

ООО «ПингВин Софтвер»

наименование организации-разработчика отчета

«УТВЕРЖДАЮ»
Генеральный директор

ООО «ПингВин Софтвер»

_____ Д.В.Комиссаров

" 23 " ноября 2011 г.

М.П.

УДК 346.7:004

Инв.№

АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОТЧЕТ

по теме:

АНАЛИЗ ОТЕЧЕСТВЕННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЧАСТИ, КАСАЮЩЕЙСЯ ПРАВООБЛАДАНИЯ АЛГОРИТМАМИ И ПРОГРАММАМИ, РАЗРАБОТАННЫМИ В РАМКАХ ГОСУДАРСТВЕННОГО ЗАКАЗА

(заключительный отчет)

Москва 2011 г.

СПИСОК ИСПОЛНИТЕЛЕЙ

Руководитель темы

_____ Фролов П.А.
подпись, дата

Исполнители темы

_____ Сметанин А.М.
подпись, дата

_____ Рихерт А.В.
подпись, дата

_____ Протасов П.В.
подпись, дата

_____ Матвеев К.С.
подпись, дата

_____ Семавина С.С.
подпись, дата

_____ Власова А.В.
подпись, дата

_____ Житнюк П.П.
подпись, дата

_____ Степанов К.В.
подпись, дата

Нормоконтролеры

_____ Заборовский В.С.
подпись, дата

_____ Сергеев М.А.
подпись, дата

Реферат

Отчет 41 страница.

ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ, АЛГОРИТМЫ, ФОНД АЛГОРИТМОВ И ПРОГРАММ, РЕПОЗИТОРИЙ, СВОБОДНОЕ ПРОГРАММНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

Объектом исследования являются механизмы правового регулирования отношений в области использования программ для ЭВМ.

Цель работы – исследование правового режима объектов, подлежащих хранению в фонде алгоритмов и программ и определение правового режима фонда алгоритмов и программ.

Научно-исследовательская работа была проведена по следующим направлениям:

- выявление действующих законов РФ, подзаконных актов и иных нормативных документов, регламентирующих правообладание и порядок оборота алгоритмов и программных продуктов, разработанных в рамках государственного, ведомственного и муниципального заказа;
- выявление законодательных и нормативных препятствий к созданию фонда алгоритмов и программ;
- подготовка предложений по решению имеющихся законодательных проблем

В рамках данных направлений были выполнены:

- анализ российского и советского опыта правового регулирования отношений, связанных с созданием фондов алгоритмов и программ;
- анализ существующего правового режима программ для ЭВМ и алгоритмов, выявление возможных препятствий для создания фонда;
- анализ существующего порядка введения в гражданский оборот и осуществления гражданского оборота программ для ЭВМ, разработанных на основании государственного или муниципального контракта на предмет его достаточности для работы фонда.

По результатам проведенного анализа были выработаны подходы и основные направления правового регулирования отношений, связанных с созданием и функционированием фонда алгоритмов и программ, определен состав и содержание

основных положений, которые должны быть отражены в положении о фонде – базовом документе, регламентирующем порядок его работы (проект данного положения представлен в следующей части отчета).

Содержание

Введение	7
1 Постановка задачи.....	9
2 Правовой режим объектов, подлежащих хранению в фонде алгоритмов и программ	10
3 Правовой режим фонда алгоритмов и программ как хранилища программ для ЭВМ.....	17
4 Порядок введения в гражданский оборот и осуществления гражданского оборота программ для ЭВМ, разработанных на основании государственного или муниципального контракта	20
5 Законодательные и иные нормативные препятствия к созданию фонда алгоритмов и программ и предложения по их устранению.....	32
Заключение.....	39

Обозначения и сокращения

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

План перехода – план перехода федеральных органов исполнительной власти и федеральных бюджетных учреждений на использование свободного программного обеспечения на 2011 - 2015 годы, утвержденный распоряжением Правительства РФ от 17 декабря 2010 г. № 2299-р)

ФГИС – федеральная государственная информационная система

Постановление 5/29 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №5 и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №29 от 26.03.2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»

Введение

В государственной программе Российской Федерации "Информационное общество (2011 - 2020 годы)", утвержденной распоряжением Правительства РФ от 20 октября 2010 г. № 1815-р), предусмотрен комплекс мероприятий по созданию национальной программной платформы (комплекса отечественных программных решений-модулей, построенных на базе единых технологий, позволяющих осуществлять разработку новых программных продуктов методом компоновки и настройки уже готовых модулей, а также разработку новых модулей), в том числе:

- развитие отечественной сборки операционной системы на свободном программном обеспечении;
- создание отечественной системы управления базами данных на основе открытых разработок;
- создание российской среды разработки программного обеспечения;
- разработка набора архитектурных стандартов и типовых компонентов для совместимости программ между собой;
- создание базового пакета прикладного программного обеспечения, включая драйверы и средства обеспечения информационной безопасности;
- создание национального фонда алгоритмов и программ;
- формирование пакета типовых решений, их размещение в национальном фонде алгоритмов и программ;
- формирование территориально распределенной инфраструктуры технической и методической поддержки свободного программного обеспечения.

На этапе проведения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ для целей создания национальной программной платформы требуется проведение ряда базовых исследований и мероприятий, которые в дальнейшем позволят обеспечить быстрое и эффективное развитие национальной программной платформы.

К мероприятиям такого рода следует отнести анализ международного и отечественного опыта создания программных платформ национального класса, в том числе централизованных хранилищ программного обеспечения, выявление

ключевых элементов создаваемой программной платформы, создание технического задания на платформу в целом и на ее ключевые элементы, прототипирование и документирование основных подсистем обеспечения функционирования национальной программной платформы вплоть до уровня эскизного проекта.

При этом важнейшей составляющей работ по созданию национальной программной платформы и фонда алгоритмов и программ как ее ключевого элемента является проработка правовых вопросов функционирования фонда, а именно:

- анализ российского и советского опыта правового регулирования отношений, связанных с созданием фондов алгоритмов и программ;
- анализ существующего правового режима программ для ЭВМ и алгоритмов, выявление возможных препятствий для создания фонда;
- анализ существующего порядка введения в гражданский оборот и осуществления гражданского оборота программ для ЭВМ, разработанных на основании государственного или муниципального контракта на предмет его достаточности для работы фонда.

Результат анализа общественных отношений и правового регулирования по указанным выше направлениям позволят составить общую картину существующего на сегодняшний день правового регулирования, относящегося к деятельности создаваемого фонда, и на ее основе сформировать предложения по разработке нормативных правовых актов, непосредственно направленных на регулирование деятельности фонда.

1 Постановка задачи

Государственная программа Российской Федерации «Информационное общество (2011 - 2020 годы)» (утв. распоряжением Правительства РФ от 20 октября 2010 г. № 1815-р) в числе мероприятий Подпрограммы 5 «Безопасность в информационном обществе» указывает на создание национального фонда алгоритмов и программ (госприклад.рф) как элемента национальной программной платформы (комплекса отечественных программных решений - модулей, построенных на базе единых технологий, позволяющих осуществлять разработку новых программных продуктов методом компоновки и настройки уже готовых модулей, а также разработку новых модулей). Далее в тексте Государственной Программы указанный фонд определяется также как «хранилище алгоритмов и программ, разработанных в отечественной среде разработки и собранных с отечественной среде сборки, для свободного распространения в органах государственной власти, органах местного самоуправления, среди коммерческих организаций и граждан».

При разработке правовой базы функционирования национального фонда алгоритмов и программ как хранилища таких алгоритмов и программ, должны быть решены следующие задачи:

- определен правовой режим объектов «хранения» в фонде, то есть алгоритмов и программ для ЭВМ, включая вопросы принадлежности прав на них;
- определен правовой режим национального фонда алгоритмов и программ как хранилища таких алгоритмов и программ;
- определен порядок введения в гражданский оборот и порядок гражданского оборота алгоритмов и программных продуктов, разработанных в рамках государственного, ведомственного и муниципального заказа;
- выявлены законодательные и иные нормативные препятствия к созданию фонда алгоритмов и программ и разработаны предложения по их устранению.

2 Правовой режим объектов, подлежащих хранению в фонде алгоритмов и программ

Как следует из названия фонда, предполагается, что объектами хранения в нем должны стать алгоритмы и программы для ЭВМ.

Алгоритм — это точно определённая инструкция, последовательно применяя которую к исходным данным, можно получить решение задачи. Для каждого алгоритма есть некоторое множество объектов, допустимых в качестве исходных данных. Для разработки алгоритмов и программ используется алгоритмизация — процесс систематического составления алгоритмов для решения поставленных прикладных задач. Алгоритмизация считается обязательным этапом в процессе разработки программ и решении задач на ЭВМ.

Упоминание термина «алгоритм» в названии фонда является рудиментом советского права,¹ ведущим свою историю с Положения о Государственном фонде алгоритмов и программ (ГосФАП) 1980 года.

В соответствии с Положением, организации-разработчики должны представлять в ФАП все материалы о разработанных программных средствах. Такие зарегистрированные в ФАП материалы приравнивались к опубликованным работам и на них распространялись нормы авторского права.

Фактически организации, входившие в сеть ГосФАП, безвозмездно становились владельцами переданных им программных средств. Они имели право копировать, вносить изменения, внедрять в другие центры и пр. даже не согласовывая это с организациями-разработчиками и авторами. В то же время, организации-разработчики были обязаны безвозмездно исправлять выявленные недостатки и ошибки, предоставлять в соответствующий ФАП все изменения и дополнения и т.д.

При приеме программных средств в ГосФАП или отраслевые территориальные ФАП было предусмотрено проведение экспертизы трех видов:

- на работоспособность;
- на новизну;

¹ Гельб А.Б. Современное состояние проблемы правовой защиты программного обеспечения ЭВМ. Издание второе. — Таллин. —1983. —176 с.

– на типовость.

Однако в Положении не было четкого раскрытия процедуры экспертизы, а сказано было лишь, что организация, ведущая ФАП, проводит проверку на отсутствие в фонде прототипов представленного программного средства. Проверка проводилась на основе данных, имеющихся в ФАП и получаемых дополнительно из Центрального информационного фонда ГосФАП.

Такая система вполне соответствовала поставленным перед ней задачам:

- 1) регистрировать разрабатываемые в стране программные средства;
- 2) собирать фонд этих средств (не допуская дублирования объектов в фонде);
- 3) классифицировать объекты программного обеспечения и
- 4) информировать о них потребителей.

Поставленные перед системой задачи, в свою очередь, делали необходимым формирование хранилища не только (и не столько) самих программ, но и проектной и иной технической документации на них, где, собственно, и описывались используемые в программах алгоритмы.

Законодательство 1990-х и подзаконные акты начала 2000-х годов сохранили упоминание об алгоритмах в названии фондов программного обеспечения, хотя надобность хранить алгоритмы к тому времени уже отпала. Так, в статье 10 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ "Об обязательном экземпляре документов" говорится про обязанность производителей алгоритмов и программ в тридцатидневный срок со дня окончания их разработки доставить в орган научно-технической информации федерального органа исполнительной власти в сфере научной, научно-технической и инновационной деятельности, определяемый Правительством Российской Федерации, обязательный экземпляр алгоритма или программы. При этом определение «алгоритма» в данном законе не приводится.

Приказом ГТК России от 14 апреля 2004 г. № 467 «О создании фонда алгоритмов и программ ГТК России» был создан соответствующий фонд, куда подлежала сдаче вся научно-техническая продукция, полученная в ходе научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ (НИОКР), выполняемых по заказу ГТК России за счет средств федерального бюджета. Тем самым, данный фонд

алгоритмов и программ также был создан как архивная система хранения научно-технической документации, а не как система оперативного хранения рабочих версий программного обеспечения.

Алгоритмы не упоминаются в числе объектов, охраняемых в качестве интеллектуальной собственности. Так, пунктом 1 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) установлено, что объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства:

- литературные произведения;
- драматические и музыкально-драматические произведения, сценарные произведения;
- хореографические произведения и пантомимы;
- музыкальные произведения с текстом или без текста;
- аудиовизуальные произведения;
- произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства;
- произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства;
- произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства, в том числе в виде проектов, чертежей, изображений и макетов;
- фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии;
- географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам;
- другие произведения.

К объектам авторских прав также относятся программы для ЭВМ, которые охраняются как литературные произведения.

При этом в соответствии с пунктом 5 той же статьи, авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования. Понимание алгоритма как способа ведения деятельности

или системы таких способов означает, что алгоритм не относится к объектам авторских прав.

Как справедливо указывает Э.П. Гаврилов, приводимый в данном пункте перечень элементов является примерным, не исчерпывающим. При применении норм данного пункта следует иметь в виду, что элементы содержания произведения (идея, концепция, принцип и т.д.), выделенные из произведения, всегда будут существовать в определенной форме. Это может быть либо та самая форма, в которой выражено само произведение, либо какая-то новая форма. И в том и в другом случае такая идея, концепция, принцип получают авторско-правовую охрану через форму произведения, в которой они выражены. Это означает, что в приведенном перечне речь идет об идеях, концепциях, принципах и других элементах содержания, которые взяты сами по себе (*per se*), т.е. независимо от той формы, в которой они выражены. Сами по себе они не охраняются авторским правом, что подчеркивается в некоторых международных документах (ст. 2 Договора ВОИС по авторскому праву 1996 г.; ст. 9 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, действующего в рамках ВТО).

Таким образом, использование в произведении идеи (концепции, принципа и т.д.), которая ранее фигурировала в произведении другого лица, не считается нарушением авторского права этого лица. Однако если эта идея была заимствована из указанного произведения этого другого лица, то по моральным соображениям принято давать ссылку на это произведение, принадлежащее другому лицу. Перечисляемые в п. 5 ст.1259 ГК РФ элементы содержания не охраняются авторским правом, но могут получать охрану на основе иных правовых институтов (например, по патентному праву - гл. 72 ГК РФ).²

Однако, в соответствии с пунктом 1 статьи 1350 ГК РФ, в качестве изобретения охраняется техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осуществления действий над

² См. Гаврилов Э.П., Городов О.А., Гришаев С.П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. - М.: "Проспект", 2009. Комментарий к ст.1259.

материальным объектом с помощью материальных средств). Программные алгоритмы не являются процессом осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств, а следовательно, не охраняются также и в качестве изобретений. Объектами иных патентных прав программные алгоритмы также не являются, поскольку не относятся ни к полезным моделям (техническое решение, относящееся к устройству), ни к промышленным образцам (художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид).

В отличие от алгоритмов, правовой режим программы для ЭВМ как объекта авторского права закреплен ГК РФ.

В соответствии со статьей 1261 ГК РФ, программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения. Авторские права на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы и программные комплексы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код, охраняются так же, как авторские права на произведения литературы. Это означает, что отношения, связанные с использованием программ для ЭВМ наряду с прочим (более общими нормами и специализированными нормами, относящимися только к программам) регулируются нормами, изначально предназначенными для регламентации отношений по использованию литературных произведений.

Российское законодательство, регулирующее отношения, связанные с использованием программ для ЭВМ как объектов авторских прав при определении способов использования программ, за редким исключением, не оперирует понятиями, связанными с их технической природой. Для описания возможных способов их использования применяется та же терминология, что и для любых иных произведений – воспроизведение, распространение и т.д. Следует признать, что

предусмотренный законом (п.2 ст.1270 ГК РФ) перечень способов использования программ для ЭВМ является открытым. В данном пункте ГК РФ приводится перечень способов использования произведения, изначально позиционируется именно как перечень частных случаев. Однако в отношении программ для ЭВМ не выделяется специальных правомочий, учитывающих техническую специфику данных объектов авторских прав. В связи с этим, различного рода технические операции с ПО, в большинстве случаев выделяемые законодательством стран Запада в качестве самостоятельных способов использования компьютерных программ как объектов авторских прав, российским законодательством в качестве отдельных авторских правомочий не выделяются. Так, согласно российскому законодательству, инсталляция (installation), программы представляет собой частный случай воспроизведения программы – записи программы в память ЭВМ. Запуск (running) программы как отдельный способ использования программы российским законодательством не рассматривается. Равно как и использование (use) программы как технического объекта, т.е. использование ее функциональных возможностей (локально или удаленно): без ее воспроизведения на принадлежащей пользователю ЭВМ (или ином компьютерном устройстве). Такого рода отношения российским законодательством квалифицируются как оказание услуг.

Однако это не отменяет необходимости получения разрешения правообладателя на соответствующие способы использования программы. В соответствии с абзацем 2 статьи 1229 ГК РФ, правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением). Таким образом, правообладатель вправе установить, что те или иные действия с программой, в том числе те, которые не перечислены в пункте 2 статьи 1270, также считаются ее использованием в качестве объекта авторских прав и для использования программы таким способом также требуется получить его согласие (заключить с правообладателем лицензионный договор).

Выводы:

1. С точки зрения правовой охраны, основным объектом хранения в национальном фонде алгоритмов и программ как хранилища таких алгоритмов и программ, должны выступать программы для ЭВМ, которые должны быть представлены в форме исходного текста и объектного кода. При этом алгоритмы работы программ могут быть отражены в технической документации, руководстве пользователя или иных технических документах, однако в целенаправленном хранении алгоритмов в фонде на сегодняшний день уже нет необходимости, т.к. они не представляют собой самостоятельной технологической ценности, а их использование отдельно от охраняемых правом объектов не ограничивается нормами авторского или патентного права.

2. Поскольку в российском законодательстве программы для ЭВМ фигурируют только как объекты авторских прав и как технические объекты программы для ЭВМ не могут являться объектом гражданских правоотношений, при осуществлении правовой регламентации деятельности по хранению программ в соответствующем фонде (а также деятельности по включению их в фонд и предоставлению из фонда) должна рассматриваться с позиций использования программ как охраняемых правом результатов интеллектуальной деятельности.

3. Поскольку алгоритмы сами по себе не имеют правовой охраны, для них законодательством об интеллектуальной собственности не устанавливается какого-либо режима. В связи с этим отдельное рассмотрение вопросов, связанных с обладанием прав на алгоритмы и их гражданским оборотом, нецелесообразно, т.к. в соответствии с российским законодательством алгоритмы не могут являться объектом каких-либо прав, в том числе авторских, и введение их в гражданский оборот невозможно. Таким образом, использование алгоритмов с правовой точки зрения может рассматриваться только в рамках использования тех объектов правоотношений, в которых эти алгоритмы выражены. Применительно к фонду такими объектами являются программы для ЭВМ.

3 Правовой режим фонда алгоритмов и программ как хранилища программ для ЭВМ

Пунктом 6 плана перехода федеральных органов исполнительной власти и федеральных бюджетных учреждений на использование свободного программного обеспечения на 2011 - 2015 годы (утв. распоряжением Правительства РФ от 17 декабря 2010 г. № 2299-р) (далее – план перехода) предусмотрено создание и обеспечение функционирования единого репозитория свободного программного обеспечения, используемого в федеральных органах исполнительной власти (срок реализации - II квартал 2012 г.). В соответствии с данным пунктом, Минкомсвязь России должно обеспечить принятие акта федерального органа исполнительной власти, которым должен быть создан единый репозиторий свободного программного обеспечения, используемого в федеральных органах исполнительной власти (включая сопроводительные и методические материалы) на базе общероссийского государственного информационного центра.

В целях недопущения дублирования функций, создаваемый фонд алгоритмов и программ должен представлять собой (выполнять функции) единого репозитория свободного программного обеспечения, используемого в федеральных органах исполнительной власти. В связи с этим необходимо исследовать вопрос о том, какие требования предъявляются российским законодательством к фонду как хранилищу (репозиторию) программного обеспечения.

В законодательстве термин «фонд» используется в нескольких значениях. Во-первых, под фондом (статья 118 ГК РФ) понимается юридическое лицо – не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная гражданами и (или) юридическими лицами на основе добровольных имущественных взносов, преследующая социальные, благотворительные, культурные, образовательные или иные общественно полезные цели. Имущество, переданное фонду его учредителями (учредителем), является собственностью фонда. Учредители не отвечают по обязательствам созданного ими фонда, а фонд не отвечает по обязательствам своих учредителей.

Во-вторых, фондами называется совокупность однородного имущества, в том числе документов. Например, в разных отраслях законодательства говорится о лесном фонде, водном фонде, архивном фонде, жилищном фонде, фонде заработной платы организации. В отличие от фонда как юридического лица, единого регулирования фондов как совокупности имущества в российском законодательстве не сложилось. Регулирование использования такого рода фондов осуществляется ad hoc, т.е. нормативная база создается «с нуля» под каждый вид фонда как совокупности имущества.

Поскольку, как уже упоминалось выше, наименование «фонд алгоритмов и программ» используется в отечественном законодательстве с конца 1970-х годов, препятствий использованию данного наименования для обозначения хранилища (репозитория) программного обеспечения, в том числе свободного программного обеспечения, используемого в федеральных органах исполнительной власти, на уровне законодательства не установлено.

Для определения правового режима соответствующего государственного фонда как хранилища (репозитория) программного обеспечения необходимо разработать и утвердить положение о федеральной государственной информационной системе фонда (далее – ФГИС), в которой будут храниться программы, а также определить:

- уполномоченный орган, осуществляющий функции оператора ФГИС;
- источники финансирования расходов, связанных с размещением программ для ЭВМ в фонде;
- цели и задачи создания ФГИС;
- функции ФГИС;
- состав информационных и иных ресурсов ФГИС;
- функции оператора ФГИС;
- технические и правовые требования, предъявляемые к программам для ЭВМ, размещаемым в ФГИС;
- порядок отбора программ для ЭВМ для размещения в ФГИС (предполагается, что после первичного наполнения фонда дальнейший отбор программ будет осуществляться, в основном, на основании информации из реестра ФГИС);

– порядок размещения программ для ЭВМ и информации о комплексных программных решениях в ФГИС, включая обеспечение возможности использования программ на условиях свободных лицензий и получения их исходных текстов.

Выводы:

1. В связи с тем, что в российском законодательстве отсутствует единое регулирование использования фондов как совокупности имущества, отсутствуют законодательные препятствия для создания фонда программ как хранилища (репозитория) программного обеспечения.

2. Для определения правового режима фонда программ необходимо принятие нормативного правового акта (совокупности таких актов), устанавливающих перечисленные выше положения о деятельности фонда.

4 Порядок введения в гражданский оборот и осуществления гражданского оборота программ для ЭВМ, разработанных на основании государственного или муниципального контракта

В соответствии с пунктом 1 статьи 2 ГК РФ, правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав) определяются гражданским законодательством.

Статья 3 ГК РФ устанавливает, что гражданское законодательство состоит из ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих указанные выше отношения. При этом нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ.

Указанные выше отношения могут регулироваться также указами Президента Российской Федерации, которые не должны противоречить ГК РФ и иным законам.

На основании и во исполнение ГК РФ и иных законов, указов Президента Российской Федерации Правительство Российской Федерации вправе принимать постановления, содержащие нормы гражданского права.

В случае противоречия указа Президента Российской Федерации или постановления Правительства Российской Федерации ГК РФ или иному закону применяется ГК РФ или соответствующий закон.

Действие и применение норм гражданского права, содержащихся в указах Президента Российской Федерации и постановлениях Правительства Российской Федерации (правовые акты), определяются правилами ГК РФ.

Министерства и иные федеральные органы исполнительной власти могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами и иными правовыми актами.

Поскольку, в соответствии с Конституцией Российской Федерации, гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации, субъекты

Российской Федерации не могут принимать акты, содержащие нормы гражданского права.

Как уже было указано выше, алгоритмы не могут являться объектами гражданского оборота. Что же касается гражданского оборота программ для ЭВМ, то порядок их оборота, в соответствии с пунктом 4 статьи 129 ГК РФ, может регулироваться только ГК РФ. Данный пункт устанавливает, что результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (статья 1225 ГК РФ) не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому. Однако права на такие результаты и средства, а также материальные носители, в которых выражены соответствующие результаты или средства, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, которые установлены ГК РФ (там же).

Как указывает И.А. Зенин, поскольку личные неимущественные интеллектуальные права (право авторства, право на имя и т.п.) не отчуждаются и не передаются иным способом (п. 1 ст. 150, п. 1 ст. 1265 ГК РФ), гражданско-правовые способы приобретения и осуществления интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации целиком связаны с исключительным, т.е. имущественным интеллектуальным правом, которое по совокупному (общему) смыслу ст. 1225 и 1226 ГК РФ можно назвать "интеллектуальным имущественным правом на интеллектуальную собственность" или, для краткости, "правом интеллектуальной собственности". Именно данное интеллектуальное право является предметом гражданского оборота.³

Статьей 1226 ГК РФ установлено, что на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации) признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а в случаях, предусмотренных ГК РФ, также личные неимущественные права и иные права (право следования, право доступа и другие).

³ Зенин И.А. Исключительное интеллектуальное право (право интеллектуальной собственности) как предмет гражданского оборота. // Законодательство, 2008, №8.

Статья 1229 ГК РФ раскрывает содержание исключительного права следующим образом. Гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, если ГК РФ не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными ГК РФ), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную ГК РФ, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия допускается ГК РФ.

Статья 1255 ГК РФ устанавливает, что интеллектуальные права на произведения принадлежат автору, то есть гражданину, творческим трудом которого оно создано (статья 1257 ГК РФ). В то же время, отдельными статьями ГК РФ устанавливаются исключения из общего правила о принадлежности исключительного права на произведение его автору.

Статья 1295 ГК РФ устанавливает особый правовой режим служебных произведений. В соответствии с ней, исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, если трудовым или иным договором между работодателем и автором не предусмотрено иное.

Если работодатель в течение трех лет со дня, когда служебное произведение было предоставлено в его распоряжение, не начнет использование этого произведения, не передаст исключительное право на него другому лицу или не сообщит автору о сохранении произведения в тайне, исключительное право на служебное произведение принадлежит автору.

Если работодатель в срок, предусмотренный в абзаце втором пункта 2 статьи 1295 ГК РФ, начнет использование служебного произведения или передаст исключительное право другому лицу, автор имеет право на вознаграждение. Автор приобретает указанное право на вознаграждение и в случае, когда работодатель принял решение о сохранении служебного произведения в тайне и по этой причине не начал использование этого произведения в указанный срок. Размер вознаграждения, условия и порядок его выплаты работодателем определяются договором между ним и работником, а в случае спора – судом.

В случае, когда исключительное право на служебное произведение принадлежит автору, работодатель вправе использовать такое произведение способами, обусловленными целью служебного задания, и в вытекающих из задания пределах, а также обнародовать такое произведение, если договором между ним и работником не предусмотрено иное. При этом право автора использовать служебное произведение способом, не обусловленным целью служебного задания, а также хотя бы и способом, обусловленным целью задания, но за пределами, вытекающими из задания работодателя, не ограничивается.

Работодатель может при использовании служебного произведения указывать свое имя или наименование либо требовать такого указания.

Статья 1296 ГК РФ устанавливает особые правила определения принадлежности исключительного права на программы для ЭВМ и базы данных, созданные по заказу. В случае, когда программа для ЭВМ или база данных создана по договору, предметом которого было ее создание (по заказу), исключительное право на такую программу или такую базу данных принадлежит заказчику, если договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком не предусмотрено иное.

В случае, когда исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных принадлежит заказчику, подрядчик (исполнитель) вправе, поскольку договором не предусмотрено иное, использовать такую программу или такую базу данных для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права.

В случае, когда в соответствии с договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных принадлежит подрядчику (исполнителю), заказчик вправе использовать такую программу или такую базу данных для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права.

Автор созданных по заказу программы для ЭВМ или базы данных, которому не принадлежит исключительное право на такую программу или такую базу данных, имеет право на вознаграждение.

Правила статьи 1298 ГК РФ отличаются от правил статьи 1296 ГК РФ. В ней установлено, что исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит исполнителю, являющемуся автором либо иным выполняющим государственный или муниципальный контракт лицом, если государственным или муниципальным контрактом не предусмотрено, что это право принадлежит Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, от имени которых выступает государственный или муниципальный заказчик, либо совместно исполнителю и Российской Федерации, исполнителю и субъекту Российской Федерации или исполнителю и муниципальному образованию.

Если в соответствии с государственным или муниципальным контрактом исключительное право на произведение науки, литературы или искусства принадлежит Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, исполнитель обязан путем заключения соответствующих договоров со своими работниками и третьими лицами приобрести

все права или обеспечить их приобретение для передачи соответственно Российской Федерации, субъекту Российской Федерации и муниципальному образованию. При этом исполнитель имеет право на возмещение затрат, понесенных им в связи с приобретением соответствующих прав у третьих лиц.

Если исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит не Российской Федерации, не субъекту Российской Федерации или не муниципальному образованию, правообладатель по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставить указанному им лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование соответствующего произведения науки, литературы или искусства для государственных или муниципальных нужд.

Если исключительное право на произведение науки, литературы или искусства, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит совместно исполнителю и Российской Федерации, исполнителю и субъекту Российской Федерации или исполнителю и муниципальному образованию, государственный или муниципальный заказчик вправе предоставить безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование такого произведения науки, литературы или искусства для государственных или муниципальных нужд, уведомив об этом исполнителя.

Работник, исключительное право которого перешло к исполнителю, имеет право на вознаграждение в соответствии с абзацем третьим пункта 2 статьи 1295 ГК РФ.

Решение вопроса о принадлежности исключительного права на программы для ЭВМ, созданные по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, осуществляется в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 22 апреля 2009 г. № 342 «О некоторых вопросах регулирования закрепления прав на результаты научно-технической деятельности». В соответствии с ним, федеральные органы исполнительной власти и

организации, выступающие от имени Российской Федерации государственными заказчиками научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ по государственным контрактам для государственных нужд, обязаны предусматривать в указанных контрактах условие о закреплении в установленном порядке исключительных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, программы для электронно-вычислительных машин, базы данных и секреты производства (ноу-хау) (далее – результаты научно-технической деятельности) за Российской Федерацией в случаях, если:

- результаты научно-технической деятельности изъяты из оборота;
- Российская Федерация приняла на себя финансирование работ по доведению результатов научно-технической деятельности до стадии практического применения;
- результаты научно-технической деятельности непосредственно связаны с обеспечением обороны и безопасности Российской Федерации;
- исполнитель не обеспечил до истечения 6 месяцев после окончания научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ совершение всех действий, необходимых для признания за ним или приобретения им исключительных прав на результаты научно-технической деятельности.

В иных случаях закрепление за Российской Федерацией прав на результаты научно-технической деятельности определяется условиями государственных контрактов, установленными в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Распоряжение Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации принадлежащими им исключительными правами на использование интеллектуальной собственности осуществляется в соответствии со статьей 125 ГК РФ. Данная статья устанавливает, что Российская Федерация, субъекты РФ, муниципальные образования выступают в гражданских правоотношениях через посредство своих органов или специально назначаемых представителей. При этом органы государственной власти и органы местного самоуправления представляют

интересы собственно Российской Федерации, субъектов РФ или муниципальных образований.

Конечно, органы государственной власти и органы местного самоуправления, являющиеся юридическими лицами (например, федеральные органы исполнительной власти, органы местного самоуправления), вправе выступать в гражданских правоотношениях от своего имени и в своем интересе, преследуя узкие цели хозяйственного обеспечения своей основной деятельности. При этом закон исходит из того, что их основная деятельность состоит в осуществлении властных полномочий в сфере, определяемой законом, на основе бюджетного финансирования. Поэтому коммерциализация органов государственной власти и органов местного самоуправления в принципе недопустима. Она недопустима еще и потому, что может вести к дискредитации указанных органов публичной власти в государстве и ущемлению интересов граждан и частных юридических лиц в сфере гражданских правоотношений. Однако в ст. 125 ГК РФ рассматриваются лишь случаи участия органов государственной власти и органов местного самоуправления в первом из рассмотренных выше вариантов отношений.

Согласно статье 14 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ "О Правительстве Российской Федерации", управление федеральной собственностью осуществляется Правительством Российской Федерации.

На уровне субъектов РФ, согласно законодательству таких субъектов, органами государственной власти, правомочными своими действиями приобретать и осуществлять имущественные права и обязанности, выступать в суде, являются органы законодательной (законодательные собрания, верховные советы, парламенты, думы и др.) и исполнительной (правительства, администрации, мэрии, департаменты и др.) власти, а в ряде республик, входящих в Российскую Федерацию, также и президенты.

Указанные органы государственной власти выступают в гражданских правоотношениях от имени Российской Федерации, субъектов РФ в рамках установленной для них компетенции без специальных поручений.

Согласно п. 3 ст. 125 ГК РФ, в случаях и в порядке, предусмотренных федеральными законами, указами Президента Российской Федерации и постановлениями Правительства Российской Федерации, нормативными актами субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, по их специальному поручению от их имени могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, а также юридические лица и граждане. Правовым основанием этому служат нормативные акты Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований и принимаемые во исполнение их уполномоченными на то органами государства и органами местного самоуправления решения по осуществлению данных функций.

В сфере распоряжения правами на программы для ЭВМ, исключительные права на которые принадлежит Российской Федерации, делегирование полномочий от Правительства РФ было осуществлено на основании Постановления Правительства РФ от 2 сентября 1999 г. № 982 «Об использовании результатов научно-технической деятельности». Им установлено, что на государственных заказчиков по государственным контрактам и договорам на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ для федеральных государственных нужд (далее – государственные заказчики) при закреплении за Российской Федерацией прав на результаты научно-технической деятельности, полученные при реализации указанных государственных контрактов и договоров (далее – государственные контракты), возлагается распоряжение этими правами от имени Российской Федерации.

Государственным заказчикам при заключении государственных контрактов предписано обеспечивать включение в них положений о том, что:

- 1) право на подачу заявки и получение патента (свидетельства) на создаваемые при реализации государственного контракта изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, исключительное право на использование создаваемых при реализации государственного контракта программ для электронных вычислительных машин, баз данных, топологий интегральных микросхем (далее – объекты интеллектуальной собственности в сфере науки и

технологий), а также право на конфиденциальную информацию о результатах научно-технической деятельности, полученных при реализации государственного контракта, принадлежит Российской Федерации, от имени которой выступают государственные заказчики, или, по решению государственного заказчика, – исполнителю работ, либо Российской Федерации и исполнителю совместно;

2) исполнитель обязан незамедлительно уведомлять государственного заказчика обо всех созданных при реализации государственного контракта объектах интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий;

3) использование объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий для обеспечения федеральных государственных нужд осуществляется, как правило, на основе безвозмездной неисключительной лицензии, предоставляемой государственным заказчиком;

4) для целей, не связанных с обеспечением федеральных государственных нужд, права на объекты интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий, а также конфиденциальная информация о результатах научно-технической деятельности могут передаваться третьим лицам по лицензионным договорам в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Данным постановлением Федеральным органам исполнительной власти также предписано обеспечивать:

- введение в установленном порядке в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности, права на которые подлежат закреплению за Российской Федерацией, после решения вопросов об их правовой охране;
- контроль за приобретением и реализацией прав на указанные результаты.

Тем самым, государственным заказчикам Правительством Российской Федерации предоставлен объем прав, достаточный для помещения разработанных программ для ЭВМ в соответствующий фонд (хранилище, репозиторий) и предоставления права на их использование иным лицам.

При этом возникает закономерный вопрос о том, как обеспечить информирование уполномоченного органа, отвечающего за наполнение репозитория, об актуальных свободных программах, используемых в

государственных и муниципальных информационных системах. Ответ на этот вопрос содержится в Постановлении Правительства РФ от 10 сентября 2009 г. №723 «О порядке ввода в эксплуатацию отдельных государственных информационных систем». Пунктом 23 утвержденного им Положения закреплен перечень информации, предоставляемой оператором ФГИС Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций, подведомственной Минкомсвязи РФ, для включения этой информации в реестр ФГИС. Среди прочего в этом перечне указаны «сведения об информационных технологиях и технических средствах (в том числе криптографических), применяемых в федеральной государственной информационной системе».

Более подробно состав этих сведений раскрывается в формах заявок на регистрацию ФГИС в реестре ФГИС и заявки об актуализации сведений о такой системе, утвержденных Приказом Министерства связи и массовых коммуникаций РФ от 25 января 2010 г. № 13. Обеими этими формами предусмотрено указание в заявке сведений об использовании свободного программного обеспечения в ФГИС (указываются вид программного обеспечения, фирменное наименование изготовителя (исполнителя, продавца), версия такого программного обеспечения и его назначение). Таким образом, уже сейчас существует правовой механизм централизованного сбора информации о программных решениях на базе СПО, которые уже используются в составе федеральных государственных информационных систем и которые могут быть размещены в репозитории.

Выводы:

1. Гражданское законодательство Российской Федерации содержит исчерпывающий набор правил введения в гражданский оборот и осуществления гражданского оборота программ для ЭВМ, разработанных в рамках государственного и муниципального контракта. Также нормативными правовыми актами установлены правила определения принадлежности исключительного права на программы для ЭВМ, созданные на основании государственного контракта.

2. Правительством Российской Федерации государственным органам, являющимся заказчиками по государственным контрактам, делегированы

полномочия по распоряжению правами на программы для ЭВМ, созданные в рамках исполнения государственного контракта, права на которые принадлежат Российской Федерации.

3. Государственным органам, являющимся заказчиками по государственным контрактам, Правительством Российской Федерации предоставлен объем прав, достаточный для помещения разработанных по таким контрактам программ для ЭВМ в соответствующий фонд (хранилище, репозиторий) и предоставления права на их использование иным лицам.

4. В рамках существующего правового регулирования уже создан механизм сбора сведений о свободных программах, используемых в ФГИС, и централизованного хранения этих сведений в специальном реестре. Этот механизм может быть использован в целях информационного обеспечения процесса наполнения фонда свободными программами как на начальном этапе, так и в последующем.

5 Законодательные и иные нормативные препятствия к созданию фонда алгоритмов и программ и предложения по их устранению

Как следует из проведенного выше анализа, основным препятствием на пути функционирования фонда алгоритмов и программ как хранилища программ для ЭВМ является отсутствие нормативного правового акта (актов), устанавливающих основы его использования. Поскольку требования, которым должен соответствовать такой акт (акты), были раскрыты выше, решение данной проблемы может быть осуществлено путем разработки текста и последующего принятия требуемого нормативного правового акта (актов).

Тем не менее, традиционно при рассмотрении вопроса о построении инфраструктуры использования СПО в России упоминается ряд проблем, связанных с использованием СПО в силу особой модели создания и предоставления прав использования данного программного обеспечения. Например, в разработанном в 2008 году рабочей группой Мининформсвязи России проекте Концепции развития разработки и использования свободного программного обеспечения в Российской Федерации, указывается на несовершенство российского законодательства об интеллектуальной собственности, выражающееся в том, что «в российском законодательстве режим свободного использования произведения недостаточно изучен и проработан. Таким образом, для данного режима существуют более или менее значимые косвенные препятствия из-за того, что положения отечественного законодательства в ряде случаев подразумевают возмездное использование результатов интеллектуальной деятельности, в том числе на основании договора в письменной форме». Вопросы возмездности и письменной формы лицензионного договора и его срока часто упоминаются и в других работах по тематике СПО в России.

Однако, если разобраться, можно убедиться в том, что упомянутые «проблемы» ГК РФ вовсе таковыми не являются, то есть не мешают использованию СПО в целом и, в частности, созданию и эффективному функционированию репозитория СПО, используемого государственными органами.

Прежде всего, необходимо обратить внимание на то, что правовой режим свободного использования произведения представляет собой совокупность правовых норм, регламентирующих отношения, связанные с использованием произведения без согласия правообладателя и, как правило, без выплаты ему вознаграждения (статьи 1273-1280 ГК). Использование программ, лицензируемых на условиях свободных лицензий, не является одним из вариантов свободного использования, т.к. в этом случае программа используется именно с согласия правообладателя, выраженного в положениях лицензионного договора, определяющих условия использования программы. Заключение безвозмездного лицензионного договора, в том числе с элементами юридической конструкции *copyleft*⁴, есть лишь один из возможных вариантов распоряжения исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, а условия свободных лицензий – не более чем вариант волеизъявления правообладателя. Свободные лицензии не являются неким особым юридическим феноменом, требующим для себя особого правопорядка или специального правового режима. Свободные лицензии изначально создавались именно как типовые договоры, причем договоры, основанные на действующем законодательстве, и направленные на реализацию гарантированных законом прав. Причем это с самого начала утверждалось идеологами движения свободного ПО и постоянно подчеркивается ими сегодня.

При этом проблемы юридического характера, связанные с использованием ПО со свободными лицензиями обусловлены преимущественно тем, что подавляющее число свободных лицензий ориентированы на американское законодательство,

⁴ Copyleft представляет собой набор специальных условий лицензии, которые таким образом определяют порядок осуществления предоставляемого лицензиату права, что в случае распространения программы или ее производных он уже не может устанавливать дополнительные ограничения на их использование, в том числе не может сделать производную программу проприетарной.

В основе этой конструкции лежит два ключевых обязательства, возлагаемых на лицензиата:

а) предоставлять право использования любых программ, создаваемых лицензиатом (третьими лицами по заказу лицензиата) на основе программы, право использования которой он получил, исключительно на условиях той свободной лицензии, на основании которой лицензиат получил свои права;

б) предоставлять исходный текст как той программы, право использования которой получил лицензиат, так и любой программы, созданной лицензиатом (третьими лицами по заказу лицензиата) на ее основе, любому лицу, владеющему копией соответствующей программы, выраженной в форме объектного кода.

Иными словами, суть *copyleft*'а в том, что если при разработке ПО в качестве основы берется свободная программа под *copyleft* лицензией (например, GNU GPL 2 или 3), то все создаваемое на основе этой программы ПО также должно быть свободным, и распространяться оно должно на условиях той же самой *copyleft* лицензии, причем вместе с исходными кодами.

которое, что вполне естественно, отличается от законодательства других стран и в том числе России. Однако данные проблемы решаются во многом самими разработчиками свободных лицензий путем их максимальной унификации. Что же касается возможных изменений российского законодательства об интеллектуальной собственности, то здесь необходимо учитывать, что для авторского права характерна высокая степень унификации, в результате чего свободные лицензии, изначально написанные под американское законодательство, в массе своей вполне корректно укладываются в рамки, установленные законодательством других стран, в том числе России.

Стоит отметить, что более логично было бы говорить не о том, насколько отдельные положения российского законодательства соответствуют условиям тех или иных типовых договоров, чем собственно и являются любые публичные лицензии – не важно, свободные они, проприетарные или иных разновидностей – а насколько условия типовых договоров соответствуют российскому законодательству об интеллектуальной собственности. Разумеется, обратный подход также не исключен. Но если предлагаются какие-то изменения российских законов, то они неизменно должны сопровождаться их обоснованием, причем приведение законодательства в необходимую для использования СПО форму, может являться задачей на пути достижения общественно значимых целей, но не самоцелью, тем более достигаемой в ущерб участникам рынка, использующим другие модели лицензирования.

Одним из основных препятствий на пути использования СПО в России называют несоблюдение свободными лицензиями требования об обязательной письменной форме лицензионного договора. Да, требование обязательной письменной формы лицензионного договора исторически присуще российскому гражданскому законодательству. Допущение устной формы лицензионного договора повлечет практическую невозможность выявления контрафактной продукции, так как будет крайне сложно проверить, на каком основании используется результат интеллектуальной деятельности. Помимо этого, устная форма лицензионного договора не позволяет точно установить волеизъявление правообладателя, что

является негативным моментом для любой из моделей лицензирования, причем для свободной модели, особенно основанной на использовании конструкции copyleft – в первую очередь. Требование обязательной письменной формы при этом направлено и на защиту интересов пользователя: только в этом случае он получает однозначное подтверждение своего права использования результата интеллектуальной деятельности.

Однако проблема соблюдения письменной формы договора в целом не актуальна для программного обеспечения, так как пункт 3 статьи 1286 ГК предусматривает, что т.н. «оберточные лицензии» (в том числе те, текст которых включен в дистрибутив программы) являются надлежащей (т.е. письменной) формой лицензионного договора.

Еще одна проблема использования СПО в России, а именно проблема ограничения срока лицензионного договора, связанная с закрепленной статьей 1235 ГК РФ правилом, согласно которому в случае, когда в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет, действительно существует, однако значимость этой проблемы также весьма сомнительна. Принимая во внимание крайне высокую скорость развития программного обеспечения, в силу чего любой программный продукт в своем изначальном, неизменном виде может оставаться востребованным весьма короткий период времени, срок в пять лет является вполне достаточным для лицензии на ПО: в течение этого срока любая программа заведомо морально устаревает, в результате чего наличие права на ее использование также утрачивает практический смысл. Помимо этого необходимо отметить, что проблема ограничения срока действия лицензионных договоров вполне успешно решается путем включения в текст лицензии соответствующего условия о сроке, что уже сейчас имеет место в ряде свободных лицензий (например, последняя версия наиболее популярной свободной лицензии – GNU GPL такое условие содержит).

То же самое можно сказать о «подразумеваемой» законом возмездности лицензионного договора, что часто позиционируется как одно из препятствий для использования СПО. Здесь следует несколько уточнить приведенное в Концепции

утверждение: Гражданским кодексом не «подразумевается» возмездность лицензионного договора, а фактически закрепляется норма, в соответствии с которой лицензионный договор считается возмездным, если в нем самом прямо не указано обратное (п.5 ст.1235 ГКФ). Подобный подход к регулированию отношений по распоряжению исключительным правом можно было бы считать проблемным и препятствующим использованию СПО, если бы почти в каждой свободной лицензии (по крайней мере, в наиболее распространенных) не содержалось бы прямого указания на то, что предоставляемые по ней права передаются лицензиату без какого-либо вознаграждения с его стороны.

Кроме того, на проблемы, связанные с лицензионными договорами на программы для ЭВМ обратили внимание высшие судебные инстанции. В постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации №5 и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №29 от 26.03.2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление 5/29), пункт 38.2, указывается, что 38.2. предусмотренный пунктом 3 статьи 1286 ГК РФ договор (т.е. «оберточная лицензия») заключается между правообладателем, то есть обладателем исключительного права на программу для ЭВМ или базу данных, и пользователем, то есть лицом, правомерно владеющим экземпляром такой программы или базы и начинающим пользование соответствующей программой или базой. Лицо, приобретшее экземпляр программы для ЭВМ или базы данных не для самостоятельного пользования, а для перепродажи его третьему лицу, не является субъектом отношений, определенных названной нормой.

Такой лицензионный договор предполагает предоставление пользователю программы для ЭВМ или базы данных права на совершение действий, предусмотренных статьей 1280 ГК РФ, а также на совершение иных обусловленных договором действий, связанных с эксплуатацией программы или базы, и действует до продажи или иного отчуждения экземпляра программы или базы. На этот договор в отличие от иных лицензионных договоров не распространяются правила, установленные пунктами 2 - 6 статьи 1235 ГК РФ.

Пунктами 2 - 6 статьи 1235 ГК РФ как раз и устанавливаются ограничения условий лицензионного договора, о которых говорилось выше:

- что лицензионный договор заключается в письменной форме, если ГК РФ не предусмотрено иное;
- что лицензионный договор подлежит государственной регистрации в случаях, предусмотренных пунктом 2 статьи 1232 ГК РФ;
- что несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации влечет за собой недействительность лицензионного договора;
- что в лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации; если территория, на которой допускается использование такого результата или такого средства, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять их использование на всей территории Российской Федерации;
- что срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации.
- что в случае, когда в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет, если ГК РФ не предусмотрено иное;
- что по лицензионному договору лицензиат обязуется уплатить лицензиару обусловленное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное;
- что при отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным; при этом правила определения цены, предусмотренные пунктом 3 статьи 424 ГК РФ, не применяются;
- что лицензионный договор должен предусматривать:
 - 1) предмет договора путем указания на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, право использования которых предоставляется по договору, с указанием в соответствующих случаях номера и даты выдачи документа, удостоверяющего исключительное право на такой результат или на такое средство (патент, свидетельство);

2) способы использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Изложенную выше позицию Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ можно было бы подвергнуть критике в силу ее недостаточной аргументированности и некоторой спорности с точки зрения науки гражданского права. Однако это не изменит того факта, что высшие органы судебной власти, имеющие право давать нижестоящим судам обязательные к исполнению указания о порядке применения действующего законодательства, признали «оберточную лицензию» свободной от всех требований ГК РФ, предъявляемых к лицензионным договорам. Следовательно, и рассмотренные выше «проблемы» СПО, основанные на «проблемах» свободной модели лицензирования и условиях типовых лицензионных договоров нельзя считать проблемами.

Выводы:

1. Для создания фонда алгоритмов и программ необходимо и достаточно принять нормативный правовой акт (нормативные правовые акты), закрепляющий основы функционирования такого фонда (требования к актам перечислены в разделе 3.2.4).

2. Правовые аспекты, традиционно толкуемые в качестве «проблем» для использования СПО в России, в том числе для создания репозитория СПО, используемого органами исполнительной власти (а именно проблемы обязательной письменной формы, срока и возмездности лицензионного договора), на самом деле проблемами не являются. Кроме того, существующая позиция высших судебных органов признает неприменимость требований к лицензионным договорам в отношении т.н. «оберточных лицензий», которые в подавляющем большинстве случаев используются в рамках свободной модели лицензирования.

Заключение

В ходе выполнения научно-исследовательской работы были исследованы правовой режим объектов, подлежащих хранению в фонде алгоритмов и программ, правовой режим самого фонда, рассмотрены вопросы, связанные с введением в гражданский оборот и осуществлением гражданского оборота программ для ЭВМ, разработанных на основании государственного или муниципального контракта. Существующая правовая база была исследована на предмет наличие возможных препятствий к созданию фонда алгоритмов и программ.

По результатам проведенного в ходе работы научного исследования были сделаны следующие ключевые выводы.

Основным объектом хранения в национальном фонде алгоритмов и программ как хранилища таких алгоритмов и программ, должны выступать программы для ЭВМ, которые должны быть представлены в форме исходного текста и объектного кода. При этом алгоритмы работы программ могут быть отражены в технической документации, руководстве пользователя или иных технических документах, однако в целенаправленном хранении алгоритмов в фонде на сегодняшний день уже нет необходимости, т.к. они не представляют собой самостоятельной технологической ценности, а их использование отдельно от охраняемых правом объектов не ограничивается нормами авторского или патентного права.

Поскольку в российском законодательстве программы для ЭВМ фигурируют только как объекты авторских прав и как технические объекты программы для ЭВМ не могут являться объектом гражданских правоотношений, при осуществлении правовой регламентации деятельности по хранению программ в соответствующем фонде (а также деятельности по их включению в фонд и предоставлению из фонда) должна рассматриваться с позиций использования программ как охраняемых правом результатов интеллектуальной деятельности.

Поскольку алгоритмы сами по себе не имеют правовой охраны, для них законодательством об интеллектуальной собственности не устанавливается какого-либо режима. В связи с этим отдельное рассмотрение вопросов, связанных с обладанием прав на алгоритмы и их гражданским оборотом, нецелесообразно, т.к. в

соответствии с российским законодательством алгоритмы не могут являться объектом каких-либо прав, в том числе авторских, и введение их в гражданский оборот невозможно. Таким образом, использование алгоритмов с правовой точки зрения может рассматриваться только в рамках использования тех объектов правоотношений, в которых эти алгоритмы выражены. В случае с фондом такими объектами являются программы для ЭВМ.

Применительно к правовому режиму самого фонда можно отметить следующее. В связи с тем, что в российском законодательстве отсутствует единое регулирование использования фондов как совокупности имущества, отсутствуют и законодательные препятствия для создания фонда программ как хранилища (репозитория) программного обеспечения. При этом для определения правового режима фонда программ необходимо принятие нормативного правового акта (совокупности таких актов), устанавливающих основные положения о деятельности фонда.

Что касается исследования вопросов, связанных с оборотом программ для ЭВМ то здесь можно сделать вывод о том, что гражданское законодательство Российской Федерации содержит исчерпывающий набор правил введения в гражданский оборот и осуществления гражданского оборота программ для ЭВМ, разработанных в рамках государственного и муниципального контракта. Также нормативными правовыми актами установлены правила определения принадлежности исключительного права на программы для ЭВМ, созданные на основании государственного контракта.

Правительством Российской Федерации государственным органам, являющимся заказчиками по государственным контрактам, делегированы полномочия по распоряжению правами на программы для ЭВМ, созданные в рамках исполнения государственного контракта, права на которые принадлежат Российской Федерации. При этом государственным органам, являющимся заказчиками по государственным контрактам, Правительством Российской Федерации предоставлен объем прав, достаточный для помещения разработанных по таким контрактам программ для

ЭВМ в соответствующий фонд (хранилище, репозиторий) и предоставления права на их использование иным лицам.

Также следует отметить, что в рамках существующего правового регулирования уже создан механизм сбора сведений о свободных программах, используемых в ФГИС, и централизованного хранения этих сведений в специальном реестре. Этот механизм может и должен быть использован в целях информационного обеспечения процесса наполнения фонда свободными программами как на начальном этапе, так и в последующем.

Результаты выполненной научно-исследовательской работы могут быть использованы при разработке проектов нормативных правовых актов, регламентирующих порядок создания и функционирования фонда алгоритмов и программ (федеральной государственной информационной системы «Государственный фонд программ для ЭВМ»), а также корректировке существующей правовой базы в целях повышения эффективности работы фонда.