

Рустам Курмаев — | — Партнеры

ПРАКТИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ДОГОВОРУ АВТОРСКОГО ЗАКАЗА РАЗРАБОТКИ ПО



Ярослав Шицле,
руководитель направления
«Разрешение IT & IP споров», адвокат



ОСОБЕННОСТИ ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ:

- Значительные объемы «авторского» кода;
- Использование ПО сторонних разработчиков – «Open Source» (библиотеки, скрипты, framework и проч.);
- **Отсутствие сформировавшейся судебной практики в России;**
- Вариативность языков программирования и платформ;
- Исполняемая программа – машинный код, созданный компилятором из исходного кода;
- Версионность (постоянное изменение кода).



1 КОНКРЕТНОЕ ЗАДАНИЕ



1 МЛН. СТРОК КОДА ВЫГЛЯДИТ ПРИМЕРНО ТАК:

- В 14 раз больше «Война и мир»
- Марсоход Curiosity – 5 млн.
- Android – 12 млн.
- Windows – 50 млн.
- Facebook – 62 млн.
- Google – 2 млрд.



РЕКОМЕНДАЦИИ:

- На этапе заключения договора заказчик детально описывает функциональные и нефункциональные требования к ПО так, как он это видит;
- До начала разработки ПО разработчик подготавливает и согласовывает с заказчиком письменное положение («проект»), включающее в себя: функциональное описание ПО и его эксплуатационных характеристик, интерфейс и эскизы, бизнес-модель ПО, модель реализации ПО и проч.;
- ПО разрабатывается на основании проекта, а не на основании первых пожеланий заказчика.



ИСХОДНЫЙ ТЕКСТ ПРОГРАММЫ «HELLO, WORLD!»

```
#include <stdio.h>
int main(void)
{
    printf("Hello, world!");
}
```

C

```
#include <iostream.h>
int main()
{
    std::cout << "Hello, world! ";
    return 0;
}
```

C++

```
class HelloWorld {
    public static void main(String[]
args) {
        System.out.println("Hello,
World!");
    }
}
```

Java

```
print "Hello, world!"
```

Python

КОМПИЛЯЦИЯ В ОБЪЕКТНЫЙ КОД



```
BB 11 01 B9 0D 00 B4 0E 8A 07 43 CD 10 E2 F9
CD 20 48 65 6C 6C 6F 2C 20 57 6F 72 6C 64 21
```

Реверс-инжиниринг

Акт копирования продукта другой компании при тщательном изучении того как он сделан (обратная разработка)

Компиляция

Перевод программы, составленной на исходном коде в эквивалентную программу на языке, близком к машинному коду

Декомпиляция

Воссоздание исходного кода программы, т.е. процесс перевода программы из машиночитаемого варианта обратно к исходному коду



РЕКОМЕНДАЦИИ:

- Разработчик передает заказчику результат на материальном носителе, на котором должны содержаться ПО, дистрибутивы и иные компоненты в виде исходного текста и объектного кода;
- Разработчик передает заказчику техническую и сопроводительную документацию, инструкции к ПО.



2 ВЕРСИОННОСТЬ И МОДИФИКАЦИЯ



ПРАВО НА ПРОГРАММУ = ПРАВО НА ПРОИЗВЕДЕНИЕ (СТ. 1261 ГК)

Положение закона	Произведение	Программа
Право на неприкосновенность (ст. 1260 ГК)	Касается тех изменений, которые не связаны с созданием нового произведения на основе имеющегося (п. 87 ППВС № 10)	Де юре аналогично, НО: 1) Право вносить изменения в целях обеспечения функционирования программы (адаптация – ст. 1280 ГК РФ) 2) Переработка – внесение изменений в существующую программу , а не создание новой на основе существующей
Исключительное право (ст. 1270 ГК)	Использование - в т.ч. перевод или другая переработка произведения (обработка, экранизация, аранжировка, инсценировка, то есть создание нового произведения на основе существующего)	Де юре аналогично, НО: перевод = переработка, под которой понимается любое изменение в программе (кроме адаптации)
Право на переработку (ст. 1270 ГК РФ)	Переработанное произведение охраняется как РИД	Аналогично
Охраноспособность (ст. 1257 ГК)	Результат творческой деятельности	Результат технического действия (перевод, любое изменение кода)

ПЕРЕРАБОТКА/МОДИФИКАЦИЯ (СТ. 1270 ГК) ИЛИ НАРУШЕНИЕ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ?

- 1 Использование кода для создания новой программы
- 2 Устранение ошибок в коде, без влияния на работоспособность или с увеличением производительности
- 3 Разметка и комментирование исходного кода, техническое действие («.» в коде)
- 4 Дополнение кода в целях внедрения новых функций программы
- 5 Обновление версии программы



КРИТЕРИИ ЗАКОННОСТИ АДАПТАЦИИ (1280 ГК РФ):

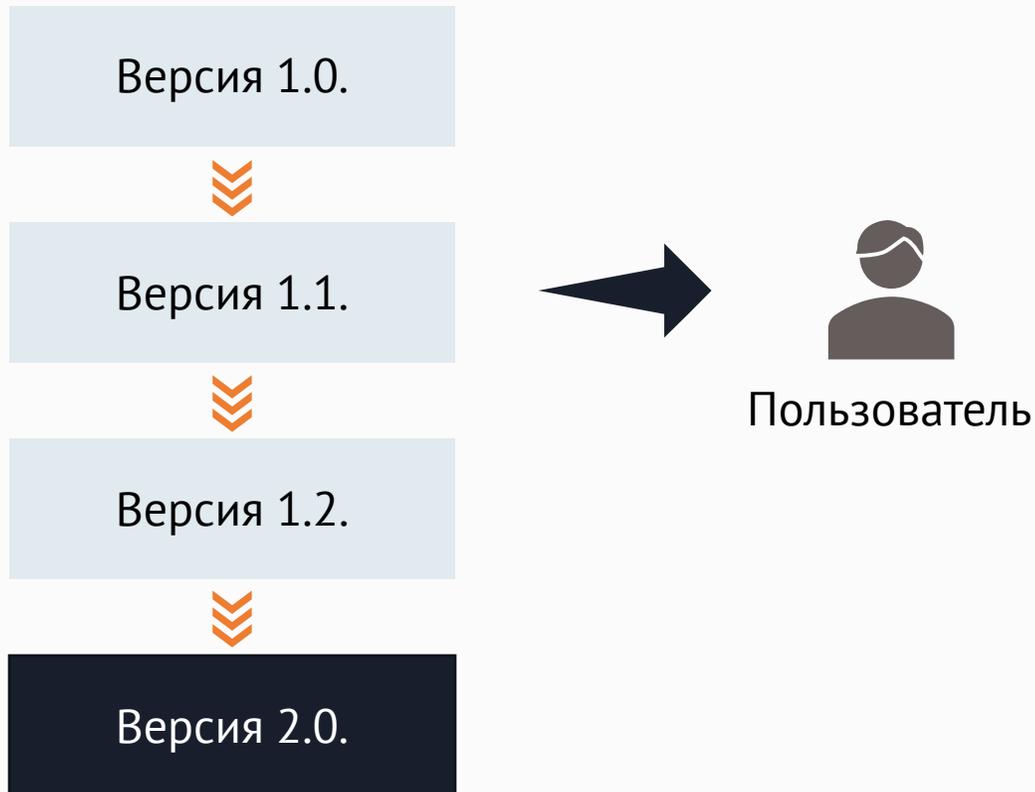
- 1 Правомерное получение экземпляра программы (А55-13189/12, А32-42112/13, А28-152/14, А13-6254/12)
 - 2 Цель – адаптация к работе с другими программами (А40-10750/13)
 - 3 Исследование только необходимой части программы
 - 4 Отсутствие сведений в публичных источниках
- > ViaCard v. TS (А56-92673/16)

Blizzard v. bnetd – изучение протокола подключения игры Warcraft к серверу

Atari Games v. Nintendo – получение исходного кода в судебном споре для незаконного исследования

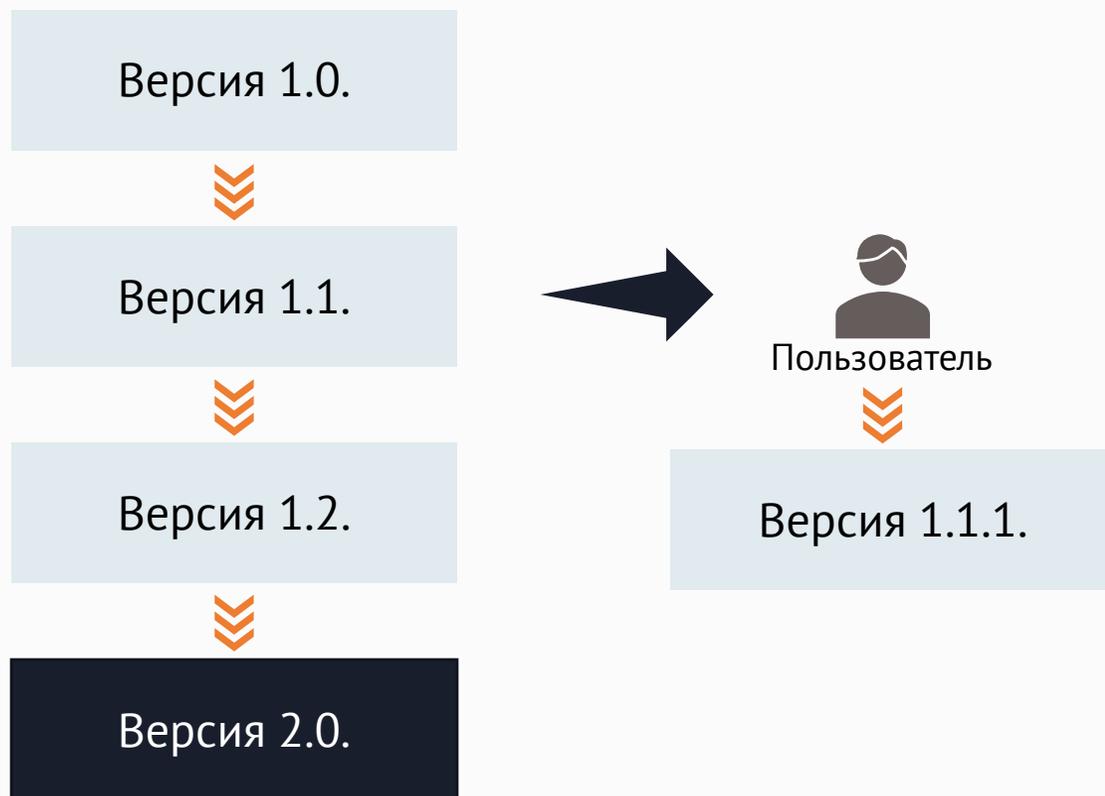
Sony Computer v. Connectix – добросовестность промежуточного копирования

ПРОБЛЕМА ОБНОВЛЕНИЯ ВЕРСИИ ПО



- Нужно ли заключать лицензионный договор при каждом обновлении?
- Что с оплатой каждой версии?
- Сохраняется ли обязанность предоставлять возможность использования первоначально переданной версии программы?
- Обязан ли разработчик предоставлять новые обновления?
- Обязательно ли указывать версию в договоре?

ПРОБЛЕМА ОБНОВЛЕНИЯ ВЕРСИИ ПО



- Кому принадлежат права на модифицированное ПО?
- Что с оплатой при передаче прав на модифицированное ПО?

РЕКОМЕНДАЦИИ:

- Согласовывать вопрос пуско-наладочных работ и адаптации разработанного ПО;
- Согласовывать вопрос устранения выявляемых ошибок и дефектов, в идеале – определение «гарантийного периода»;
- Согласовывать вопрос разработки новых версий и модификации ПО, момента передачи исключительных прав на новые версии ПО;
- Разрешать или запрещать переработку и модификацию разработчику без согласия заказчика;
- **Вознаграждение:**
 - (1) за передачу права на ПО,
 - (2) за обновления ПО,
 - (3) за передачу модификаций.



3 «OPEN SOURCE» НЕ ЗАБЫВАЙТЕ



ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В РОССИИ:

Лицензионный договор по ст. 1235 ГК	Открытая лицензия по ст. 1286.1 ГК
Письменное соглашение между сторонами	Договор присоединения, условия доступны неопределенному кругу лиц
Цена – существенное условие*	Безвозмездный договор*
Если срок действия и территория не определены, то считается 5 лет на территории России	Если срок действия и территория не определены, то считается на срок действия исключительного права на территории всего мира
Право на ограничение условий использования производного ПО не предусмотрено	Предусмотрено право на ограничение способов и порядка использования производного ПО

ОТКРЫТЫЕ ЛИЦЕНЗИИ



Разностная машина Чарльза Бэббиджа

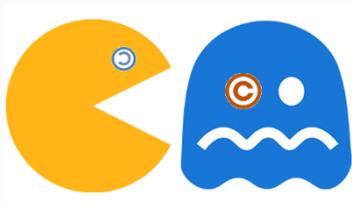
«ЗАРАЖЕНИЕ» КОПИЛЕФТНОЙ ЛИЦЕНЗИЕЙ И НЕСОВМЕСТИМОСТЬ

Копилефтный код заражает, если:

- Является единым исполнимым файлом с проприетарным кодом;
- Постоянно обменивается данными для обеспечения основного функционала ПО.

Копилефтный код не заражает, если:

- ПО может функционировать без копилефтного модуля.



Конфликт лицензий происходит, если:

- Каждый из кодов требует распространения ПО на своих условиях;
- Если «сильную» лицензию конвертируют в «слабую».

Конфликт ставит под угрозу дистрибуцию ПО!



BSD



«ЗАРАЖЕНИЕ» КОПИЛЕФТНОЙ ЛИЦЕНЗИЕЙ И НЕСОВМЕСТИМОСТЬ

Копилефтный код заражает, если:

- Является единым исполнимым файлом с проприетарным кодом;
- Постоянно обменивается данными для обеспечения основного функционала ПО.



Конфликт лицензий происходит, если:

- Каждый из кодов требует распространения ПО на своих условиях;
- Если «сильную» лицензию конвертируют в «слабую».

Конфликт ставит под угрозу дистрибуцию ПО!



BSD



СПОСОБЫ ОБХОДА* ТРЕБОВАНИЙ «OPEN SOURCE»:

- Использование «динамического связывания» (вместо статического) между проприетарным ПО и Open source без создания «единого исполняемого файла» (Директива ЕС 2009/24/ЕС – использование кода для совместимости не нарушает Open source; Free Software Foundation – исследовать механизм взаимодействия, наличие общих структур данных – вывод о производности ПО)
- Использование «прослойки» между компонентами Open Source и проприетарным кодом из библиотеки под лицензией LGPL (дело Digital Heaven v. YouZi (Китай) - дополнение и плагины для целей «связывания» не создают производное ПО)
- Интеграция Open Source через межпроцессное взаимодействие – сокеты, удаленный **ВЫЗОВ** (дело SFC v. Vigorien - системные утилиты, подключаемые к ПО для архивации через командную строку, являются самостоятельными элементами)

ПРАВОВЫЕ РИСКИ OPEN SOURCE — МИНИМИЗАЦИЯ РИСКОВ



Сложно определить историю создания (служебное произведение), всех авторов, применимое право (!)



Лицензия может быть изменена, что поставит под угрозу существование ПО



Невыполнение лицензии = незаконность использование кода = проблемы при включении в реестр отечественного ПО, отказ в «налоговом» маневре



Несовместимость лицензий = препятствия для дистрибьюции ПО



Гражданско-правовая (ст. 1252 ГК), административная (ст. 7.12 КоАП) и уголовная ответственность (ст. 146, 159 УК) за нарушение



Разработка методологии системы контроля приемки и использования ПО, в т.ч. проработка условий договора (SLA)



Фиксация периода использования открытого ПО (скриншот, нот. удостоверение), сбор документов о передаче прав



Ведение каталога используемого кода, его авторов, применимых лицензий, применимого права



Определение совместимости лицензий, возможности использования ПО без одной из лицензий



Доверяй, но проверяй: (1) КТЭ, (2) автоматизированные решения BlackDuck, WhiteSource, (3) проверка на уязвимости

ПРАВОВЫЕ РИСКИ OPEN SOURCE — МИНИМИЗАЦИЯ РИСКОВ



Сложно определить историю создания (служебное произведение), всех авторов, применимое право (!)



Лицензия может быть изменена, что поставит под угрозу существование ПО



Невыполнение лицензии = незаконность использования кода = проблемы при включении в реестр отечественного ПО, отказ в «налоговом» маневре



Несовместимость лицензий = препятствия для дистрибьюции ПО



Гражданско-правовая (ст. 1252 ГК), административная (ст. 7.12 КоАП) и уголовная ответственность (ст. 146, 159 УК) за нарушение



Разработка методологии системы контроля приемки и использования ПО, в т.ч. проработка условий договора (SLA)



Фиксация периода использования открытого ПО (скриншот, нот. удостоверение), сбор документов о передаче прав



Ведение каталога используемого кода, его авторов, применимых лицензий, применимого права

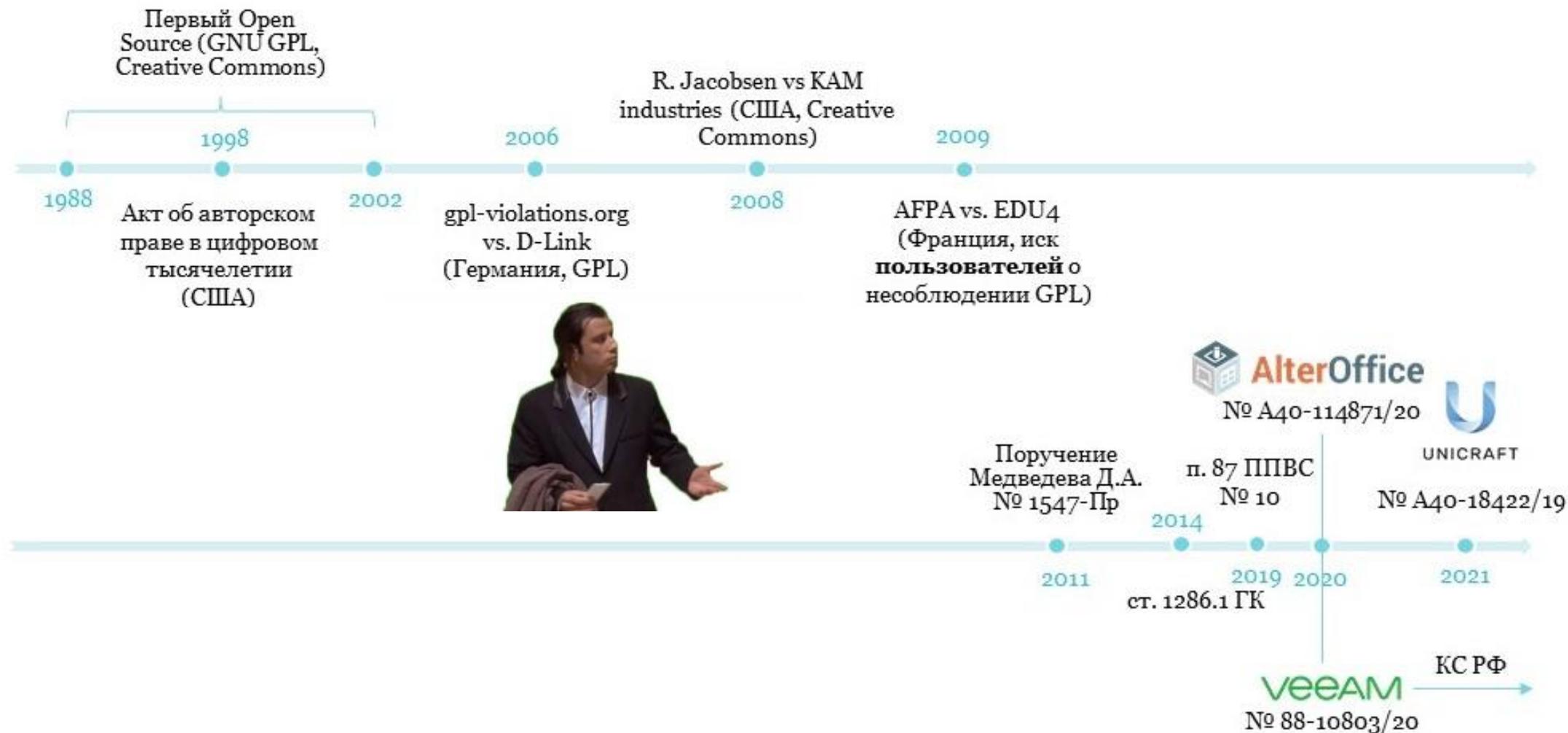


Определение совместимости лицензий, возможности использования ПО без одной из лицензий



Доверяй, но проверяй: (1) КТЭ, (2) автоматизированные решения BlackDuck, WhiteSource, (3) проверка на уязвимости

ПРИЗНАНИЕ OPEN SOURCE



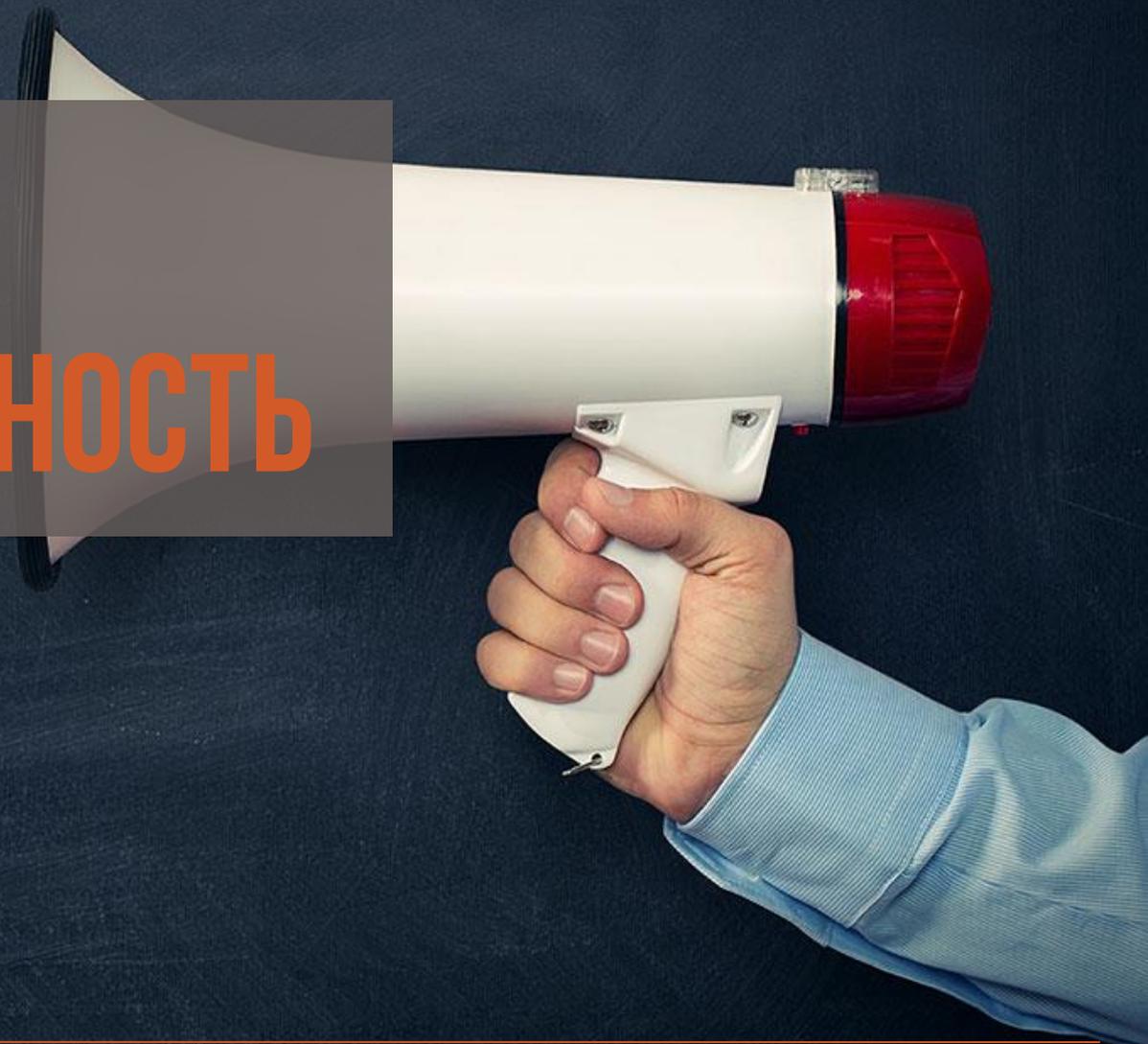
РЕКОМЕНДУЕМЫЕ ФОРМУЛИРОВКИ:

- Разработчик обязуется предоставить заказчику журнал используемого программного кода, используемого на условиях открытых лицензий с перечислением: наименования, источника происхождения, вида открытой лицензии и требований по ее исполнению, совместимости производного ПО с лицензиями;
- Разработчик проводит проверку совместимости программного кода, исключает конфликтные ситуации, обеспечивает исполнение условий;
- Разработчик обязуется не включать в состав ПО код, лицензия которого требует от заказчика раскрытия исходного кода ПО (публично либо по первому запросу) либо ограничивает заказчика в праве на запрет третьим лицам использовать ПО, запрещает коммерциализацию;
- Разработчик в нотариальном порядке удостоверяет источник происхождения используемого кода;
- Разработчик исключает использование программного кода по лицензии, предусматривающей право на одностороннее прекращение права пользования в связи с введением ограничительных мер.



4

ГАРАНТИИ И
КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТЬ



ПЕРЕРАБОТКА (МОДИФИКАЦИЯ) В СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ



Viacard vs. TS

(**A56-92673/2016**): устранение системы защиты личного кабинета, внедрение сторонней программы



Data Martrix vs. Data Flow

(**A56-21040/2015**): копирование кода и его изменение на 12 %



ПАО «ЧТПЗ» vs. ООО «Малахит»

(A40-154016/2014):

- Изменение функционала;
- Автоматизация данных;
- Разработка форм отчетности;
- Изменение аналитических форм.



«1С» (**A32-27072/2020**):

возможность использования программы без лицензионного ключа



Рискфин. Управление рисками

(**A40-141340/2015**): совпадение комментариев, имен переменных, структур данных, при использовании системы генератора шаблонов



Интерактивный калькулятор

(**A40-164273/2012**): сохранение типичных ошибок в коде при полной переработке исходного текста

НЕМНОГО «ЧЕРНОЙ МАГИИ»

- Удаление данных
(нотариальное удостоверение, Wayback Machine, СКТЭ и проч.)
- Использование собственного сервера
(проверка стороннего сервера А40-69450/18)
- Обфускация кода
(выявление признаков, проверка комментариев, разметки и проч.)
- «Утрата» исходного кода
(декомпиляция объектного кода, истребование доказательств)



РЕКОМЕНДУЕМЫЕ ФОРМУЛИРОВКИ

- Разработчик согласовывает использование кода третьих лиц, самостоятельно будет урегулировать правоотношения с третьими лицами в целях передачи всех прав заказчику;
- Разработчик не будет использовать код либо отдельные фрагменты, в том числе переработанные разработчиком, без согласия правообладателей;
- В случае предъявления требований разработчик выступает на стороне заказчика, участвует в судебном разбирательстве. В случае, если суд запретит использовать ПО, разработчик разрабатывает новое ПО без дополнительной оплаты;
- Разработчик гарантирует отсутствие в ПО скрытых функциональных возможностей. Конфиденциальной информацией являются сведения о возможных уязвимостях;
- Заказчик вправе не раскрывать сведения об авторе ПО при регистрации, внесении в реестры, коммерциализации ПО.



ПРИСОЕДИНЯЙТЕСЬ К НАШЕМУ ТГ-КАНАЛУ!



КОНТАКТЫ



Ярослав Шицле
Руководитель направления, адвокат
Yaroslav.Schuetzle@rkplaw.ru

Комплекс «Город Столиц»
Северный блок
ММДЦ «Москва Сити»
Пресненская наб., д.8, стр. 1
Москва, 123112, Россия
+7 (495) 150 05 05
www.rkplaw.ru

ДОБАВИТЬ КОНТАКТ

