

РАЗВИТИЕ ПОДХОДА К ЗАЩИТЕ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ В АМЕРИКАНСКОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ И СРАВНЕНИЕ С АКТУАЛЬНЫМ РОССИЙСКИМ ПОДХОДОМ

EVOLUTION OF THE VIEW TO THE PROTECTION OF COMPUTER PROGRAMS IN AMERICAN COURT PRACTICE AND ITS' COMPARISON WITH ACTUAL RUSSIAN APPROACH

G. Akhmedov

Summary. The work presents a study of the development of copyright protection in relation to computer programs in the US judicial practice, demonstrates various approaches of American courts used in determining the protection capacity of computer programs, and compares them with modern Russian judicial practice.

Keywords: copyright, computer program, American law, English law, history of law, exclusive law.

Ахмедов Гаджимурад Ахмедович

Аспирант, Российская академия народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской
Федерации
akhmedov.gadjimurad@gmail.com

Аннотация. В работе приведено исследование развития авторско-правовой защиты в отношении программ для ЭВМ в судебной практике США, продемонстрированы различные подходы американских судов, используемые при определении охраноспособности программ для ЭВМ, а также приведено сравнение с современной российской судебной практикой.

Ключевые слова: авторское право, программа для ЭВМ, американское право, английское право, история права, исключительное право.

*Не считаешь ли ты, что это
крайне его затруднит и он
подумает, будто гораздо больше
правды в том, что он видел
раньше, чем в том, что ему
показывают теперь?*

Сократ [8]

С увеличением значения и применения компьютерных программ в современном мире, становится все более очевидным, что авторско-правовая защита компьютерных программ не соответствует их природе.

Возможно, в 80-е-90-е годы прошлого века избрание авторского права как механизма защиты программ для ЭВМ было самым удобным для формирования международного рынка программ для ЭВМ, для приведения всех стран мира к единым правилам игры, но, в конечном итоге, постепенно положение дел должно быть изменено. Так, когда-то люди отказались от ордалий и судебных поединков, хотя, возможно, ничего более удобного для осуществления правосудия древние люди не могли представить. Однако же эти институты были проявлением несправедливости, и от них пришлось отказаться.

Разница между программой для ЭВМ и литературным произведением достаточно очевидна: различна ценность компьютерных программ (утилитарная) и литературных произведений (эстетическая). В силу того, что ценность произведений отлична, отличны и возможности доступа потребителя к объекту интеллектуальной собственности: чтобы ознакомиться с литературным произведением необходимо прочитать его, то есть получить непосредственный контакт с охраняемой формой выражения произведения. Это не совсем справедливо для программ для ЭВМ, так как непосредственный труд программиста — исходный текст программы, не доступен её пользователю, в связи с чем установить сходство двух программ, в отличие от двух произведений литературы, часто не представляется возможным ввиду отсутствия объекта сравнения (с учетом положения части 9 статьи 66 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Кроме того, неактуальность авторско-правовой защиты проявляется практически в каждом из положений авторского права, начиная от авторства только физического лица, и практически всех личных неимущественных прав автора в отношении программы, и заканчивая сроком охраны авторских прав.

Такие противоречия между явлением и его правовой защитой должны были привести к проблемам в судебной практике.

В частности, в рамках рассмотрения дела № А40–141340/2015, Арбитражный суд г. Москвы в своем Решении от 27.10.2016, оставленным в силе в апелляционной и кассационной инстанциях, несмотря на отсутствие сходства исходных текстов программ для ЭВМ, тем не менее пришел к выводу о наличии нарушения исключительного права на программу для ЭВМ, основываясь на выводе эксперта о сходстве структур данных двух программ для ЭВМ.

В этой связи представляется интересным вопрос, как с такой коллизией справляются суды в США — в стране с наиболее развитым рынком компьютерных программ, и при этом стране-родоначальнице авторско-правового подхода к их защите.

Одним из первых дел, в котором рассматривалась природа программы для ЭВМ, является дело 1983 года **Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp** [1]. Именно в рамках этого дела суд впервые указал, что компьютерные программы являются литературными произведениями, и, не только в форме исходного текста (о чем Бюро авторского права заявило ещё в 1964 году), но и в форме объектного кода, и охраняются при помощи авторского права. Таким образом, последовательность нулей и единиц, определяющая подавать или не подавать сигнал процессору компьютера, и практически никак не воспринимаемая человеком, также была признана литературным произведением.

Следует отметить, что если в статье 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — «ГК РФ») программы для ЭВМ не называются литературными произведениями, но относятся к объектам авторского права, «которые охраняются как литературные произведения», то в рамках указанного дела суд прямо сказал, что компьютерная программа является *literary work*.

Однако у литературного произведения есть свои особенности. В частности, авторским правом на литературное произведение охраняется форма выражения мысли, а не сама мысль, в связи с чем алгоритм, пересказанный иначе, получивший новую форму выражения, не нарушает формально исключительных прав правообладателя первоначального описания того же алгоритма.

Это противоречие нашло свое отражение в решении по делу **Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc** [2] (1986).

Jaslow Dental Laboratory (Jaslow) — это компания, занимавшаяся производством зубных протезов. Однажды руководитель Jaslow купил персональный компьютер, и попытался самостоятельно написать программу, которая бы помогала ему решать административные задачи в работе стоматологии. После нескольких месяцев неудачных попыток он заказал создание интересующего его программного обеспечения у компании Strohl Systems Group, Inc. (Strohl). В соответствии с соглашением между стоматологической фирмой и разработчиками программного обеспечения, после установки программы, название которой было Dentalab, на компьютер Jaslow разработчик получал право реализовывать программное обеспечение другим стоматологическим клиникам, а Jaslow получал 10% от цены всех сделок по реализации Dentalab.

Программист, занимавшийся непосредственной разработкой программы, через несколько месяцев покинул Strohl и создал собственную компанию Whelan Associates, Inc. (Whelan). Эта новая компания вступила в договор с Jaslow на новых условиях, в соответствии с которыми Whelan стала эксклюзивным дистрибьютором программного продукта Dentalab, а Jaslow получало 35% от общей суммы сделок по реализации программы Dentalab и 5% от общей суммы сделок, связанных с модификациями на эту программу.

Однако со временем в Jaslow поняли, что могли бы сделать программу Dentalab ещё более коммерчески успешной, если бы перевели её на иной язык программирования. Такое решение было связано с тем, что первоначальная программа писалась под достаточно дорогое для тех времен оборудование, которое не все клиники могли себе позволить. Таким образом, «перевод» программного продукта на более распространенный язык программирования мог позволить значительно расширить рынок сбыта программы.

Jaslow самостоятельно перевели программу на язык программирования BASIC и получили новую программу (название новой программы — Dentcom), после чего направили в адрес Whelan уведомление о досрочном расторжении договора.

Whelan продолжили реализовывать программу Dentalab, в результате чего Jaslow инициировали судебный процесс.

Whelan, в свою очередь обратились со встречным требованием к Jaslow, заявив, что реализация последней программы Dentcom нарушает исключительное право Whelan на программу Dentalab.

Jaslow возражали против исключительного права Whelan на программу Dentalab, но утверждали, что даже

в случае, если бы исключительное право на Dentalab принадлежало ответчику, программа Dentcom разрабатывалась независимо, а значит нарушения исключительного права со стороны истца быть не может.

В ходе судебного процесса Whelan удалось доказать, что именно им принадлежит право на программу Dentalab, таким образом, спор свелся к вопросу о том, имеются ли в программе Dentcom существенные заимствования программы Dentalab.

Разбирая вопрос о существенном сходстве двух компьютерных программ, американский суд пришел к выводу о том, что использовавшийся для литературных произведений «тест обычного наблюдателя» (согласно которому нарушением авторского права было создание такой работы, при сравнении с которой обычный читатель (зритель) видел явное сходство с другой работой, созданной раньше) не может быть применен в спорах о компьютерных программах. Перед судьей возникла необходимость формирования нового подхода, который мог бы быть применен в спорах о нарушении исключительных прав на компьютерные программы.

Jaslow утверждали, что никаких сходств между литеральными элементами сравниваемых программ нет. Это не удивительно, ведь работа по созданию программы Dentcom, фактически, и сводилась к переводу на другой язык программирования программы Dentalab, так что сходства литеральных элементов программ и не могло быть.

Кроме того, Jaslow также ссылались на отсутствие доказательств сходства нелитеральных компонентов, таких как структура программы для ЭВМ.

Возник вопрос, может ли структура программы для ЭВМ вообще приниматься во внимание при сравнении, если авторское право защищает только форму выражения идеи, но не саму идею?

В результате подробного сравнения двух программ суд пришел к выводу, что структуры файлов обеих программ очень схожи. При этом суд указал, что не любая структура файлов свидетельствует о нарушении исключительного права на программу для ЭВМ, но только такая, которая сама по себе, благодаря уникальной логике связей элементов этой структуры несет информацию.

Таким образом, суд сформулировал подход для определения нарушения исключительного права на программу для ЭВМ — Structure, Sequence and Organization (SSO) (Структура, Последовательность и Организация), согласно которому американские суды длительное время сравнивали программы, которые не имели буквальных литеральных заимствований.

Это дело породило шестилетний период, обозначенный в американской судебной практике, как время, когда компьютерной программе могла быть представлена чрезмерная авторско-правовая защита. Справедливости ради, стоит отметить, что это решение не применялось судами повсеместно, и достаточно сильно критиковалось в доктрине [9].

Дело, положившее конец доминированию подхода, сформированного в деле Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., — это дело **Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc (1992)** [3].

Computer Associates International, Inc. (CA) и Altai, Inc (Altai) — две компании, занимавшиеся разработкой программного обеспечения.

CA разработала программный продукт CA-SCHEDULER, который позволял определять запуск определенных программ в заданное время. Одним из элементов большой программы CA-SCHEDULER являлась подпрограмма ADAPTER, которая представляла собой особую ценность. Именно ADAPTER позволял программе CA-SCHEDULER успешно взаимодействовать с любой из трех операционных систем (DOS/VSE, MVS, или CMS), которая могла быть установлена на компьютер IBM.

С 1982 года компания Altai также стала разрабатывать программу с функционалом, похожим на CA-SCHEDULER, однако проблему у разработчика вызвало создание утилиты, аналогичной ADAPTER, которая выгодно отличала программу конкурента.

Разработкой этой утилиты, названной OSCAR, в Altai занимался бывший сотрудник CA, и при разработке OSCAR он использовал исходный текст ADAPTER. При этом суд принял свидетельство представителей Altai о том, что никто, кроме самого программиста о таком использовании программы конкурента не знал.

Узнав о том, что в течение 3 лет конкуренты используют утилиту, написанную с использованием их исходного текста, CA предъявили Altai претензии, а после этого обратились в суд.

Как только Altai получили от программиста подтверждение того, что при написании исходного текста OSCAR, он, действительно, использовал исходный текст ADAPTER, руководитель Altai поручили своим программистам переписать OSCAR так, чтобы все то, в чем было сходство с ADAPTER было заменено, но при этом функциональность OSCAR максимально не пострадала. При этом первоначальный разработчик OSCAR к этой переделке допущен не был.

В результате 6-месячной работы группы программистов OSCAR был обновлен до версии 3.5, которая не имела литеральных сходств с ADAPTER.

В ходе рассмотрения дела Altai признали нарушение исключительного права на программу ADAPTER в версиях OSCAR до 3.5 и согласились выплатить компенсацию в размере 364 444 долларов. Таким образом, суд рассматривал 2 вопроса: 1) имело ли место нарушение авторского права СА при создании программы OSCAR3.5; 2) имело ли место нарушение права на секрет производства в ходе создания программы OSCAR. Для целей настоящей работы интерес представляет решение суда именно по первому вопросу.

СА утверждали, что несмотря на отсутствие литеральных совпадений в OSCAR3.5, структура программы все ещё имела существенные сходства с ADAPTER и, сравнивая Структуру, Последовательность и Организацию (SSO) двух программ, СА утверждали о наличии нарушения со стороны Altai.

Однако в этом деле суд критически отнесся к решению по делу Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., заявил, что SSO не могут считаться выражением идеи, и предложил свой тест для разрешения вопроса о существенном сходстве между компьютерными программами: Абстракция — Фильтрация — Сравнение (Abstraction-Filtration-Comparison test).

В соответствии с предложенным тестом при сравнении компьютерных программ суду следует сделать три последовательных шага, в результате которых можно будет сделать вывод о том, есть ли между ними существенное сходство.

Первым шагом в этом тесте была **Абстракция (Abstraction)**.

Задача этого этапа — попытаться отделить идеи от способов их выражения. Для этого судья рассматривает программу с нескольких уровней абстракции. На первом уровне абстракции судья рассматривает программу непосредственно в виде исходного текста или объектного кода, на последнем уровне абстракции — как общее функциональное назначение программы для ЭВМ в целом. Таким образом, на первом уровне абстракции программа представляет собой набор команд, инструкций и модулей, на более высоком уровне абстракции команды, инструкции и модули самого низкого уровня могут быть концептуально представлены в виде функций этих модулей. На все более высоких уровнях абстракции функции модулей более высокого уровня концептуально заменяют реализации этих модулей и так далее, пока, наконец, не останется ничего,

кроме конечной функции программы (самого высокого уровня абстракции).

На каждом из уровней абстракции программа имеет свою структуру, при этом, чем более низкий уровень абстракции, тем более сложную структуру имеет программа.

Чем ниже уровень абстракции, тем он ближе к форме выражения, соответственно, чем выше — тем ближе к идее. Таким образом, если суд находит сходство между двумя программами на самых первых уровнях абстракции, то вероятность того, что несмотря на отсутствие сходства литеральных элементов, суд признает нарушение исключительного права, велика. Если же сходство заключается лишь в назначении программы в целом, то суд не увидит в таком сходстве нарушения исключительного права.

Вторым шагом в сравнении двух программ для ЭВМ суд предложил **Фильтрацию (Filtration)**.

Фильтрация необходима для определения объёма исключительного права истца на программу для ЭВМ и предполагала исключение из объекта сравнения:

1) Структурных элементов, наличие которых связано исключительно с достижением результата работы программы. Это означает, что если достижение определенного технического результата возможно только с использованием ограниченного количества команд, то использование этих команд не может защищаться авторским правом, и соответственно, эти команды следует исключить из объекта сравнения.

2) Структурных элементов, наличие которых обусловлено внешними факторами. В некоторых ситуациях, программист вынужден использовать уже заданные инструменты такие, как устоявшиеся стандартные техники, или, возможно, законодательные ограничения. Так, например, создание программ для банковского сектора может быть связано с особыми инструкциями регулирующего органа, а сходство в почерке двух программистов может быть связано не с заимствованиями, а с тем, что они учились в одном заведении или работали в одной компании, и оба привыкли к одному стилю. Кроме того, часть исходного текста может быть связана с тем оборудованием, на котором программа должна быть воспроизведена.

Такие элементы не могут быть охраноспособными в рамках защиты авторского права, и суд предложил исключать их из сравнения.

3) Структурных элементов, находящихся в общественном достоянии (public domain). В контексте се-

годняшнего дня сюда же можно включить и исходные тексты, распространяемые по открытым лицензиям, и включенные в обе сравниваемые программы.

Заключительный этап теста — **Сравнение (Comparison)**.

После отделения формы выражения программы от заложенных в неё идей, а также после исключения из объекта сравнения всех неохраняемых элементов остается ядро программы, которое и подлежит сравнению в рамках дела о нарушении исключительного права на программу на ЭВМ.

Воспользовавшись вышеприведенным тестом, суд разрешил вопрос в пользу Altai.

Этим делом суд существенно углубил, а в чем-то даже опроверг подход, используемый судами до этого дела. Если судья, рассматривавший дело *Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, вероятнее всего, поддержал бы правообладателя первой программы, посчитав, что Структура, Организация и Последовательность (SSO) программ очень похожи, то в этом деле был изложен новый подход, который также не очень похож на обычное сравнение двух литературных романов.

В современной практике наиболее громкий кейс, касающийся вопроса правовой защиты авторских прав — это дело **Oracle America Inc. v. Google LLC** [4].

Судебный спор начался в 2010 году по поводу использования исходного текста программ платформы Java и до сих пор по делу не было принято окончательное решение.

Java была разработана компанией Sun Microsystems и включала в себя собственный язык программирования, виртуальную машину и набор библиотек, необходимый для использования языка программирования. Отличительной особенностью Java было то, что созданный единожды при помощи этой платформы исходный текст программы мог быть воспроизведен на любой компьютерной платформе, поддерживающей Java, посредством виртуальной машины Java.

После приобретения Android Inc., Google вступили в переговоры с Sun Microsystems о получении лицензии на Java для использования исходных текстов платформы в разработке операционной системы Android. Переговоры оказались неуспешными из-за идеологических разногласий компаний: Google хотели сделать собственную версию языка программирования Java, который не был бы совместим с устройствами не на операционной системе Android. То есть программы, написан-

ные для Android, должны были быть совместимы только с этой операционной системой. Такой подход шёл вразрез с философией Sun Microsystems, в результате чего сделка не состоялась.

Тем не менее, Google поставила перед собой задачу сделать аналог платформы Java, но в рамках устройств на Android. В числе прочего Google создали свою виртуальную машину, где было обнаружено 37 интерфейсов прикладного программирования (API) и 11500 строчек исходного текста, аналогичных соответствующим в Java.

В 2010 году была завершена сделка по приобретению компании Sun Microsystems компанией Oracle за 7.4 миллиарда долларов США, и через полгода Oracle предъявил к Google иск о нарушении исключительных прав на объекты авторских прав, на патенты на изобретения и о возмещении убытков. В контексте рассматриваемой темы нас интересует спор о нарушении исключительных прав на объекты авторско-правовой защиты.

Дело проходит второй круг судебных разбирательств, и с самой первой инстанции [4] суд установил факт использования Google части из 37 интерфейсов прикладного программирования Java. Суд указал, что Структура, Последовательность и Организация этих 37 API сходны, а также повторяются наименования, организация и функционал, используемые в этих 37 API. Сравнивая каждый из пакетов API один за другим, суд нашел сходство только в 3% строчек исходного текста, относящихся к именам, параметрам и функциональной составляющей методов и классов, строчек, содержащих заголовки и декларации.

Суд первой инстанции посчитал недостаточным такое сходство, и, сославшись на то, что авторское право защищает форму выражения идеи, подчеркнул, что любое лицо может скопировать функционал и используемые в программе методы, если отсутствует сходство литеральных элементов. При этом в заключении суд подчеркнул, что не заявляет о том, что Структура, Последовательность и Организация программ могут быть украдены, но конкретно в этом деле нарушения нет.

Суд апелляционной инстанции посчитал иначе [4]. Он указал на то, что общая структура API, исключительное право на которые принадлежит компании Oracle, оригинальна и креативна, а значит Структура, Последовательность и Организация 37 API подлежат правовой защите. Дело было направлено в суд первой инстанции для того, чтобы суд первой инстанции разобрался, было ли нарушение исключительных прав со стороны Google, или программа была скопирована в рамках свободного использования.

Судебный акт был обжалован компанией Google в Верховный суд США, который после консультации с Генеральным солиситором США принял решение отказать в рассмотрении жалобы, поддержав вывод суда апелляционной инстанции.

При повторном рассмотрении дела суд должен был разрешить только вопрос о свободном использовании, и для этого он обратился к четырем факторам, по оценке которых можно сделать соответствующий вывод:

1. цель и характер использования (коммерческая или образовательная);
2. природа первоначального произведения (насколько первоначальная работа креативна);
3. объем и важность для первоначальной работы заимствованного отрывка;
4. эффект от копирования на потенциальный рынок.

Суд пришел к выводу, что цель использования операционной системы Android — коммерческая, несмотря на её бесплатное распространение; заимствованные элементы были в достаточной степени креативны, объем заимствованного исходного текста значительно превышает объём, необходимый для функциональной совместимости операционной системы Android с платформой Java, а от нарушения исключительного права компания Oracle понесла значительные финансовые потери.

В результате повторного рассмотрения суд установил факт нарушения исключительного права компании Oracle.

Подводя итог исследованию американского подхода к защите исключительных прав на компьютерные программы, необходимо отметить, что американский подход к авторскому праву исторически не в полной мере соответствует подходу, распространенному в системе континентального права. Исходя из этого, в условиях нашей юрисдикции принимать сформированный в США подход к защите компьютерных программ следует с определённым уточнением, принимая во внимание эту разницу.

Более того, даже в рамках этого американского подхода, изначально программы попали под авторско-правовую защиту как будто случайно, без учёта особенностей, отличающих компьютерную программу и классические литературные произведения. А распространение авторского права на компьютерные программы в мире в большей степени стало следствием компромисса.

На протяжении более 35 лет американские суды не могут чётко сформулировать критерии сравнения программ для ЭВМ. Судебные дела, которые можно называть вехами американского судопроизводства по этому

вопросу занимают противоположные друг другу позиции: то утверждая, что такие нелитеральные компоненты как структура и логика программы должны защищаться наравне с литеральными, то формулируя многоступенчатые тесты, чтобы попытаться отделить идеи от их выражения и произвести сравнение двух программ, то снова возвращаясь к первой позиции.

На наш взгляд, это связано именно с тем, что авторско-правовой режим защиты, в основе своей, не отражает природу программы для ЭВМ, и именно американская практика в этом вопросе наиболее показательна, так как это и самый большой рынок компьютерных программ, и, в то же время, первая юрисдикция, предложившая авторско-правовую защиту программ для ЭВМ. Соответственно, именно в США мы можем наблюдать проблемы и попытки их решения, с которыми российскому суду ещё только предстоит столкнуться.

Вместе с тем, нельзя сказать, что в российской практике нет дел, где от суда требовалось сформулировать и заявить позицию по вопросу сравнения двух программ для ЭВМ.

Очень показательным с точки зрения подхода российского суда является дело № А40–141340/15 [5] по иску Общества с ограниченной ответственностью Научно-Внедренческое Предприятие «Информация-Экономика» («ИНЭК») к Обществу с ограниченной ответственностью «РИСКФИН» («РИСКФИН»).

«ИНЭК» являлась компанией-разработчиком программного продукта для банковской сферы «Программный комплекс «Финансовый риск-менеджер» («ФРМ»). В какой-то момент часть разработчиков «ИНЭК» посчитали нужным создать собственную компанию «РИСКФИН», конкурирующую со своим бывшим работодателем, и сделали свой продукт «Программный комплекс «РИСКФИН.ФАУР» («РИСКФИН. ФАУР»).

«РИСКФИН. ФАУР» выполняла тот же функционал, что и «ФРМ», однако, по утверждению «РИСКФИН», имела уникальный собственный исходный текст.

В ходе судебного заседания была проведена судебная экспертиза представленных в Роспатент для регистрации исходных текстов программ для ЭВМ (обе программы были зарегистрированы в Роспатенте), а также для экспертизы обе стороны предоставили экземпляры дисков программ «ФРМ» и «РИСКФИН. ФАУР», на которых также содержался текст руководств пользователя обеих программ.

В результате проведенной судебной экспертизы было установлено, что программа «РИСКФИН.ФАУР»

имеет собственный уникальный исходный текст, «но при этом более чем наполовину заимствует структуры данных и определяемый ими пользовательский интерфейс из программы для ЭВМ «Программный комплекс «Финансовый риск-Менеджер»».

Суд указал: «Статья 1261 ГК РФ устанавливает, что структура данных является неотъемлемой частью программы для ЭВМ», несмотря на то, что о структуре данных в ст. 1261 ГК РФ ничего не говорится.

В решении суда отражен вывод эксперта о том, в результате чего могла сложиться ситуация, когда исходные тексты полностью не совпадают, а структуры данных похожи:

1. имеется третий аналог, на основе которого сделаны обе программы;
2. разработчик программы «РИСКФИН. ФАУР» не имел на руках исходных текстов программы «ФРМ», но имел работающую программу, и сделал аналогичную программу;
3. разработчик программы «РИСКФИН.ФАУР» входил в состав разработчиков программы «ФРМ» и знал, как она работает и на основании своих знаний сделал новую программу.

Несмотря на приведенный вывод эксперта, суд сделал вывод о нарушении исключительного права компании «ИНЭК», опираясь исключительно на заключение эксперта, без формулирования какой-либо правовой позиции по вопросу.

Суды апелляционной и кассационной инстанции поддержали выводы суда первой инстанции.

Принципиально иная позиция нашла свое отражение в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-2944/2018-ГК от 14.03.2018 по делу № А40-20593/17. В этом судебном акте суд, напротив, заявил, что: «Главным критерием тождественности является установленный факт идентичности исходного текста (исходного кода) программы. <...> Для установления тождественности программ должен быть проведен сопоставительный анализ исходных текстов (кодов) программного обеспечения информационных систем, используемых на объектах АО «Концерн Росэнергоатом» и программного обеспечения, правообладателем которого является истец [6]».

Суд по интеллектуальным правам, рассматривая дело № А40-20593/17 в кассационной инстанции в Постановлении от 09.08.2018 дословно процитировал вывод суда апелляционной инстанции о том, что главным критерием тождественности программ для ЭВМ является тождество исходных текстов сравниваемых программ,

и что для установления тождественности двух программ для ЭВМ должен быть проведен анализ именно их исходных текстов [7].

При этом за 1,5 года до Постановления по делу № А40-20593/17, рассматривая в кассационной инстанции вышеупомянутое дело № А40-141340/15 Суд по интеллектуальным правам в другом составе судей, не увидел проблемы в том, что при выводе эксперта о полном отсутствии совпадений исходных текстов двух программ, суд первой инстанции признает за «РИСКФИНОМ» нарушение исключительного права на основании вывода о сходстве структур данных двух программ.

Анализ российской практики по делам о защите исключительных прав на компьютерные программы последних лет приводит к некоторой разочарованности от того, что российские суды, в отличие от американских судов (1986 и 1992 гг.) даже не пытаются разобраться в явлении и продолжают подходить к вопросу формально, предлагая два пути решения споров о нарушении исключительного права на компьютерные программы:

1. Только дословное сходство исходных текстов позволяет говорить о нарушении исключительного права на компьютерную программу;
2. Суд полностью полагается на заключение эксперта, не формируя правовой позиции по существу спора. Если эксперт указывает, что программа производна, суд делает вывод о том, что нарушение исключительного права есть. Таким образом, в силу сложности объекта, суды отказываются разбираться в аргументации эксперта, наделяя его фактически полномочиями судьи по спорам о нарушении исключительного права на программу.

Два используемых подхода приводят к правовой неопределенности: у субъектов отношений нет понимания, что считается нарушением исключительного права на компьютерную программу, а что допустимо в рамках обычной экономической деятельности. Нет такого правового термина как структура данных, ему не дана правовая квалификация — это часть программы для ЭВМ или, может быть, сходство структуры данных говорит о нарушении исключительного права на базу данных?

Существует множество вопросов, ответы на которые стороны судебного разбирательства, если и получают, то только после получения текста решения суда.

С другой стороны, сравнивать решения российских судов и американских не совсем правильно, потому что американские суды гораздо более свободны в формировании права. В нашей системе сделать уточнения о том, как следует производить сравнение двух программ для

ЭВМ, мог бы Верховный суд Российской Федерации. Оба приведенных выше дела обжаловались в Верховном суде, но, к сожалению, ни одна из жалоб не была передана на рассмотрение.

На текущий момент, разработчики, в первую очередь, полагаются на технические средства защиты компьютерных программ, однако с развитием технологий, с развитием правового сознания в области разработки компьютерных программ, в вопрос о правовом режиме программ для ЭВМ должна быть внесена ясность.

Даже если принять позицию, согласно которой авторско-правовая защита компьютерных программ предоставляет адекватную защиту, нет никаких сомнений (и это нашло свое подтверждение, как в российской, так и в американской практике) в необходимости серьезных уточнений и доработок как предмета доказывания по таким спорам, так и в целом норм, регулирующих охрану программ для ЭВМ. В результате может получиться *sui generis* режим защиты в рамках авторского права, как, по сути, и вышло в США. Возможно, такое решение и будет самым верным с той точки зрения, что вступив в ВТО, Россия стала членом Соглашения ТРИПС, согласно которому компьютерные программы охраняются авторским правом.

Тем не менее, бесспорно, конфликта между явлением и его правовым регулированием быть не должно, а на примере вышеуказанного дела можно увидеть, что

такой конфликт существует: с одной стороны, программа для ЭВМ охраняется как литературное произведение, а, с другой стороны, исходные тексты программ не совпадают, а, с третьей стороны, эксперт говорит, что преемственность между программами есть.

Кроме того, этот конфликт находит свое отражение во множестве положений: юридическое лицо не может быть автором (в отличие от США), правовая охрана длится 70 лет со дня смерти автора, положения буквально **обо всех** личных неимущественных правах (право автора на имя, право на неприкосновенность произведения и защиту его от искажений) — если не совсем неподходящие для компьютерных программ, то уж точно не оптимальные.

Размышляя над этой темой, приходит на ум знаменитый миф древнегреческого философа Платона о пещере.

Есть ощущение, что юристы сегодня, подобно тем людям, которые видят только тени от истинных предметов. И настолько они привыкли к тени предмета, что эта тень, несмотря на двумерность, отсутствие цветов, форм, и запахов и всех прочих недостатков по сравнению с самим предметом, стала казаться превосходящей сам этот предмет.

И настолько авторско-правовая защита программ для ЭВМ стала казаться привычной, что, несмотря ни на что, мы продолжаем считать, как будто всё так и должно быть.

ЛИТЕРАТУРА

1. Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp. // [Электронный доступ] URL: <http://digital-law-online.info/cases/219PQ113.htm> (Дата обращения: 19.09.2019)
2. Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc // [Электронный доступ] URL: <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/797/797.F2d.1222.85-1358.html> (Дата обращения: 19.09.2019)
3. Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc. // [Электронный доступ] URL: <https://www.bitlaw.com/source/cases/copyright/altai.html#II.%20FACTS> (Дата обращения: 19.09.2019)
4. Oracle America, Inc. v. Google, Inc. // [Электронный доступ] URL: <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (Дата обращения: 19.09.2019)
5. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 27.10.2016 по делу № А40-141340/15
6. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-2944/2018-ГК от 14.03.2018 по делу № А40-20593/17
7. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 09.08.2018 по делу № А40-20593/17
8. Платон. Государство. Книга 7 // [Электронный доступ]: URL: [http://wikilivres.ru/%D0%93%D0%BE%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE_\(%D0%9F%D0%BB%D0%B0%D1%82%D0%BE%D0%BD/%D0%95%D0%B3%D1%83%D0%BD%D0%BE%D0%B2\)/%D0%9A%D0%BD%D0%B8%D0%B3%D0%B0_%D1%81%D0%B5%D0%B4%D1%8C%D0%BC%D0%B0%D1%8F](http://wikilivres.ru/%D0%93%D0%BE%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE_(%D0%9F%D0%BB%D0%B0%D1%82%D0%BE%D0%BD/%D0%95%D0%B3%D1%83%D0%BD%D0%BE%D0%B2)/%D0%9A%D0%BD%D0%B8%D0%B3%D0%B0_%D1%81%D0%B5%D0%B4%D1%8C%D0%BC%D0%B0%D1%8F) (дата обращения: 18.09.2019)
9. Englund, at 881; Menell, at 1074, 1082; Kretschmer, at 837-39; Spivack, at 747-55; Thomas M. Gage, Note, Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratories: Copyright Protection for Computer Software Structure — What's the Purpose?, 1987 WIS.L.REV. 859, 860-61 (1987)

© Ахмедов Гаджимурад Ахмедович (akhmedov.gadjimurad@gmail.com).

Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»