

КОМБИНИРОВАННЫЕ МЕХАНИЗМЫ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ТРАНСГРАНИЧНОЙ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Аннотация. Автором рассматриваются законодательно закрепленные механизмы охраны прав на программное обеспечение (ПО), доступные для предпринимателей, ведущих трансграничную предпринимательскую деятельность. Проводится анализ существующих нормативных правовых актов, в том числе международных договоров, устанавливающих отдельные режимы правовой охраны прав на ПО. Автором выделяются преимущества и недостатки каждого из доступных механизмов охраны прав на программное обеспечение. В статье раскрываются основные аспекты ПО как объекта интеллектуальной собственности, подлежащие охране каждым из рассмотренных механизмов правовой охраны, доступных правообладателям. В целях выделения особенностей разных типов ПО и их влияния на избираемый механизм правовой охраны приведена классификация типов ПО в зависимости от функциональных возможностей, целей и способов их использования и распространения. Для минимизации недостатков существующих механизмов правовой охраны и обеспечения охраны наиболее ценных особенностей конкретного ПО автором предлагаются комбинированные механизмы правовой охраны, имеющие практическое значение для обеспечения комплексной охраны прав на программное обеспечение в трансграничной предпринимательской деятельности.

Ключевые слова: программное обеспечение, компьютерная программа, авторское право, патентное право, механизмы правовой охраны, трансграничная предпринимательская деятельность.



**Денис Николаевич
ПОЛЯКОВ,**

аспирант кафедры
международного частного
права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
старший юрист ООО «Джи
Эм Ти Лигал» (GMT Legal)
dp@gmtlegal.com
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.243-250

D. N. POLYAKOV,

post-graduate student of the Chair of international private law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), senior lawyer, GMT Legal LLC
dp@gmtlegal.com

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

COMBINED MECHANISMS OF LEGAL PROTECTION OF SOFTWARE IN CROSS-BORDER BUSINESS ACTIVITIES

Abstract. In this article, the author examines the legally established mechanisms of legal protection of software rights available to entrepreneurs engaged in cross-border business activities. The author conducted an analysis of existing legal acts, including international treaties, establishing different

© Д. Н. Поляков, 2021

regimes of legal protection of software rights. The author highlights the pros and cons of each of the available mechanisms of legal protection of software rights. The article reveals the main aspects of software as an object of intellectual property that are subject to protection by each of the considered mechanisms of legal protection available to right holders. In order to determine the features of different types of software and its impact on the mechanism of legal protection of software to be chosen, the author provides a classification of software types depending on the functionality, goals and methods of using and distribution of specific software. In order to minimize the disadvantages of existing mechanisms of legal protection and to ensure the protection of the most valuable features of a specific software, the author proposes combined mechanisms of legal protection that are of practical importance for ensuring comprehensive protection of software rights in cross-border business activities.

Keywords: software, computer program, copyright, patent law, mechanisms of legal protection, cross-border business activity.

На современном этапе развития общества программное обеспечение неразрывно связано с жизнью большинства людей на земле. Тяжело представить свою жизнь без персонального компьютера или других гаджетов, и мы часто даже не задумываемся, что в основе работы гаджета лежит программное обеспечение (ПО). Сфера IT, основу которой в той или иной мере представляет ПО, становится все более значимой частью международной экономики. Возрастающая ценность ПО в экономике влечет за собой и необходимость разработки новых и переработки старых механизмов правовой охраны ПО как объекта интеллектуальной собственности (ИС).

Для анализа механизмов правовой охраны ПО и выделения новых комбинированных механизмов необходимо обратиться к международным договорам, регулиющим отношения в сфере ИС. Как отмечается в доктрине¹, первым международным документом, затрагивающим вопросы правовой охраны ПО, является протокол заседания консультативной группы экспертов по охране компьютерных программ при ВОИС 1971 г., в котором упоминаются реплики делегатов разных стран, предлагавших различные варианты охраны: сохранение системы ноу-хау и контрактного права; установление режима особой охраны, *sui generis*; распространение режима охраны полезных моделей на компьютерные программы со сроком охраны 5—10 лет.

Тем не менее основным был избран вариант авторско-правовой охраны. При этом важно отметить, что и все предложенные варианты в той или иной мере применимы и используются на практике для охраны ПО, как это будет рассмотрено далее.

Одними из первых документов, имевших юридическую силу и закреплявших авторско-правовую охрану как основной механизм правовой охраны ПО,

¹ Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. : Юриспруденция, 2013. С. 383.

являются Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г.² и Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП) 1996 г.

В статье 10 Соглашения ТРИПС установлено, что «программы для электронно-вычислительных машин, как исходный текст, так и объектный код, охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской конвенцией (1971 г.)». Как отмечается в доктрине³, Соглашение ТРИПС стало наиболее важным международным инструментом унификации и глобализации права интеллектуальной собственности (что подтверждается национальным законодательством договаривающихся государств).

В российском законодательстве также воспринят подход, установленный международными договорами, в части признания именно авторско-правовой охраны в отношении ПО основным механизмом охраны. При этом в понятии «программа для ЭВМ», закрепленном в ст. 1261 ГК РФ, специально подчеркнуто, что права на программы для ЭВМ охраняются «как (выделено мной. — Д. П.) авторские права на произведения литературы».

Данный факт отмечался в научных работах и ранее. Так, по мнению Е. А. Кондратьевой, слово «как» в первую очередь указывает на особый статус программ для ЭВМ как особых объектов интеллектуальной деятельности и подтверждает, что программы для ЭВМ, по своей сути, не являются литературными произведениями, а просто имеют такой же правовой режим. Как отмечает Р. А. Евдокимов⁴, «основа авторско-правовой охраны — это охрана формы произведения, а не его содержания, а в компьютерной программе форма — совсем не главное».

При этом нормы патентного права РФ⁵, как и нормы иностранного права⁶, исключают ПО как *таковое* из патентоспособных изобретений. Детальное определение того, что является ПО как таковым, законодательством не установлено. На уровне патентной и судебной практики выведен подход, согласно которому под понятие «ПО как таковое» подпадает именно исходный и объектный код ПО, на который прямо распространяется режим авторского права⁷.

Тем самым правоприменитель исключил формальную возможность конкуренции механизмов правовой охраны ПО. Однако, учитывая многогранность ПО как объекта ИС, то, что ценность ПО не сводится к исходному коду, на практике патентный режим применяется и к ПО. Важным представляется анализ форм

² Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г. // URL: <http://docs.cntd.ru/document/902340087> (дата обращения: 13.11.2020).

³ Шиллинглю Т. Важность патентов для целей международной торговли : практическое руководство // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2020. № 2. С. 80.

⁴ Евдокимов Р. А. Правовое регулирование охраны компьютерных программ (теоретические и практические проблемы) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 33.

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ. Пп. 5 п. 5 ст. 1350 //СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496.

⁶ См. например: Конвенция о выдаче европейских патентов (Европейская патентная конвенция). Пп. «с» п. 2. ст. 52 // URL: <http://docs.cntd.ru/document/902308644> (дата обращения: 13.11.2020).

⁷ См, например: решение Суда по интеллектуальным правам от 08.06.2018 по делу № СИП-789/2016.



выражения технического решения в качестве изобретения для выявления наиболее удачной формы применительно к ПО. По сути, к таким техническим решениям большинство законодателей⁸ относят продукт и способ.

В качестве составляющей части продукта ПО может быть запатентовано в случае, если оно составляет основу работы такого продукта, а сам продукт соответствует основным критериям патентоспособности. Патентная практика РФ свидетельствует о том, что ряд правообладателей для обеспечения охраны ПО включает его в качестве управляющего элемента изобретения⁹.

Безусловно, с практической точки зрения существование такого пути охраны ПО представляется важным при формировании многогранного механизма правовой охраны ПО в предпринимательской деятельности, однако с научной точки зрения сложно признать именно ПО патентуемым объектом при таком подходе.

Другая ситуация наблюдается, когда ПО получает патентную охрану как техническое решение — способ. В этом случае ПО можно рассматривать как полноценный патентуемый объект, поскольку объектом патентной охраны будет являться выражение самой идеи ПО, того технического эффекта, для которого такое выражение создавалось. Многие современные патенты в сфере ПО представляют собой именно случаи закрепления ПО в качестве способа¹⁰.

Еще одним альтернативным механизмом правовой охраны ПО является режим коммерческой тайны. При этом, учитывая сущность режима коммерческой тайны¹¹, правообладателям, намеревающимся применять именно этот способ охраны, необходимо обеспечить:

- получение от работника в письменном виде согласия на передачу компании прав интеллектуальной собственности на создаваемое ПО и письменного обязательства не раскрывать конфиденциальную информацию третьим лицам;
- закрытие свободного доступа к той части интерфейса ПО, которую предполагается охранять режимом коммерческой тайны;
- подписание с клиентами отдельных соглашений о конфиденциальности (о неразглашении сведений, составляющих коммерческую тайну) в дополнение к

⁸ ГК РФ. Ст. 1350 ; U. S. Patent Law, 35 U.S.C. § 101 // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/101> (дата обращения: 10.12.2020) ; Patent Act Law number: Act No. 121 of 1959. Art. 2 (3). Amendment: Act No. 109 of 2006 // URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&ft=2&re=02&dn=1&ia=03&ja=04&ph=&yo=patent&x=0&y=0&ky=&page=1&vm=02> (дата обращения: 10.12.2020).

⁹ См, например: патент РФ № 2090219 // URL: https://www1.fips.ru/registers-doc-view/fips_sevlet?DB=RUPAT&DocNumber=2090219&TypeFile=html (дата обращения: 23.11.2020) ; Романова Н. В. Патент на компьютерную программу: миф или реальность? // Патентный поверенный. 2013. № 4. С. 39.

¹⁰ См., например, патент, выданный в РФ — патент № RU 2535504 C1 — ЗАО «Лаборатория Касперского», Система и способ лечения содержимого сайта ; патент, выданный в США — патент № US 9390456 B2 — Google Inc. Summary view of a profile (Краткий вид профиля пользователя).

¹¹ См.: ГК РФ. Ст. 1465 ; Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне». П. 1 ст. 3 // СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3283.

договорам, опосредующим распространение ПО, или имплементация положений о конфиденциальности в лицензионные и иные соглашения¹².

Важно отметить, что все три рассмотренных механизма правовой охраны ПО направлены на защиту разных аспектов ПО как объекта ИС:

- а) авторское право охраняет исходный и объектный код ПО, а также порождаемые ПО аудиовизуальные отображения без привязки к результату работы ПО;
- б) патентное право может охранять технический результат, достигаемый в ходе воспроизведения ПО на компьютере / мобильном устройстве;
- в) режим коммерческой тайны может охранять как исходный код ПО и отдельные аудиовизуальные отображения, так и технический результат, достигаемый в ходе работы ПО¹³.

Важно отметить недостатки каждого из рассмотренных механизмов правовой охраны ПО.

1. Недостаток охраны посредством авторского права заключается в возможности охраны лишь формы ПО, без предоставления полноценной охраны его содержанию — техническому результату, который достигается при запуске ПО в компьютере, тогда как именно оно представляет собой основную коммерческую ценность ПО¹⁴; а также сложность доказывания факта заимствования исходного кода в спорах о нарушении прав на ПО.

2. Недостатками охраны посредством патентного права являются сложность контроля распространения устройств, содержащих такое ПО, с целью предупреждения нарушения прав патентообладателя; отсутствие единого международного патента и единообразия патентной практики в отношении ПО; риск монополизации рынка и усугубления ситуаций злоупотребления патентными правами в связи с повсеместным распространением патентной охраны в отношении ПО.

3. Недостаток охраны при помощи режима коммерческой тайны проявляется в сложности установления и поддержания режима коммерческой тайны в отношении ПО; в необходимости доказывания не только факта получения информации (исходный код ПО), но и факта ее использования.

В связи с рассмотренными недостатками каждого отдельного механизма правовой охраны ПО представляется возможным предложение комбинированных механизмов охраны ПО, основанных на конкретном типе ПО, наиболее ценном аспекте конкретного ПО как объекта ИС и планируемых рынках сбыта такого ПО.

¹² См., например: How Can You Protect Your Software As A Trade Secret? // URL: <https://www.khlawfirm.com/how-can-you-protect-your-software-as-a-trade-secret> (дата обращения: 10.12.2020) ; постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.12.2012 по делу № А56-54588/2011.

¹³ Чурилов А. Ю. Режимы охраны программ для ЭВМ: изобретение, коммерческая тайна или литературное произведение? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 7. С. 40.

¹⁴ Ballardini R. M. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software (April 1, 2010). In search of new ip regimes. P. 27—62. IPR University Center, 2010. URL: <https://ssrn.com/abstract=1599607> (дата обращения: 10.12.2020) ; A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs / P. Samuelson [et al.] // 94 Colum. L. Rev. 1994. No. 8. P. 2315—2316.



При оценке возможных и наиболее подходящих механизмов правовой охраны ПО необходимо отталкиваться от типа ПО и его функциональных возможностей. В связи с этим автором предлагается выделение следующих типов ПО.

1. ПО, предназначенное для внутреннего использования на предприятии правообладателя. К такому типу предлагается относить ПО, управляющее тем или иным стационарным техническим оборудованием, нейронные сети. Сущностными характеристиками такого ПО являются:

- а) ограниченность или полное отсутствие распространения ПО;
- б) связь конкретного ПО с физическим оборудованием, которое управляется с помощью такого ПО, т.е. такая связь, при отсутствии которой физическое оборудование не представляет особой коммерческой ценности либо при наличии которой коммерческая ценность такого физического оборудования многократно повышается;
- в) высокий процент уникальности такого ПО.

2. ПО, предназначенное для массового коммерческого распространения. Для такого ПО характерны следующие особенности:

- а) распространяется на основе открытых лицензий или путем неограниченной продажи экземпляров ПО через локальных дистрибьютеров и/или лицензии через цифровые магазины;
- б) как правило, низкий уровень уникальности ПО, создаваемого в одной сфере деятельности. Однако зачастую имеется несколько поставщиков ПО, задающих тенденции и вносящих в свое ПО уникальные элементы.

В связи с тем, что объект охраны ПО в каждом из трех режимов значительно отличается от других, и наличием разных типов ПО, видится возможным выделение следующих механизмов правовой охраны ПО:

- первый — применение исключительно авторско-правовой охраны ПО для большей части ПО, предназначенного для массового коммерческого распространения в связи незначительным уровнем уникальности такого ПО, широкой доступностью его интерфейса;
- второй — применение авторско-правовой охраны для всего исходного кода ПО и патентование отдельных частей ПО, в результате запуска в компьютерной системе которых достигается дополнительный технический эффект, в качестве изобретения-способа или в редких случаях изобретения-продукта;
- третий — применение режима коммерческой тайны в качестве основного механизма охраны ПО при субсидиарном использовании авторско-правовой охраны в ситуациях, когда доказывание факта создания ПО, потенциально нарушающего режим коммерческой тайны, установленный в отношении оригинального ПО, в результате незаконного получения доступа к оригинальному ПО, представляется затруднительным.

Первый механизм по причине его повсеместного использования не вызывает научного интереса в рамках данного исследования.

Второй механизм предлагается применять в отношении охраны отдельных уникальных частей ПО, предназначенного для массового коммерческого распространения. На текущий момент ряд поставщиков ПО уже использует патентный режим для охраны уникальных частей своего ПО, например, патенты ЗАО «Лаборатория Касперского» и Google Inc. Указанные правообладатели в формуле

изобретения-способа закрепляли описание одной из уникальных функций своего ПО и дополнительного технического эффекта, который достигался с помощью такой функции. При этом нужно отметить, что такой патент не дает полной защиты ПО, поскольку:

- а) патент защищает лишь одну или несколько функций, реализуемых ПО, а не все ПО как многогранный объект ИС;
- б) в силу территориального принципа действия патента правообладатели в случае создания третьими лицами ПО на основе оригинального и его распространения за пределами территории действия патента не смогут истребовать патентную защиту, что важно в силу практических различий в отношении патентных ведомств разных стран к возможности патентования ПО в том или ином виде.

При этом как раз авторско-правовая охрана ПО приходит правообладателю на помощь для минимизации указанных недостатков применения патентного режима правовой охраны ПО, поскольку, с одной стороны, авторско-правовая охрана распространяется на все ПО целиком, а с другой — в отношении ПО она действует на территории всех государств — участников Бернской конвенции.

Возможность применения указанного комбинированного механизма также отмечалась и ранее в доктрине¹⁵, при этом дифференциация его применимости к разным типам ПО или использование такого механизма в трансграничной предпринимательской деятельности ранее не изучались. Однако при применении данного комбинированного механизма правовой охраны важно учитывать, что конкретный способ защиты исключительного права на ПО, в отношении которого правообладателем выбран такой комбинированный механизм, должен определяться характером нарушения прав¹⁶.

Рассматриваемый комбинированный механизм правовой охраны ПО возможно применять также и в отношении ПО, предназначенного для внутреннего использования на предприятии правообладателя. В связи с тем, что такое ПО, как правило, имеет большую уникальность, возможность патентования именно в отношении него представляется более вероятной.

Использование третьего механизма правовой охраны ПО видится логичным, если техническими специалистами будет высоко оценен риск возможности создания аналогичного ПО на основе формулы, которая будет подана в составе заявки на патент. Важным в данном случае является установление единой внутренней политики организации в отношении охраны информации, составляющей коммерческую тайну. Такая политика позволит исключить или, по крайней мере, снизить риск внутренней утечки информации, составляющей коммерческую тайну, в том числе ПО. В случае если такое ПО передается по лицензии третьим лицам, необходимо обеспечить закрепление договорных положений о конфиденциальности такого ПО.

¹⁵ Знаменская В. С. Правовая охрана программы для ЭВМ как объекта авторского права // Патенты и лицензии. 2014. № 11. С. 46—51.

¹⁶ Булаевский Б. А. Некоторые вопросы выбора способа защиты нарушенного права в делах о защите интеллектуальных прав // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 6. С. 40.



Таким образом, для правообладателей в законодательстве большинства государств представлен широкий спектр механизмов правовой охраны ПО, которые при правильном анализе типа ПО и планируемых рынков его распространения могут быть скомбинированы правообладателем для обеспечения многоступенчатой и многогранной системы охраны своих активов.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Булаевский Б. А. Некоторые вопросы выбора способа защиты нарушенного права в делах о защите интеллектуальных прав // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2017. — № 6. — С. 36—41.
2. Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. — М. : Юриспруденция, 2013. — 552 с.
3. Евдокимов Р. А. Правовое регулирование охраны компьютерных программ (теоретические и практические проблемы) : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2015.
4. Знаменская В. С. Правовая охрана программы для ЭВМ как объекта авторского права // Патенты и лицензии. — 2014. — № 11. — С. 46—51.
5. Романова Н. В. Патент на компьютерную программу: миф или реальность? // Патентный поверенный. — 2013. — № 4. — С. 33—42.
6. Чурилов А. Ю. Режимы охраны программ для ЭВМ: изобретение, коммерческая тайна или литературное произведение? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2017. — № 7. — С. 35—44.
7. Шиллинглю Т. Важность патентов для целей международной торговли: практическое руководство // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 2. — С. 70—80.
8. Ballardini R. M. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software // In Search of New IPR Regimes (Publication of IPR University Center No. 5). — 2010. — P. 27—62.
9. A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs / P. Samuelson [et al.] // 94 Columbia Law Abstract. — 1994. — No. 8. — P. 2308—2431.