 2010 г.).

**Структура диссертации** включает в себя введение, три главы, объединяющие девять параграфов, заключение, список использованных нормативных актов, литературы и судебной практики.

## II. ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

В первой главе «Исключительное право на программу для ЭВМ» подробно объясняется, что извлечение полезных свойств программы, ее запуск на выполнение, именуемое в дальнейшем «использование по функциональному назначению», должно считаться способом использования, т.е. охватываться содержанием исключительного права. На данном этапе развития это положение следует зафиксировать в п.2 ст.1270 ГК РФ. Сказанное означает, что в соответствии с принципами права интеллектуальной собственности «правомерное владение экземпляром программы для ЭВМ» не может являться юридическим фактом, из которого возникает право «осуществлять действия, необходимые для функционирования программы в соответствии с назначением» (пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ). Для исключения всех сомнений на этот счет (возникших в результате «механического» перенесения существующего правового режима литературных произведений на программы) предложена новая редакция ст.1280 ГК РФ:

«Статья 1280. Права лица, использующего программу для ЭВМ или базу данных по функциональному назначению

1. Лицо, имеющее право использовать программу для ЭВМ или базу данных по функциональному назначению (пользователь), вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения:

1) внести в программу для ЭВМ или базу данных изменения исключительно в целях их функционирования на технических средствах пользователя и (или) под управлением конкретных программ и осуществить исправление явных ошибок или поручить иным лицам осуществить эти действия в интересах пользователя, если не определено лицо, обязанное устранить указанные недостатки;

2) заменить используемый экземпляр программы для ЭВМ или базы данных предварительно изготовленной копией в случаях, когда такой экземпляр уничтожен или стал непригоден для использования, если не определено лицо, обязанное произвести указанную замену.

2. Лицо, имеющее право использовать программу для ЭВМ по функциональному назначению, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения путем совершения разрешенных действий изучать, исследовать или испытывать функционирование такой программы в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы для ЭВМ.

3. Лицо, имеющее право использовать программу для ЭВМ по функциональному назначению, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения...» далее без изменений.

Кроме того, предложено толкование действующей редакции этой статьи, позволяющее уже сейчас исключить существующее противоречие между пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ и п.3 ст.1286 ГК РФ. Это имеет непосредственное отношение к известной проблеме, существующей на практике: позволяет без особого труда продемонстрировать, что существующий сегодня дифференцированный подход к взиманию НДС в зависимости от способа распространения экземпляров программы (или точнее – от способа доставки экземпляра пользователю) не основан на законе.

Далее, отстаивается необходимость стремиться четко отделять права на экземпляр и право на использование произведения по назначению. Ярким примером «смешения» этих прав является так называемый «принцип исчерпания права» («доктрина первой продажи»), вызывающий определенные затруднения на практике. С опорой на выдвинутый тезис предложена альтернатива этому «принципу».

Собственник экземпляра вправе отчуждать его без оглядки на кого бы то ни было – это правомочие входит в содержание права собственности. Другой вопрос – возникнет ли у приобретателя экземпляра право использовать программу по назначению. Ответ зависит от того, удастся ли найти правовое основание для возникновения этого права. Если такое основание можно найти, то в существовании какого-то дополнительного «принципа исчерпания права» нет никакой необходимости. Если же в какой-то ситуации основание найти не удастся, это будет означать, что «исчерпание права» в этой ситуации отсутствует.

В частности, предложено закрепить в ГК РФ императивное положение, согласно которому лицензионные договоры присоединения (п.3 ст.1286 ГК РФ, shrink-wrap/click-wrap licenses – «оберточные лицензии») допускают уступку прав лицензиата, но предпринимательская деятельность по обороту таких прав запрещена.

Наконец, доводя предыдущий тезис до логического завершения, высказывается предположение, что рано или поздно содержание исключительного авторского права (по крайней мере, на программы) будет раскрываться через возможность контроля правообладателя над любыми аспектами использования произведения по назначению, а необходимость в существовании п.2 ст.1270 ГК РФ (включающего в содержание исключительного права действия над экземплярами произведения) вообще отпадет. Как в таком случае будет осуществляться регулирование, продемонстрировано на примере отношений по распространению экземпляров и прокату.

**Во второй главе «General Public License в системе юридических понятий»** за кратким изложением основных условий, закрепленных в

этом документе, название которого предложено перевести как «разрешение широкой публике», дается их юридическая квалификация с привлечением основных категорий российского гражданского права. Отрицается необходимость рассматривать GPL в качестве разновидности лицензионного договора (по этой причине термины «лицензиар» и «лицензиат» в рамках главы используются в кавычках). С точки зрения классификации юридических фактов распоряжение исключительным правом на программу для ЭВМ путем разрешения широкой публике использовать ее на вышеупомянутых условиях является сделкоподобным действием.

Показано, что такая квалификация не исключает возможности обеспечения соблюдения условий GPL юридическими средствами. Кроме того, продемонстрировано, что лицо, открывшее доступ к своей программе на условиях GPL, мотивировано к сохранению возникшего отношения и не правовыми (не путать с противоправными), но весьма вескими причинами: возможность использовать усовершенствованную программу, верность ценностям определенной социальной группы.

Что до собственно юридических аргументов, которые могут выдвигать стороны изучаемых отношений, то невозможность правообладателя, сделавшего свою программу доступной на условиях GPL, заявить о нарушении его исключительного права лицом, использовавшим программу в рамках этих условий, обосновывается принципом *venire contra factum proprium* (никто не может противоречить собственному предыдущему поведению) – п.4 ст.1109 ГК РФ. Однако следует учесть, что таким образом можно оправдать лишь имевшее место использование, но тут нет гарантий на будущее время. Впрочем, такое положение известно и договорам на неопределенный срок (ст.610,699 ГК РФ).

С другой стороны, любые действия, совершаемые за рамками очерченного в GPL допустимого использования программы, заведомо нарушают авторское право. Ясная перспектива быть привлеченным к ответственности за это очевидное нарушение и обеспечивает соблюдение условий GPL «лицензиатами».

В оставшейся части главы проанализированы отказ от гарантий и ограничение ответственности. Показано, что существу сформулированного в GPL разрешения соответствует невозможность предъявить какие-либо требования к качеству программы, следовательно, к этим отношениям не применимы и нормы второй части ГК РФ о законной гарантии. Однако возможно предоставление гарантии в рамках договора, заключаемого по поводу использования доступной на условиях GPL программы.

Если программа, распространяемая на условиях GPL, причинила вред «лицензиату», вопрос об ответственности «лицензиара» по действующему российскому праву должен решаться, исходя из правил о генеральном деликте. Для наиболее традиционного случая, когда программа предоставляется бесплатно всем желающим, эти правила можно конкретизировать. Во-первых, не соответствовало бы интересам дела привлечение «лицензиара» к ответственности за простую неосторожность, но умышленное причинение вреда и грубая неосторожность не могут оставаться без последствий. Во-вторых, «лицензиат» не вправе требовать возмещения вреда, если он причинен вследствие недостатков (в том числе юридических, например, нарушение прав третьих лиц), о которых «лицензиат» знал, или, приложив минимально необходимые усилия, мог узнать.

**В третьей главе «Лицензионный договор о праве использования программы для ЭВМ по функциональному назначению», рассматриваются основные элементы такого договора, заключенного по итогам согласования его условий сторонами.**

В первом параграфе приводится обзор состояния вопроса в отечественном законодательстве, науке и практике, где, кроме прочего, показано, что тех условий лицензионного договора, которые сформулированы в ГК РФ, явно мало, чтобы констатировать появление целостной договорной конструкции, которую можно поставить в один ряд с «поименованными» договорами: куплей-продажей, арендой и т.д. Дается лишь понятие о некотором классе договоров, предметом которых является право использования результата интеллектуальной деятельности. Очевидно, например, что условия возмездного и безвозмездного договора заметно отличаются.

Следствием такого положения является, в частности, затруднение, которое вызвал на практике вопрос: можно ли говорить о надлежащем исполнении обязанности лицензиара, если право использования программы предоставлено, но лицензиат заявляет о ее неработоспособности. Этот вопрос освещен в работе наиболее подробно (возможно даже – избыточно подробно, но это объясняется его важностью). Показано, что условие о работоспособности (которая, для единообразия терминологии с частью второй ГК РФ, названа качеством) программы занимает в изучаемом лицензионном договоре то же положение, что условие о качестве вещи в классических договорах (ст.469,611,721 ГК РФ). То есть является «существенным» (в смысле п. VII.3.8.2 Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России) условием договора.



Далее определено, какие сведения должны быть указаны в договоре, чтобы условие о его предмете могло считаться согласованным. Раскрыто содержание условий о способах и пределах использования произведения применительно к изучаемому договору. В частности, приведено описание наиболее распространенных метрик, используемых для формулирования этих условий.

В ГК РФ оставлен открытым вопрос: в какой момент у лицензиата возникает право использовать программу. Предлагается связать этот момент с моментом подписания акта о приемке результата работ по установке программы (или о вручении материальных носителей, когда помощь в установке не требуется).

Указанный акт настоятельно рекомендуется не отождествлять с актом принятия собственно программы, подписанию которого должно предшествовать тестирование программы в реальных условиях ее будущего использования (у лицензиата). Конечно, можно обойтись и без этого этапа и достичь схожего эффекта, предусмотрев возможность одностороннего отказа от договора в случае обнаружения в программе требуемых свойств и, чтобы это право было легко осуществить, отсрочив дату уплаты цены на некоторое время. Однако юридическая форма должна максимально точно соответствовать фактическому содержанию отношений: чтобы убедиться, что программа «в основном соответствует требованиям» нужно провести тестирование. Основные условия договора, касающиеся этапа тестирования можно найти в §2 и §4 главы 3.

Успешное прохождение тестирования еще не означает, что в программе нет ошибок, в том числе препятствующих ее нормальному использованию. Исправления ошибок в программе есть по сути модификации программы. Кроме того, чтобы программа не устарела морально, в нее периодически вносятся модификации-усовершенствования. Оптимальной юридической формой для отношений по поводу предоставления лицензиату права использования различных модификаций (обновлений) программы является соглашение о сопровождении программы, которое может быть либо частью лицензионного договора, либо самостоятельным договором.

Предложено следующее определение: в соответствии с соглашением о сопровождении программы лицензиар (исполнитель) обязуется за вознаграждение в определенные сроки предоставлять лицензиату (заказчику) право использования обновлений программы, а лицензиат (заказчик) обязуется эти обновления принимать, если не предусмотрена возможность отказаться. Отказ лицензиата от предложенного исправления ошибок освобождает лицензиара от тех неблагоприятных последствий, которые могли бы для него наступить вследствие ошибки, от исправления

которой лицензиат отказался. Отказ лицензиата от обновления не основание для изменения цены договора о сопровождении, если иное не предусмотрено договором.

Что касается принадлежности исключительного права на модификации программы, специально выполненные по заданию лицензиата, то, думается, весьма востребованным на практике может быть вариант, предусматривающий сохранение исключительного права за исполнителем (лицензиаром), но с предоставлением заказчику (лицензиату) права получать часть прибыли исполнителя от заключаемых им лицензионных договоров или иные периодические платежи. Легко видеть, что по юридической природе такое соглашение близко ренте (глава 33 ГК РФ).

Для обоснования ответственности в науке гражданского права существует, как известно, несколько теорий, поэтому освещению ответственности сторон изучаемого отношения (§4 главы 3) предшествует аргументированный выбор одной из них (§3 главы 3). Предпочтение отдано подходу, имеющему своим истоком еще римское изречение «нет вины, если соблюдено все, что требовалось». Путем сопоставления такого понятия вины с элементами так называемого «состава гражданского правонарушения» показано, что оно является необходимым и достаточным основанием гражданско-правовой ответственности.

При этом оно имеет ряд существенных преимуществ: проверенно столетиями, им пользовались российские дореволюционные цивилисты, оно не противоречит уже действующей редакции абз.2 п.1 ст.401 ГК РФ, в него уходят корнями многие западноевропейские теории, выводы которых предлагается позаимствовать в Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России. Например, учение о делении обязательств по признаку результата на обязательства по приложению максимальных усилий (*obligation de moyens*) и обязательства по достижению результата (*obligation de resultat*). Стараясь отстоять «состав гражданского правонарушения» придется либо отказываться от этих заимствований, либо пытаться «усидеть на двух стульях». Кстати, именно приверженности последнему варианту поведения при заимствовании иностранного опыта обязано своим существованием и противоречие между пп.1 п.1 ст.1280 ГК РФ и п.3 ст.1286 ГК РФ.

Наконец, следует обратить внимание, что §4 главы 3 написан таким образом, что те, кому принципиально дорог «состав гражданского правонарушения» могут пропустить §3, а те, кто все же с ним ознакомится, найдут §4 более содержательным.

Согласно сегодняшним взглядам на качество программ, которые осознают лица, вступающие в лицензионный договор, полное исключение

ошибок не охватывается тем уровнем заботливости, который можно требовать от лицензиара. Таким образом, возникновение ошибки еще не может быть поставлено в вину лицензиару и, следовательно, не влечет ответственности. Однако в течение срока действия соглашения о сопровождении лицензиар обязан исправлять (устранять) обнаруженные в программе ошибки. Исправление ошибок должно подчиняться определенным правилам. Во-первых, разумно разделить все ошибки хотя бы на 2-3 класса по степени серьезности. Для каждого класса указать срок исправления, в который заботливый лицензиар должен уложиться; просрочка должна влечь уплату неустойки, размер которой тоже зависит от класса ошибки. Что касается предела ответственности лицензиара за недостатки программы, связанные с ее несоответствием функциональным требованиям, то в практике США общим правилом является ограничение ее размера суммой, не превосходящей сумму, полученную от лицензиата, что в целом близко правилу, сформулированному в п.2 ст.777 ГК РФ.

Обычно можно найти «обстоятельства, очевидно свидетельствующие» о том, что недостатки носят существенный характер. Перечень таких недостатков может содержаться и в договоре, в частности, путем указания предельно допустимого количества ошибок каждого класса в интервал времени, предельного времени простоя и т.п. в зависимости от назначения программы. При обнаружении указанных недостатков у лицензиата возникает право требовать расторжения договора и возврата уплаченных сумм (или их определенной части, если, например, недостатки выявились лишь через несколько лет эксплуатации программы) либо, например, возмещения своих расходов (в тех же пределах) на приобретение права использования аналогичной программы.

Кроме обеспечения работоспособности программы обязанностью лицензиара является предоставление права использования программы, не нарушая исключительных прав третьих лиц – эта обязанность в явном виде не выделена авторами проекта четвертой части ГК РФ. А.П.Сергеев указывал, что в случае нарушения этой обязанности по смыслу закона должны применяться правила об эвикции (ст.460-462 ГК РФ). В развитие этого тезиса, сформулировано два дополнения. Первое состоит в том, что негативные последствия нарушения исключительных прав третьих лиц имеют две составляющие: (а) необходимость возместить убытки третьих лиц и (б) невозможность дальнейшего использования программы. Что касается составляющей (а), то не допускается договорное ограничение ее размера, т.е. к ответственности перед третьими лицами призывается исключительно лицензиар.

С последствием (б) связано второе дополнение. Условия договора очерчивают сферу контроля должника, обстоятельства, за которые он

отвечает, то, что он должен обеспечить, проявив должную заботливость в соответствии с условиями обязательства. Поэтому, если лицензиар готов заменить часть программы, использование которой приводит к нарушению прав третьих лиц, другой частью с теми же функциями, такая возможность должна быть ему предоставлена. Если есть возможность приобрести право использования программ третьих лиц, его следует приобрести за счет лицензиара. И только тогда, когда все подобные возможности исчерпаны, приходится расторгать договор (полностью или в соответствующей части) и возвращать полученные суммы (как уже описывалось выше).

При регулировании изучаемого отношения дважды приходится сталкиваться с теоретически сложным вопросом о соотношении договорной и внедоговорной ответственности: выход лицензиата за согласованные пределы использования и причинение программой вреда лицензиату.

В п.15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 26 марта 2009 г. №5/29 высшие судебные инстанции указали, что п.3 ст.1252 (ст.1301) ГК РФ применим при нарушении исключительного права, вне зависимости от того, связаны стороны договором или нет. Следовало, однако, довести рассуждение до логического конца: если данное нарушение совершено лицом, находящимся в договорном отношении с правообладателем, то в силу п.3 ст.1237 ГК РФ («или договором») правила ст.1301 ГК РФ становятся диспозитивными.

Программа в случае сбоя в работе способна уничтожить информацию, для обработки которой предназначена (и не только ее). По российскому законодательству, если программа причинит вред лицензиату, и будет, каким-то образом, установлено, что этот вред причинен (а) по вине лицензиара и (б) «не охватывается конструкцией лицензионного договора», то *de lege lata* лицензиар должен будет возместить его в полном объеме (ст.15 ГК РФ) в силу императивной редакции ст.1064 ГК РФ.

*De lege ferenda*, видимо, необходимо расширить редакцию п.3 ст.1064 ГК РФ, позволив предпринимателям в отношениях между собой договором регулировать вопросы возможного (будущего) причинения вреда. Хотя бы потому, что это позволит сформировать более четкое представление о том, что может быть поставлено в вину лицензиару (что от него требовалось). Кроме того, кредитор в договоре имеет лучшее представление о том, что с ним может произойти, чем потенциальный кредитор в деликте, что влечет применение ст.404 ГК РФ, а не ст.1083 ГК

РФ (т.е. более высокие требования). Не случайно, многие нормы второй части ГК РФ регулируют вопросы вреда иначе, чем глава 59 ГК РФ.

В условиях действующего законодательства, столь сурового к причинителю вреда, можно рекомендовать страхование ответственности, а также принятие всех возможных мер, способных свидетельствовать об отсутствии вины. Все это, разумеется, означает увеличение цены лицензионного договора. Наконец, применительно к вопросу сохранности данных, для обработки которых предназначена программа, то, думается, его можно считать охватываемым договорной конструкцией, как сохранность груза охватывается договором перевозки.

Рассмотрены и некоторые другие права и обязанности сторон.

В рецензируемых изданиях, рекомендованных ВАК Министерства образования и науки РФ для публикации результатов диссертационных исследований, по теме диссертации опубликованы четыре научные статьи общим объемом 2,3 печатного листа.

### **III. ОСНОВНЫЕ НАУЧНЫЕ ПУБЛИКАЦИИ ПО ТЕМЕ ДИССЕРТАЦИОННОГО ИССЛЕДОВАНИЯ**

**1. Рябов К. Применение налога на добавленную стоимость при осуществлении деятельности по распространению программ для ЭВМ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2009. – №5. – С.14–17. – 0,3 п.л.**

**2. Рябов К. Предмет лицензионного договора о праве использования программы для ЭВМ по функциональному назначению // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2010. – №12. – С.21–31. – 0,7 п.л.**

**3. Рябов К.И. Лицензионный договор о праве использования программы для ЭВМ // Патенты и лицензии. – 2011. – №1. – С.52–57. – 0,4 п.л.**

**4. Рябов К.И. Содержание исключительного права на программу для ЭВМ // Патенты и лицензии. – 2011. – №3. – С.38–48. – 0,9 п.л.**