

Информационные материалы АНО «Открытый код».
**«О корректном использовании ОСПО-компонент при создании и
коммерциализации программных продуктов»**

1. Введение

Данный материал призван дать ответы на вопросы, связанные с корректным порядком использования ОСПО-компонент при разработке программного обеспечения, часто возникающие среди российских разработчиков программного обеспечения (далее – ПО), ИТ - предпринимателей, юристов, специалистов в области информационной безопасности, основан на нормах действующего российского законодательства и ориентирован на широкую аудиторию.

2. Немного теории:

Сразу обозначим, что ОСПО - такие же компьютерные программы, как и любые другие, с правообладателем, объемом его прав, а задачи, решаемые ОСПО могут быть совершенно произвольными, при этом «особенность» ОСПО состоит только в применимой для их использования лицензии.

Согласно статье 1261 ГК РФ, «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». Указанный режим охраны приравнивает, но не признает программное обеспечение произведениями литературы.

Данное положение соответствует статье 10 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), в соответствии с которой программы для электронно-вычислительных машин, как исходный текст, так и объектный код охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской Конвенцией.

Согласно общему правилу, предусмотренному статьей 1281 Гражданского кодекса РФ (ГК РФ), исключительное право на произведение (то есть возможность разрешить или запретить кому-то использовать такое произведение) действует в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти. Согласно статье 1228 ГК РФ, автором результата интеллектуальной деятельности (РИД) (литературное произведение, а, следовательно, и программное обеспечение им является в силу статьи 1225 ГК РФ) признается гражданин (физическое лицо), творческим трудом которого создан такой результат. Исключительное право изначально всегда возникает у автора (авторов) и в дальнейшем может перейти к другим лицам (в том числе юридическим) по различным основаниям (в силу закона, договора, наследования и другим), также исключительным правом можно распоряжаться путем заключения лицензионного договора (предоставления лицензии) - то есть разрешения использовать РИД на определенных условиях или отчуждения (передачи) исключительного права другому лицу.

Идея свободного обмена исходными кодами компьютерных программ зародилась вместе с возникновением программируемой вычислительной техники. Движения и ассоциации, посвященные продвижению данной идеи (Free Software Foundation, выступающая за «свободное программное обеспечение», лицензия которого должна предоставить пользователю 4 свободы (<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.ru.html>)), и Open Source Initiative, выступающая за «открытое программное

обеспечение» лицензия которого должна отвечать 10 критериям (<https://opensource.org/osd>), зародились последней четверти XX века, тогда же возникли и первые лицензии, предоставляющие пользователю более широкие полномочия – MIT (Massachusetts Institute of Technology License), Berkeley (Berkeley Software Distribution License), GNU GPL (GNU General Public License).

Отнесение конкретного текста лицензионного договора к той или иной категории (свободных, открытых и т.д.) производится авторами таких классификаций исходя из анализа лицензионных условий. Многие лицензии являются одновременно и открытыми (<https://opensource.org/licenses>), и свободными (<https://www.gnu.org/licenses/license-list.html>), и в таком случае корректным будет использование выражения «FLOSS», что значит «Free/Libre and Open Source Software» (или ОСПО по-русски), чтобы явным образом избежать предпочтения того или другого политического лагеря. Этому термину мы и будем придерживаться в дальнейшем.

ОСПО-лицензии также часто делят на «разрешительные» и «взаимные». Разрешительные лицензии характеризуются положениями, не налагающими на пользователя серьезных ограничений, в том числе и по дальнейшей судьбе производных произведений. К таким лицензиям, например, относят лицензии BSD и MIT. При этом, такие лицензии не позволяют отслеживать и контролировать «свободу» производных произведений. К классическим «взаимным» (или «вирусным») лицензиям относятся лицензии семейства GNU GPL и им подобные, требующие от пользователя программы обязательного выполнения условий, касающихся порядка распространения производных произведений, использования программы в качестве элемента составного произведения и другие «вирусные» моменты.

В России принят и действует ГОСТ Р 54593-2011 «Информационные технологии. Свободное программное обеспечение. Общие положения», который определяет свободное программное обеспечение (СПО), как программное обеспечение, распространяемое на условиях простой (неисключительной) лицензии, который позволяют пользователю осуществлять перечисленный перечень действий (что соответствует определению от Free Software Foundation).

В 2014 году в ГК РФ появилась статья 1286.1. «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства», положения которой снизили правовую неопределенность, имевшуюся ранее в отношении «действительности» свободных и открытых лицензий. Описанная в этой статье ГК открытая лицензия, хотя и предусматривает возможность использования в лицензионном договоре условий, традиционных для свободных лицензий, никак не обязывает правообладателя их туда включать, следовательно всякий лицензионный договор, соответствующий требованиям этой статьи ГК РФ, будет считаться по российскому законодательству «открытой лицензией», при этом с позиции законодателя абсолютно не важно, одобрен ли текст FSF/OSI или нет. Таким образом, положения статьи 1286.1 могут быть с учетом толкования и мнения правительства РФ (см. далее), распространены и на популярные в мире открытые и свободные лицензии, и проблемы «действительности» ОСПО-лицензий в российском правовом поле нет.

Отметим, что в п.3 Положения о проведении эксперимента по предоставлению права использования программ для электронных вычислительных машин, алгоритмов, баз данных и документации к ним, в том числе исключительное право на которые принадлежит Российской Федерации, на условиях открытой лицензии, утвержденном постановлением Правительства Российской Федерации от 10.10.2022 г. № 1804, критерии пригодной для эксперимента открытой лицензии, помимо установленных статьей 1286.1

ГК РФ, дополнительно уточнены с учетом подхода Open Source Initiative (десять критериев открытой лицензии).

3. Практические примеры использования ОСПО

Как было указано в предыдущем разделе, с юридической и прикладной точки зрения ОСПО это такие же компьютерные программы, как и любые другие программы, и что действительно важно (и, наверное, единственное отличие) - это специфичные полномочия и обязанности пользователя в рамках применимых к программному обеспечению лицензионному договору (лицензии). И в случае с ОСПО, такая лицензия – это юридически признанный договор, условия которого должны соблюдаться его сторонами, а не игнорироваться. Таким образом, с точки зрения пользователя, ОСПО можно:

- 1) непосредственно использовать по основному назначению, то есть запускать программу и пользоваться результатами ее работы (разумеется, соблюдая все условия лицензии, применимой к такому программному обеспечению);
- 2) разрабатывать, предлагать изменения в основной проект (так называемую «мастер-ветку»), внося свой вклад в общее дело (порядок и условия реализации этой возможности зависят от конкретного программного проекта и соглашения между его разработчиками-соавторами);
- 3) использовать ОСПО как базу (основу) для создания его модифицированной версии (то есть производного произведения);
- 4) использовать ОСПО в качестве составного элемента других программных продуктов (включать в состав составных произведений, сборников), как в неизменном, так и в модифицированном виде (с учетом требований применимой лицензии);
- 5) распространять ОСПО в ранее перечисленных вариантах (в исходном виде, в модифицированном виде, в составе программных комплексов), также с учетом требований применимой лицензии.

3.1. Вопросы возникновения и принадлежности прав в перечисленных выше случаях

Важное и фундаментальное правило - исключительное право на исходное программное обеспечение остаётся у его правообладателя, пока он не совершит действий, направленных на его отчуждение. Лицензирование ОСПО под соответствующей лицензией не прекращает ничьи права, а пользователь в отношении исходного продукта получает право использования (лицензию).

В случае из подпункта 2 раздела 3 данного материала - многое зависит от соглашения, регулирующего отношения между авторами - участниками проекта. Есть варианты "попасть в пул авторов", сделав свой вклад, возможен вариант, когда такой вклад означает отчуждение права в пользу существующего правообладателя, есть и другие варианты. Поэтому, если вам небезразлична судьба вашего вклада – следует ознакомиться с юридическими основаниями и последствиями перед «коммитом».

Для подпунктов 3 и 4, если внесённые изменения отвечают критериям, изложенным в ГК РФ, возникнет самостоятельное исключительное право на производное произведение (тоже самостоятельный объект). Важный нюанс: чтобы потом этим исключительным правом на производное произведение можно было

воспользоваться (распорядиться, реализовать его), должны обязательно исполняться условия лицензии на исходное произведение (в том числе, касающиеся порядка и условий распространения производного произведения).

При дальнейшем распространении ОСПО в состоянии «как есть» пользователь выступает, в зависимости от лицензионных условий, либо звеном в цепочке передачи права (лицензиатом), либо транзитным звеном, не осуществляющим передачу права, а лишь распространяющим экземпляр программного обеспечения если сублицензирование не предполагается условиями лицензии (например, как в GNU GPL). При этом, вне зависимости от предусмотренной схемы, пользователю следует соблюдать условия применимой лицензии.

4. Вопросы использования компонент, лицензированных под GNU GPL

GNU GPL, как и все другие лицензии, в том числе открытые и свободные, основывается на принципах авторского права и опирается на нормы национального законодательства, которое в авторско-правовой сфере гармонизировано среди стран-участниц Бернской конвенции. GPL-лицензии содержат требования о лицензировании производных произведений/произведений, основанных на лицензированной программе (modified version/work based on a licensed program в терминологии оригинального текста лицензии) на условиях (уже упомянутой) лицензии (GPL), тем самым налагают ограничения на правообладателя производного произведения.

Существует заблуждение, что из-за этого в принципе невозможно получить исключительное право на производное (или составное) произведение на условиях GNU GPL. Однако это не так. Free Software Foundation, как автор текста лицензии GPL, в своей позиции считает составные произведения («сборники») частным случаем «производного произведения» - «aggregate» and other kinds of «modified versions» (см. <https://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.en.html>), так что согласимся с этой классификацией.

Что же приобретает создатель производного произведения в силу самого факта такого создания? Статья 1260 ГК РФ гласит, что авторские права переводчика, составителя и иного автора производного или составного произведения охраняются как права на самостоятельные объекты авторских прав. Согласно позиции FSF, от автора не требуется заявлять об исключительном праве на свои изменения, поскольку в большинстве стран по умолчанию это происходит автоматически, так что следует явным «перевести» свои изменения в общественное достояние, если вы не хотите, чтобы на них распространялись исключительные права. («You are not required to claim a copyright on your changes. In most countries, however, that happens automatically by default, so you need to place your changes explicitly in the public domain if you do not want them to be copyrighted» - см. <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0-faq.html.en>). Поскольку в российском правовом поле не существует механизмов досрочного перевода произведения в общественное достояние или отказа от исключительного права, воспользоваться советом FSF в России не получится.

По мнению зарубежных специалистов, «авторское право предоставляет автору произведения исключительное право воспроизводить, распространять и создавать производные произведения. GPL, как лицензия, основанная на принципах авторского права, представляет собой заявление правообладателя о том, что любое лицо может

осуществить некоторые из этих полномочий на определенных условиях» (Copyright gives the author of a work the exclusive right to copy, distribute, and prepare derivatives of that work. The GPL, as a copyright license, is a statement by the copyright holder that anyone may exercise some of these rights under specified conditions – см. статью The Penguin Paradox <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume85n5/STOLTZ.pdf>, стр. 1446). При этом в предложении выше «copyright» - это именно «исключительное (авторское) право», а не «право авторства (право признаваться автором произведения)». Попутно отметим, что в российском праве не существует такого понятия как «неисключительное право», бывает лишь неисключительная лицензия (право использования), эти понятия часто путают и смешивают.

Абстрагируясь от конкретных условий лицензии GNU GPL, «не позволить получить исключительное право на производное/составное произведение» любая лицензия (не только GNU GPL) может одним способом - запретив создание производных произведений вообще. Нет производных продуктов - нет правообладателя у такого произведения. Заметим, что факт возникновения права (исключительное право возникает автоматически в силу создания произведения) не отменяет нормы о том, что «автор производного или составного произведения осуществляет свои авторские права *(в том числе распространяет производное произведение)* **при условии соблюдения прав авторов произведений, использованных для создания производного или составного произведения** (статья 1260 ГК РФ)». Автор обязан выполнять требования лицензии GPL, но это не лишает его исключительного права и не мешает его возникновению.

Обоснуем это с опорой на действующее законодательство, следите за логикой законодателя: «...Лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности...(правообладатель), вправе использовать такой результат ... по своему усмотрению любым не противоречащим закону *(а не просто любым)* способом. (статья 1229 ГК РФ). Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности ... (статья 1233 ГК), если ... Кодексом не предусмотрено иное». Ограничения в условиях GNU GPL (та самая «вирусная природа», регламентирующая условия распространения производных программ) по своей сути представляют собой предусмотренное ГК РФ ограничение исключительного права, но не его отмена или отрицание. «Ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности ...устанавливаются настоящим Кодексом» (пункт 5 статьи 1233 ГК РФ.). «Лицензиар, предоставивший открытую лицензию, вправе... отказаться от договора ... если лицензиат будет предоставлять третьим лицам права на использование ...нового результата интеллектуальной деятельности, созданного лицензиатом на основе этого произведения, за пределами прав и (или) на иных условиях, чем те, которые предусмотрены открытой лицензией» (статья 1286.1 ГК РФ).

С учетом изложенного, вернемся к вышеприведенному фрагменту из статьи 1229 ГК РФ - «..вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым **не противоречащим закону** способом» - использование (в том числе распространение) произведения, производного от лицензированного под условиями GNU GPL, на иных условиях нарушает положения статьи 1260 ГК РФ, следовательно противоречит закону. Соблюдение же условий GNU GPL как раз закону не

противоречит и позволяет получить полноценное исключительное право на производное произведение.

Отметим, что хотя пункт 3. статьи 1260 ГК РФ подлежит скорому пересмотру (согласно Постановлению КС РФ от 16.06.2022 № 25-П), и до момента вступления в силу новой редакции этого пункта, как указывает Конституционный суд, даже несоблюдение прав авторов исходных произведений не может являться основанием для отказа в защите права авторства, права автора на имя создателя программы для ЭВМ как составного произведения и (*что самое важное*) исключительного права. Таким образом, суд признает как наличие исключительного права на такие производные произведения, так и возможность его защиты.

5. О внесении сведений о программном обеспечении, содержащем ОСПО-компоненты, в единый реестр российских программ для ЭВМ и баз данных

Правила формирования и ведения единого реестра, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 16.11.2015 г. № 1236, требуют, в том числе, указывать основания возникновения у правообладателя исключительного права на программное обеспечение на территории всего мира и на весь срок действия исключительного права. В рассмотренных в разделе 3 настоящего документа случаях, происходит возникновение исключительного права на составное или производное произведение (при соблюдении условий использования исходных ОСПО-компонент).

Методические рекомендации по подготовке заявок на включение сведений о программном обеспечении в Единый реестр, разработанные АНО «ЦКИТ» (см. https://ru-ikt.ru/metodicheskiye_rekomendatsii/), рекомендуют подготовить и приложить к заявке список сторонних компонент, использованных при разработке ПО с указанием их правообладателей и применимых лицензий. В случае ОСПО-компонент также не лишним будет указание, изменены ли они или включены в состав сборника в неизменном виде.

Хотя с формальной стороны любые внесенные изменения можно называть переработкой, и, следовательно, заявлять о появлении производного произведения, стоит помнить о творческом характере труда, которым должно создаваться такое производное произведение. Четких формальных критериев (качественных или количественных) для определения «существенного изменения» или «творческого вклада» нет, что подтверждается мнением Верховного Суда РФ, установившем, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности ... не может свидетельствовать о том, что ... результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права (см. пункт 80 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Чем существеннее и заметнее изменения – тем меньше оснований для того, чтобы подвергать сомнению творческий вклад автора. Внесенные изменения и производимый ими эффект рекомендуется отражать в специальных файлах, доступных для изучения (changelog, release notes).

Необходимо также удостовериться, что использованные при разработке сторонние компоненты правомерно используются (на основании лицензии от правообладателя компонента), не конфликтуют между собой и позволяют получить исключительное право на производное или составное произведение, использующее их в своём составе. Если использованные компоненты лицензируются на условиях таких

«вирусных» лицензий, как GPL, MPL и т.п., то заявляемое программное обеспечение должно распространяться (лицензироваться) с учётом требований таких лицензий.

Кроме того, следует корректно указывать сведения о правообладателе в предназначенных для этого местах (сохраняя информацию о вкладе авторов исходного произведения) - на экземпляре ПО, в мета-свойствах файлов дистрибутива, в файлах лицензий, в окне «О программе» и т.д.