КОМПЬЮТЕРНАЯ ПРОГРАММА С ОТКРЫТЫМ ИСХОДНЫМ КОДОМ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ БЕЛОРУССКОГО ПРАВА

С.Н.МАКАРЧУК,
LL.M., адвокат,
председатель совета директоров
минского офиса юридической фирмы
Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati

Н.Д.ТОЛКАНИЦА,
старший юрист
минского офиса юридической фирмы
Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati

Материал подготовлен с использованием
правовых актов по состоянию
на 2 октября 2015 г.

Компьютерные программы прочно вошли в нашу жизнь. И сфера их применения увеличивается в геометрической прогрессии. А раз так, то расширяются и возможности их коммерческого использования, наблюдается рост такой отрасли экономики, как IT-бизнес. В частности, только за период с 2009 по 2013 год количество резидентов Парка высоких технологий выросло почти в два раза, а объем выручки от реализации программного обеспечения - в три <1>.

<1> IT-рынок. Обзор ЗАО "Инвестиционная компания "ЮНИТЕР" [Электронный ресурс] // Национальное агентство инвестиций и приватизации. - Режим доступа: http://investinbelarus.by/docs/-21948.pdf. - Дата доступа: 17.07.2015.

Не удивительно, что в Республике Беларусь принимается ряд нормативных актов, призванных урегулировать эту сферу. Однако в данном случае экономика и общественный прогресс идут впереди государства и его нормотворческих органов, опережая их и заставляя подстраивать законы под уже сформировавшиеся общественные отношения. Ученые-теоретики относительно такого взаимодействия государственно-правового регулирования и новых экономических форм отмечают: "Это двусторонний процесс их взаимосвязи и взаимодействия, где каждая из сторон в зависимости от сложившихся обстоятельств может играть определяющую или определяемую роль. Однако ведущее значение в конечном счете принадлежит экономике" <2>. К сожалению, такая ситуация приводит к тому, что многие явления, которые уже апробированы и применяются в мировой и национальной экономике, до сих пор не урегулированы белорусским законодательством, что приводит к вопросам в практике юристов. Одним из таких неурегулированных явлений являются компьютерные программы с открытым исходным кодом, также называемые open source software (далее - OSS).

<2> Марченко, М.Н. Теория государства и права: учеб. / М.Н.Марченко. - Изд. 2-е, перераб. и доп. - М.: ТК Велби: Проспект, 2006. - 398 с.

Законодательство Республики Беларусь содержит лишь одно упоминание о таком явлении в п. 2 ст. 39 Закона Республики Беларусь от 17.05.2011 N 262-З "Об авторском праве и смежных правах" (далее - Закон). При этом законодатель даже не удосужился внести ясность, что же все-таки такое компьютерная программа с открытым исходным кодом, что вызывает непонимание этого явления как со стороны обывателей, так и со стороны практикующих юристов. Следует отметить, что понятие это триедино, т.к. включает в себя три вопроса: что такое компьютерная программа, что такое исходный код, какой исходный код является открытым.

Понятие "компьютерная программа" нашло свое отражение в праве Республики Беларусь. В частности, это представленная в объективной форме упорядоченная совокупность команд и данных, предназначенных для использования на компьютере и в иных системах и устройствах в целях обработки, передачи и хранения информации, производства вычислений, получения аудиовизуальных изображений и других результатов. Частью компьютерной программы являются включенные в компьютерную программу документы, детально описывающие функционирование компьютерной программы, в том числе взаимодействие с пользователем и внешними компонентами (абз. 11 ст. 4 Закона). Стоит отметить, что

компьютерная программа - объект авторского права. Охрана компьютерных программ распространяется на все виды компьютерных программ (в том числе на операционные системы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код (п. 1 ст. 13 Закона, п. 2 ст. 993 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК)).

Итак, с точки зрения белорусского законодателя, компьютерная программа включает в себя как исходный текст, так и объектный код. Однако из этого определения непонятно, что такое исходный код. Является ли термин "исходный код" синонимом термина "исходный текст"? Такие вопросы вызваны допущенным законодателем недочетом, выразившимся в использовании в Законе терминов "исходный текст" и "исходный код", которые с точки зрения программирования являются синонимами. Так, в частности, исходный код (также исходный текст) - текст компьютерной программы на каком-либо языке программирования или языке разметки, который может быть прочтен человеком. Исходный код при помощи программных средств перерабатывается до запуска программы в объектный код, который понятен машине и может быть исполненным ею. Не разграничивают это понятие для целей толкования правовых норм и многие юристы, например С.С.Лосев в комментарии к ст. 39 Закона <3>.

<3> Лосев, С.С. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь "Об авторском праве и смежных правах" [Электронный ресурс] / С.С.Лосев // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр". - Минск, 2015.

Исходный код может быть закрытым. В этом случае, как отмечает С.Дж.Дэвидсон, "коммерческое или запатентованное программное обеспечение распространяется только в бинарной, исполнимой форме и разработчики сохраняют за собой право знать исходный код, изменять программное обеспечение, распространять программное обеспечение и разрешать другим совершать эти действия" <4>. Однако исходный код, т.к. он представляет собой текст компьютерной программы, может быть и открытым, т.е. доступ к нему и право его использования может получить каждый. При этом стоит понимать, что открытым и закрытым исходный код делает в первую очередь не то, что к нему есть или отсутствует технический доступ, а его правовой режим. Остается только вопрос, что же такое открытость исходного кода?

<4> Дэвидсон, С.Дж. Пособие по программному обеспечению с открытым исходным кодом для предпринимателей и юристов [Электронный ресурс] / С.Дж.Дэвидсон // Всемирная организация интеллектуальной собственности. - Режим доступа: http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/ru/documents/docs/opensource_software_primer.pdf. - Дата доступа: 17.07.2015.

Прежде чем ответить на этот вопрос с точки зрения права, необходимо понять, что в это понятие вкладывается на практике. В частности, Л.Розен, опираясь на определение open source <5>, которое принято Open Source Initiative (OSI), одной из некоммерческих организаций США, пропагандирующей открытость исходного кода, выделяет следующие критерии: 1) пользователи вправе использовать OSS для любых целей; 2) пользователи вправе изготавливать и распространять копии OSS без уплаты каких-то роялти правообладателю; 3) пользователи вправе создавать производные произведения и распространять их без уплаты каких-то роялти правообладателю; 4) пользователи вправе получить свободный доступ к исходному коду OSS и использовать этот исходный код; 5) пользователи вправе комбинировать OSS и иное программное обеспечение <6>. Таким образом, открытость исходного кода предполагает наличие на безвозмездной основе у третьих лиц как минимум следующих прав: на осуществление или разрешение установки OSS на компьютер или иное устройство, на запуск и работу с OSS (использование заложенных в OSS функциональных возможностей), на распространение оригинала или экземпляров OSS посредством продажи или иной передачи права собственности, на импорт экземпляров произведения, на иное сообщение произведения для всеобщего сведения (например, посредством предоставления доступа через сеть Интернет), на переработку OSS для создания производного произведения. Итак, можно сделать вывод, что открытый исходный код представляет с точки зрения права особый правовой режим, расширяющий права третьих лиц в отношении программы с открытым исходным кодом. Однако необходимо понять, на основании чего этот режим возникает, что лежит в его основе.

<5> The Open Source Definition [Electronic resource] / The Open Source Initiative. - Режим доступа: http://opensource.org/docs/osd. - Дата доступа: 17.07.2015.

<6> Rosen, L.E. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law / L.E.Rosen. - Prentice Hall PTR, 2005. - P. 9 - 11.

В праве определен ограниченный перечень случаев, когда третьи лица имеют право использования объекта авторского права <7>:

1) переход произведения в общественное достояние;

2) случаи свободного использования объектов авторского права, в том числе некоммерческое использование в личных целях;

3) предоставление прав на основании лицензионного договора.

<7> Соболь, И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: монография [Электронный ресурс] / И.А.Соболь // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО "КонсультантПлюс". - М., 2015.

Можно ли в рамках этих давно устоявшихся правовых институтов говорить об OSS в белорусском праве?

Переход произведения в общественное достояние связывается с истечением срока действия исключительных прав автора на это произведение (п. 1 ст. 21 Закона). Стоит отметить, что такой срок достаточно длителен и обычно действует в течение жизни автора и пятидесяти лет после его смерти (п. 2 ст. 20 Закона), а если произведение является анонимным или создано под псевдонимом - в течение пятидесяти лет с момента первого правомерного обнародования или с момента создания (если в течение пятидесяти лет с момента его создания оно не было правомерно обнародовано с согласия автора) (п. 3 ст. 20 Закона). Законодательство не предусматривает никаких иных случаев возникновения режима общественного достояния в отношении объектов авторского права, указывая лишь на истечение срока. Ни автор, ни правообладатель (если они не совпадают в одном лице) не вправе распространить этот режим на компьютерную программу по своей воле. Л.Розен отмечает: "Open source software является собственностью лиц и компаний в силу законодательства об авторском праве и промышленной собственности... Это не программное обеспечение в режиме общественного достояния" <8>. Такую же позицию высказывают и российские юристы, в частности, И.А.Соболь отмечает, что "срок обладает свойством неотвратимости наступления, поэтому переход произведения в общественное достояние никак не связывается с волей правообладателя или любого другого лица" <9>. Таким образом, OSS используется третьими лицами не на основании такого правового института, как переход произведения в общественное достояние, а по-иному.

<8> Rosen, L.E. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law / L.E.Rosen. - Prentice Hall PTR, 2005. - P. 37.

<9> Соболь, И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: монография [Электронный ресурс] / И.А.Соболь // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО "КонсультантПлюс". - М., 2015.

У третьих лиц права на OSS (в том числе ее исходный код) как на объекты авторского права могут возникнуть также в случае, когда законодательством допускается их свободное использование, например воспроизведение правомерно обнародованного произведения для целей судопроизводства (п. 4 ст. 32 Закона), воспроизведение объектов авторского права в случае, когда такое воспроизведение является временным и составляет неотъемлемую существенную часть технологического процесса передачи данных (ст. 40 Закона). Стоит отметить, что в отношении компьютерных программ и баз данных действуют также особые случаи их свободного использования.

Так, согласно ст. 39 Закона лицо, правомерно владеющее экземпляром компьютерной программы или базы данных, вправе изготовить ее копию при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей или замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда оригинал компьютерной программы или базы данных утерян, уничтожен или стал непригодным для использования. При этом такая копия компьютерной программы или базы данных не может быть использована для иных целей и должна быть уничтожена в случае, если владение экземпляром этих компьютерной программы или базы данных перестанет быть правомерным (п. 1 ст. 39 Закона). Вправе ли мы считать, что в этом случае у третьих лиц возникают какие-либо права, свойственные режиму OSS? На наш взгляд, нет, т.к. у пользователя отсутствуют следующие права, свойственные режиму OSS: на распространение оригинала или экземпляров программы, на импорт ее экземпляров, на ее сообщение для всеобщего сведения, на переработку произведения для создания производного произведения. Да и с технической точки зрения такой экземпляр компьютерной программы может содержать только объектный код, необходимый для ее исполнения вычислительной техникой, а исходный код не будет предоставлен правообладателем пользователю, иными словами, закрыт.

Вместе с тем п. 2 ст. 39 Закона также предусматривает два иных случая, когда лицо, правомерно владеющее экземпляром компьютерной программы, вправе ее свободно использовать. Во-первых, это право ее адаптации, т.е. право настройки без изменения исходного кода исключительно в целях ее

функционирования на технических устройствах пользователя и обеспечения совместной работы с другими компьютерными программами.

Во-вторых, это право внесения в компьютерную программу изменений в случае, если она была поставлена вместе с открытым исходным кодом и (или) пользователю было предоставлено право на ее переработку. Законодатель в этой норме, применяя в том числе союз "или", зачем-то указывает, что изменения в компьютерную программу могут производиться пользователем при наличии одного из двух условий (как в принципе и при наличии одновременно обоих): 1) программа поставлена с открытым исходным кодом или 2) пользователю было предоставлено право на ее переработку. Это лишено логики с точки зрения программирования, т.к. изменить программу без получения доступа к исходному коду, даже при наличии формального юридического разрешения правообладателя, технически невозможно. Это нелогично и с точки зрения права. Дело в том, что, как уже указывалось выше, компьютерная программа - объект авторского права. Следовательно, лишь правообладатель обладает исключительным правом на переработку произведения для создания производного произведения (абз. 13 п. 2 ст. 16 Закона). К числу же производных произведений помимо переводов, аранжировок и т.д. "могут относиться и другие виды работ, создаваемых на основе ранее созданных произведений, при условии, что деятельность по их созданию носит творческий характер" <10>. Соответственно получивший открытый исходный код программы человек, прилагая творческие усилия (что включает понимание принципов и алгоритмов кода, а также творчество по их усовершенствованию), внося изменения в компьютерную программу, осуществляет ее переработку и создает производное произведение. Следовательно, лицо, получившее доступ к открытому исходному коду, но при этом не получившее разрешение автора на переработку произведения, не вправе вносить изменения в такой исходный код, что повлечет де-юре несанкционированную переработку программы. Резюмируя все вышеизложенное, можно сделать вывод, что вторым случаем свободного использования компьютерной программы пользователем является право внесения в нее изменений в случае, если одновременно она была поставлена вместе с открытым исходным кодом и пользователю было предоставлено право на ее переработку. Однако законодатель ограничил права пользователя только правом на переработку, не включив в список допустимых действий распространение копий оригинала программы и производных произведений и иное сообщение произведения для всеобщего сведения, т.е. именно те права, которые помимо прочих составляют правовое содержание компьютерной программы с открытым исходным кодом. Соответственно нельзя говорить о том, что концепция "открытости" исходного кода базируется на положениях Закона о случаях свободного использования объектов авторского права. К тому же отдельно предусмотрено, что полученная при выполнении указанных действий информация не должна использоваться для создания других компьютерных программ, аналогичных адаптируемой, или для осуществления любого действия, нарушающего авторское право.

<10> Лосев, С.С. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь "Об авторском праве и смежных правах" [Электронный ресурс] / С.С.Лосев // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр". - Минск, 2015.

Тем не менее в отношении обоих этих прав (право на адаптацию и право на внесение изменений) п. 2 ст. 39 Закона допускает, что иное может быть предусмотрено договором с автором или иным правообладателем, что говорит о диспозитивности соответствующих норм. Подобной позиции придерживается и С.С.Лосев, указывая, "что условиями лицензионного или иного договора, на основании которого пользователь получил право пользования компьютерной программой, могут быть как предусмотрены дополнительные ограничения или установлен запрет на адаптацию программы, так и расширены такие возможности" <11>.

<11> Лосев, С.С. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь "Об авторском праве и смежных правах" [Электронный ресурс] / С.С.Лосев // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр". - Минск, 2015.

И на основании этого указания мы можем обратиться к последнему случаю, когда третье лицо имеет право использовать объект авторского права: это заключение лицензионного соглашения. На наш взгляд, именно через призму лицензионного договора раскрывается сущность OSS. С.Дж.Дэвидсон отмечает: "На самом базовом уровне "программное обеспечение с открытым исходным кодом" отличается от запатентованного программного обеспечения наличием исходного кода у любого, кто получает лицензию на использование программного обеспечения, и во многих случаях наличием общего разрешения на изменение и повторное его распространение как в бинарной форме, так и в форме исходного кода" <12>. Подобной позиции придерживалась и Open Source Initiative (OSI), формулируя определение Open Source

<13>. Такой же позиции придерживается и Е.П.Иванова, используя, однако, для таких лицензий аналогичный российскому законодательству термин "свободная лицензия": "При использовании программного обеспечения со свободной лицензией программный код, лежащий в основе таких программ, доступен пользователям для того, чтобы они могли читать его, вносить в него изменения и создавать новые варианты программного обеспечения, включающие эти изменения. В данном случае принято называть такое программное обеспечение программным обеспечением с открытым исходным кодом" <14>.

<12> Дэвидсон, С.Дж. Пособие по программному обеспечению с открытым исходным кодом для предпринимателей и юристов [Электронный ресурс] / С.Дж.Дэвидсон // Всемирная организация интеллектуальной собственности. - Режим доступа: http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/ru/documents/docs/opensource_software_primer.pdf. - Дата доступа: 17.07.2015.

<13> The Open Source Definition [Electronic resource] / The Open Source Initiative. - Режим доступа: http://opensource.org/docs/osd. - Дата доступа: 17.07.2015.

<14> Иванова, Е.П. Свободные лицензии на программное обеспечение [Электронный ресурс] / Е.П.Иванова // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр". - Минск, 2015.

И действительно, при использовании OSS, если рассматривать это явление как предоставление лицензии пользователю, он получает разрешение использовать соответствующий объект авторского права или смежных прав определенным способом (п. 1 ст. 44 Закона). При этом законодательство под использованием понимает в том числе распространение оригинала или экземпляров произведения посредством продажи или иной передачи права собственности, и импорт экземпляров произведения, и иное сообщение произведения для всеобщего сведения (например, посредством предоставления доступа через сеть Интернет), и переработку произведения для создания производного произведения (п. 2 ст. 16 Закона).

Однако лицензия на OSS значительно отличается от всех иных лицензий. Обычно такой вид лицензий на объекты авторского права называют открытыми, или свободными. Изначально такие лицензии не были каким-либо образом закреплены в законодательстве стран мира. Вместо этого правовое регулирование формировалось в ходе практики. В результате на данный момент создано огромное количество договоров открытых лицензий: лицензии GNU, лицензия Berkley Software Distribution (BSD), лицензия Massachusetts Institute of Technology (MIT), публичная лицензия Mozilla (или MPL), лицензии Apache, лицензии Creative Commons (CC), публичная лицензия Евросоюза (European Union Public License, или EUPL), Common Public License (CPL) и т.д. В частности, Е.П.Иванова разделяет их в зависимости от производителя, называя следующие категории <15>:

1) свободные лицензии от Free software foundation (лицензии GNU Not Unix, или GNU);

2) свободные лицензии от Массачусетского технологического института (лицензии Massachusetts Institute of Technology, или MIT);

3) свободные лицензии от участников Калифорнийского университета (лицензии Berkley Software Distribution License, или BSD);

4) свободные лицензии от IBM (лицензии Common Public License, или CPL);

5) свободные лицензии от Open Source Initiative & Netscape (публичная лицензия Mozilla, или MPL).

<15> Иванова, Е.П. Свободные лицензии на программное обеспечение [Электронный ресурс] / Е.П.Иванова // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр". - Минск, 2015.

В то же время Л.Розен разделяет открытые лицензии на основании их задач следующим образом <16>.

<16> Rosen, L.E. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law / L.E.Rosen. - Prentice Hall PTR, 2005. - P. 69 - 71.

1. Академические лицензии, которые изначально разрабатывались академическими институтами, чтобы открыто распространять программное обеспечение без возложения на лицензиата обязанности открывать исходный код производных произведений с предоставлением ему права использовать программу для любых целей. К таким лицензиям относятся лицензии BSD, MIT и Apache.

2. Взаимно обязывающие лицензии, которые также не ограничивают цели, для которых может использоваться компьютерная программа. Однако такие лицензии, в свою очередь, налагают на лицензиата обязанность распространять производные произведения на условиях лицензии, идентичной

той, которую получил лицензиат, а также требуют открытия исходного кода производных произведений, созданных лицензиатом. К таким лицензиям относятся лицензии GNU, MPL, CPL и т.д.

3. Лицензии "открытых стандартов", которые своей изначальной целью ставят то, что стандартное программное обеспечение и документация могут быть всегда доступны любому лицу. Часто такие лицензии требуют, чтобы любые изменения в программу публиковались отдельно, для того чтобы в случае необходимости можно было всегда вернуться к стандартной версии.

4. Лицензии содержания, которые изначально разрабатывались некоммерческой организацией Creative Commons в качестве универсальных открытых лицензий на любые объекты авторского права, в том числе компьютерные программы, книги, аудио- и видеопроизведения и т.д.

Независимо от вида лицензии на OSS можно выделить несколько основных признаков таких лицензий. Такая лицензия является:

1) простой (неисключительной), т.е. лицензиар предоставляет лицензиату право использования объекта авторского права или смежных прав с сохранением за лицензиаром права использования объекта авторского права или смежных прав и права выдачи лицензии другим лицам (п. 3 ст. 44 Закона);

2) свободной от роялти, т.е. лицензия не является возмездной, что в принципе допустимо, в том числе согласно белорусскому законодательству (п. 4 ст. 44 Закона);

3) всемирной, т.е. лицензиат вправе использовать произведение (компьютерную программу) в любой стране мира.

Подобная позиция закреплена в самих лицензиях, например в ст. 2 EUPL <17>, ст. 2.1 MPL <18> и ст. 11 GNU GPL <19>. Подобной позиции придерживается и законодатель Российской Федерации (ст. 1286.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК России)).

<17> European Union Public Licence - EUPL v.1.1 [Electronic resource] / European Comission. - Режим доступа: http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Docbb6d.pdf?id=31979. - Дата доступа: 17.07.2015.

<18> Mozilla Public License Version 2.0 [Electronic resource] / Mozilla Foundation. - Режим доступа: https://www.mozilla.org/MPL/2.0/. - Дата доступа: 17.07.2015.

<19> GNU General Public License [Electronic resource] / GNU Operating System. - Режим доступа: http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html. - Дата доступа: 17.07.2015.

Помимо этого, практика и законодательство некоторых стран указывают, что такой тип лицензий заключается в упрощенном порядке и является договором присоединения. В частности, согласно ст. 1286.1 ГК России открытая лицензия является договором присоединения. Все ее условия должны быть доступны неопределенному кругу лиц и размещены таким образом, чтобы лицензиат ознакомился с ними перед началом использования соответствующего произведения. В открытой лицензии может содержаться указание на действия, совершение которых будет считаться акцептом ее условий. В этом случае письменная форма договора считается соблюденной. С таким подходом нельзя не согласиться. На данный момент огромное количество разнообразного контента, в том числе компьютерных программ, распространяется как на дисках, так и посредством его размещения в сети Интернет, а значит, соблюдение письменной формы лицензионного договора создаст слишком много сложностей для этого рынка. Подобную позицию высказал и белорусский законодатель, указав, что заключение лицензионного договора допускается путем заключения каждым лицензиатом с соответствующим лицензиаром договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре компьютерной программы или базы данных либо на упаковке каждого экземпляра или приложены к каждому экземпляру. Начало использования таких компьютерной программы или базы данных лицензиатом означает его согласие на заключение договора (п. 7 ст. 44 Закона). Стоит, однако, отметить, что в Беларуси это правило применимо только к компьютерным программам (и базам данным), что значительно ограничивает возможность использования так называемых лицензий содержания (лицензий Creative Commons), применимых к любым объектам авторского права.

Наконец, отличительной чертой лицензий на компьютерные программы с открытым исходным кодом является их срок. В частности, общемировая практика идет таким путем, что если автор заявил о распространении произведения на основании открытой лицензии, то срок такого договора должен быть равен всему сроку действия исключительных прав на это произведение. Однако с учетом договорной сущности возникающих правоотношений ничто не мешает создателю произведения установить срок открытой лицензии. Более того, например, в России срок открытых лицензий также зависит от объекта. Так, в случае если срок действия открытой лицензии не определен, в отношении программ для ЭВМ и баз данных договор считается заключенным на весь срок действия исключительного права, а в отношении других видов произведений договор считается заключенным на пять лет (п. 3 ст. 1286.1 ГК России).

При рассмотрении вышеописанных признаков открытой лицензии, которые сформировались и нашли свое выражение в конкретных договорах, возникает вопрос, насколько они применимы в

Республике Беларусь.

Согласно действующему законодательству по лицензионному договору правообладатель (лицензиар) предоставляет пользователю (лицензиату) разрешение использовать соответствующий объект авторского права или смежных прав (п. 1 ст. 44 Закона). При этом лицензия может быть как исключительной, так и неисключительной (п. 2 и 3 ст. 44 Закона). Лицензионный договор предполагается возмездным, если иное не предусмотрено этим договором (п. 4 ст. 44 Закона), должен содержать условия о сроке его действия и о территории, на которой допускается использование объекта авторского права или смежных прав (п. 5 ст. 44 Закона). В случае с программным обеспечением заключение лицензионного договора допускается путем заключения каждым лицензиатом с соответствующим лицензиаром договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре программы либо на упаковке каждого экземпляра или приложены к каждому экземпляру. Начало использования означает согласие лицензиата на заключение договора (п. 7 ст. 44 Закона). Таким образом, в целом Закон допускает заключение договора на условиях "открытости", т.е. неисключительной всемирной свободной от роялти лицензии на срок действия исключительных прав.

Тем не менее на практике заключение таких договоров вызывает много вопросов. Так, в частности, возможно ли обязать лицензиата также открывать исходный код и распространять производные произведения на условиях, идентичных изначальной лицензии? Например, ст. 5 лицензии GNU GPL <20>, ст. 3 (b) лицензии CC Attribution-ShareAlike 4.0 International <21> и ст. 3.1 лицензии MPL <22> прямо предусматривают, что лицензиат обязан распространять производные произведения на тех же лицензионных условиях, на которых он получил и изначальную программу (например, без взыскания роялти и с предоставлением возможности последующим лицензиатам перерабатывать программу). В противном случае лицензия подлежит автоматическому прекращению. Возникает вопрос: а вправе лицензиар устанавливать такие ограничения для лицензиатов, которые станут лицензиарами в отношении производной программы?

<20> GNU General Public License [Electronic resource] / GNU Operating System. - Режим доступа: http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html. - Дата доступа: 17.07.2015.

<21> CC Attribution-ShareAlike 4.0 International [Electronic resource] / Creative Commons. - Режим доступа: http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode. - Дата доступа: 17.07.2015.

<22> Mozilla Public License Version 2.0 [Electronic resource] / Mozilla Foundation. - Режим доступа: https://www.mozilla.org/MPL/2.0/. - Дата доступа: 17.07.2015.

Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо понимать, что передача производного произведения не может рассматриваться как сублицензия. В случае сублицензии лицензиат предоставляет другим лицам (сублицензиатам) право использовать объект авторского права, если это прямо предусмотрено лицензионным договором, в пределах полномочий, предоставленных лицензиату этим договором (п. 6 ст. 44 Закона). Лицензионный договор согласно п. 1 ст. 44 Закона заключается в отношении конкретного объекта авторского права, т.е. в описываемом случае в отношении изначальной OSS. Права на производное произведение никаким образом по лицензионному договору не передаются, т.к. принадлежат не лицензиару, а автору производного произведения - лицензиату (п. 1 ст. 10 Закона). Соответственно лицензиат, являющийся автором производной компьютерной программы, будет передавать права на вновь созданный продукт уже по новому лицензионному договору.

В этом случае по общему правилу условия договора определяются по усмотрению сторон в порядке и пределах, предусмотренных законодательством (п. 3 ст. 391 ГК). Таким образом, полагаем, изначальный лицензиар и его контрагент, заключая новый лицензионный договор в отношении программы, производной от той, что была создана на основе OSS, свободны установить любые условия, в том числе условия о роялти в отношении производной программы, т.к. это никоим образом не противоречит белорусскому законодательству. Коммерциализация производной программы и нераскрытие ее исходного кода, в свою очередь, ведут к автоматическому прекращению изначального лицензионного договора (ст. 8 лицензии GNU GPL <23>, ст. 6(a) лицензии CC Attribution 4.0 International <24>, ст. 5.1 лицензии MPL <25>) и соответственно к прекращению прав лицензиата в отношении исходной OSS, в том числе прекращению права на переработку. Возникает вопрос о том, что станет в таком случае с правами лицензиата на производную компьютерную программу как автора производного произведения. К сожалению, законодательство Республики Беларусь и судебная практика не дают ответа на этот вопрос, лишь указывая, что автор производного произведения должен соблюдать права автора изначального произведения.

<23> GNU General Public License [Electronic resource] / GNU Operating System. - Режим доступа: http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html. - Дата доступа: 17.07.2015.

<24> CC Attribution-ShareAlike 4.0 International [Electronic resource] / Creative Commons. - Режим доступа: http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode. - Дата доступа: 17.07.2015.
<25> Mozilla Public License Version 2.0 [Electronic resource] / Mozilla Foundation. - Режим доступа: https://www.mozilla.org/MPL/2.0/. - Дата доступа: 17.07.2015.

Все это ведет к правовой неопределенности и сложности в применении такого правового явления, как OSS, в Республике Беларусь. В частности, к спорам относительно действительности прав на производные произведения, спорам о прекращении основных лицензионных договоров на OSS, спорам о компенсациях, которые согласно законодательству могут достигать пятидесяти тысяч базовых величин (п. 2 ст. 56 Закона), и возмещении понесенных убытков и т.д.

Закрыть глаза на подобную проблему нельзя, в силу того что с каждым днем объем компьютерных программ с открытым исходным кодом на мировом и национальном рынках растет, постепенно вытесняя программное обеспечение с закрытым исходным кодом. Например, операционная система Android, исходный код которой открыт, занимает более 79% мирового рынка смартфонов <26>. Согласно данным TOP 500 (рейтинг 500 самых мощных общественно известных вычислительных систем мира) на конец 2014 года 485 из 500 мировых суперкомпьютеров работали на базе Linux (ОС с открытым исходным кодом) <27>. Таким образом, складывается ситуация, когда, с одной стороны, компьютерные программы с открытым исходным кодом уже прочно вошли в нашу жизнь и используются, с другой - законодатель так и не урегулировал это явление должным образом. Хочется надеяться, что существующие пробелы в регулировании OSS будут восполнены белорусским законодателем в ближайшее время.

<26> Olenick, D. Apple iOS And Google Android Smartphone Market Share Flattening: IDC [Electronic resource] / D.Olenick // Forbes. - Режим доступа: http://www.forbes.com/sites/dougolenick/2015/05/27/apple-ios-and-google-android-smartphone-market-share-flattening-idc/. - Дата доступа: 17.07.2015.
<27> Moody, G. 2015: Open Source Has Won, But It Isn't Finished [Electronic resource] / G.Moody // Computerword UK. - Режим доступа: http://www.computerworlduk.com/blogs/open-enterprise/open-source-has-won-3592314/. - Дата доступа: 17.07.2015.