

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.170.1.009-017

А. А. Долганин*

Дистрибуция программного обеспечения в электронной форме: проблема выбора договорной модели

Аннотация. В статье исследуются особенности юридического сопровождения дистрибуции в России «бескоробочных» версий иностранного программного обеспечения, распространяемого исключительно в электронной форме. В условиях цифровизации экономических отношений значительная часть сложностей, с которыми сталкиваются российские дистрибьюторы программного обеспечения, связана не с недостатками действующего законодательства, а с несовершенством договорной работы в компаниях — конечных пользователей. В качестве факторов, влияющих на выбор договора, заключаемого между дистрибьютором и приобретателем программного обеспечения, отмечается специфика договорных отношений (их предпосылок и содержания) между дистрибьютором (реселлером) и правообладателем (вендором), а также наличие или отсутствие физического (материального) носителя как объективной формы существования программ для ЭВМ. Предпосылки установления договорных связей раскрываются, как правило, в существенном неравенстве переговорных позиций, предрешенном выборе применимого права и трансформации классического восприятия дистрибьютора. Содержательно договоры между вендором и реселлером зачастую характеризуются прямым запретом сублицензирования и возложением на реселлера обязанностей по совершению целого комплекса фактических действий. В свою очередь, принципиальное отсутствие у вендора версий программного обеспечения на материальных носителях ставит под сомнение целесообразность заключения между реселлером и пользователем договора поставки, широко используемого в российской договорной практике. Анализ всей совокупности данных факторов, с учетом российской правоприменительной практики, позволяет сделать вывод о преимуществах посреднической модели дистрибуции с использованием агентского договора. Эта модель наименее уязвима с точки зрения нарушения интеллектуальных прав на всех этапах дистрибуции и обеспечивает надлежащую экспертную поддержку конечному пользователю программного обеспечения.

Ключевые слова: частное право; интеллектуальные права; дистрибуция программного обеспечения; программы для ЭВМ; вендор; реселлер; дистрибьютор; агентский договор; договор поставки; лицензионный договор; сублицензионный договор.

Для цитирования: Долганин А. А. Дистрибуция программного обеспечения в электронной форме: проблема выбора договорной модели // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 1. — С. 9–17. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.170.1.009-017.

© Долганин А. А., 2021

* Долганин Александр Александрович, кандидат юридических наук, ассистент кафедры коммерческого права и основ правоведения Юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова
Ленинские горы, д. 1, стр. 13, г. Москва, Россия, 119991
a_dolganin@law.msu.ru

Software Distribution in E-Form: the Problem of Choosing a Contractual Model

Aleksandr A. Dolganin, Cand. Sci. (Law), Assistant Professor, Department of Commercial Law and Jurisprudence, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University
Leninskie Gory, d. 1, str. 13, Moscow, Russia, 119991
a_dolganin@law.msu.ru

Abstract. The paper is devoted to the analysis of peculiarities of legal support of distribution of “boxless” versions of foreign software distributed exclusively in e-form in Russia. In the conditions of digitalization of economic relations, a significant part of the difficulties, Russian software distributors face with, are associated with the imperfection of contractual work in companies rather than with the current legislation. The author highlights the specifics of contractual relations (their prerequisites and content) between the distributor (reseller) and right-holder (vendor) as factors influencing the choice of a contract concluded between the software distributor and purchaser, as well as availability or lack of a tangible (material) medium as an objective form of existence of computer software. The author elucidates such prerequisites for establishing contractual relationships as substantial inequality of negotiating positions, the predetermined choice of applicable law and transformation of classical distributor’s perception. Regarding their content, contracts between the vendor and reseller are often characterized by an outright prohibition of sublicensing and the assignment of duties on the reseller to perform a whole set of actions. In turn, a fundamental lack of software versions on tangible media at the vendor calls into question the feasibility of concluding a contract between the reseller and the user of the contract of sale widely used in Russian contractual practice. The analysis of the whole set of these factors with due regard to the Russian law enforcement practice, allows us to draw a conclusion about the advantages of an intermediary model of distribution using the agency contract. This model is the least vulnerable in the context of intellectual rights infringement at all stages of distribution and provides appropriate expert support to the end user of the software.

Keywords: private law; intellectual rights; software distribution; PC software software; vendor; reseller; distributor; agency contract; contract of sale; license contract; sublicense contract.

Cite as: Dolganin AA. Distributsiya programmnoy obespecheniya v elektronnoy forme: problema vybora dogovornoj modeli [Software Distribution in E-Form: the Problem of Choosing a Contractual Model]. *Lex russica*. 2021;74(1):9-17. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.170.1.009-017. (In Russ., abstract in Eng.).

Актуальность вопросов договорного оформления продвижения программного обеспечения (далее также — ПО) от правообладателя (далее также — разработчик, вендор) к конечному пользователю обусловлена не только общим фактором постепенной цифровизации экономики, но и конкретными проблемами договорной работы, с которыми сталкиваются практикующие юристы, консультирующие дистрибьюторов (далее также — реселлеры, эксперты) — в особенности тех, которые распространяют сложные программные b2b-продукты (т.е. продукты для хозяйствующих субъектов) зарубежных разработчиков, востребованные крупным российским бизнесом. Данный факт предопределяет необходимое взаимодействие юриста-консультанта не только с реселлером, но и с его клиентами — приобретателями программного обеспечения, раскрывая при этом те недостатки договорной работы, которые не связаны напрямую с несовершенством действующего законодательства или неблагоприятно складывающимся правоприменением. Следует оговориться, что настоящая статья в

качестве эмпирической основы использует некоторые примеры реальных договоров, но не претендует на всеобъемлющий и универсальный анализ, применимый к абсолютно любым случаям дистрибуции любого программного обеспечения.

Выбор договорной модели реализации программного обеспечения иностранного вендора в рассматриваемой ситуации основывается на анализе: 1) специфики договорных отношений между вендором и реселлером и 2) объективной, внешней формы выражения ПО как объекта гражданских прав. В свою очередь, специфика договорных отношений проявляется, с одной стороны, в некоторых предпосылках и формальных аспектах заключения договоров, с другой стороны, в содержательных особенностях их предмета.

К предпосылкам следует отнести, во-первых, несоизмеримо более сильную переговорную позицию правообладателя, который ультимативно предлагает национальному дистрибьютору принять условия общих типовых контрактов, разработанных для распростра-

нения программного обеспечения в том или ином регионе, как правило объединяющем несколько государств. Таким образом, дистрибьютор не может учесть особенности национального гражданского законодательства и наиболее распространенные в конкретном государстве подходы к дистрибуции программного обеспечения. С этим связана и вторая предпосылка, заключающаяся в подчинении договора иностранному праву (весьма часто — праву штата Калифорния), что также затрудняет адаптацию юридических последствий, создаваемых таким договором, к российской правовой действительности, равно как и толкование его условий для клиентов дистрибьютора — приобретателей ПО. В-третьих, в том случае, если программное обеспечение представляет собой сложные системы автоматизации бизнес-процессов и требует квалифицированной установки, настройки и отладки, послепродажного технического обслуживания и т.д., вендор рассматривает реселлера в качестве не столько простого распространителя, сколько эксперта, специалиста по работе с программным обеспечением. В связи с этим необходимым условием заключения договора для дистрибьютора является наличие в штате компетентных сотрудников, аттестованных в соответствии с требованиями правообладателя. Характерно, что такое восприятие дистрибьютора правообладателем отражается не только на наименовании договоров (часто они именуются не лицензионными или дистрибьюторскими, а, например, «экспертными соглашениями» (англ. expert agreement), «партнерскими соглашениями» и т.п.), но и на их содержании.

Анализ соглашений, заключаемых между экспертом-дистрибьютором и правообладателем, показывает, что их предмет зачастую включает в себя два элемента, один из которых — условие о передаче эксперту лицензии на ПО. Однако данная лицензия, как правило, является одновременно ограниченной (англ. limited), неэксклюзивной (англ. non-exclusive), неотчуждаемой и несублицензируемой (англ. non-transferable and non-sublicensable). Более того, запрет сублицензирования в подобных случаях может быть явно и определенно сформулирован отдельным условием во избежание попыток реселлера заключать с приобретателями ПО такие договоры, которые бы по существу предполагали передачу дистрибьютором отсутствующих у него исключительных прав. Указанные характеристики лицензии, равно

как и системное толкование других договорных условий, позволяют сделать вывод о том, что лицензия в данном случае предоставляется исключительно для целей личной эксплуатации экспертом конкретных экземпляров программного обеспечения, необходимых для его тестирования, отладки, повышения квалификации сотрудников.

Второй элемент предмета экспертных соглашений следует считать ключевым: дистрибьютору предоставляется right to resell (в буквальном переводе — «право перепродажи»). Истинный смысл и содержание данного права раскрывается только в результате системного толкования всех договорных условий, в особенности запрета сублицензирования, а также различных оговорок о невозможности непосредственной реализации ПО самим экспертом ввиду заключения конечных лицензионных соглашений (англ. end-user agreements) исключительно напрямую между правообладателем и пользователем и т.д. Таким образом, предоставляемое right to resell следует понимать не буквально, а в контексте уже отмеченного выше подхода вендора к функциям эксперта-реселлера, который не «перепродает» закупленные лицензионные права, а осуществляет деятельность по всестороннему продвижению программного обеспечения, надлежащему его доведению до конечного потребителя, которому он комплексно и профессионально содействует как в заключении договора с правообладателем, так и в последующем корректном и эффективном использовании приобретенного ПО.

В целом можно сформулировать следующие ключевые тезисы о содержании анализируемых договоров:

- 1) заключение лицензионного соглашения (end-user agreement или end-user license agreement (далее также — EULA)) происходит напрямую между вендором и пользователем программного обеспечения;
- 2) эксперт не вправе от своего имени продавать (перепродавать, отчуждать и т.д.) программное обеспечение, в том числе посредством заключения сублицензионных соглашений;
- 3) эксперт содействует пользователю в заключении лицензионного договора с вендором, выступая в качестве посредника — промежуточного звена, обеспечивающего не только продвижение продукта на определенной территории, но и корректное его использование приобретателем ПО.

Весьма распространенным способом осуществления посреднического содействия, предусмотренным договором между вендором и экспертом, является предоставление последнему личного кабинета на сайте вендора, с помощью которого формируются заказы пользователей, оперативно обрабатываемые правообладателем. Таким образом, эксперт получает доступ к технологической инфраструктуре, необходимой для заключения договора между приобретателем ПО и вендором. Показательно, что лицензионные ключи к программному обеспечению направляются напрямую от правообладателя к пользователю, минуя эксперта. Вместе с тем у пользователей нет возможности регистрации собственного личного кабинета и самостоятельного размещения заказа на программное обеспечение (в отличие, например, от b2c-продуктов, предполагающих, как правило, наличие канала прямого сбыта потребителю посредством официального сайта правообладателя).

Первичной и наиболее общей правовой моделью, опосредующей доведение программного продукта от правообладателя к конечному потребителю посредством передачи права на его использование, в российском законодательстве является заключение лицензионного договора (ст. 1235, 1261 ГК РФ) — как в обычном, так и в упрощенном порядке, предусмотренном п. 5 ст. 1286 ГК РФ. Между тем в рассматриваемых ситуациях соглашение между вендором и реселлером предполагает заключение лицензионных договоров непосредственно между правообладателем и пользователем ПО, а предоставление сублицензий реселлером запрещено. Очевидно, что подобные варианты дистрибуции, осложненные посредническим участием субъекта, профессионально занимающегося продвижением, установкой, настройкой и обслуживанием программного обеспечения, не могут ограничиваться лицензионными договорами и предполагают выбор иной договорной модели, оптимально формализующей отношения между реселлером и пользователем ПО.

В том случае, если экземпляры программ для ЭВМ (в виде, например, дистрибутивов) записаны правообладателем на материальном носителе (компакт-дисках, флеш-накопителях и др.) и в такой форме подлежат реализации, часто используемой в России моделью дистрибуции является заключение между дистрибью-

тором-реселлером и пользователем ПО обычного договора поставки. В соответствии с таким договором поставщик передает покупателю в собственность предварительно закупленные у вендора экземпляры ПО на материальном носителе, которые покупатель использует в своих предпринимательских целях. Возможность перехода права собственности как необходимой каузы договора поставки в данном случае проистекает из реального существования передаваемых вещей — материальных носителей ПО, собственником которых становится поставщик в связи с предварительным приобретением экземпляров у правообладателя. В свою очередь, возможность последующего легального использования покупателем программного обеспечения, записанного на носителе, обеспечивается обязательным заключением между ним и правообладателем лицензионного соглашения в упрощенном порядке. Пользователь получает право использовать купленное программное обеспечение лишь после акцепта условий лицензионного соглашения, размещенного на коробке с ПО или доступного в сети «Интернет». При этом поставщик ПО, несмотря на передачу им вещного права на материальный носитель, сам по себе не участвует в лицензионном отношении. Таким образом, реализация ПО по модели поставки состоит из двух элементов: 1) приобретения пользователем у реселлера в собственность материального носителя с программным обеспечением и 2) присоединения пользователя к лицензионному договору с вендором.

Можно констатировать неприменимость обычной «поставочной» модели к рассматриваемому варианту дистрибуции программного обеспечения: и ввиду исключительно электронной формы существования и распространения объекта прав, и в силу особенностей договорных отношений между реселлером и вендором. «Бескоробочная» версия означает отсутствие самой вещи как объекта прав и принципиальную невозможность установления права собственности, переход которого опосредовался бы договором поставки. Вещный характер товаров, упоминаемых в ст. 506 ГК РФ, с очевидностью проистекает из родовой принадлежности поставки к договору купли-продажи, что подтверждается и правоприменительными интерпретациями¹. Следует

¹ См., например: постановление Президиума ВАС РФ от 17.07.2012 № 2296/12 по делу № А40-86304/10-116-304 // СПС «КонсультантПлюс» (российский нормативный материал, судебная практика и русско-

согласиться с В. В. Витрянским, указывающим на невозможность полноценного признания имущественных прав товаром по договору купли-продажи и необходимость корректного понимания п. 4 ст. 454 ГК РФ, который лишь позволяет распространять действие норм о купле-продаже на иные правоотношения, но не изменяет при этом их природу и не трансформирует эти отношения в куплю-продажу². Более того, согласно ст. 506 ГК РФ передаваемые товары должны производиться или закупаться поставщиком, тогда как реселлер не разрабатывает программное обеспечение сам и не закупает его по договору с вендором. Соглашение между дистрибьютором и правообладателем в рассматриваемой ситуации не только не предусматривает закупку программного обеспечения на материальных носителях для последующей поставки конечным пользователям, но и не предполагает передачи реселлеру прав на ПО с целью их сублицензионной «перепродажи», исключая, таким образом, какую-либо возможность правомерного применения норм ГК РФ о поставке по аналогии. В связи с этим неприменимым в данном случае представляется способ юридического оформления дистрибуции посредством заключения договора купли-продажи электронного дистрибутива с соответствующим использованием по аналогии норм о купле-продаже на основе п. 4 ст. 454 ГК РФ, закрепляющего, как уже отмечалось выше, возможность применения положений, предусмотренных параграфом 1 гл. 30, к «продаже имущественных, в том числе цифровых, прав, если иное не вытекает из содержания или характера этих прав». М. Али, отмечая очевидное противоречие такого варианта пункту 1 ст. 454 ГК РФ, одновременно указывает на «однородность передачи электронных файлов и передачи товара» в качестве «частичного оправдания»³. Однако такого рода «слияние» электронного дистрибутива и товара, на приобретение которого направлена воля покупателя (в рассматриваемой ситуации единственно возможным

товаром можно считать право использования экземпляра программного обеспечения), имеет место, когда продавец действительно располагает товаром и управомочен на его перепродажу, т.е. обладает лицензионными правами с возможностью сублицензирования. Как уже было показано ранее, в исследуемых договорах между вендором и реселлером не предусматривается передача последнему прав на программное обеспечение с целью их последующей сублицензионной «перепродажи». Показательно, что в судебной практике по делам о применении налоговых льгот по НДС при заключении лицензионных договоров (пп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ) весьма ясно констатируется необходимость для конечного пользователя ПО внимательно проверять целостность всей цепочки перехода прав на программное обеспечение от правообладателя до потребителя, в том числе в части соответствия использованной для приобретения договорной модели требованиям, установленных вендором в договорах с дистрибьюторами⁴.

На практике хозяйствующие субъекты — конечные пользователи программного обеспечения, привыкшие приобретать программное обеспечение на материальных носителях по договору поставки, в процессе переговоров иногда предлагают реселлерам самостоятельно записывать дистрибутивы на компакт-диски или флеш-накопители для последующего заключения договоров поставки. Однако соглашения между вендором и реселлерами, как правило, не закрепляют за последними право воспроизведения программного обеспечения, что полностью исключает правомерность любых попыток «кустарной» записи экземпляров программ на какие-либо носители. В юридической литературе справедливо отмечается, что «анализ дистрибьюторских договоров (о партнерской сети) с правообладателями-нерезидентами (например, Oracle, IBM, Microsoft), предметом которых является предоставление дистрибьютору (партнеру) права распространения экземпляров

язычная литература, ссылки на которую не содержат указания страниц, изучались с использованием СПС «КонсультантПлюс»).

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о передаче имущества. 4-е изд., стер. М.: Статут, 2002. Кн. 2.

³ Али М. Покупка программного обеспечения. Ошибки оформления, за которые приходится дорого платить // Корпоративный юрист. 2016. № 9. URL: <https://e.korpurist.ru/492115> (дата обращения: 01.07.2020).

⁴ См.: решение АС Республики Хакасия по делу № А74-3204/2009 от 22.09.2009 // СПС «КонсультантПлюс».

программ, показывает, что они не содержат условие о наделении дистрибьютора правом воспроизведения (тиражирования) программ»⁵. Нарушение исключительного права вендора посредством неправомерного, вопреки воле правообладателя, воспроизведения программного обеспечения хорошо известно российскому правоприменению довольно резонансной судебной практикой — например, делом «Аутодеск Инкорпорейтед»⁶.

Представляется, что в контексте рассматриваемых в статье договорных связей несанкционированную запись программного обеспечения на материальные носители следует интерпретировать в качестве явного выхода реселлера за пределы официального канала сбыта, построение которого является для правообладателя основной целью заключения экспертных, дистрибьюторских и других соглашений, связанных с продвижением своего товара. Сначала экземпляр программного обеспечения в форме электронного дистрибутива незаконно записывается на некий материальный носитель, который передается по договору поставки конечному пользователю. Затем данный экземпляр устанавливается на ЭВМ пользователя и даже успешно активируется лицензионным ключом в результате вполне стандартного заключения упрощенного лицензионного договора в сети Интернет, т.е. порядок доведения товара до потребителя в некотором смысле возвращается в русло санкционированного канала сбыта. Однако записанные в отсутствие у реселлера права на воспроизведение экземпляры ПО пользователь получает на контрафактных носителях по смыслу п. 4 ст. 1252 ГК РФ, что приводит к существенным негативным последствиям как для реселлера, так и для покупателя. В частности, велика вероятность отзыва правообладателем лицензионных ключей на проданные экземпляры ПО, т.е. одностороннего расторжения лицензионных соглашений; также покупатель может быть признан недобросовестным приобретателем с последующим предъявлением требования об изъятии материального носителя в соответствии с пп. 4 п. 1 ст. 1252 ГК РФ. В свою очередь, реселлер как непосредственный нарушитель исключительных прав может столкнуться

с полным спектром мер гражданско-правовой ответственности и, по всей вероятности, с вынужденным прекращением договорных отношений с правообладателем.

Сходная ситуация, связанная с нарушением согласованной иностранным правообладателем (Microsoft) схемы сбыта на российском рынке, рассматривалась арбитражными судами в деле № А14-20288/2017. Конечный пользователь (заказчик) в результате исполнения государственного контракта приобрел у поставщика системные блоки с предустановленными экземплярами программного обеспечения и приложенными для активации лицензионными ключами. Однако поставщик не размещал у авторизованного дистрибьютора Microsoft в России соответствующий заказ для оформления ПО (как уже отмечалось ранее, подобная система дистрибуции посредством размещения заказов в специальных личных кабинетах авторизованных реселлеров — весьма распространенная практика), поэтому сам факт предоставления или использования лицензионных ключей для активации полученных экземпляров программного обеспечения не означает правомерного заключения лицензионного соглашения с соблюдением исключительных прав вендора. В связи с этим заказчик в одностороннем порядке отказался от исполнения государственного контракта и был поддержан арбитражными судами, отказавшими поставщику в удовлетворении требования о признании отказа недействительным⁷.

К сожалению, на практике инертность договорной работы в некоторых российских корпорациях, обусловленная длительным и многократным применением одних и тех же договорных инструментов, прошедших сложное, многоступенчатое внутреннее согласование, на переговорах иногда приводит к абсурдным попыткам предложить реселлерам те же самые проекты договоров поставки, которые ранее использовались для покупки «коробочных» версий программного обеспечения, без возможности каких-либо изменений. В таких стандартных проектах можно найти условия о поставке экземпляров ПО на материальном носителе в товарной упаковке, о доставке товара

⁵ Витко В. С. Гражданско-правовая природа лицензионного договора. М.: Статут, 2011.

⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 02.03.2016 № С01-895/2015 по делу № А17-6438/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 03.04.2019 № Ф10-631/2019 по делу № А14-20288/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

на склад покупателя по определенному адресу, об оформлении товарных накладных ТОРГ-12, о переходе права собственности на товар и риска случайной гибели с момента передачи товара и подписания покупателем товарной накладной и т.п. Если же дистрибьютор настаивает на использовании более адекватной договорной модели, коммуникация с такими компаниями обычно выстраивается в трех наиболее вероятных вариантах: 1) потенциальный покупатель зачастую просто отказывается от заключения договора; 2) реселлеру предлагаются весьма сомнительные альтернативы вроде уже рассмотренной ранее самостоятельной записи дистрибутивов ПО на материальные носители; 3) в лучшем случае, в результате тяжелых продолжительных переговоров, связанных со значительными транзакционными издержками, юристы потенциального покупателя пытаются запустить процедуры согласования нового проекта договора, что в совокупности затягивает заключение сделки на многие месяцы.

Примечательно, что на переговорную позицию потенциальных покупателей в данном случае практически не влияет даже правоприменительная практика, не всегда позитивно оценивающая использование «поставочной» модели в тех случаях, когда она по существу опосредует передачу прав использования результата интеллектуальной деятельности, то есть прикрывает лицензионные отношения. Так, например, в одном из дел, рассмотренных Судом по интеллектуальным правам, стороны подписали договор, включавший условие о предмете в виде «поставки лицензии на право пользования программным комплексом», а также условия о «поставке программного обеспечения» по акту и товарной накладной и о переходе «права собственности» с момента приемки ПО заказчиком. Исследовав условия договора, суд указал на то, что «предметом этого договора является передача права использования результата интеллектуальной деятельности — программного обеспечения, в связи с чем по своей правовой природе он может быть отнесен к лицензионным договорам». Согласно п. 6 ст. 1235 ГК РФ лицензионный договор должен предусматривать: 1) предмет договора путем указания на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, право использования которых предостав-

ляется по договору; 2) способы использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Однако в договоре было согласовано только условие о предмете, в связи с чем суд кассационной инстанции посчитал лицензионный договор незаключенным. Суд также обратил внимание на доводы истца об отсутствии у ответчика (поставщика ПО) исключительных прав на программный комплекс и особо подчеркнул, что «передача дистрибутива, содержащего программу для начальной инициализации системы, сама по себе не может быть предметом договора без предоставления прав использования программы»⁸. Следует отметить, что последнее утверждение суда согласуется с ранее сделанным мной выводом о том, что возможность применения «поставочной» модели и норм о поставке по аналогии напрямую зависит от наличия в передаваемом товаре — объекте, по поводу которого складываются гражданские правоотношения, действительного и одновременного «слияния» дистрибутива и прав на программное обеспечение. Рассматриваемые в статье соглашения между правообладателем и дистрибьютором, как уже неоднократно подчеркивалось, не предполагают передачи последнему прав на программное обеспечение для последующего сублицензирования. Таким образом, в случае конфликта между участниками подобной цепочки сбыта «бескоробочных» версий ПО не исключено применение арбитражными судами аналогичного подхода к заключенным между вендором и конечными пользователями договорам поставки.

Обозначенные ключевые тезисы в отношении анализируемого способа дистрибуции и договоров между вендором и реселлером (заключение EULA между вендором и конечным пользователем, как правило, в форме упрощенной лицензии по типу click-wrap; невозможность для реселлера от своего имени «перепродавать» ПО и прямой запрет сублицензирования; исключительно «содействующий» характер обязанностей эксперта — в целях продвижения ПО, заключения EULA и дальнейшей помощи покупателю в использовании продуктов) предопределяют закономерный вывод о целесообразности заключения между реселлером и конечным пользователем агентского договора по модели поручения. Такой

⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 05.06.2014 № С01-439/2014 по делу № А40-88983/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

способ договорного оформления дистрибуции программного обеспечения довольно часто используется на практике и, по моему мнению, является оптимальным вариантом для распространения «бескоробочных» версий продуктов. Роль агента-эксперта здесь — сопровождение лицензионного договора между пользователем (принципалом) и вендором (третьим лицом): эксперт формирует заказы покупателей на программное обеспечение при помощи специального личного кабинета на платформе вендора, участвует в расчетах, выполняет иные действия (консультирование, установка и внедрение, настройка, иное техническое обслуживание) для успешного обеспечения пользователя продуктами вендора.

Предмет агентского договора формулируется посредством установления совокупности юридических и фактических действий, которые должен совершить агент, среди которых следует отметить:

- 1) заключение с правообладателем лицензионного договора от имени принципала, в частности обеспечение получения принципалом лицензионных ключей, экземпляров программного обеспечения (обычно загружаемых с сайта вендора в специальном личном кабинете или по сформированной при помощи агента ссылке) и сопроводительной документации, подтверждающей факт предоставления вендором принципалу экземпляров ПО;
- 2) содействие в активации программного обеспечения, его установка и настройка на оборудовании принципала;
- 3) принятие от принципала и передача правообладателю денежных средств в счет исполнения обязательств по заключенному лицензионному договору.

Часть из перечисленных действий, безусловно, можно охватить и предметом договора возмездного оказания услуг, заключение которого в целях дистрибуции программного обеспечения является еще одним допустимым вариантом. Это касается тех действий реселлера, которые могут рассматриваться в качестве «услуг по предоставлению информации» (ст. 783.1 ГК РФ), традиционно используемых в российской коммерческой практике для реше-

ния проблемы оборота информации, а также экспертно-консультационных услуг.

Представляется, что агентский договор в итоге все-таки эффективнее служит интересам сторон в силу двух основных причин: 1) более точного соответствия реально складывающимся между сторонами отношениям явно посреднического характера и их целям, связанным с конкретным юридическим результатом в виде заключения лицензионного договора между конечным пользователем и вендором; 2) зачастую предпочтительного режима регулирования в рамках гл. 52 и, субсидиарно, гл. 49 ГК РФ по сравнению с гл. 39 ГК РФ, с учетом, в частности, особенностей применения ст. 782 об одностороннем отказе от исполнения договора. Следует отметить, что преимущественный выбор агентского договора находит достаточно весомую поддержку и в профессиональной юридической среде России, и в научном сообществе. Так, Л. Харитоновна отмечает целесообразность и правомерность квалификации соответствующих отношений между дистрибьютором ПО и конечным пользователем в качестве агентских⁹. А. И. Савельев также подчеркивает невозможность заключения договора поставки при отсутствии материального носителя программного обеспечения и обращает внимание на посреднический характер отношений между реселлером и конечным пользователем при электронной форме распространения программного обеспечения, которые, по его мнению, могут опосредоваться агентским договором¹⁰.

В итоге выбор оптимальной договорной модели для доведения иностранного программного обеспечения до конечного пользователя напрямую зависит от качества юридического анализа договорных отношений между правообладателем и дистрибьютором и особенностей формы продвигаемых объектов гражданских прав. В совокупности это предопределяет корректное понимание всего канала сбыта — иногда довольно сложной системы взаимодействий хозяйствующих субъектов в целях продвижения продукта — и позволяет решить две, пожалуй, наиболее насущные задачи: 1) сохранение юридической целостности и чистоты сбытовой цепочки, т.е. получение пользователем лицензионного программного

⁹ Харитоновна Л. Отношения с вендорами — как правильно? // URL: <http://zarlaw.ru/lifehacks/articles/otnosheniya-s-vendorami-kak-pravilno-chast-1-vendor-reseller/> (дата обращения: 24.02.2020).

¹⁰ Савельев А. И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. № 3.

обеспечения в отсутствие каких-либо нарушений исключительных прав на всех этапах движения продукта; 2) обеспечение надлежащего и эффективного использования программного обеспечения его приобретателем посредством соответствующей экспертной поддержки. Представляется, что применительно к рассмотренному в статье варианту дистрибуции, который, разумеется, не охватывает все возможные случаи, оптимальной договорной мо-

делью, способной решить обозначенные задачи, следует считать именно агентский договор. К сожалению, на практике значительная часть проблем, с которыми сталкиваются российские дистрибьюторы иностранного программного обеспечения, связана не столько с несовершенством национального законодательства, сколько с неадаптивностью и инертностью договорной работы в условиях цифровизации экономических отношений.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Али М. Покупка программного обеспечения. Ошибки оформления, за которые приходится дорого платить // Корпоративный юрист. — 2016. — № 9. — URL: <https://e.korporurist.ru/492115> (дата обращения: 01.07.2020).
2. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о передаче имущества. — 4-е изд., стер. — М.: Статут, 2002. — Кн. 2. — 800 с.
3. Витко В. С. Гражданско-правовая природа лицензионного договора. — М.: Статут, 2011. — 301 с.
4. Савельев А. И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. — 2011. — № 3. — С. 102–128.
5. Харитонов Л. Отношения с вендорами — как правильно? // URL: <http://zarlaw.ru/lifehacks/articles/otnosheniya-s-vendorami-kak-pravilno-chast-1-vendor-reseller/> (дата обращения: 01.07.2020).

Материал поступил в редакцию 1 июля 2020 г.

REFERENCES

1. Ali M. Pokupka programmnogo obespecheniya. Oshibki oformleniya, za kotorye prikhoditsya dorogo platit [Buying software. Errors of registration, for which you have to pay expensively]. *Corporate lawyer*. 2016;9. URL: <https://e.korporurist.ru/492115> (accessed: 01 Jul 2020) (In Russ.).
2. Braginskiy MI, Vitryanskiy VV. Dogovornoe pravo. Dogovory o peredache imushchestva. [Contract law. Contracts on the transfer of property]. 4th ed., Book 2. Moscow: Statute Publ.; 2002. (In Russ.).
3. Vitko VS. Grazhdansko-pravovaya priroda litsenziionnogo dogovora [Civil Law Nature of the License Agreement]. Moscow: Statute Publ.; 2011. (In Russ.).
4. Savelyev AI. Otdelnye voprosy primeneniya norm ob ischerpanii prav v otnoshenii programm dlya EVM [Certain issues of application of rules on exhaustion of rights in relation to computer programs]. *Civil Law Abstract*. 2011;3:102–128. (In Russ.).
5. Kharitonova L. Otnosheniya s vendorami — kak pravilno? [Relationships with vendors — how right?]. URL: <http://zarlaw.ru/lifehacks/articles/otnosheniya-s-vendorami-kak-pravilno-chast-1-vendor-reseller/> (accessed: 01 Jul 2020). (In Russ.)