

Практика поставщиков программного обеспечения и законодательство Российской Федерации

Федор Янович Дзержинский, CSDP

Ирина Михайловна Калининко
адвокат Московской областной коллегии адвокатов

Fedor Dzerzhinski (Dzerzhinski), Irina Kalinichenko
"The Practice of Software Vendors and the Legislation of Russian Federation"
Software Engineering Conference (Russia), Moscow, 2006/11/16-17, <http://seconf.ru/2006/>

SEC(R)2006 Conference Materials. - М.: ТЕКАМА, 2006, pp.122-125

© Ф.Д., И.К., 2006

1

Проблемы законности использования ПО (обычно обсуждаемые)

- (1) "Пиратство" - Вред, причиняемый "незаконными пользователями" законопослушным поставщикам ПО
- (2) Вред от незаконного использования ПО для самих пользователей (особенно, корпоративных)
 - Низкие управляемость и качество информационных активов
 - Угрозы информационной безопасности
 - "Незаметное" попадание в зависимость от "непредвиденно" (иногда - "непосильно") дорогого ПО
 - Отсутствие поддержки и ответственности поставщика
 - Ущерб репутации, юридические риски и т. д., и т. п.

2

Проблемы законности использования ПО (предмет данного сообщения)

- (3) Риски и для поставщиков ПО, и для пользователей ПО из-за несоответствий практики поставщиков ПО применимому законодательству и принципам деловой этики.

"Практика" поставщиков ПО - методы работы, форма и условия заключаемых сделок и т. п.

Здесь рассматриваются проблемы

- корпоративных пользователей ПО
- в Российской Федерации

3

Вводные замечания

- Это сообщение не является описанием опыта конкретной организации - работодателя, клиента или заказчика какого-либо из авторов
- Здесь не упоминаются названия каких-либо конкретных организаций-поставщиков или пользователей ПО (чтобы избежать "перехода на личности")

4

Вводные замечания О "технике безопасности"

- Информация этого сообщения:
 - адресована законопослушным пользователям и поставщикам ПО
 - непригодна как основа юридических уловок для ухода от ответственности за незаконное использование ПО (возможен обратный результат)
- Эту информацию не следует использовать как основание для практических действий без участия квалифицированного юриста

5

Вводные замечания О проекте Части четвертой ГК РФ

Законопроект

Гражданский кодекс РФ

Часть четвертая

Раздел VII

Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации

(Принят уже во втором чтении, предполагаемый срок введения в действие - 01.01.2008)

См.: <http://rniis.ru/> Республиканский НИИ Интеллектуальной Собственности (РНИИС)

6

Примеры "проблемной" практики поставщиков ПО. Обстоятельства

Обстоятельства
(не обязательно нарушение закона)

7

Что "хорошо" для поставщика и для пользователя ПО

Для пользователя ПО "**Хорошо**":

- **высокое качество** ПО и услуг
- "не завышенные" затраты на ПО и услуги
- приемлемые риски (информационная безопасность)
- **минимум ненужных возможностей ПО**

Для поставщика ПО:

- "**Хорошо**" - **монотонный рост доходов** от ПО и услуг
- "**Плохо**" - **слишком высокое** качество ПО
- **сокращение излишних** возможностей ПО

8

"Ожирение" ПО (Fatware) и информационная безопасность

Отдельные поставщики ПО принимают меры для **ускоренной** замены пользователем ранее купленного ПО новым ПО (версиями)

- На порядки большие **объем и сложность**
- **Избыточная функциональность**

"Ожирение ПО" ("**Fatware**")

Robert L. Glass, "Of Model Changeovers, Style, and Fatware"
Communications of the ACM, 2001, Vol.44, No.9, pp.17-18

- **Повышенные риски информационной безопасности**
 - встроенные средства удаленного контроля,
 - качественно большая сложность,
 - съём информации без ведома пользователя и т. п.

9

"Навязывание" ПО с избыточной или опасной функциональностью

ПО, ранее купленное пользователем:

- приобретено, **оплачено**
- вполне работоспособно и **достаточно**
- освоено персоналом, **встроено** в технологии пользователя
- проверено на практике, **недостатки известны** пользователю
- меры для снижения рисков реализованы

Как скоро пользователю следует взамен этого ПО купить новое? Через 3 года? Через 4 года? Через 5 лет? Через 1 год?

*Чьи интересы и обстоятельства должны определять ответ пользователя на этот вопрос - его собственные **или поставщика ПО?***

10

Влияние поставщика ПО на работников покупателя ПО

Пример мероприятий по "навязыванию" ПО:

Отдельные **поставщики ПО** предпринимают:

- вовлечение **технических специалистов** корпоративных пользователей ПО ("**системных администраторов**" и др.) в действия по **максимизации закупок их работодателем ПО этого поставщика**
- **влияние** на таких специалистов, включая
- предложение им **вознаграждения** в размере ощутимой **доли сумм, уплачиваемых за ПО** данному поставщику **работодателем** специалиста.

11

Влияние поставщика на работников покупателя ПО. Последствия

Это "влияние" может приводить таких специалистов

- к **одностороннему, неполному** и даже **корыстно заинтересованному** информированию такими специалистами лиц, принимающих решение о закупке ПО
- в том числе - **о реальных затратах**, необходимых для окупаемости вложений в его приобретение и достижения желаемых результатов его закупки.

Возможный итог:

- **Введение в заблуждение руководства пользователя ПО**
- "**Закабаление**" пользователя поставщиком ПО

12

"Навязывание", "влияние" и организация-пользователь ПО

- Рассматриваемая практика поставщиков ПО - имеет естественные экономические основания и **не является нарушением закона** (или не обязательно является), **но**
- организация-пользователь ПО может рассматривать подобную практику **как противоречащую ее законным интересам, правам и обязательствам** (например, по обеспечению информационной безопасности), и
- принимать соответствующие **меры для защиты своих законных интересов**, в рамках, предусмотренных законом (в частности, использовать **консервативный подход** к обновлению ПО).

13

Примеры "проблемной" практики поставщиков ПО. Проблемы

Собственно проблемы

14

Ненадлежащая форма сделок, вовлечение неуполномоченных лиц

Практика, характерная для многих (в т. ч. крупных западных) поставщиков ПО на российском рынке:

В качестве **акцепта** предложенных поставщиком условий договора **об использовании программы для ЭВМ** рассматриваются их **подписание** или символизирующие его технические действия,

реально почти всегда выполняемые **лицами, заведомо не имеющими полномочий** на совершение юридических действий от имени организации-пользователя ПО.

15

Результат - отсутствие экспертизы и осведомленности руководства

Такое "**подписание**" часто осуществляются

- **без компетентной экспертизы** (иногда даже **без прочтения**) якобы "акцептуемых" условий договора с правообладателем ПО и
- **без уведомления руководства** организации (корпоративного пользователя ПО) о том, **какие конкретно права и обязательства** она в результате "получила" и "приняла на себя".

16

Примеры действий по "акцепту"

Примеры **технических действий** при работе с программой или ее материальным носителем, **символизирующих "подписание"**:

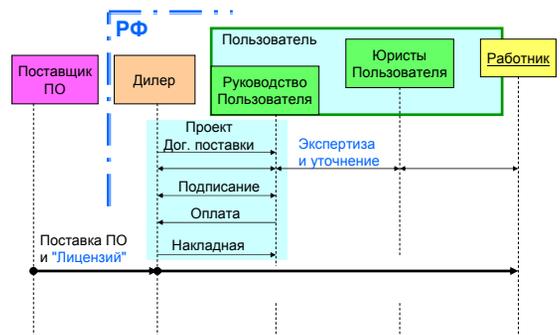
- вскрытие упаковки
- "нажатие кнопки" на экране компьютера
- установка программы
- электронная "регистрация" на веб-сайте поставщика ПО

Примеры **"собственноручного" подписания без необходимых полномочий**:

- оформление "регистрационной карточки ПО" на бумаге
- подписание договора на бумаге лицом без доверенности

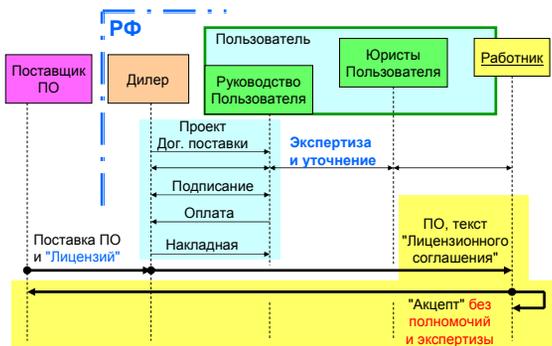
17

Типичная схема поставки "лицензий на ПО" (1)



18

Типичная схема поставки "лицензий на ПО" (2)



19

Проблемы экспертизы "лицензионных соглашений" у пользователя

Типичное "лицензионное соглашение" - это:

- Многостраничный, **крайне сложный** юридический текст
- Иногда передается только в электронной форме
- Иногда - без перевода на русский язык
- Подразумевает **знание технических деталей ПО**

Точный смысл часто непонятен юристу:

- с **только гуманитарным** образованием или
- без **актуальных** технических знаний в области ПО

Если не проведена экспертиза юристами пользователя

- возможно **различное толкование** сторонами условий договора
- высокие **юридические риски** для обеих сторон в случае разногласий в будущем

20

Особый порядок заключения договоров на использование программ для ЭВМ

Формальное основание рассматриваемой практики поставщиков ПО - **особый порядок заключения договоров** ("например, путем изложения условий договора на передаваемых экземплярах программ для ЭВМ и баз данных") согласно [п. 3 ст. 14 Федерального закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных"](#)

21

Особый порядок заключения договоров и п.2 ст. 438 ГК РФ

Согласно [п. 2 ст. 438 ГК РФ](#) ("Молчание не является акцептом, если иное не вытекает из **закона, обычая** делового оборота или из **прежних** деловых отношений сторон"),

Возможна аргументация: при рассматриваемой практике, **поставщик ПО:**

- **фактически взаимодействует не с организацией-пользователем ПО, а с не уполномоченными ею лицами**
- **навязывает** ей условия и форму сделки
- **вводит** организацию **в заблуждение** относительно последствий для нее совершаемой сделки

22

Ненадлежащая форма сделок, вовлечение неуполномоченных лиц. Выводы

- **Высокие юридические риски для обеих сторон**
- **Сложно предсказуемые** конечные результаты возможных споров

23

Заведомо неравноправные условия сделок

Для многих поставщиков ПО, "образцово-показательный" рынок ПО - это США. Те же подходы они приносят в РФ.

"Лицензионные соглашения" некоторых поставщиков ПО подразумевают, что **установление фактов**, касающихся правомерности использования ПО, должно осуществляться с помощью **ПО этого поставщика** и на основе данных **в электронной форме**, имеющихся **только у него**.

Однако, законодательство РФ предусматривает

- не столь широкие права правообладателя **устанавливать по своему усмотрению** условия использования ПО
- иные нормы, касающиеся **юридических последствий** сообщений и данных **в электронной форме**

24

Заведомо неравноправные условия. Риски для пользователя

Часто пользователю не предоставляются какие-либо имеющие силу в РФ документы, подтверждающие его права на использование ПО и пригодные для предъявления их третьим сторонам.

Выдаются "сертификаты", "лицензии" и др. "красивые бумаги"

- иногда с голограммами и иными защитными элементами
- **без собственноручных подписей** и иных реквизитов, обязательных с точки зрения законодательства РФ.

Это ставит пользователя ПО в **крайне жесткие рамки**, создает для него **риски невольного нарушения** условий договора с правообладателем ПО в силу **случайных** или **заведомо неподконтрольных** обстоятельств (в том числе мотивированных самим поставщиком ПО)

25

Заведомо неравноправные условия. Риски для поставщика

Однако, это же может дать **основание для сомнений**

- в обоснованности выводов о фактах нарушения, сделанных поставщиком или при его участии или зависимой от него стороной, и
- в добросовестности действий поставщика ПО.

Поскольку факт нарушения доказывают **на основе данных в электронной форме**, возможна постановка вопроса о том, что **процедура доказывания фактов**

- не была "**добровольно и со знанием дела**" включена сторонами в договор, и
- "**навязана стороне другой стороной с целью обеспечения только своих интересов и ущемления интересов другой стороны**"

(см. [Письмо ВАС РФ от 19.08.94 №С1-7/ОП-587. разд. IV](#))

26

Игнорирование отдельных норм законов

"Лицензионные соглашения" поставщиков ПО иногда прямо игнорируют некоторые нормы законов РФ, в частности:

- о **праве лица, правомерно владеющего экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, без получения дополнительного разрешения правообладателя осуществлять любые действия, связанные с их функционированием** в соответствии с их назначением ([п. 1 ст. 15 Федерального закона "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных"](#))
- о **праве свободной перепродажи экземпляра программы для ЭВМ или базы данных** (после первой продажи или другой передачи права собственности следующие допускаются без согласия правообладателя и без выплаты ему дополнительного вознаграждения) ([ст. 16 того же закона](#)).

27

Игнорирование норм законов. Риски - для обеих сторон

Пример рисков, возникающих в связи с отмеченным:

- Поставщик ПО считает,
 - что экземпляр ПО, однажды установленный на компьютер, **уже никогда** не должен использоваться на другом компьютере,
 - или что экземпляр ПО, проданный конкретному лицу, **уже никогда** не должен использоваться другим лицом.
- Пользователь ПО может посчитать, что такая точка зрения противоречит императивным нормам [ст. 16 Федерального закона "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных"](#), и руководствоваться нормами закона.

Независимо от итогов конкретного возможного спора, такая ситуация влечет неопределенность, разночтения и юридические риски для обеих сторон.

28

ПО и термин "лицензия"

Само использование терминов "**лицензия**" ("**программная лицензия**") и "**лицензионное соглашение**" применительно к ПО в рамках действующего законодательства РФ **является, строго говоря, непредусмотренным**.

Согласно [ст. 503 ГК РСФСР \(1964 г., все еще действует\)](#) предусмотрено понятие "**авторский лицензионный договор**", но в **ином смысле**.

В любом случае, в силу [Постановления ВС РФ от 14.07.1992 №3301-1](#) положения [ГК РСФСР](#) применяются к гражданским правоотношениям, **если они не противоречат** законодательным актам РФ, принятым после 12.06.1990, то есть, в частности, [Федеральному закону "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" от 23.09.1992](#).

29

ПО и термин "лицензия". Ошибка перевода?

Проблема легко решается, если считать термин "**лицензия**" **неточным переводом** ("ложный друг переводчика") английского "**license**".

Точный перевод в контексте ПО - "**права на использование**".

К сожалению, слова "**лицензия на ПО**" чаще ассоциируются

- с "красивыми" (но без юридической силы) бумагами с голограммой
- с такими сугубо техническими понятиями, как "код активации программы".

30

Термин "лицензия" и Проект Части четвертой ГК РФ

В принятом уже во втором чтении законопроекте Части четвертой ГК РФ "Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации" (если судить по источнику <http://miiis.ru/content/view/full/114/30/> - РНИИИС, 2006-09-08) основополагающими сделаны как раз понятия "лицензионный договор" и "лицензия".

Если так будет в момент введения Части четвертой в действие, проблема с термином "лицензия" будет решена.

Риторический вопрос: Как скоро изменившееся законодательство может стать настолько совершенным, что и все другие несоответствия ему практики поставщиков ПО перестанут быть несоответствиями?

31

Некоторые рекомендации (Меры по снижению рассмотренных рисков)

Очевидная мера - применение только "легального" ПО.

Для корпоративного пользователя ПО - также налаживание:

- обязательной, постоянной, всесторонней и заблаговременной **экспертизы всех сделок**, связанных с ПО (включая рассмотренные выше сделки, спорные по форме!),
- основанной на **непрерывном, тесном взаимодействии, взаимном "просвещении"** и взаимном контроле экспертов из числа как квалифицированных юристов, так и
- профессионалов **программной инженерии**, понимаемой как область компетенции, включающая не только технические и методологические, но и **этические, экономические, правовые аспекты** (см.: [IEEE Computer Society Certified Software Development Professional \(CSDP\) Certification Program](http://www.computer.org/certification), <http://www.computer.org/certification>).

32