

Возврат денег за предустановленную на компьютере операционную систему (методическое пособие)

Составитель: Павел Протасов

21 января 2009 г.

Данный сборник материалов был подготовлен при проведении акции проекта «Net/Адвокат¹» по разработке способа и рекомендаций по возврату денег, уплаченных покупателем за предустановленную на компьютере операционную систему (в настоящее время в такой роли выступает Windows Vista от Microsoft²). Сборник содержит краткий разбор тех нарушений законодательства, которые допускаются при установке, а также рекомендации по борьбе с ними.

В дальнейшем возможно внесение изменений в материалы сборника. Его версия определяется датой составления, указанной в начале.

Разделы III, IV, VI и VII сборника являются информационными материалами и не охраняются авторским правом по основаниям, предусмотренным пп. 4 п. 6 ст. 1259 Гражданского кодекса РФ.

Раздел V сборника представляет собой извлечения из официальных документов, которые не охраняются авторским правом по основаниям, предусмотренным пп. 1 п. 6 ст. 1259 Гражданского кодекса РФ.

Весь сборник разрешается свободно распространять в неизменном виде.

¹Страница акции находится по адресу «<http://www.netadvocate.org/action/badvista>». В случае внесения изменений в те документы, которые составляются при ее проведении, изменения будут вноситься в данный сборник материалов. Версия сборника определяется датой его составления, помещенной в начале.

²Здесь и далее понятия «предустановленной ОС» и «Windows Vista» будут постоянно смешиваться друг с другом; не обращайтесь на это внимания

Автор благодарит за помощь в работе над сборником Сергея Середу, создателя движения «ПОтребитель» (<http://consumer.nm.ru/>).

Основным методом работы проекта «Net/Адвокат» является выделение устойчивых нарушений закона, и разработка типовых аргументов против таких нарушений, для включения в жалобы и другие процессуальные документы по конкретным делам. Поэтому последние разделы сборника содержат типовые документы и тексты для практического использования в составлении жалоб и исковых заявлений.

Содержание

I	Как не платить «Microsoft tax»	3
II	Сборник часто используемых аргументов (на правах FAQ)	10
III	Лицензионные соглашения Microsoft с точки зрения отечественного законодательства	17
IV	Рекомендации для участников акции	19
V	Необходимые нормативные акты (извлечения)	22
VI	Типовые документы для использования при возврате	33
VII	Типовые тексты для включения в свои документы	36

Часть I

Как не платить «Microsoft tax»³

Павел Протасов

Как известно, большинство ноутбуков и некоторое количество обычных десктопов продаются с предустановленными на них операционными системами. Не только от Microsoft, конечно, но продукция этой уважаемой компании среди них явно доминирует. При этом цена операционной системы включается в цену компьютера, и необходимость платить еще и за нее устраивает далеко не всех.

На Западе традиция спонсирования Microsoft при покупке компьютера получила название «Microsoft tax» или «налога Microsoft». Периодически возникают кампании, подобные «Bad Vista⁴», проводимой FSF, и состоящей главным образом в сборе подписей и «продвижении» свободного ПО. В России же, где строгость законов традиционно компенсируется вы помните, чем, так остро проблема не стоит: владелец компьютера просто сносит установленную операционную систему, и ставит на это место то, что сам захочет.

Недовольны тотальной предустановкой не только линуксоиды: в народе ходит поверье о том, что до второго сервиспака продукты от Microsoft не приносят удачи... Так что счастливые владельцы новейшей операционной системы от мелкомягких (как правило, это Vista Home), умученные глюками и тормозами, часто меняют ее вовсе не на Linux, а на старую добрую XP.

И вот не так давно по отечественным новостным сайтам прошла волна перепечаток о «прецеденте»: жителю Петербурга Владимиру Садовникову вернули таки семьдесят баксов за предустановленную на его компьютере копию ОС⁵, после четырех месяцев переписки с производителем компьютера. К сожалению, эта история не стала толчком к кампании, похожей на ту, что ведет FSF, зато спровоцировала долгие, яростные обсуждения на различных интернет-форумах. Особенно активными в них были, как водится, представители Linux-сообщества: эти по любому поводу склонны устраивать пиар-кампании, как будто Microsoft скоро обанкротится, а венде, действительно, капец...

Боюсь, как раз из-за этого информационного шума, совершенно не пропорционального важности события, проблема возврата «Microsoft tax» стала выглядеть единичным «прецедентом», равных которому больше не будет. Между тем, Владимир действовал, на мой взгляд, даже недостаточно радикально: он должен был не перепиской четыре месяца заниматься, а просто прийти к продавцу компьютера и получить назад свои семьдесят баксов.

³Статья была опубликована в журнале «Компьютерра», №3 за 2009 год. В данной брошюре приводится в авторской редакции.

⁴<http://badvista.fsf.org>

⁵Российский прецедент: покупателю вернули деньги за Windows Vista // <http://www.cnews.ru/news/top/index.shtml?2008/07/25/309588>

Объекты гражданских прав во всем их многообразии

Я знаю, что сейчас скажут сторонники теории о том, что вернуть деньги все-таки нельзя: что компьютер с предустановленной на нем ОС является «единым программно-аппаратным комплексом» и разделу не подлежит. Самые ехидные обычно еще и интересуются у оппонентов, не захотят ли те вернуть, скажем, еще и веб-камеру от ноутбука. Ну, или запасное колесо от машины, «потому что есть свое». Что ж, утверждение про этот самый «комплекс» — одно из самых популярных, с него и начнем.

Так вот, насчет веб-камеры: вернуть ее, действительно, нельзя без договора с продавцом, поскольку это часть так называемой «сложной вещи», то есть, «разнородных вещей, образующих единое целое, предполагающее использование их по общему назначению». Это понятие предусмотрено в статье 134 Гражданского кодекса, ею же установлено, что сделка, заключенная в отношении такой вещи, распространяется на все ее составные части, если договором не предусмотрено иное. То есть, выломать камеру из ноутбука все-таки можно, если продавец согласен, но я думаю, таких продавцов вы не найдете.

Теперь по поводу запасного колеса. Оно, с точки зрения ГК, является «вещью-принадлежностью», поскольку «предназначена для обслуживания другой, главной, вещи и связана с ней общим назначением». Это — уже из следующей статьи, 135, в которой тоже закреплено похожее правило: вещь-принадлежность следует судьбе главной вещи, если договором не предусмотрено иное. То есть, по договору с продавцом запасное колесо вернуть таки можно, если он согласится.

А теперь — вернемся немного назад по тексту ГК, и почитаем статью 128, описывающую «объекты гражданских прав». Наряду с «вещами», «работами и услугами» она предусматривает и такой объект как «результаты интеллектуальной деятельности», которым и является программа для ЭВМ. В то же время статьи 134 и 135 говорят исключительно о вещах. Включения в состав сложной вещи результатов интеллектуальной деятельности статья 134 не предусматривает, как не предусматривает их статья 135 в качестве «принадлежности главной вещи».

Не может быть ПО и частью «комплекта», то есть, набора товаров, о котором говорится в статье 479 ГК: под «товаром» в кодексе понимается все та же вещь, предназначенная для продажи (это следует из определения самого договора купли-продажи, содержащегося в п. 1 ст. 454). В общем, утверждение о «едином программно-аппаратном комплексе» не выдерживает элементарной проверки Гражданским кодексом.

Вдобавок, существует как минимум один обзор судебной практики⁶, в котором прямо говорится, что «компьютер и установленное на нем программное обеспечение неразрывно связанными между собой не являются». Там, правда, разбирается не продажа компьютеров, но ситуация похожая: ответчик, сдающий ПО в прокат, возражая против иска, утверждал, что не использует саму программу, а предметом договора проката является компьютер. Суд вполне закономерно не согласился, решив, что программы «могут предоставляться вместе с устройством, на котором они установлены, без со-

⁶ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного суда РФ «Об утверждении обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» от 13 декабря 2007 г. №122 // <http://www.fips.ru/npd/doc/sud.htm>

гласия правообладателя только в случае, если объектом проката является устройство, неразрывно связанное с установленной на нем программой». Такими устройствами, по мнению суда, являются «калькулятор, стиральная машина и т.п.», то есть, устройства, «прошитые» программами, написанными специально для них. Не думаю, что в случае с предустановленной операционкой суд оценит утверждения о «едином комплексе» как-то по-другому...

Ну что ж, попробуем подвести итоги. Мы имеем ситуацию, когда при продаже такой вещи как компьютер, производитель связывает с ней программу, которая является не вещью, а совсем другим объектом гражданских прав. Однако, при этом производители, продавцы, да и просто сочувствующие утверждают, что ОС — это «неотъемлемая часть компьютера». Как мы выяснили только что, правовых оснований для этого нет. Вдобавок, разные и те договоры, по которым переходят права: право собственности на «железо» компьютера передается по договору купли-продажи, а неисключительное право использования ОС — по лицензионному договору. При этом договор купли-продажи заключается с магазином, а лицензионный — с производителем компьютера. Ну и в довершение всего, ОС — это какая-то особенная «часть компьютера»: на нее не распространяется гарантия, и недостатки, связанные с ее работой, устранять вам никто не будет, в лучшем случае ее переустановят. Обычно для обоснования этого продавцы ссылаются на то, что починка компьютера — это «ремонт», а настройка ОС — «не ремонт», что тоже неправомерно: закон «О защите прав потребителей» про «ремонт» ничего не знает, он говорит про «устранение недостатков». (Хотя некоторые продавцы из-за переустановки системы могут вас лишить гарантии на сам компьютер, приговаривая про ту самую «неотъемлемую часть»).

Короче, мне кажется, что утверждение про «программно-аппаратный комплекс» серьезным назвать нельзя, слишком уж много в нем противоречий и несоответствий закону. То, что столько народу в него верит, ничем, кроме частого повторения, объяснить, боюсь, невозможно.

Насильно мил не будешь

Обычно говоря о возможности отказа от уплаты «Microsoft tax», ссылаются на нормы о «навязанной услуге» из закона «О защите прав потребителей», который в своей 16 статье устанавливает запрет на «связывание» товаров и услуг друг с другом. Это не совсем так: операционная система — как мы только что выяснили, не товар и не услуга, а результат интеллектуальной деятельности, на нее саму эта норма не распространяется. Однако, услугой является предустановка ОС на компьютер, а товаром — отдельный носитель с операционной системой — вот они-то и навязываются.

Вдобавок, есть еще и первая часть той же статьи, в которой говорится, что условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами, признаются недействительными. Требование покупки Windows, которым сопровождается приобретение компьютера — это как раз такое условие.

Разумеется, никаких нормативных актов, обязывающих продавца комплектовать компьютер операционной системой, в природе нет, хотя довольно часто приходится слы-

шать о том, что они, якобы, существуют. Это заблуждение происходит из пункта 49 «Правил продажи отдельных видов товаров», где установлена обязанность продавца ознакомить покупателя с устройством и действием покупки. В случае с компьютером это сделать можно только если на нем установлена ОС, но это не значит, что ОС обязательно должна быть от Microsoft, и покупатель обязан ее купить. В «Правилах...» ничего подобного нет.

В общем, есть все основания считать, что лицензионный договор на ОС навязывается покупателю продавцом. Его заключением покупателю причиняются убытки в размере стоимости ОС, которая включена в стоимость компьютера. Их возмещения покупатель вправе требовать как от продавца, так и от производителя компьютера (это тоже установлено в п. 1, 2 ст. 16 ЗоЗПП). Поводом для расторжения договора в данном случае может служить статья 168 ГК, предусматривающая ничтожность сделок, не соответствующих закону. А понуждение к заключению договора, кроме ЗоЗПП, прямо запрещено еще и статьей 421 ГК (п. 1).

Еще одно основание для расторжения лицензионного договора — то, что продавец выдает его за часть договора купли-продажи компьютера. Это значит, что покупатель заключает его под влиянием заблуждения относительно самой его природы. Статья 178 ГК (п. 1) рассматривает это обстоятельство как еще одно основание для его расторжения. А статья 180 дает покупателю возможность требовать признания недействительной не всей сделки, а только ее части, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения этой части — как раз то, что мы имеем в случае с предустановкой: компьютер в большинстве случаев покупается из-за «железа», а не установленной ОС.

Поскольку в ЗоЗПП используется очень широкое определение «недостатка товара», под которым понимается в том числе несоответствие его «обычно предъявляемым требованиям», то под это определение попадает и насильно предустановленная на компьютер ОС. Еще один недостаток — то, как эта ОС устанавливается: обычно образ диска с ней и всеми драйверами записывается на скрытый раздел жесткого диска, и этим разделом пользоваться, разумеется, нельзя. Если в описании компьютера указан не полезный, а общий объем диска, включающий в себя и раздел для восстановления, то это можно считать непредоставлением покупателю полной информации о товаре, и нарушением статьи 12 ЗоЗПП. Еще встречаются модели ноутбуков, работоспособные только под управлением Windows Vista — и об этом продавец должен предупредить, в противном случае тоже будет иметь место «непредоставление информации».

Вдобавок, закон (ст. 1280 ГК) связывает необходимый минимум полномочий по использованию программы именно с правомерным владением ее экземпляром, то есть, материальным носителем. Отсутствие такого носителя — это тоже «несоответствие обычно предъявляемым требованиям», то есть недостаток.

Не выдерживает критики и утверждение о том, что возвращать деньги не надо, потому что «предустановленная копия ОС является подарком». Подарок передается не по лицензионному договору, а по договору дарения. К тому же, этот лицензионный договор содержит кучу условий по пользованию копией ОС, а дарение никаких встречных условий не предполагает.

Если под «дарением» имеется в виду безвозмездный лицензионный договор, то о его

безвозмездности должно быть сказано в нем же самом, чего не наблюдается. Более того: там открытым текстом написано, что покупатель может отказаться от его заключения, не нажимая кнопку «Я согласен⁷», и вернуть ОС, получив обратно деньги. Правда, стоимость Windows никогда отдельно не указывается, что, разумеется, тоже можно считать нарушением права потребителя на информацию о товаре.

Вдобавок, порядок возврата денег за ОС у подавляющего большинства производителей просто не определен, а у тех, у которых определен, он сводится к тому, что вернуть ее можно только вместе с компьютером⁸. Это — настолько же несерьезно, как и в случае с «программно-аппаратным комплексом». Нет, представьте: в договоре содержится обязательство, которое сторона договора либо отказывается выполнять, ссылаясь на то, что она «не определила порядок», либо выставляет явно обременительное условие, о котором в договоре не написано. Где такое возможно? Правильно, только в сфере продажи ПО, в любом другом случае дело закончилось бы судом, с предсказуемым результатом.

К сожалению, в умах уже укоренилось мнение о том, что по лицензионному договору на ПО все права остаются у правообладателя, а у пользователя возникают сплошные обязанности. Но это — такой же договор, как и любой другой, и к нему применимы общие нормы ГК о договорах. Попробуем рассмотреть саму «лицензию» на Windows Vista с точки зрения Гражданского кодекса.

Не мышонок, не лягушка

Лицензионный договор на предустановку сначала заключается производителем компьютера с Microsoft⁹. Условия договора в случае продажи упаковки с OEM-версиями ОС содержатся на коробке с дисками. Вскрывая коробку, сборщик принимает условия договора. Это вариант для мелких сборщиков, которые покупают ОС и ставят на собранные компьютеры, у производителей ноутбуков масштабы другие, и договоры, вероятно, заключаются в письменной форме непосредственно с Microsoft.

Затем сборщик устанавливает ПО на компьютер, а пользователь после продажи — принимает условия договора¹⁰ путем нажатия кнопки вида «Я на все согласен». Все, договор между производителем и пользователем заключен. Принципиальный момент: Microsoft не является его стороной, весь спрос — с производителя компьютера.

И договор на предустановку, заключаемый с производителем, и соглашение с конечным пользователем представляют собой так называемые «договоры присоединения», предусмотренные ст. 421 ГК. Отличительной их особенностью является то, что условия

⁷Правда, иногда кнопку за покупателя нажимает уже производитель, на заводе. Это, разумеется, тоже можно трактовать как понуждение к заключению лицензионного договора.

⁸Один из отечественных блоггеров опубликовал свою переписку с четырьмя производителями ноутбуков: <http://sadko4u.livejournal.com/33615.html>. Все ответы сводились к двум этим вариантам.

⁹Здесь и далее я буду ссылаться на текст «Лицензии Microsoft для сборщика систем», который можно скачать по адресу: <http://www.microsoft.com/Oem/Russian/Licensing/Builder/Default.mspx>

¹⁰Текст «лицензии» на OEM-версии «Windows Vista Home Basic», «Home Premium» и «Ultimate» можно скачать с сайта Microsoft: <http://www.microsoft.com/Rus/Licensing/General/Examples/Default.mspx>. Однако, я не исключаю, что могут использоваться и другие варианты текстов.

таких договоров могут быть приняты только целиком: если вас что-то не устраивает, вы можете либо гулять себе дальше, либо договариваться с противоположной стороной об изменении условий, и это будет уже другим договором.

Главной особенностью «лицензии» от Microsoft является то, что это — не «лицензионный договор», а так называемый «смешанный», содержащий в себе положения, характерные для нескольких видов договоров. Это позволяет статья 421 ГК, более того: она позволяет включать в текст даже свои собственные, не предусмотренные законом условия. Разумеется, если такое условие, включенное в лицензию на программу, будет нарушено, это не значит, что нарушены именно авторские права. Однако, среди широких народных масс почему-то бытует заблуждение о том, что копирайт на Windows нарушает вот именно что любое отступление от условий лицензии, вплоть до непоклейки «лицензионной наклейки». Это, конечно же, не так.

Вообще, сакраментальная «лицензионная наклейка» во всей истории с тотальной предустановкой имеет важное значение. Дело в том, что OEM-версии программ условиями «лицензии» запрещено продавать отдельно. Для этого наклейка и нужна: чтобы искусственно «привязать» программу к компьютеру, затруднив отдельную продажу копии программы. Хотя для владельцев ноутбуков придумано новое, уже упоминавшееся извращение: установка резервного образа диска на скрытый раздел винчестера. При этом отдельный диск с ОС покупателю не передается, и толкнуть ее налево он не сможет при всем желании¹¹.

Так вот, требование поклеить на компьютер «наклейки» — это требование совершения определенных действий, то есть, типичный элемент агентского договора, предусмотренного ст. 1005 ГК. Таким же «агентским» элементом является и связывание компьютера с установленной копией ОС, требование дальнейшей передачи ОС только вместе с этим компьютером, запрет установки на виртуальные системы, а также ограничение количества подключений к компьютеру под управлением ОС. Все эти условия существенно ограничивают права пользователя ПО. Вдобавок, в «лицензии» содержится пункт 25, ограничивающий ответственность производителя за любой ущерб, связанный с использованием Windows.

Все эти пункты, ограничивающие как права пользователя, так и ответственность изготовителя компьютера, согласно ГК (п. 2 ст. 428) являются основанием для изменения или расторжения уже заключенного договора присоединения. Иными словами, пользователь может расторгнуть договор уже после того, как согласился с его условиями, и вернуть продавцу уже активированную копию Windows. Ссылки на то, что она-де «была в употреблении», разумеется, неуместны: имущественное право — это не вещь, и «быть в употреблении» оно не может. Лично я не вижу ничего сложного в том, чтобы удалить запись об активации копии с серверов Microsoft и продать тот же серийник кому-нибудь еще.

К тому же, девятнадцатый пункт «лицензии» содержит указание на то, что ПО, установленное на компьютере, может содержать «программы третьих лиц», с указа-

¹¹ Сохраняется, правда, «охранительная» функция наклейки: ее можно показать «проверяльщикам лицензионности ПО», чтобы они поверили, что вы не пират. Но если она наклеена на низ ноутбука, лучше ее заклеить прозрачным скотчем, в противном случае она сотрется примерно за месяц.

нием на то, что на пользователя распространяются «условия, сопровождающие такие программы». То есть, ОС сопровождается еще и набором неизвестных программ, на которые имеются отдельные лицензионные договоры. А значит, продавец передает покупателю компьютер, обремененный правами третьих лиц, не предупреждая об этом. Что ему прямо запрещено статьей 460 ГК.

Да и сами условия «лицензии» от Microsoft не соответствуют требованиям, предъявляемым к таким договорам: там как минимум не указана цена за копию ОС. В соответствии со статьей 1235 ГК такой договор считается незаключенным.

Впрочем, у Верховного и Высшего Арбитражного судов по этому вопросу свое мнение: в проекте их совместного постановления¹², посвященного вопросам, возникающим у судов в связи с введением в действие четвертой части ГК, содержится утверждение о том, что «упрощенный» лицензионный договор на использование ПО (договор, предусмотренный п. 3 статьи 1286 ГК, условия которого изложены на экземпляре программы), и не должен соответствовать общим требованиям, которые предъявляются статьей 1235. Правда, непонятно, почему был сделан такой вывод: в тексте он не обоснован вообще никак. Возможно, авторы проекта считают, что при приобретении экземпляра программы цена договора равна стоимости этого экземпляра. Вполне логично, но это — не наш случай.

Ну, а раз цена ОС отдельно не указана, то думаю, логично будет считать ее равной стоимости OEM-версии Windows, которая продается отдельно. И кстати, если мы посмотрим на тот типовый договор, который заключается Microsoft с производителем компьютера, то увидим там пункт 13, в котором производителю запрещено «назначать отдельную цену» за копию ОС¹³. То есть, в договор с конечным пользователем MS включает слова о том, что при несогласии с условиями лицензии он может вернуть ОС и получить обратно деньги, а производителю запрещает сообщать покупателю, сколько стоит сама операционная система. Получается, что это именно Microsoft косвенно подталкивает производителей к нарушению прав потребителя.

Вообще, большинство мнений, касающихся возможности или невозможности отказа от «Microsoft tax», было мною почерпнуто как раз в том «информационном шуме», которым сопровождался «прецедент Садовникова». И я вынужден констатировать, что проблема с уплатой этого налога — вовсе не юридическая. Проверки законом она не выдерживает, а некоторые аргументы, которые приводятся в обоснование навязывания покупателю Windows — просто смехотворны. Нет, впечатление законности таких действий создано как раз общественным мнением, и им же поддерживается. И пока покупатели будут верить этому самому мнению, они и будут продолжать платить Microsoft ее налог.

¹²Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (проект) // <http://www.netadvocate.org/node/471>

¹³Это, кстати, еще один аргумент в пользу того, что ОС не является подарком, а имеет какую-то ненулевую стоимость.

Часть II

Сборник часто используемых аргументов (на правах FAQ)

Павел Протасов

При чтении лучше сверяться с извлечениями из нормативных актов (раздел V).

«EULA от Microsoft — лицензионный договор, нарушение любого из его положений делает программу контрафактной»

На самом деле, договор от MS — типичный пример так называемого «смешанного» договора, который содержит положения, характерные для нескольких разных договоров. Возможность заключения такого договора предусмотрена п. 3 ст. 421 ГК (стр 23). А вторая часть этой статьи разрешает заключать договоры, которые вообще не предусмотрены законодательством. Так что в таком договоре ничего незаконного нет, однако, стоит помнить, что не все из положений такого «лицензионного договора» относятся именно к авторским правам. Например, требование воздержаться от установки OEM-версии на уже собранные компьютеры — типичный элемент агентского договора. К авторским правам относятся разве что запреты на сдачу экземпляра ПО в прокат или (с натяжкой) на перепродажу экземпляра ОС отдельно от компьютера.

Стоит также помнить, что дополнительно к договору «лицензионный пользователь» зачастую вынужден изучать толкования его сотрудниками Microsoft, которые могут менять его смысл без изменения самого текста договора. Обычно представители MS в регионах на короткой ноге с милицией и прочими «проверяльщиками контрафактности», так что «лицензионность» будут определять именно они, а не какая-то EULA и не какой-то закон.

Кроме того, такой договор просто не может считаться заключенным, поскольку в нем не указан размер вознаграждения за использование ПО, либо порядок его исчисления.

«Операционная система является неотъемлемой частью компьютера, поэтому возврат денег за нее невозможен»

Гражданский кодекс содержит три статьи, которые могут быть применены в обоснование такого утверждения — 133, 134 и 135 (стр 22). Первая из них говорит о «неделимых вещах». В случае с компьютером такой вещью может быть ноутбук без отделяемых деталей (модулей памяти, извлекаемых дисководов, и т.п.)

Статья 134 говорит о т.н. «сложной вещи», то есть разнородных вещах, образующих «единое целое, предполагающее использование их по общему назначению». Для компьютера это — ноутбук с отделяемыми деталями, либо обычный компьютер, собранный из стандартных комплектующих. Что же касается статьи 135, то и она говорит именно о вещах — «главной» и «принадлежности». Вещь-принадлежность, предназначенная

для обслуживания главной переходит вместе с ней, если договором не предусмотрено иное. Это — всякого рода периферийные устройства, включенные в комплект (мышки, клавиатуры и прочая периферия, не входящая в состав собственно компьютера; вопрос о разграничении таких вещей и частей компьютера — «сложной вещи» сейчас мы оставим за кадром, он здесь не имеет значения).

Операционная система — нематериальна, поэтому «вещью» ее назвать нельзя. Вещь — это тот носитель информации, на котором записана ОС, в случае с ее предустановкой носителем является жесткий диск компьютера, а также установочные компакт-диски, которые, впрочем, часто не прилагаются (об этом будет еще сказано ниже). Разумеется, винчестер компьютера является частью «сложной вещи», но является он ею независимо от того, какая ОС на нем записана.

Защитники авторских прав часто повторяют, что покупая программу, вы получаете только право пользоваться ею. Это право предусмотрено в четвертой части Гражданского кодекса, и к вещам не отнесено. Достаточно посмотреть в статью 128 ГК (стр 22), в которой перечислены объекты гражданских прав, чтобы заметить: «вещи» и «охраняемые результаты интеллектуальной деятельности» в ней перечислены по отдельности. А статьи 133–135 говорят только о вещах, включения в их состав результатов интеллектуальной деятельности закон не предусматривает.

Следовательно, ОС, предустановленная на компьютере, быть его «неотъемлемой частью» с точки зрения ГК никак не может. В самом деле: представьте себе ситуацию, когда производитель автомобиля настаивает на покупке страхового полиса ОСАГО только от одной конкретной компании, настаивая на том, что такая страховка «является неотъемлемой частью автомобиля». Маразм? А вот с компьютерами такой трюк почему-то проходит. . . О том, почему это происходит, немного написано в одной из статей¹⁴ на сайте движения «ПОтребитель». Ситуация с правами потребителей программных продуктов действительно, катастрофическая.

Результат интеллектуальной деятельности также не может быть «принадлежностью» компьютера, поскольку не является вещью. Не может она быть и «частью комплекта» компьютера: по смыслу главы ГК о договоре купли-продажи, «комплект» называется набор товаров (ст. 479, стр. 25). Товар, как следует из п. 1 ст. 454 (стр 25), это вещь, предназначенная для продажи. В общем, и здесь «комплектность» предполагает только набор вещей.

Дополнительным аргументом против «неотъемлемости ОС» является то, что винды можно купить отдельно, даже OEM-версию. Парадоксом отечественного законодательства является то, что даже «прошивка» какого-либо устройства, не может считаться неотъемлемой его частью: это — отдельная программа, использование которой регулируется отдельными положениями закона. То есть, программа, записанная в память любого устройства не становится частью этого устройства, даже если это «неделимая» или «сложная вещь».

Даже при продаже прилагаемой ОС по цене носителя она не попадает под статью 135, поскольку диск сам по себе должен использоваться именно в качестве «вещи», а в случае с диском, на котором записана ОС, используется все равно она, как «результат

¹⁴http://consumer.nm.ru/cnsum_it.htm

интеллектуальной деятельности». Защитники законности предустановки ОС говорят о том, что она — де является «частью компьютера». О том, что это не так, мы только что узнали. Однако, если мы спросим у производителя компьютера, устраняет ли он недостатки, связанные с этой самой «неотъемлемой ОС», то ответ будет: «разумеется нет». И, хотя некоторые производители даже лишают гарантии пользователей, переустановивших ОС, поддержки вы от них не дождетесь. Хотя, если верить тем же производителям, она — такая же часть компьютера, как и жесткий диск.

В обоснование такого поведения приводятся ссылки на то, что починка «железа» компьютера — «ремонт», а настройка ПО — «не ремонт». Но ЗоЗПП ни о каком «ремонте» не знает, он говорит об «устранении недостатков» (стр 30). В подборке судебной практики на сайте есть решение¹⁵, при вынесении которого суд именно из этого и исходил (также советую почитать рекомендации истца на форуме ОЗПП¹⁶: хотя он и считает, что ПО телефона является именно «неотъемлемой частью» этого телефона, в данном случае разницы никакой нет).

Договор купли–продажи обычного экземпляра ПО, таким образом, может рассматриваться как два разных договора: купля–продажа собственно материального носителя с программой, плюс передача прав на использование программы в пределах, установленных лицензионным соглашением.

Есть разница между разновидностями программ: например, прошивка, созданная для работы на конкретном устройстве, отдельно от этого устройства не обладает никакой потребительской ценностью, так что стоимость ее равна нулю (это на тот случай, если кто-то вздумает вернуть деньги за нее). Ну, а отдельно продающаяся ОС — это совсем другое дело.

«Любые условия EULA, ограничивающие права пользователя — недействительны»

Это было бы верным, если бы пользование ПО было товаром или услугой, и на него распространялся бы закон о правах потребителей. Однако, ЗоЗПП на программы не распространяется, под него попадают только товары, работы и услуги. А как мы помним из статьи 128 ГК, результаты интеллектуальной деятельности — это совсем другой объект гражданских прав. То, что лицензия на ОС ограничивает пользователя по сравнению с положениями, установленными законом, может быть поводом для расторжения уже заключенного договора в порядке п. 2 ст. 428 ГК (стр 24).

«По отечественному законодательству изготовитель обязан комплектовать компьютер операционной системой»

Пока я не нашел в отечественном законодательстве норм, которые этого прямо требуют. Косвенное требование содержится в правилах продажи отдельных видов товаров (п. 49, стр. 31), которые требуют демонстрировать работу технически сложных устройств. Однако, это требование можно реализовать и без ОС, либо установив какой–нибудь

¹⁵<http://www.netadvocate.org/node/416>

¹⁶<http://forum.ozpp.ru/showthread.php?t=27836>

линукс, который ставить можно на неограниченное количество компьютеров. Можно также пользоваться «триальными» версиями ОС, правда, тогда возможен «наезд» милиции из-за «признаков контрафактности», так что это — плохой метод. В общем, работоспособность частей ПК — объективное свойство, не зависящее от установленной ОС.

«Операционную систему покупатель получает бесплатно»

Эта нелепая отмазка опровергается во-первых, тем, что цены на ПО от Microsoft общеизвестны. А о бесплатной раздаче OEM-виндов покупателям компьютеров определенной марки эта компания никогда не объявляла (в отличие от образовательных лицензий, скажем). Во-вторых, к жалобе в Потребнадзор можно приложить распечатки цен на компьютеры с предустановленной ОС и без нее, из которых будет видна разница цен. Разумеется, выбирать нужно соответствующего производителя и сравнимые конфигурации. Многие онлайн-магазины позволяют провести сравнение цен на разные модели, этой функцией и стоит воспользоваться.

Кроме этого, в OEM-лицензии открытым текстом записано, что покупатель имеет право ее вернуть. Поэтому стоимость ее должна быть указана отдельно при покупке компьютера, то, что так не делается — еще одно нарушение ЗоЗПП (непредоставление информации).

Кстати, этим нарушается еще и ст. 1286 ГК, в которой указано, что в лицензионном договоре должен быть указан размер вознаграждения или порядок его определения. Поэтому цена может быть определена в соответствии с ценой, которая при сравнимых обстоятельствах взимается за аналогичные товары, работы или услуги. То есть — стоимость продаваемого отдельно экземпляра.

Предустановка также не вполне согласуется со статьей 460 ГК (стр. 25), в соответствии с которой продавец должен передать товар свободным от прав третьих лиц. Как правило, продавец, предлагая к продаже компьютер с предустановленной ОС, умалчивает о том, какие конкретно полномочия правообладателя должен соблюдать пользователь.

«Некоторые компьютеры рассчитаны на работу только под управлением Windows»

Продавец, который говорит такое для обоснования нежелания возвращать деньги, наказывается на то, что его накажут еще за одно нарушение закона о правах потребителей: непредоставление полной информации о товаре. Продавец должен продать товар, свободный от недостатков и соответствующий требованиям, предъявляемым обычно к такого рода товарам.

Обычное требование для компьютеров — возможность работы под операционками, для этого предназначенными. А иногда — и не предназначенными, как не предназначена Linux для работы на «макинтошах». Если же он может работать только под одной ОС, то это — недостаток, о котором пользователь должен быть предупрежден до покупки. Для опровержения такого утверждения можно установить на компьютер другую

ОС и продемонстрировать его работоспособность. Кроме этого, под ту же статью закона теоретически можно «подвести» и отсутствие драйверов для конкретной ОС: об этом продавец тоже обязан предупреждать (при условии, что операционная система достаточно распространена, и ее можно назвать «обычно применяемой»: как правило, это несколько последних версий Windows и Linux).

«За возвратом денег нужно обращаться к производителю ПК/компании Microsoft»

Весьма распространенный неверный ответ. Продавец хочет свалить ответственность на производителя, а производитель на MS, вынуждая потребителя бегать по кругу между ними. На самом деле ЗоЗПП разрешает обращаться за возвратом денег прямо к продавцу (стр. 28). А также к другим участникам этой цепочки — как ему удобнее.

Собственно, до тех пор, пока покупатели будут «обращаться к производителю», случаи возврата денег за ОС так и останутся в России единичными. Почему-то вернуть обычный товар продавцу можно без проблем, а вот с операционной системой покупателя посылают бегать по кругу между производителем, продавцом и Microsoft, хотя никаких законных оснований для этого нет.

Кстати, есть основания полагать, что и Microsoft не совсем непричастна к договорам с пользователем предустановленной ОС. Действительно, утверждается, что такой договор заключается между пользователем и производителем ПК. Однако, его условия типовые, и полностью определены MS. К тому же, часть работ по техническому обслуживанию ОС (например, выпуск обновлений) осуществляется все той же MS. Ну и наконец, претензии в случае нарушения авторских прав на ОС будет предъявлять именно Microsoft, а не производитель компьютера. В общем, думаю, что, если озадачить этим вопросом какой-нибудь суд, то такой договор может быть признан притворным. Впрочем, этой темой я серьезно не занимался, и она еще ждет своего исследователя.

«Не у всех производителей есть процедура возврата денег за операционку»

Это — проблемы индейцев, шерифа они волновать не должны. Хорошим примером откровенно неудачных действий потребителя можно считать широко разрекламированный «успех» петербуржца Владимира Садовникова¹⁷: человек четыре месяца ждал, пока продавец и производитель разрулят друг с другом эту самую «процедуру возврата». Тогда как должен был просто получить с продавца деньги.

«По ЗоЗПП запрещается обуславливать приобретение одних товаров, работ или услуг приобретением других (ч. 2 ст. 16), поэтому предустановка незаконна»

Данная часть 16 статьи (стр. 29) к предустановленной ОС неприменима, поскольку результаты интеллектуальной деятельности не отнесены в ст. 128 ГК к товарам, работам

¹⁷<http://sadko4u.livejournal.com/32864.html>

и услугам.

Впрочем, услугой может считаться установка ОС и ее настройка (но не сама ОС), а товаром — носитель с ОС. Поэтому можно сказать, что ЗоЗПП все-таки применим, но ограниченно.

Кроме этого, сослаться необходимо на первую часть статьи 16: приобретение результата интеллектуальной деятельности, которым обусловлено приобретение компьютера — это условие договора, нарушающее права потребителя. Стоимость насильно проданной ОС — убыток, который подлежит возмещению. Поэтому необходимо обращаться к продавцу компьютера, требуя соразмерного уменьшения цены договора.

Статьей 428 ГК (стр. 24), регулирующей условия договора присоединения, предусмотрено, что присоединившаяся сторона вправе требовать изменения его условий даже в том случае, если они не противоречат закону. Единственный случай, когда условия договора не могут изменяться, предусмотрен п. 3 статьи: если лицо, ведущее предпринимательскую деятельность, знало, на что шло. Но потребитель по ЗоЗПП — как раз не ведет такой деятельности, иначе под этот закон он уже просто не попадает.

Попадает ли вообще использование программы под ЗоЗПП?

Сама программа, как уже было сказано, под него не попадает. Есть одно постановление ВС, которым из-под ЗоЗПП «выведены» отношения по имущественному страхованию, поводом для этого стало то, что они не являются услугой. По логике законодательства, услуга — это какое-либо действие. Даже если ВС примет для программ что-то подобное, остается возможность сослаться на ст. 422 ГК (стр. 24), которая требует соответствия условий договора действующему на момент его заключения законодательству. Одно из несоответствий предустановки — она нарушает принцип свободы договора, закрепленный в ст. 421 ГК (стр. 23).

Кроме этого, услугой является сама установка ОС на компьютер, и здесь ЗоЗПП применим, поэтому такую услугу можно считать навязанной.

Соглашение, заключенное вместо пользователя

Иногда пользователь получает компьютер с уже активированной ОС. Этот факт можно указать в обосновании того, что лицензионный договор на использование программы покупателю навязали, т.е., имеет место понуждение к заключению договора.

Соглашение, принятое пользователем

Можно ли отказаться от уже активированной ОС? Полагаю, можно со ссылкой на п. 2 ст. 428 ГК (стр. 24), поскольку договор на использование операционки от Майкрософт ограничивает ответственность компании, а также содержит другие явно обременяющие условия, о которых написано ниже.

Активированная Windows не может считаться «бывшей в употреблении», поскольку это не товар. Продается право использования ОС, а регистрационную запись пользователя MS вполне может аннулировать. Кроме этого, в EULAх от MS, как правило,

нет указаний на цену или порядок ее определения, вследствие чего договор считается незаключенным. Таким образом, проблема снимается.

Вдобавок — это аргумент в пользу того, что цену на винды нужно определять по аналогии с экземплярами, продаваемыми отдельно, а не столько, сколько скажет производитель ПК: порядок определения цены неизвестен, т.к. и производителем он тоже не определен, в противном случае — он должен был быть вписан в лицензию.

Т.е., цена должна определяться на общих основаниях, по стоимости отдельно продаваемой копии ОС. Ссылки продавца на то, что «он определил цену» и принял ее равной десяти рублям, разумеется, несерьезны. Если цена не определена на момент заключения договора и не доведена до покупателя, то задним числом в одностороннем порядке продавец ее установить не может. Вдобавок, для этого продавцу нужна как минимум доверенность на представление интересов производителя.

«Если разрешить продажу компьютеров без операционной системы, то все, купившие такой компьютер, поставят на него пиратскую Windows»

Разумеется, поставят, если и не все, то заметная их часть. Однако, соблюдение «легальной монополии» компании Microsoft не входит в цели нашей акции. Задача ее — обеспечить пользователю свободу выбора, а уж как он распорядится этой свободой, решать ему.

Часть III

Лицензионные соглашения

Microsoft с точки зрения

отечественного законодательства

Для разбора возьмем EULA на OEM Vista Home, Home Premium и Ultimate¹⁸, первая из которых сейчас предустанавливается в массовом порядке.

Привязка к компьютеру

П. 2 «а» вводит понятие «лицензированного устройства», с которым навсегда связывается копия ОС, а в п. 15 содержится требование передачи ПО только вместе с таким устройством. Между тем, статья 1280 ГК (стр. 26), предоставляющая владельцу экземпляра ПО минимум прав по его свободному использованию, таких ограничений не содержит. Она ограничивает только количество компьютеров, на которые можно установить ОС (конечно же, одним).

Запрет на перепродажу

П. 12 лицензии запрещает перепродавать экземпляры ПО, если на них стоит метка о том, что они не предназначены для перепродажи. Между тем, ст. 1272 ГК (стр. 26) такое право владельцу экземпляра прямо предоставляет.

«Лицензионная наклейка»

П. 14 «а» содержит завуалированное требование наклеивать на корпус компьютера или упаковку ПО специальную наклейку, а п. 15 — уже явно требует передавать экземпляр ПО только вместе с такой наклейкой. В принципе, эти требования относятся не к авторским правам, а к «агентской» части договора.

«Программы третьих лиц»

П. 19 лицензии содержит указание о программах, которые входят в комплект ОС, и предупреждение о том, что требования правообладателей этих программ распространяются и на пользователя ОС. П. 20 говорит об экспортных ограничениях, которые пользователь обязан соблюдать, не описывая их конкретно. Это означает, что продавец нарушает ст. 460 ГК (стр. 25), не описывая права третьих лиц, которыми обременен товар. Узнать о них пользователь может только после запуска операционной системы.

¹⁸<http://www.microsoft.com/Rus/Licensing/General/Examples/Default.mspx>

Ограничение ответственности

Стандартный пункт об ограничении ответственности, содержащийся практически во всех лицензиях дает пользователю право требовать расторжения договора по п. 2 ст. 428 ГК (стр. 24).

Дополнительные условия (ограничение подключений, и т.п.)

В разделе с дополнительными условиями лицензии ограничено число подключений к компьютеру, активных сеансов Media Center Extender, а также ограничение на использование в виртуальной системе. Проблема все та же: эти условия ограничивают права пользователя по сравнению с законодательством. Они могут считаться «явно обременительными», т.е., это еще один повод к расторжению договора.

Отсутствие отдельного экземпляра ОС, прилагаемого к компьютеру, можно считать продажей некомплектного товара

Существует обычай предустанавливать дистрибутив ОС на скрытый раздел жесткого диска. Возможно, не передавая пользователю установочных дисков, производитель препятствует ему перенести ОС на другой компьютер (такой перенос, кстати, не запрещается законом). Однако, это значит, что продается товар, не соответствующий обычным требованиям.

Плюс к этому — та часть диска, на которую поставили дистрибутив ОС, не может быть использована. Если об этом не предупреждается покупатель и объем части с ОС включается в общий объем диска — это тоже недостаток товара.

Вдобавок, отсутствие экземпляра ОС затрудняет отказ от него или передачу права на ее использование вместе с экземпляром в порядке ст. 1272 ГК (стр. 26). Ст. 1280 ГК (стр. 26) связывает определенный минимум прав именно с владением экземпляром. Т.е., передача прав на использование ПО без его отдельного экземпляра не соответствует обычным условиям продажи программ.

Кроме этого, пользователю не передается лицензионное соглашение на ОС, ни отдельно, ни на экземпляре произведения. Этим нарушается п. 51 Правил продажи отдельных видов товаров (стр. 31), требующий передачи с товаром всех документов на него.

Вдобавок, условия договора, которые выводятся на экран, только с определенной натяжкой можно считать «изложенными на экземпляре». Поэтому отсутствие отдельного диска с ОС можно считать продажей некомплектного товара.

Часть IV

Рекомендации для участников акции

Наша задача — убедить проверяющие органы и суд в том, что:

1. Производитель произвел компьютер, установил на него Windows и наклеил наклейку, искусственно связав, таким образом, компьютер и ОС;
2. Продавец заключил с покупателем этого компьютера два договора: купли–продажи на вещь (компьютер) и лицензионный на ОС;
3. При этом лицензионный договор он заключил от имени производителя и в его интересах;
4. Лицензионный договор покупатель заключил вынужденно, поскольку нужная модель компьютера без ОС не продается;
5. Компьютеры обычно продаются без ОС, то, что на нем предустановлена операционка, которую покупатель не заказывал — недостаток;
6. Покупатель может расторгнуть лицензионный договор и потребовать соответствующего уменьшения покупной цены;
7. Поскольку стоимость Windows была незаконно включена в стоимость компьютера, цена подлежит уменьшению на стоимость OEM–Windows, продаваемой отдельно, либо коробочной версии, на усмотрение суда.

Стадия первая, необязательная: переписка с продавцом, производителем и MS

В ходе нее денег вам все равно никто не вернет, так что ее можно опустить. Но переписку можно будет впоследствии распечатать и приложить уже к полноценной жалобе. Но прежде — еще при покупке лучше сделать запись в жалобной книге продавца (образец находится в разделе VI).

Наша задача на этом этапе: получить от оппонентов письма, в которых они напишут что–нибудь из следующего:

- ОС «является неотъемлемой частью компьютера» (это большинство пишет)
- Возврат денег за нее возможен только на условиях, определенных производителем. . .
- . . . но, поскольку производителем он не определен, то этого сделать невозможно

- Смена ОС лишает гарантии
- Компьютер рассчитан на работу только под управлением Windows
- Производитель обязан устанавливать ОС
- Такой же модели без «Висты» в продаже нет;
- ... и т.д.

Вся переписка бережно сохраняется и распечатывается. На этой стадии также нужно найти подтверждения стоимости ОС. Лучше, если это будет прайс-лист самого продавца, в магазине которого вы купили компьютер, либо фотография ценника, или еще что-то подобное. Можно достать данные о ценах в нескольких местных магазинах. В крайнем случае — сойдут данные с сайтов продавцов. Если OEM-версии нигде отдельно не продаются, можно взять стоимость «коробочной» версии.

Стадия вторая, необязательная: жалоба в потребнадзор

После отказа от продавца, который непременно последует, пишем на него жалобу в местное отделение потребнадзора¹⁹, используя для этого типовые документы и отрывки типовых текстов, которые содержатся в разделах VI и VII.

Потребнадзор может привлечь продавца к административной ответственности, а также предписать ему прекратить нарушения законодательства. Кроме «вашего», можно указать еще и другие нарушения закона, которые допускает магазин. Только не злоупотребляйте: подробно «расписывайте» именно связывание компьютера и ОС, про остальные нарушения можно упомянуть в одном абзаце.

Кроме этого, можно потребовать отделение потребнадзора обязать продавца вернуть деньги. Это требование, если оно будет выполнено, поможет избежать обращения в суд. (В жалобе надо писать что-то типа: «прошу выдать предписание о прекращении нарушения прав потребителей, а также возврату мне стоимости ОС»).

Результаты проверки также могут быть использованы в качестве аргумента при подаче полноценного судебного иска. (Подробнее о полномочиях потребнадзора вы можете почитать в статье на сайте «Бератор-Пресс»²⁰. Перечень статей, по которым продавца могут привлечь к ответственности, можно почитать на сайте ОЗПП²¹. О том, куда еще можно пожаловаться, можно почитать в теме на форуме «Юрclub»²²).

Задачей жалобы, кроме того, является прекращение нарушения закона не только в отношении вас лично, но и в отношении неопределенного круга клиентов магазина.

¹⁹Список отделений можно найти здесь: <http://glasnaroda.org/zaschita-prav-zaschita-prav-potrebiteley/sluzhbyi-po-nadzoru-zaschityi-prav-potrebiteley.html>

²⁰<http://mosbuh.berator.ru/article/2257>

²¹<http://ozpp.ru/schemes/norubs/8661/index.html>

²²<http://forum.yurclub.ru/index.php?showtopic=118520&st=0>

Стадия третья: подача продавцу претензии

Дело в том, что крайним в данной ситуации является именно продавец. Наша задача: добиться от него соразмерного уменьшения покупной цены, ссылаясь на то, что с покупкой компьютера мы фактически заключили два договора. Теперь мы хотим расторгнуть второй, лицензионный, который нас вынудили заключить, и вернуть ту сумму, которая была включена в стоимость ПК.

Примерный образец претензии приведен в разделе VI. Предъявлять такое требование можно либо продавцу, либо изготовителю компьютера. Если вы живете в Москве, то можно обращаться в представительство компании-изготовителя (если оно, конечно, существует). В противном случае — деньги нужно требовать с магазина, который продал товар.

Стадия четвертая: обращение в суд

Если вы не готовы довести дело до этой стадии, лучше не начинайте. Хотя велика вероятность того, что ваши требования будут удовлетворены после обращения в потребительнадзор, все же будьте морально готовы к суду.

Иски о защите прав потребителей пошлиной не облагаются, так что вы ничего не теряете кроме своего времени и стоимости канцелярских расходов. О том, как примерно происходит судебный процесс, можете почитать на том же сайте ОЗПП²³. Предварительно проконсультируйтесь в местном отделе защиты прав потребителей, возможно, там вам помогут составить иск. Черновой вариант иска составьте из того набора аргументов, который приведен в разделе VII.

Стадия пятая: обнародование документов

Для обратной связи нам нужны те решения, которые вынесены Потребнадзором, либо решения судов. Особенно это относится к случаям, когда в удовлетворении требований вам было отказано (и такое может быть). Документы вы можете загрузить на сайт после регистрации, выбрав пункт «Создать материал — Пример из практики».

Созданный документ включается в состав общей ленты практики на сайте, где с ним могут ознакомиться все посетители. При его создании в разделе «Ситуация» выберите пункт «Возврат денег за предустановленную ОС», а в разделе «Законодательство» — пункт «ЗоЗПП». «Тип документа» установите в «Решение надзорного органа» или «Решение суда». Это позволит отсортировать документ в нужный раздел сайта. Если вы не хотите выкладывать документы на всеобщее обозрение, либо зарегистрироваться, свяжитесь с координатором акции, либо поместите ссылку в соответствующую тему форума.

²³<http://forum.ozpp.ru/showthread.php?t=27467>

Стадия шестая, опять необязательная

Если вам что-нибудь после всего этого вернули, можете пожертвовать часть отсуженного на нужды проекта, через Webmoney (WMR199210678685).

Часть V

Необходимые нормативные акты (извлечения)

Примечание: данные извлечения приводятся исключительно для справки, и не отменяют необходимости чтения нормативных актов целиком.

Гражданский кодекс (часть 1²⁴)

Статья 128. Объекты гражданских прав

К объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага.

...

Статья 133. Неделимые вещи

Вещь, раздел которой в натуре невозможен без изменения ее назначения, признается неделимой.

Особенности выдела доли в праве собственности на неделимую вещь определяются правилами статей 252, 258 настоящего Кодекса.

Статья 134. Сложные вещи

Если разнородные вещи образуют единое целое, предполагающее использование их по общему назначению, они рассматриваются как одна вещь (сложная вещь).

Действие сделки, заключенной по поводу сложной вещи, распространяется на все ее составные части, если договором не предусмотрено иное.

Статья 135. Главная вещь и принадлежность

Вещь, предназначенная для обслуживания другой, главной, вещи и связанная с ней общим назначением (принадлежность), следует судьбе главной вещи, если договором

²⁴<http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/>

не предусмотрено иное.

...

Статья 168. Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам

Сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

Статья 170. Недействительность мнимой и притворной сделок

...

2. Притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа сделки, применяются относящиеся к ней правила.

Статья 178. Недействительность сделки, совершенной под влиянием заблуждения

1. Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения.

Существенное значение имеет заблуждение относительно природы сделки либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Заблуждение относительно мотивов сделки не имеет существенного значения.

...

Статья 421. Свобода договора

1. Граждане и юридические лица свободны в заключении договора.

Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена настоящим Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством.

2. Стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

3. Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

4. Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (статья 422).

В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой.

...

Статья 422. Договор и закон

1. Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

2. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

...

Статья 423. Возмездный и безвозмездный договоры

1. Договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным.

2. Безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления.

3. Договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное.

Статья 428. Договор присоединения

1. Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

2. Присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

3. При наличии обстоятельств, предусмотренных в пункте 2 настоящей статьи, требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской дея-

тельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор.

Гражданский кодекс (часть 2²⁵)

Статья 454. Договор купли–продажи

1. По договору купли–продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).

...

4. Положения, предусмотренные настоящим параграфом, применяются к продаже имущественных прав, если иное не вытекает из содержания или характера этих прав.

Статья 460. Обязанность продавца передать товар свободным от прав третьих лиц

1. Продавец обязан передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц, за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц.

Неисполнение продавцом этой обязанности дает покупателю право требовать уменьшения цены товара либо расторжения договора купли–продажи, если не будет доказано, что покупатель знал или должен был знать о правах третьих лиц на этот товар.

...

Статья 479. Комплект товаров

1. Если договором купли–продажи предусмотрена обязанность продавца передать покупателю определенный набор товаров в комплекте (комплект товаров), обязательство считается исполненным с момента передачи всех товаров, включенных в комплект.

2. Если иное не предусмотрено договором купли–продажи и не вытекает из существа обязательства, продавец обязан передать покупателю все товары, входящие в комплект, одновременно.

Статья 572. Договор дарения

1. По договору дарения одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность либо имущественное право (требование) к себе или к третьему лицу либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом.

При наличии встречной передачи вещи или права либо встречного обязательства договор не признается дарением. К такому договору применяются правила, предусмотренные пунктом 2 статьи 170 настоящего Кодекса.

...

²⁵<http://www.consultant.ru/popular/gkrf2/>

Статья 1005. Агентский договор

1. По агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала.

По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от своего имени и за счет принципала, приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки.

По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают непосредственно у принципала.

...

Гражданский кодекс (часть 4²⁶)

Статья 1235. Лицензионный договор

...

5. По лицензионному договору лицензиат обязуется уплатить лицензиару обусловленное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом правила определения цены, предусмотренные пунктом 3 статьи 424 настоящего Кодекса, не применяются.

Статья 1272. Распространение оригинала или экземпляров опубликованного произведения

Если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения, за исключением случая, предусмотренного статьей 1293 настоящего Кодекса.

Статья 1280. Свободное воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных. Декомпилирование программ для ЭВМ

1. Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ или экземпляром базы данных (пользователь), вправе без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения:

1) внести в программу для ЭВМ или базу данных изменения исключительно в целях их функционирования на технических средствах пользователя и осуществлять действия, необходимые для функционирования таких программы или базы данных в соответствии с их назначением, в том числе запись и хранение в памяти ЭВМ (одной ЭВМ

²⁶<http://www.consultant.ru/popular/gkrf4/>

или одного пользователя сети), а также осуществить исправление явных ошибок, если иное не предусмотрено договором с правообладателем;

2) изготовить копию программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда такой экземпляр утерян, уничтожен или стал непригоден для использования. При этом копия программы для ЭВМ или базы данных не может быть использована в иных целях, чем цели, указанные в подпункте 1 настоящего пункта, и должна быть уничтожена, если владение экземпляром таких программы или базы данных перестало быть правомерным.

2. Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения изучать, исследовать или испытывать функционирование такой программы в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы для ЭВМ, путем осуществления действий, предусмотренных подпунктом 1 пункта 1 настоящей статьи.

3. Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения воспроизвести и преобразовать объектный код в исходный текст (декомпилировать программу для ЭВМ) или поручить иным лицам осуществить эти действия, если они необходимы для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной этим лицом программы для ЭВМ с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой, при соблюдении следующих условий:

1) информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию, ранее не была доступна этому лицу из других источников;

2) указанные действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилируемой программы для ЭВМ, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;

3) информация, полученная в результате декомпилирования, может использоваться лишь для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, не может передаваться иным лицам, за исключением случаев, когда это необходимо для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, а также не может использоваться для разработки программы для ЭВМ, по своему виду существенно схожей с декомпилируемой программой для ЭВМ, или для осуществления другого действия, нарушающего исключительное право на программу для ЭВМ.

4. Применение положений, предусмотренных настоящей статьей, не должно наносить неоправданный ущерб нормальному использованию программы для ЭВМ или базы данных и не должно ущемлять необоснованным образом законные интересы автора или иного правообладателя.

Статья 1286. Лицензионный договор о предоставлении права использования произведения

...

3. Заключение лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных допускается путем заключения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре таких программы или базы данных либо на упаковке этого экземпляра. Начало использования таких программы или базы данных пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора.

Закон «О защите прав потребителей»²⁷

Основные понятия, используемые в настоящем Законе:

...

недостаток товара (работы, услуги) — несоответствие товара (работы, услуги) или обязательным требованиям, предусмотренным законом либо в установленном им порядке, или условиям договора (при их отсутствии или неполноте условий обычно предъявляемым требованиям), или целям, для которых товар (работа, услуга) такого рода обычно используется, или целям, о которых продавец (исполнитель) был поставлен в известность потребителем при заключении договора, или образцу и (или) описанию при продаже товара по образцу и (или) по описанию;

Статья 4. Качество товара (работы, услуги)

1. Продавец (исполнитель) обязан передать потребителю товар (выполнить работу, оказать услугу), качество которого соответствует договору.

2. При отсутствии в договоре условий о качестве товара (работы, услуги) продавец (исполнитель) обязан передать потребителю товар (выполнить работу, оказать услугу), соответствующий обычно предъявляемым требованиям и пригодный для целей, для которых товар (работа, услуга) такого рода обычно используется.

3. Если продавец (исполнитель) при заключении договора был поставлен потребителем в известность о конкретных целях приобретения товара (выполнения работы, оказания услуги), продавец (исполнитель) обязан передать потребителю товар (выполнить работу, оказать услугу), пригодный для использования в соответствии с этими целями.

...

²⁷<http://www.consultant.ru/popular/consumerism/>

Статья 8. Право потребителя на информацию об изготовителе (исполнителе, продавце) и о товарах (работах, услугах)

1. Потребитель вправе потребовать предоставления необходимой и достоверной информации об изготовителе (исполнителе, продавце), режиме его работы и реализуемых им товарах (работах, услугах).

2. Указанная в пункте 1 настоящей статьи информация в наглядной и доступной форме доводится до сведения потребителей при заключении договоров купли-продажи и договоров о выполнении работ (оказании услуг) способами, принятыми в отдельных сферах обслуживания потребителей, на русском языке, а дополнительно, по усмотрению изготовителя (исполнителя, продавца), на государственных языках субъектов Российской Федерации и родных языках народов Российской Федерации.

...

Статья 12. Ответственность изготовителя (исполнителя, продавца) за ненадлежащую информацию о товаре (работе, услуге)

1. Если потребителю не предоставлена возможность незамедлительно получить при заключении договора информацию о товаре (работе, услуге), он вправе потребовать от продавца (исполнителя) возмещения убытков, причиненных необоснованным уклонением от заключения договора, а если договор заключен, в разумный срок отказаться от его исполнения и потребовать возврата уплаченной за товар суммы и возмещения других убытков.

...

Статья 16. Недействительность условий договора, ущемляющих права потребителя

1. Условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными.

Если в результате исполнения договора, ущемляющего права потребителя, у него возникли убытки, они подлежат возмещению изготовителем (исполнителем, продавцом) в полном объеме.

2. Запрещается обуславливать приобретение одних товаров (работ, услуг) обязательным приобретением иных товаров (работ, услуг). Убытки, причиненные потребителю вследствие нарушения его права на свободный выбор товаров (работ, услуг), возмещаются продавцом (исполнителем) в полном объеме. Запрещается обуславливать удовлетворение требований потребителей, предъявляемых в течение гарантийного срока, условиями, не связанными с недостатками товаров (работ, услуг).

3. Продавец (исполнитель) не вправе без согласия потребителя выполнять дополнительные работы, услуги за плату. Потребитель вправе отказаться от оплаты таких работ (услуг), а если они оплачены, потребитель вправе потребовать от продавца (исполнителя) возврата уплаченной суммы.

Статья 18. Права потребителя при обнаружении в товаре недостатков

1. Потребитель в случае обнаружения в товаре недостатков, если они не были оговорены продавцом, по своему выбору вправе:

- потребовать замены на товар этой же марки (этих же модели и (или) артикула);
- потребовать замены на такой же товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены;
- потребовать соразмерного уменьшения покупной цены;
- потребовать незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара или возмещения расходов на их исправление потребителем или третьим лицом;
- отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар суммы. По требованию продавца и за его счет потребитель должен возвратить товар с недостатками.

При этом потребитель вправе потребовать также полного возмещения убытков, причиненных ему вследствие продажи товара ненадлежащего качества. Убытки возмещаются в сроки, установленные настоящим Законом для удовлетворения соответствующих требований потребителя.

В отношении технически сложного товара потребитель в случае обнаружения в нем недостатков вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за такой товар суммы либо предъявить требование о его замене на товар этой же марки (модели, артикула) или на такой же товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены в течение пятнадцати дней со дня передачи потребителю такого товара. По истечении этого срока указанные требования подлежат удовлетворению в одном из следующих случаев:

- обнаружение существенного недостатка товара;
- нарушение установленных настоящим Законом сроков устранения недостатков товара;
- невозможность использования товара в течение каждого года гарантийного срока в совокупности более чем тридцать дней вследствие неоднократного устранения его различных недостатков.

Перечень технически сложных товаров утверждается Правительством Российской Федерации.

2. Требования, указанные в пункте 1 настоящей статьи, предъявляются потребителем продавцу либо уполномоченной организации или уполномоченному индивидуальному предпринимателю.

3. Потребитель вправе предъявить требования, указанные в абзацах втором и пятом пункта 1 настоящей статьи, изготовителю, уполномоченной организации или уполномоченному индивидуальному предпринимателю, импортеру.

Вместо предъявления этих требований потребитель вправе возвратить изготовителю или импортеру товар ненадлежащего качества и потребовать возврата уплаченной за него суммы.

...

Правила продажи отдельных видов товаров²⁸

49. По требованию покупателя он должен быть ознакомлен с устройством и действием товаров, которые должны демонстрироваться в собранном, технически исправном состоянии. Товары, не требующие специального оборудования для подключения, демонстрируются в действующем состоянии.

...

51. При передаче технически сложных бытовых товаров покупателю одновременно передаются установленные изготовителем товара комплект принадлежностей и документы (технический паспорт или иной заменяющий его документ с указанием даты и места продажи, инструкция по эксплуатации и другие документы).

Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности (утв. постановлением Высшего Арбитражного суда РФ от 13 декабря 2007 г. №122)

3. Прокат компьютера с установленными на нем программами для ЭВМ является способом использования этих программ и в силу пункта 3 статьи 16 Закона об авторском праве не допускается при отсутствии у арендодателя прав на сдачу таких программ в прокат.

Закрытое акционерное общество (правообладатель) обратилось в арбитражный суд с иском к индивидуальному предпринимателю о взыскании суммы компенсации за нарушение исключительного права на использование программ для ЭВМ. В ходе проведенной сотрудниками управления внутренних дел проверки компьютерного клуба было обнаружено, что в нем размещены компьютеры, принадлежащие индивидуальному предпринимателю, на каждом из них установлены игровые программы, права на которые принадлежат истцу. Указанные компьютеры ответчиком сдавались в прокат физическим лицам.

Закрытое акционерное общество обратилось с иском, так как не передавало индивидуальному предпринимателю исключительного права на использование программ для ЭВМ. Ответчик, по мнению истца, занимается прокатом программ для ЭВМ. Между тем в соответствии со статьей 10 Закона Российской Федерации «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (далее — Закон о программах) и пунктом 3 статьи 16 Закона об авторском праве право на распространение экземпляров произведения путем сдачи их в прокат принадлежит автору независимо от права собственности на эти экземпляры.

Ответчик против удовлетворения иска возражал, так как правомерно установил программы на принадлежащие ему компьютеры и занимался сдачей в прокат не программ для ЭВМ, а компьютеров. Ответчик ссылаясь на статью 626 ГК РФ, определяющую понятие проката как предоставление арендодателем, осуществляющим сдачу имущества в аренду в качестве постоянной предпринимательской деятельности, движимого

²⁸<http://www.ozpp.ru/laws2/pravila-prod/tovar5.html>

имущества за плату во временное владение и пользование. Исходя из указанного определения в рассматриваемом случае предметом проката являются сами компьютеры.

Удовлетворяя заявленное требование, суд руководствовался следующим.

Статьей 15 Закона о программах установлен исчерпывающий перечень прав пользователя программы для ЭВМ — лица, правомерно владеющего экземпляром программы для ЭВМ. Согласно пункту 1 указанной статьи лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, вправе без получения дополнительного разрешения правообладателя осуществлять любые действия, связанные с функционированием программы для ЭВМ или базы данных в соответствии с ее назначением, в том числе запись и хранение в памяти ЭВМ, а также исправление явных ошибок.

Цель сдачи в прокат компьютеров ответчиком — предоставление арендаторам возможности пользования программами для ЭВМ, на них установленными, в то время как предусмотренное статьей 15 Закона о программах регулирование предполагает, что право на осуществление действий, связанных с функционированием программы для ЭВМ, должно реализовываться непосредственно пользователями программы.

Предоставление права пользования соответствующими программами третьим лицам за плату к числу прав пользователя программы для ЭВМ не относится.

Программы для ЭВМ могут предоставляться вместе с устройством, на котором они установлены, без согласия правообладателя только в случае, если объектом проката является устройство, неразрывно связанное с установленной на нем программой (например, калькулятор, стиральная машина и т.п.). В иных случаях право на использование программ для ЭВМ путем сдачи в прокат принадлежит правообладателю.

Компьютер и установленное на нем программное обеспечение неразрывно связаны между собой не являются.

Ответчиком не заключался договор с истцом о передаче ему исключительных прав на прокат программ для ЭВМ.

Договор с правообладателем, с условиями которого ответчик согласился при установке приобретенного программного обеспечения (статья 14 Закона о программах), не содержал указания на возможность использования программ для ЭВМ путем сдачи их в прокат. Наоборот, указано, что такое программное обеспечение запрещается предоставлять в прокат, в аренду и во временное пользование, а также использовать его для оказания сетевых услуг третьим лицам на коммерческой основе.

Ввиду изложенного суд заявленное требование удовлетворил.

Часть VI

Типовые документы для использования при возврате

(В квадратных скобках помещены фрагменты, которые нужно поменять или исключить, по ситуации).

Примерный текст для записи в жалобную книгу

[...] года в Вашем магазине фирме мною был приобретен компьютер марки [...]. При покупке выяснилось, что на компьютер установлена операционная система [...]. На мою просьбу удалить ненужную мне ОС с компьютера и вернуть деньги, включенные в общую стоимость, продавец ответил отказом. Считаю, что условие заключения отдельного договора на использование установленной на компьютере операционной системой ущемляет мои права и противоречит ст. 16 ЗоЗПП. В связи с этим я намерен обратиться в местное отделение Роспотребнадзора.

Примерный текст жалобы в Потребнадзор

[Излагается история покупки компьютера, переписки с производителем и продавцом, а также разбирается вся выдвинутая ими аргументация, с использованием типовых документов проекта].

Описанными действиями [продавец] нарушает отечественное законодательство, в частности, ч. 1 и 2 ст. 16 ЗоЗПП, включая в договоры купли–продажи компьютеров условия, ущемляющие права потребителей (в данном случае — связанные с заключением «лицензионного договора» на установленную на реализуемые компьютеры операционную систему, стоимость которой включена в стоимость компьютера). Кроме того, покупка многих моделей компьютеров, которые реализуются [продавцом], обусловлена, как и в моем случае, выполнением услуги по установки на их жесткие диски операционной системы, которая является навязанной. На основании изложенного, руководствуясь ч. 2 ст. 40 закона Российской Федерации «О защите прав потребителей», ПРОШУ:

1. Провести проверку деятельности [название продавца] и фактов, указанных в настоящем заявлении;
2. Подтвердить неправомочность указанных действий и признать их нарушающими права потребителей;
3. Выдать [название продавца] предписание о прекращении нарушения прав потребителей, связанного с понуждением к заключению «лицензионных договоров» на операционные системы, реализуемые вместе с персональными компьютерами, а также возврату мне стоимости ОС, незаконно включенной в стоимость купленного компьютера, в размере [...] рублей.

Вопрос о привлечении [продавца] к административной ответственности оставляю на Ваше усмотрение. По существу настоящего заявления прошу ответить письменно в установленные законом сроки по адресу для корреспонденции.

Приложения: [копия переписки, документы, подтверждающие стоимость ОС (рспечатки с сайтов, прайс-листы, и т.п.)]

[число]

[подпись]

Примерный текст претензии продавцу

Директору[...] от [...] проживающему по адресу: [...] (д.тел. [...])

ПРЕТЕНЗИЯ

[...] года в Вашем магазине фирме мною был приобретен компьютер марки [...]. За него мною была уплачена сумма [...] рублей. Причиной, по которой я приобрел именно этот компьютер, стало то, что он наиболее подходил для моих нужд по аппаратной конфигурации.

Однако, при покупке выяснилось, что на компьютер установлена операционная система [...]. На вопрос о том, можно ли купить компьютер без нее, продавец ответил мне отрицательно, поэтому я согласился на покупку. Считаю, что сделал это под влиянием заблуждения, по следующим причинам.

После покупки я обнаружил, что [для начала использования операционной системы необходимо заключить договор / при установке операционной системы до продажи компьютера вместо меня кем-то был заключен договор на использование операционной системы, исполнять который должен я, как владелец компьютера].

Данный договор почему-то назван «лицензионным», однако, при его изучении оказалось, что он содержит множество условий о совершении мною определенных действий, что характерно, скорее для «агентского» договора, описанного в главе 52 Гражданского кодекса.

То, что его называют «лицензионным», ввело меня в заблуждение, я не ожидал увидеть там что-либо кроме стандартных условий использования программы для ЭВМ, закрепленных в статьях 1270 и 1280 ГК. Договор на использование операционной системы [...] содержит многочисленные условия, ограничивающие мои права по сравнению с теми правилами, которые закреплены в упомянутых статьях. Кроме этого, он содержит условия, ограничивающие ответственность производителя компьютера за ущерб, связанный с использованием операционной системы. То, что я не был об этом предупрежден, считаю неполнотой условий договора.

Кроме этого, я считаю, что продажа операционной системы, искусственно связанной с компьютером, не соответствует гражданскому законодательству РФ, а также законодательству о защите прав потребителей. То, что меня вынуждают заключить договор на использование операционной системы, делая это одним из условий договора купли-продажи компьютера, противоречит ч. 1 ст. 16 закона «О защите прав потребителей», поскольку существенно ущемляет мои права по сравнению с правилами, установленными законом. Ни в одном отечественном нормативном акте не содержится условия

продажи компьютера с обязательной установкой на него операционной системы, поэтому продажа ее «в нагрузку» является недостатком товара, то есть, несоответствием его обычно предъявляемым требованиям.

[Недостатком товара является и то, что операционная система установлена на раздел жесткого диска компьютера. Ту часть диска, которую она занимает, я использовать не могу, хотя при продаже в описании товара была указана емкость всего диска]. Кроме этого, та услуга по установке ОС на жесткий диск, которая была выполнена производителем компьютера при его изготовлении, мною не заказывалась, оказание таких услуг прямо запрещено ч. 2 ст. 16 закона «О защите прав потребителей». В результате приобретения операционной системы, цена которой была включена в общую стоимость компьютера, я понес убытки. Поскольку, как уже было сказано выше, «лицензионный договор» содержит многочисленные обременительные условия, а также ограничивает ответственность производителя, это дает мне право требовать его расторжения по основаниям, предусмотренным п. 2 ст. 428 ГК. Я готов [вернуть носители с ОС / уничтожить все копии ОС, сделанные на жестком диске компьютера], потеряв право на ее использование, данное мне статьей 1280 ГК РФ. Кроме того, я требую у Вас возврата стоимости операционной системы, незаконно включенной в стоимость компьютера.

Обращаю Ваше внимание на то, что договор купли-продажи компьютера и «лицензионный договор» на использование программы для ЭВМ, представляют собой разные договоры, имеющие своими предметами разные объекты гражданских прав. Поскольку Вы, действуя в интересах производителя компьютера, косвенно понуждали меня заключить «лицензионный договор», считаю, что вправе потребовать возврата денег именно от Вас, предъявив Вам требование об устранении недостатка товара и возмещении убытков, которые я понес.

[Несмотря на то, что с момента покупки прошло более пятнадцати дней, я все же вправе заявить свои требования, поскольку речь в данном случае идет не только об устранении недостатка товара, но и о возмещении причиненных мне убытков].

На основании изложенного, руководствуясь ч. 1, 2 ст. 16, ст. 22 закона «О защите прав потребителей»,

ТРЕБУЮ:

Возместить мне убытки, причиненные понуждением к заключению договора на использование установленной на приобретенном мною компьютере операционной системы. Возместить их прошу возвратом стоимости ОС, которая была включена в стоимость компьютера, она общеизвестна и составляет [...].

Напоминаю, что мое требование подлежит добровольному удовлетворению в десятидневный срок со дня его получения. Со своей стороны обязуюсь вернуть носители информации с операционной системой, а также все, что входило в ее комплект. Сам компьютер возвращать отказываюсь. Кроме этого, обязуюсь уничтожить все копии системы на жестком диске компьютера, либо передать его в сервисный центр для проведения такого уничтожения.

[число]

[подпись]

Часть VII

Типовые тексты для включения в свои документы

Многочисленные условия договора на использование ОС существенно ограничивают права пользователя

Изучение текста «лицензионного соглашения» на использование операционной системы показало, что оно содержит множество условий, существенно ограничивающих мои права как на работу с программой, так и на распоряжение купленным мной компьютером. Сущность этих условий свидетельствует о том, что лицензионный договор является смешанным и содержит в себе условия совершить определенные действия и воздержаться от совершения определенных действий, характерные для агентского договора (ст. 1005 ГК).

П. 2 «а» «лицензии» вводит понятие «лицензированного устройства», с которым навсегда связывается копия ОС, а в п. 15 содержится требование передачи ПО только вместе с таким устройством. Между тем, статья 1280 ГК, предоставляющая владельцу экземпляра ПО минимум прав по его свободному использованию, таких ограничений не содержит. Она ограничивает только количество компьютеров, на которые можно установить ОС.

П. 12 «лицензии» запрещает перепродавать экземпляры ПО, если на них стоит метка о том, что они не предназначены для перепродажи. Между тем, ст. 1272 ГК такое право владельцу экземпляра прямо предоставляет. П. 14 «а» содержит завуалированное требование наклеивать на корпус компьютера или упаковку ПО специальную наклейку, а п. 15 — уже явно требует передавать экземпляр ПО только вместе с такой наклейкой. Эти требования относятся не к авторским правам, а к «агентской» части договора.

В разделе с дополнительными условиями лицензии ограничено число подключений к компьютеру, активных сеансов Media Center Extender, а также ограничение на использование в виртуальной системе. Все перечисленные условия ограничивают права пользователя компьютера по сравнению с законодательством. Они могут считаться «явно обременительными», и дают мне повод к расторжению уже заключенного договора на использование операционной системы.

Кроме этого, в «лицензии» содержится пункт 25 об ограничении ответственности, который также дает мне право требовать расторжения договора по п. 2 ст. 428 ГК.

П. 19 лицензии содержит указание о программах, которые входят в комплект ОС, и предупреждение о том, что требования правообладателей этих программ распространяются и на пользователя ОС. Это означает, что продавец нарушает еще и ст. 460 ГК, не описывая права третьих лиц, которыми обременен переданный мне товар.

Договор на использование ОС, предустановленной на компьютере, не может считаться заключенным

В самом тексте договора утверждается, что он является «лицензионным договором» на использование операционной системы. Однако, его изучение показывает, что в нем также содержатся элементы агентского договора, в частности, требование отказаться от установки операционной системы на другие компьютеры, а также от перепродажи ее отдельно от того компьютера, с которым она была приобретена. К авторским правам относится разве что запрет на сдачу экземпляра ПО в прокат. [В связи с этим я согласился с условиями данного договора под влиянием заблуждения, считая, что заключаю именно лицензионный договор.]

Кроме того, сомнения вызывает и законность самой процедуры заключения договора. В его тексте утверждается, что заключаю я его с производителем компьютера, компанией [...]. Однако, сообщение об активации операционной системы отправляется почему-то компании Microsoft. Такой способ заключения договора не предусмотрен гл. 28 ГК, поскольку отправление сообщения об активации ОС организации, не являющейся стороной договора, не может считаться его акцептом.

И самой главной причиной, по которой «лицензионный договор» не может считаться заключенным, является нарушение и ст. 1286 ГК, в которой указано, что в нем должен быть указан размер вознаграждения или порядок его определения. П. 5 ст. 1235 ГК предусматривает, что в этом случае договор считается незаключенным.

Однако, даже в том случае, если бы этот договор был заключен по всем правилам, он содержит многочисленные условия, которые лишают меня прав, обычно предоставляемых по лицензионным договорам, а также исключают ответственность за ущерб, причиненный при работе операционной системы. В связи с этим я имею право требовать расторжения уже заключенного договора по основаниям, предусмотренным п. 2 ст. 428 ГК.

Предустановка Windows может считаться навязанной, пользователь понуждается к заключению «лицензионного договора»

Приобретая компьютер, я узнал, что на его жесткий диск уже установлена операционная система [...]. Она меня не устраивала, однако, компьютеров сходной конфигурации с другими операционными системами в продаже не было, в результате я вынужденно согласился с условиями такого договора и приобрел компьютер. [При его первом включении на экран было выведено «лицензионное соглашение», в котором, среди прочего, говорилось и о том, что я имею право, обратившись к производителю компьютера, вернуть себе стоимость операционной системы, которая была установлена без моего ведома производителем компьютера.]

[Излагается переписка с продавцом, производителем и Microsoft. Копии писем лучше приложить к жалобе и ссылаться на них.]

Приобретение вместе с компьютером результата интеллектуальной деятельности, к которому меня вынудил продавец, является условием договора, ограничивающим мои права по сравнению с законами, что прямо запрещено ч. 1 ст. 16 закона «О защите прав

потребителей». При этом он действовал в интересах производителя, который является стороной «лицензионного договора».

Кроме этого, отсутствие возможности купить требуемую модель компьютера без предустановленной операционной системы нарушают мое право на свободный выбор товаров и услуг, закрепленный в ч. 2 указанной статьи.

Считаю, что, хотя право на использование результата интеллектуальной деятельности и не является товаром, в данном случае к навязыванию операционной системы можно по аналогии применить положения о купле–продаже, что позволяет п. 4 ст. 454 ГК. Имущественное право на использование операционной системы было мне навязано так же, как навязывается обычный товар, поэтому в данном случае продавец нарушил также и 2 часть ст. 16 ЗоЗПП.

Предустановка также не соответствует статье 460 ГК, в соответствии с которой продавец должен передать товар свободным от прав третьих лиц, а предложение о заключении так называемого «лицензионного договора» я получил уже после того, как приобрел компьютер.

Поскольку требование заключить лицензионный договор на операционную систему не соответствуют закону, то и сама эта сделка должна быть признана ничтожной в силу ст. 168 ГК.

Приобретение навязанных мне результата интеллектуальной деятельности, ОС, и услуги по ее установке, стоимость которых включена в стоимость компьютера, причинили мне убытки в размере стоимости OEM–версии ОС [...].

В настоящее время я хотел бы отказаться от права использования навязанной мне операционной системы и потребовать соразмерного уменьшения покупной цены компьютера. При этом я не хочу отказываться от покупки компьютера: поскольку я бы купил его и в том случае, если бы он был без предустановленной операционной системы, прошу признать сделку недействительной только в той части, которая относится к лицензионному договору, такое право предоставляет мне статья 180 ГК.

Операционная система не может являться неотъемлемой частью компьютера, либо частью его «комплектации»

В обоснование своего нежелания возвращать деньги за операционную систему [продавец] говорит о том, что она, якобы, является «частью компьютера». Данное утверждение не основано ни на законе, ни на здравом смысле.

С точки зрения ст. 128 Гражданского кодекса компьютер представляет собой вещь, а операционная система — «результат интеллектуальной деятельности». ГК также содержит статьи, которые предусматривают возможность существования наборов из нескольких вещей, это статьи 134 и 135. Статья 134 говорит о т.н. «сложной вещи», то есть разнородных вещах, образующих «единое целое, предполагающее использование их по общему назначению». Что же касается статьи 135, то она предусматривает «главную вещь» и «принадлежность». Вещь–принадлежность, предназначенная для обслуживания главной переходит вместе с ней, если договором не предусмотрено иное.

Операционную систему «вещью» назвать нельзя. Вещь — это тот носитель информации, на котором записана ОС, в случае с ее предустановкой носителем является

жесткий диск компьютера, а также установочные компакт-диски[, которые, впрочем, к компьютеру не прилагаются (об этом будет еще сказано ниже)]. Разумеется, винчестер компьютера является частью «сложной вещи», но является он ею независимо от того, какая ОС на нем записана.

Как нетрудно убедиться, статьи 133–135 говорят только о вещах, включения в их состав результатов интеллектуальной деятельности закон не предусматривает. Следовательно, ОС, предустановленная на компьютере, быть его «неотъемлемой частью» с точки зрения ГК никак не может. Результат интеллектуальной деятельности также не может быть «принадлежностью» компьютера, по той же самой причине: она не является вещью.

Дополнительным аргументом против «неотъемлемости ОС» является то, что копию операционной системы можно купить отдельно, даже OEM-версию.

Хотя [продавец] утверждает, что ОС является «частью компьютера», [и даже обещает лишить гарантии в случае ее переустановки], однако, устранять недостатки, связанные с этой самой «неотъемлемой ОС» он отказывается. Отказывается это делать и производитель компьютера.

Кроме этого, решения о разделимости компьютера и ОС, выносились и высшими судебными инстанциями РФ. В качестве примера можно привести обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности, утвержденный постановлением Высшего Арбитражного суда РФ от 13 декабря 2007 г. №122. В нем об их разделимости говорится открытым текстом (п. 3): «Компьютер и установленное на нем программное обеспечение неразрывно связанными между собой не являются».

Считаю, что утверждения о «неотъемлемости» операционной системы имеет своей целью заключение притворной сделки: под видом договора купли-продажи компьютера, частью которого «является операционная система», фактически заключается два договора. Первый — это собственно договор купли-продажи, однако, его предметом является один лишь компьютер; второй договор — лицензионный, на право использования операционной системы: [производителем / продавцом] создано впечатление того, что такой договор — лишь часть договора купли-продажи. В связи с этим считаю, что к нему должны быть применены положения п. 2 ст. 170 ГК о притворных сделках.

Не может операционная система быть и «частью комплектации». По смыслу главы 30 ГК, описывающей договор купли-продажи, комплектующими изделиями могут быть только части товара, т.е., вещи (ст. 479 ГК). Операционная система частью комплектации компьютера не является, что бы об этом ни думали производитель ПК и продавец, поскольку она не является вещью.

[В обоснование такого поведения продавцом также приводятся ссылки на то, что починка компьютера — «ремонт», а настройка ПО — «не ремонт». Но ЗоЗПП ни о каком «ремонте» не знает, он говорит об «устранении недостатков».]

Таким образом, при приобретении компьютера с установленной на его жесткий диск операционной системой заключается именно два договора. При этом договор купли-продажи заключается с [продавцом], а «лицензионный договор» — с производителем компьютера, хотя продавец при этом действует в интересах производителя. Полагаю, что могу отказаться от заключения одного из этих договоров, с соразмерным

уменьшением покупной цены.

Сумма, на которую должна быть снижена покупная цена, определяется на общих основаниях, предусмотренных в ГК

В OEM-лицензии открытым текстом записано, что покупатель имеет право ее вернуть. Поэтому стоимость ее должна быть указана отдельно при покупке компьютера, то, что так не делается — еще одно нарушение ст. 12 ЗоЗПП (непредоставление потребителю полной и достоверной информации о товаре).

То, что определить стоимость копии предустановленной операционной системы все-таки возможно, следует из соглашения Microsoft и сборщика компьютера (приложение [. . .]), которую производитель заключает с корпорацией Microsoft. В ее девятом пункте говорится о том, что ответственность производителя и самой Microsoft ограничена «100% суммы, фактически уплаченной . . . за пакет». Кроме этого, п. 13 данной лицензии прямо запрещает «назначать отдельную цену» за копию операционной системы. Существование этого условия подтверждает то, что цена на операционную систему может быть выделена из общей стоимости компьютера.

Вдобавок, это означает, что компания Microsoft вынуждает своих партнеров нарушать закон «О защите прав потребителей», требуя от них заключать данное соглашение. При отказе от использования операционной системы [. . .] считаю, что уменьшение покупной цены нужно определять по аналогии с экземплярами OEM [. . .], продаваемыми отдельно.

Порядок определения цены неизвестен, поскольку ни продавцом, ни производителем он не определен, в противном случае — он должен был быть вписан в лицензию. Цена не определена на момент заключения договора и не доведена до покупателя, следовательно, сейчас, задним числом в одностороннем порядке продавец ее установить не может. Поэтому она должна определяться на общих основаниях, по стоимости отдельно продаваемой копии ОС, которая общеизвестна и составляет [. . .].

То, что копия Windows была активирована, не означает невозможности отказаться от ее использования

[После покупки, включив компьютер, я обнаружил, что кем-то, производителем или продавцом, уже была произведена активация Windows, поскольку текст «лицензионного соглашения» на экран выведен не был. Это дополнительно подтверждает мое утверждение о том, что лицензионный договор на использование программы мне навязали: неизвестно кто согласился с его условиями, а исполнять его обязан почему-то я, как владелец компьютера.]

Но при обращении к [продавцу] он отказался от возврата денег, ссылаясь на то, что я уже активировал копию ОС, таким образом «использовав» ее. Однако, операционная система представляет собой не товар, а результат интеллектуальной деятельности, и быть «использованной» никак не может. Регистрационную запись об активации моей копии ОС компания «Microsoft» вполне может аннулировать. Я готов отказаться от заключения договора и владения своим экземпляром ОС, потеряв, таким образом, тот

минимум прав на ее использование, который дается мне статьей 1280 ГК. Право на это мне дает п. 2 ст. 428 ГК, поскольку условия лицензионного договора существенно ограничивают меня по сравнению с тем объемом прав, который предоставлен мне законом. Кроме этого, договор ограничивает ответственность производителя компьютера за те сбои, которые связаны с операционной системой.

Лицензионный договор на предустановленную ОС заключен под влиянием заблуждения и подлежит расторжению

[Производитель] утверждает, что произведенный им компьютер является единым «программно-аппаратным комплексом», и операционная система, включенная в его состав, является неотъемлемой его частью. Однако, в действительности заключается два договора: договор купли-продажи компьютера и лицензионный договор на использование результата интеллектуальной деятельности (операционной системы). При покупке компьютера [продавец] ввел меня в заблуждение относительно правовой природы этого лицензионного договора, считая его частью договора купли-продажи компьютера. Теперь я хотел бы расторгнуть его, пользуясь правом, предоставленным мне статьей 178 ГК, поскольку заключил его под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение.

Предустановленная копия ОС не может являться подарком

[продавец] в обоснование своего нежелания возвращать деньги ссылается на то, что копию операционной системы я получил в подарок, т.е., бесплатно. Однако, общеизвестно, что операционные системы компании Microsoft бесплатно не распространяются. Копия ОС не может считаться подарком в силу ст. 572 ГК. Во-первых, она говорит о том, что дариться могут только вещи, а операционная система является результатом интеллектуальной деятельности. Во-вторых, нормы о договоре дарения не применяются если существует встречное обязательство, а «лицензионный договор», который мне предлагается заключить, такими обязательствами полон. И, наконец, поскольку в этом договоре нет указания на его безвозмездность, поэтому он, в силу п. 3 ст. 423, считается возмездным, с неопределенной ценой. Поскольку цена на операционную систему [...] общеизвестна и составляет [...], считаю, что в данном случае именно эта сумма и подлежит возврату.

Отсутствие установочного диска существенно ограничивает права покупателя, компьютер без диска является некомплектным

При покупке компьютера, хотя на нем и была установлена операционная система, установочного диска с ее дистрибутивом в комплект не входило. Выяснилось, что резервная копия ОС установлена на скрытый раздел жесткого диска.

Возможно, не передавая пользователю установочных дисков, производитель препятствует ему перенести ОС на другой компьютер. Однако, это значит, что продается товар, не соответствующий обычным требованиям, предъявляемым к такому товару:

при продаже любого программного обеспечения покупателю обязательно передается носитель, с которого производится инсталляция. Возможно, производитель компьютера специально так сделал, чтобы навязать мне услугу по такой инсталляции.

Отсутствие отдельного носителя с ОС существенно ограничивает мои права по сравнению с теми, которые мне даны законом. Так, ст. 1280 ГК связывает необходимый минимум правомочий по использованию программы для ЭВМ именно с правомерным владением экземпляром.

Кроме этого, на экземпляре программы для ЭВМ могут быть изложены условия договора на ее использование в том случае, если пользователю не передается договор в виде отдельного документа (п. 3 ст. 1286 ГК). Условия договора, которые выводятся на экран, только с определенной долей условности можно считать «изложенными на экземпляре».

Показ договора происходит при включении уже купленного компьютера, что также направлено на понуждение к заключению договора. Фактически, до покупки компьютера прочитать лицензионный договор на операционную систему я просто не могу.

Поэтому отсутствие отдельного диска с ОС можно считать продажей некомплектного товара. Кроме этого, если пользователю не передается лицензионное соглашение на ОС, ни отдельно, ни на экземпляре произведения, этим нарушается п. 51 Правил продажи отдельных видов товаров, требующий передачи с товаром всех документов на него.

К тому же, та часть диска, на которой находится резервная копия для восстановления ОС, не может быть использована. [При продаже я не был предупрежден о том, что не смогу использовать часть жесткого диска, объем части с ОС был включен в общий объем диска. Считаю, что это тоже является недостатком товара.]

Отсутствие «процедуры возврата денег» не может служить препятствием для исполнения ЗоЗПП

В OEM-лицензии открытым текстом записано, что покупатель имеет право ее вернуть. Однако, при попытке это сделать я столкнулся с тем, что при задекларированном праве, которое есть у покупателя, механизм его реализации не определен: ни продавец, ни производитель ПК не знают, как это сделать. Однако, отсутствие такого порядка не означает, что [продавец] избавлен от необходимости исполнять заключенное соглашение, поскольку мое право на возврат копии ОС отдельно в тексте этого соглашения прямо предусмотрено.

[Не может считаться «порядком возврата» предложенный мне вариант, включающий явно обременительное условие по возврату ОС вместе с компьютером, поскольку в лицензионном соглашении речь идет именно о возврате операционной системы отдельно.]

То, что компьютер рассчитан на работу только под управлением Windows, является его недостатком

Для обоснования своего нежелания возвращать деньги [продавец] утверждает, что данный компьютер работоспособен только под управлением операционной системы [...]. Это означает, что при продаже он не предоставил мне полной информации о товаре, как того требует ст. 12 ЗоЗПП. Продавец должен продать товар, свободный от недостатков и соответствующий требованиям, предъявляемым обычно к такого рода товарам. Обычное требование для компьютеров — возможность работы под операционными системами, для этого предназначенными. Если же он может работать только под одной ОС, то это — недостаток, о котором покупатель должен быть предупрежден до покупки. [Для опровержения такого утверждения могу продемонстрировать работоспособность компьютера под управлением операционной системы [...].]

Ссылка продавца о том, что он обязан комплектовать компьютер ОС, не основана на законе

[Продавец] утверждает, что устанавливать на компьютер операционную систему — это требование законодательства. Однако, в законодательстве такого требования не содержится. Единственное положение, которое можно интерпретировать как косвенное требование имеется в «Правилах продажи отдельных видов товаров» (п. 49), которые требуют демонстрировать работу технически сложных устройств при их продаже. Однако, демонстрацию работоспособности можно провести и без ОС, либо установив на жесткий диск какую-нибудь из свободно распространяемых операционных систем, которые можно устанавливать на неограниченное количество компьютеров. [Можно также пользоваться «тестовыми» версиями ОС от Microsoft, работоспособными в течение ограниченного временного периода. Кроме этого, существует специальная лицензия, “Microsoft Action Pack”, которая предназначена именно для демонстрации работоспособности компьютеров и разрешает устанавливать ОС на любое их количество при условии удаления перед передачей компьютера покупателю].