

# Интеллектуальная собственность и мобильные приложения

## Оглавление

Предисловие .....	5
ЧАСТЬ I. КРАТКИЙ ОБЗОР ОТРАСЛИ И ПРАВОВОЙ ЭКОСИСТЕМЫ .....	6
А.    Краткий обзор отрасли .....	6
В.    Краткий обзор правовой экосистемы ИС: характер, охват, сложность и издержки.....	6
1.    Авторское право.....	7
2.    Патенты.....	9
3.    Охрана внешнего оформления в рамках законодательства о товарных знаках и недобросовестной конкуренции .....	13
4.    Образцы.....	14
5.    Коммерческие тайны.....	15
С.    Краткий обзор правовой системы мобильных приложений .....	16
1.    Авторское право.....	16
2.    Патенты.....	17
3.    Полезные модели.....	18
4.    Охрана внешнего оформления в рамках законодательства о товарных знаках и недобросовестной конкуренции .....	19
5.    Образцы.....	20
6.    Коммерческие тайны.....	21
ЧАСТЬ II. ОХРАНОСПОСОБНОСТЬ КОДА И АРХИТЕКТУРЫ. ПРАВОВЫЕ И КОММЕРЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ .....	22
А.    Создание ПО: контент, контекст и модели разработки.....	22
В.    Охват охраны внутренних элементов ПО с помощью различных режимов прав ИС и ее влияние на бизнес.....	22
1.    Код и архитектура .....	22
1.1    Авторское право .....	23
1.2.    Патенты.....	25
1.3.    Коммерческие тайны .....	25
2.    Декомпиляция и интероперабельность .....	26
С.    Влияние облачной среды.....	34
D.    Охраноспособность кода и архитектуры. Правовые и коммерческие вопросы. Краткий обзор.....	35

1.	Охрана внутренних элементов ПО с помощью различных режимов прав ИС.....	36
1.1.	Код и архитектура.....	36
1.2.	Декомпиляция и интероперабельность.....	37
1.2.1	Правовая ситуация в США.....	38
1.2.2.	Правовая ситуация в ЕС.....	38
1.2.3.	Использование результатов декомпиляции.....	39
1.2.4.	Лицензионные соглашения с конечным пользователем	39
1.2.5.	Меры технической защиты .....	39
1.3.	Влияние облачной среды .....	39
ЧАСТЬ III. ОПЫТ ПОЛЬЗОВАТЕЛЯ. ОХРАНА ИНТЕРФЕЙСОВ: ПРАВОВЫЕ И КОММЕРЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ .....		40
A.	Графические пользовательские интерфейсы. Их характер и значимость с точки зрения мобильных приложений: рабочая область как единое целое, статические компоненты, переходные и анимированные эффекты .....	40
B.	Права ИС и мобильные приложения: охват охраны и влияния.	41
1.	Авторское право.....	41
2.	Образцы.....	44
3.	Товарные знаки и недобросовестная конкуренция.....	46
3.1.	Законодательство о товарных знаках .....	46
3.2.	Недобросовестная конкуренция. Краткое замечание.....	49
4.	Патенты.....	50
C.	Охрана интерфейсов. Правовые и коммерческие аспекты. Краткий обзор .....	51
1.	Авторское право.....	51
2.	Образцы.....	52
3.	Товарные знаки и законы о недобросовестной конкуренции как способ охраны ГПИ .....	53
3.1.	Законодательство о товарных знаках и охрана ГПИ .....	53
3.2.	Недобросовестная конкуренция .....	54
4.	Патенты.....	55
4.1.	Патентная охрана ГПИ в США.....	55
4.2.	Патентная охрана ГПИ в ЕС .....	55
ЧАСТЬ IV. ФУНКЦИОНАЛЬНОСТЬ.....		55
A.	Введение .....	55
B.	Охрана функциональности в рамках авторского права .....	56
1.	Функциональность и дихотомия «идея — форма выражения»	56

2.	Доктрина слияния.....	57
3.	Мнения и толкование судей.....	58
C.	Охрана функциональности в рамках патентного права.....	59
D.	Охрана функциональности в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции.....	59
E.	Резюме: практические последствия и факторы, которые нужно учитывать.....	60
F.	Охрана функциональности мобильных приложений. Краткий обзор	61
1.	Охрана функциональности в рамках авторского права.....	61
2.	Охрана функциональности в рамках патентного права.....	62
3.	Охрана функциональности в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции.....	62
ЧАСТЬ V. ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ, НЕ СВЯЗАННЫЕ С ИС.....		63
A.	Введение.....	63
B.	Лицензионные соглашения с конечным пользователем.....	63
C.	Защита данных и мобильные приложения.....	64
D.	Право на конфиденциальность.....	65
E.	Защита прав потребителей.....	66
F.	Реклама.....	67
G.	Управление цифровыми правами и меры технической защиты	68
H.	Соглашения с разработчиками приложений. Некоторые типовые положения.....	69
1.	Лицензии, предоставляемые в соответствии с соглашением..	70
2.	Внесение поправок в соглашение.....	71
3.	Прекращение действия соглашения.....	71
4.	Ограничение ответственности.....	72
5.	Отказ от гарантии.....	72
6.	Законы, регулирующие применение соглашений.....	73
I.	Дополнительные правовые аспекты, связанные с мобильными приложениями. Краткий обзор.....	73
1.	Договорное право. Лицензионные соглашения с конечным пользователем.....	74
2.	Защита данных.....	74
2.1.	Европа.....	74
2.2.	США.....	74
3.	Право на конфиденциальность.....	74
4.	Защита прав потребителей.....	75

5.	Реклама.....	75
6.	Управление цифровыми правами и меры технической защиты 76	
7.	Соглашения с разработчиками приложений. Некоторые типовые положения.....	76
ЧАСТЬ VI. ГЛОБАЛЬНЫЕ ВЫЗОВЫ.....		79
A.	Риски, связанные с копированием и имитацией.....	80
1.	Код.....	80
2.	Внутренняя архитектура .....	80
3.	Пользовательские интерфейсы.....	82
4.	Логические и поведенческие аспекты.....	83
B.	Резюме.....	84
Об авторе.....		84
Благодарность .....		84

## Предисловие

В последние годы все больше людей стремятся зарабатывать в творческих отраслях, которые сформировались под влиянием цифровой среды. Одним из неотъемлемых элементов этой среды стали мобильные приложения. Без них уже невозможно представить современную жизнь, а их рынок стремительно растет благодаря огромному сообществу разработчиков программного обеспечения. Действительно, каждый восьмой разработчик занимается созданием мобильных приложений, потребителями которых являются люди и компании по всему миру.

Перед вами новая публикация Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) из серии «Как заработать на жизнь в творческих отраслях». Цель этой публикации состоит в том, чтобы дополнить существующие материалы ВОИС и предоставить инструмент тем разработчикам и издателям приложений, которые в своей работе пока должным образом не учитывают аспекты, связанные с интеллектуальной собственностью (ИС). Кроме того, задача состоит в удовлетворении растущего спроса на правовую ясность и разработке рекомендаций для бизнеса, касающихся потенциала авторского права и ИС в целом в области формирования дополнительных источников дохода для авторов и правообладателей.

Для разработчиков и издателей мобильных приложений настоящая публикация должна стать практическим инструментом, который позволит им принимать обоснованные стратегические бизнес-решения с учетом принципов соответствующей правовой экосистемы и права ИС, актуальных с точки зрения разработки и издания мобильных приложений. В публикации освещены конкретные аспекты отрасли мобильных приложений, которые связаны с правом ИС, а также представлен обзор рынка мобильных приложений. Настоящая публикация ориентирована на предоставление практической информации, которая может быть полезна специалистам отрасли мобильных приложений.

Также представлены некоторые стратегические соображения и практические рекомендации, касающиеся сложных правовых аспектов ИС отрасли мобильных приложений. Мобильное приложение представляет собой многогранный продукт, обладающий множеством характеристик. Для их охраны могут требоваться разные права ИС. С помощью настоящей публикации читатели получают более полное представление об этом разнообразии и поймут, как использовать его наиболее эффективным образом на благо своего бизнеса. Наконец, в публикации представлен анализ цепочки создания стоимости мобильных приложений и предлагается перечень вопросов, которые необходимо учитывать при выявлении требующих охраны прав ИС, а также вариантов и стратегий такой охраны.

С помощью настоящей публикации ВОИС надеется предоставить полезную информацию растущему сообществу специалистов отрасли мобильных приложений.

Январь 2018 года

## ЧАСТЬ I. КРАТКИЙ ОБЗОР ОТРАСЛИ И ПРАВОВОЙ ЭКОСИСТЕМЫ

### **A. Краткий обзор отрасли**

В последние несколько лет рынок мобильных приложений растет головокружительными темпами, а разработчики используют самые разные модели монетизации, такие как прямые продажи, фриимиум-модели, подписка, модели на основе встроенной рекламы и встроенных покупок (последние два типа набирают все большую популярность). Сегодня число мобильных приложений во всем мире составляет примерно 3 миллиона!

Судя по всему, у этого рынка еще есть серьезный потенциал для роста. По данным компании App Annie, в 2015 году валовой годовой доход в отрасли мобильных приложений составил 41,1 млрд долларов США и, скорее всего, эта цифра возрастет до 51 млрд. По прогнозам портала Statista, к 2020 году она может превысить 189 млрд долларов США. Хотя исследовательские организации дают разные прогнозы, все они сходятся в одном: этот рынок будет существенно расти.

Благодаря быстрому росту производительности смартфоны превратились в игровые устройства. С точки зрения прибыльности это, видимо, наиболее выгодная сфера. По данным App Annie, в 2011 году на мобильные игры приходилось около 50 % прибыли в отрасли, а сегодня эта цифра составляет 85 %.

Что касается географического распределения предполагаемого роста, то, как ожидается, Азиатско-Тихоокеанский регион без Японии сохранит позицию лидера с точки зрения среднегодовых темпов роста, а на второе место будут претендовать Латинская Америка и Восточная Европа.

Как показал ажиотаж по поводу мобильной игры Pokémon Go в 2016 году, в экосистеме мобильных приложений большую роль начинают играть технологии дополненной реальности (AR). По оценкам, новым рубежом развития рынка мобильных приложений станут технологии виртуальной реальности (VR) и AR. Еще одним новым рубежом, вероятно, будет производство носимых устройств — за последние несколько лет подобные устройства выпустили Samsung, Apple и множество азиатских компаний. Согласно прогнозам, эти сферы отрасли обладают огромным потенциалом роста. С одной стороны, сами мобильные устройства становятся мощнее и позволяют запускать более «тяжелые» приложения, а с другой — растет число пользователей смартфонов: к 2020 году оно должно достигнуть 6,1 млрд. Таким образом, можно ожидать существенного роста числа устройств, которые, судя по всему, будут гораздо мощнее, а значит, появится возможность для создания более «тяжелых» приложений, основанных на технологиях AR и VR.

### **B. Краткий обзор правовой экосистемы ИС: характер, охват, сложность и издержки**

Мобильные приложения как таковые могут охраняться с помощью различных прав интеллектуальной собственности. В сущности, большинство видов прав ИС может использоваться для охраны их различных элементов. Далее приводится краткий обзор этих прав, их характера, охвата и правовых аспектов с точки зрения мобильных приложений.

## 1. Авторское право

Как следует из названия copyright (авторское право), это право касается права на копирование. Конечно, подобное определение не отражает всей полноты этого права, однако его происхождение, равно как и ключевые функции, которые оно выполняет сегодня, касаются среди прочего регулирования деятельности, связанной с воспроизведением различных типов произведений. Изначально законодательство об авторском праве было разработано в целях охраны традиционных авторских работ, таких как книги, музыкальные произведения, картины и скульптуры. Поэтому на первый взгляд может показаться странным, что авторское право играет определенную роль в охране таких функциональных и технических объектов, как мобильные приложения. В основе каждого мобильного приложения лежит компьютерная программа. Именно она является тем функциональным объектом, который может охраняться в рамках законодательства об авторском праве.

Но несколько странным объектом для авторско-правовой охраны компьютерную программу делает не ее функциональный характер. На самом деле законодательство об авторском праве уже почти двести лет обеспечивает охрану функциональных произведений, таких как географические карты или каталоги. Скорее, дело в том, что компьютерные программы, в формате как объектного, так и исходного кода, не предназначены для взаимодействия с человеком. В отличие от традиционных авторско-правовых произведений функционального или художественного характера компьютерные программы, по сути дела, предназначены для того, чтобы отдавать команды компьютеру, т. е. взаимодействовать с машиной. Именно эта особенность выделяет компьютерные программы на фоне охраняемых авторским правом объектов и является одним из источников сложностей, возникающих при определении границ такой охраны.

Объекты авторско-правовой охраны крайне разнообразны. Их спектр варьируется от компьютерного кода до картин и фильмов. Как мы увидим далее, многие аспекты мобильных приложений могут охраняться с помощью авторского права с учетом некоторых важных оговорок и исключений. Однако недостаточно просто доказать, что тот или иной объект может в принципе подлежать авторско-правовой охране. Ее важным условием является оригинальность, т. е. необходимо доказать, что соответствующее произведение отличается оригинальностью с точки зрения авторского права. В целом такое требование не создает особых проблем, если произведение является результатом реализации автором своего права выбора. Однако если речь идет о произведениях, которые функциональны по своей природе, то могут возникнуть некоторые трудности. Множество аспектов мобильных приложений имеют функциональные черты, в связи с чем необходимо тщательно анализировать охват авторско-правовой охраны. Одна из ключевых концепций, налагающих ограничения на такой охват, — это так называемая дихотомия «идея — форма выражения». По сути дела, она означает, что авторское право охраняет не сами идеи, а конкретные формы их выражения. То есть если сторона копирует или использует элемент произведения другой стороны и этот элемент относится к категории идей, а не форм выражения, то такое копирование с точки зрения авторского права не является основанием для судебного разбирательства. Это правило имеет довольно очевидное обоснование: поскольку каждый первичный автор является одновременно вторичным автором, т. е. использует существующие идеи для создания новых произведений, монополизация идей приведет к резкому сокращению числа новых произведений. Хотя концептуально дихотомия «идея — форма выражения» признается во многих международных договорах и — явно

или косвенно — в авторско-правовых режимах многих юрисдикций, сложности, как всегда, кроются в деталях. Как определить, переходит ли заимствование или копирование элемента чужого произведения ту невидимую черту, которая разделяет копирование охраняемой формы выражения и ее использование для вдохновения? Далее мы рассмотрим подобные вопросы в контексте мобильных приложений и сформулируем некоторые общие принципы установления границ между допустимым и недопустимым заимствованием. Теоретически понимание таких принципов может быть полезно для участников как с одной, так и с другой стороны, поскольку оно позволяет провести первичную оценку того, является ли копирование отдельных элементов приложения нарушением законодательства об авторском праве. При этом стороне, которая хочет выпустить конкурирующий продукт, также важно предварительно оценить, вправе ли она заимствовать элементы мобильного приложения конкурента.

После установления авторско-правовой охраноспособности объекта необходимо понять, затрагивает ли оспариваемое поведение сферу действия исключительных прав правообладателя. Каждая система авторского права предусматривает ряд исключительных прав, которые, как следует из их названия, позволяют автору соответствующего произведения «исключать» другие лица. Если действия ответчика затрагивают одно из исключительных прав и если такие действия совершены без разрешения правообладателя, то с большой вероятностью устанавливается ответственность *prima facie* за нарушение авторского права. К числу наиболее актуальных с точки зрения рассматриваемого контекста исключительных прав относятся право на воспроизведение (копирование), право на адаптацию (право на создание производных произведений) и право на доведение до всеобщего сведения (право на распространение). Право на воспроизведение, по сути дела, обозначает право на копирование соответствующего произведения полностью или частично. Право на адаптацию охватывает среди прочего право на создание производных работ на основе соответствующего произведения. Право на доведение до всеобщего сведения включает в себя право на распространение произведения через интернет таким образом, чтобы потребители имели к нему доступ в желаемое время и из желаемого места. Те лица, которые напрямую не участвуют в действиях, нарушающих исключительные права правообладателя, но тем не менее способствуют их совершению, могут нести ответственность за косвенное нарушение авторских прав. Хотя прямое нарушение прав является основанием для наступления безусловной гражданской ответственности и не требует наличия у правонарушителя определенной субъективной стороны (например, умысла), для установления факта косвенного нарушения обычно требуется наличие определенного уровня осознанности.

Важно помнить, что даже в тех ситуациях, когда в отношении охраняемого авторским правом объекта были совершены действия, подпадающие под действие одного из исключительных прав, и может быть установлена ответственность, существуют определенные средства защиты, благодаря которым возможно освобождение от ответственности. Авторское право обеспечивает весьма длительную охрану: срок жизни автора плюс семьдесят лет.

И последний важный момент, который следует упомянуть в этом кратком обзоре, касается права собственности. Как и в случае некоторых других вопросов, о которых шла речь выше, установление права собственности зависит от конкретной юрисдикции. Первоначально право собственности обычно принадлежит автору произведения. У этого правила есть важное исключение, касающееся тех случаев, когда произведение было создано в ходе работы по



найму. В подобных ситуациях в странах общего права, таких как США и Соединенное Королевство, право собственности по умолчанию принадлежит работодателю, а не автору/наемному работнику. Что касается стран континентального права, то, как правило, изначально право собственности принадлежит автору/наемному работнику, даже если произведение было создано в ходе работы по найму. Если же работодатель хочет получить право собственности на создаваемые в ходе трудовой деятельности произведения, в трудовой договор должно быть включено соответствующее положение. Такое положение разрабатывается юристом работодателя и предусматривает, что право собственности на создаваемые работником в ходе трудовой деятельности произведения передается работодателю.

Срок действия авторско-правовой охраны весьма значителен: она предоставляется в течение срока жизни автора и последующих семидесяти лет.

## 2. Патенты

Традиционно патенты ассоциируются с промышленными товарами и процессами, а не с программным обеспечением. Однако за последние несколько десятилетий патентный правовой ландшафт изменился, и сегодня изобретения, связанные с ПО, могут получить патентную охрану, если они отвечают требованиям патентного права. Однако нужно помнить, что из определенных соображений общественной пользы установление патентоспособности таких изобретений нередко сопряжено с особыми трудностями.

В отличие от авторских прав, которые возникают автоматически в момент создания произведения, получение патента требует прохождения процедуры регистрации. Рассмотрение патентной заявки занимает в среднем несколько лет, причем заявка может быть оспорена на различных этапах этой процедуры, что существенно затягивает сроки. Например, в Европейском патентном ведомстве (ЕПВ) процедура выдачи патента занимает в среднем от трех до пяти лет с даты подачи заявки. Она состоит из двух основных этапов. На первом этапе проводится формальная экспертиза, подготовка отчета о поиске и предварительного заключения о том, отвечают ли заявленное изобретение и заявка требованиям Европейской патентной конвенции (ЕПК). На втором этапе проводится экспертиза по существу.

Еще одно важное отличие патентной системы связано с издержками. Они включают в себя пошлину за подачу заявки, расходы на ведение судебного разбирательства, пошлину за выдачу и продление. К этому можно добавить и оплату услуг патентного поверенного. В некоторых юрисдикциях патентные поверенные — это не просто юристы или адвокаты. Они обладают технической квалификацией, научным или инженерным образованием и владеют правовыми вопросами в области патентного дела.

Как и все права ИС, патенты носят территориальный характер и действуют только в тех юрисдикциях, в отношении которых они выданы. Исключением являются европейские патенты, выдаваемые ЕПВ на основе ЕПК. В рамках этой конвенции действует централизованная система выдачи патентов в любом из подписавших ее государств с использованием одного языка и одной процедуры. После выдачи на такие патенты распространяются те же условия, что и на национальные патенты, и они имеют такое же действие. ЕПВ и ЕПК не являются частью механизма ЕС: некоторые государства, подписавшие ЕПК, не являются членами ЕС. Следует отметить, что в принципе ЕПВ предоставляет не единое

патентное право, а набор национальных прав, действующих в указанных заявителем юрисдикциях. Сегодня единый европейский патент постепенно становится реальностью, так как ожидается, что вскоре ЕПВ начнет выдавать «европейский патент, обладающий единым действием» на территории 25 государств-членов, которые участвуют в механизме единого патента.

Как и в случае авторских прав, патент предоставляет владельцу набор исключительных прав, действующих в течение ограниченного срока, который обычно составляет 20 лет с даты подачи патентной заявки. Эти права позволяют владельцу патента контролировать, кто может использовать, производить и продавать охраняемое изобретение. При этом в обмен он обязан публично раскрыть устройство изобретения и сделать это таким образом, чтобы специалист в соответствующей области был в состоянии его воспроизвести. После истечения срока действия патента становится допустимым использовать его элементы для создания новых товаров или услуг. В течение срока действия патента можно изучать информацию, содержащуюся в патентной заявке, и использовать ее для реализации различных решений, не подпадающих под действие патента.

Охват патента и тот ориентир, по отношению к которому устанавливается наличие новизны и изобретательского уровня, определяются в пунктах формулы изобретения. Они составляются специалистом по патентам и характеризуют объем монопольных прав, испрашиваемых заявителем. Если пункты формулы изобретения сформулированы узко, то с их помощью сложнее защититься от конкурентов, а если широко, то возрастает вероятность оспаривания заявки на основании отсутствия новизны или изобретательского уровня. Хороший специалист по патентам стремится сформулировать пункты формулы изобретения как можно шире, обеспечивая при этом соблюдение требований о наличии новизны и изобретательского уровня.

В принципе патент может быть выдан в отношении любого объекта из любой отрасли<sup>1</sup>, если он отличается новизной и неочевидностью, а также дает возможности для промышленного применения. Также указанный объект не должен относиться к непатентоспособным категориям. Требование наличия новизны, по сути дела, означает, что патенты должны выдаваться только в отношении того, что не существовало ранее. Нет смысла в предоставлении заявителю исключительного права на уже существующий объект, вне зависимости от того, знал ли он о существующем изобретении и копировал его или нет. Таким образом, чтобы понять, обладает ли изобретение новизной, необходимо сравнить его с аналогичными объектами, которые существовали на момент подачи патентной заявки, и оценить степень различий. Весь объем аналогичных объектов называют известным уровнем техники. Хотя патенты носят территориальный характер и действуют только в той юрисдикции, в отношении которой они выданы, известный уровень техники оценивается не на территориальной, а на глобальной основе. Таким образом, при оценке новизны изобретения, заявка в отношении которого подана в юрисдикции А, будет проводиться сравнение с известным уровнем техники на момент подачи в мире в целом. Патентные эксперты, работающие в патентных ведомствах разных стран, имеют доступ к специальным базам данных, которые позволяют им делать такие оценки.

Требование неочевидности или наличия изобретательского уровня (эти термины взаимозаменяемы) означает, что недостаточно убедиться в новизне

---

<sup>1</sup> См. статью 27 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности.

изобретения. Следует также удостовериться в том, что изобретение предполагает определенный «скачок» по отношению к известному уровню техники. Это значит, что оно должно быть неочевидно для специалиста в соответствующей области. Требование новизны обеспечивает наличие количественных различий между изобретением и известным уровнем техники, тогда как требование неочевидности (изобретательского уровня) предназначено для того, чтобы обеспечить наличие качественных различий. Его цель состоит в том, чтобы стимулировать проведение исследований, которые в противном случае бы не проводились. Другими словами, «расстояние» между известным уровнем техники и изобретением должно быть таково, чтобы для его преодоления требовалась не просто рутинная деятельность в соответствующей технической области, а изобретательская работа. Хотя в теории все это объяснить довольно просто, на практике установить границу между очевидными и неочевидными изобретениями зачастую нелегко. Это связано с тем, что, несмотря на наличие различных правовых тестов, призванных помогать патентным поверенным и судам в проведении этой работы, в конечном итоге все сводится к фактологическому анализу, в основе которого лежат конкретные факты соответствующего дела. Как было отмечено выше, один из наиболее важных факторов, влияющих на определение степени очевидности изобретения, — это уровень знаний так называемого специалиста в соответствующей области. Очевидно, что чем больше знаний и навыков у этого гипотетического лица, тем выше вероятность, что изобретение будет признано очевидным, и наоборот. Помимо знаний и квалификации при установлении степени очевидности также принимаются во внимание ресурсы и оборудование, обычно доступные такому лицу. Конечно, квалификация, навыки, оборудование и ресурсы, имеющиеся у специалиста в соответствующей области, различаются в зависимости от того, о какой области техники идет речь. Поэтому при установлении уровня навыков и квалификации специалиста в соответствующей области большое значение имеет определение того, о какой технической области идет речь. Например, в ЕПВ раньше было принято, что для изобретений, связанных с компьютерной реализацией бизнес-методов, специалистом в соответствующей области является технический эксперт по вопросам обработки данных, а не просто эксперт в вопросах бизнеса.

Патентное право, как и авторское право, предусматривает предоставление исключительных прав. К числу правонарушений в рамках патентного права относятся такие деяния, как производство или использование запатентованных продуктов или процессов, в том числе продажа и ввоз подобных продуктов. В отличие от авторского права, доступ к запатентованному изобретению и его копирование неважны с точки зрения установления ответственности. Поэтому создание изобретения независимым образом не является оправданием при рассмотрении иска о нарушении патентных прав, и за подобное действие в отношении такого продукта или процесса может быть установлена ответственность. На самом деле подавляющее большинство коммерчески значимых видов деятельности подпадают под сферу действия исключительных прав владельца патента. В некоторых патентных системах права, предоставляемые владельцу патента, различаются в зависимости от того, выдан патент на продукт, процесс или продукт, получаемый с помощью конкретного процесса. Как и в случае авторского права, стороны, напрямую не участвующие в правонарушении, но способствующие его совершению, могут нести ответственность за косвенное нарушение прав. Хотя прямое нарушение прав является основанием для наступления безусловной гражданской ответственности и не требует наличия у правонарушителя субъективной стороны (например, умысла), для установления факта косвенного нарушения обычно требуется наличие определенного уровня осознанности.

Важно отметить, что, хотя связанные с ПО изобретения не исключены из патентной системы, некоторые общие исключения из патентоспособности создают в их случае особые сложности. В принципе, согласно международным договорам, патенты могут выдаваться на любые изобретения — как на продукты, так и на процессы — в любых областях техники. Следовательно, как представляется на первый взгляд, все области техники с точки зрения патентных систем должны быть равны, а патентование изобретений, связанных с ПО, должно быть допустимо. В США основным препятствием для патентования подобных изобретений является установленное судом исключение из патентоспособности абстрактных идей. В ЕПВ основная проблема связана с концепцией технического характера или технического действия. Тем не менее в наиболее развитых юрисдикциях по всему миру на такие изобретения ежегодно выдается ошутимое количество патентов. После выдачи их владельцы могут получить широкие монопольные права, благодаря которым можно занять стратегически выгодную позицию на рынке. Поэтому нередко разработчику имеет смысл выяснить, возможно ли получить патент на ту или иную разработку в области ПО. Более того, компания, обладающая патентным портфелем, может быть более привлекательна для потенциальных инвесторов, так как патентная охрана означает, что успешную, но охраняемую инновационную идею вряд ли смогут скопировать конкуренты.

Вопрос о том, кто изначально является владельцем прав, нередко напрямую связан с вопросом о возможности получения патента. Как правило, это изобретатель или группа изобретателей. Хотя бывают и исключения, основное из которых связано с изобретениями, сделанными в ходе работы по найму. Изначальные права собственности, конечно, могут быть переданы третьей стороне путем передачи патента. В целом же работодателю желательно и целесообразно удостовериться в том, что созданные его сотрудниками изобретения будут принадлежать именно ему. Для этого можно включить в трудовой договор соответствующим образом составленное положение, посвященное этому вопросу. Содержание такого положения может зависеть от юрисдикции, поскольку оно должно учитывать требования не только патентного, но и трудового законодательства.

Когда рассматривается вопрос о возможности получения патента, нужно помнить еще об одной форме охраны, относящейся к так называемой патентной семье, а именно о полезных моделях. Правовой статус полезных моделей сильно различается в разных странах. Хотя патентные режимы действуют почти во всех без исключения странах, сказать то же о полезных моделях нельзя. Полезные модели или аналогичные права с другим названием в настоящее время действуют в следующих юрисдикциях: Австралия, Австрия, Азербайджан, Албания, Ангола, Аргентина, Армения, Аруба, Африканская организация интеллектуальной собственности (АОИС), Африканская региональная организация интеллектуальной собственности (АРОИС), Беларусь, Белиз, Болгария, Боливия, Бразилия, Венгрия, Гватемала, Германия, Гондурас, Греция, Грузия, Дания, Египет, Индонезия, Ирландия, Испания, Италия, Казахстан, Китай (включая Гонконг и Макао), Колумбия, Коста-Рика, Кувейт, Кыргызстан, Лаос, Малайзия, Мексика, Перу, Польша, Португалия, Республика Корея, Республика Молдова, Российская Федерация, Словакия, Таджикистан, Тайвань, Тринидад и Тобаго, Турция, Узбекистан, Украина, Уругвай, Филиппины, Финляндия, Франция, Чешская Республика, Чили, Эквадор, Эстония, Эфиопия и Япония. Примечательно, что в Соединенном Королевстве и США режим полезных моделей отсутствует.

Полезные модели, если их получение возможно, предоставляют примерно такие же права, как патенты, но в течение более короткого срока, который, как правило, составляет от 7 до 10 лет. Это может быть удобно для мобильных приложений, поскольку срок их жизни обычно невелик. Как и в случае патентов, для получения охраны полезные модели должны отличаться новизной. Однако требование новизны характеризуется меньшей жесткостью, а «абсолютная новизна», как правило, не требуется. Изобретательский уровень либо не требуется вообще, либо требования к нему ниже, что также зависит от конкретной страны. Даже в тех странах, где режимы полезных моделей существуют, они отличаются большим разнообразием, поэтому в настоящей работе не будут рассматриваться предусмотренные ими требования к регистрации, их охват и ограничения с точки зрения различных аспектов мобильных приложений. Однако издателям мобильных приложений следует помнить, что полезные модели могут быть очень важны как одно из средств охраны, и при наличии возможности их использования всерьез рассматривать ее в качестве варианта.

### 3. Охрана внешнего оформления в рамках законодательства о товарных знаках и недобросовестной конкуренции

На первый взгляд может показаться, что охрана внешнего оформления — это не самый очевидный вариант охраны для мобильных приложений, поскольку обычно таким способом обеспечивается охрана внешнего вида изделия или упаковки. Поэтому очевидно, что в контексте мобильных приложений эта форма охраны должна в основном подходить для графических пользовательских интерфейсов (ГПИ). Компьютерный код, архитектура ПО, алгоритмы, структуры данных и многие другие элементы важны для работы и успеха мобильного приложения, но с точки зрения внешнего вида их роль невелика, так как они «скрыты» внутри приложения. Значимость же внешнего оформления приложения нельзя недооценивать. Как может подтвердить любой пользователь, возможность легко взаимодействовать с приложением через его ГПИ очень важна. Нередко это один из основных факторов популярности приложения среди потенциальных пользователей. Следовательно, охрана ГПИ от копирования и имитации очень важна для достижения успеха на рынке.

Помимо рассмотрения того, что такое внешнее оформление как предмет охраны в случае ГПИ, нужно также проанализировать правовые механизмы, посредством которых обеспечивается такая охрана. Как будет отмечено далее, внешнее оформление также может охраняться с помощью прав на образцы (в ЕС) и патентов на образцы (в США). Однако в данном разделе речь пойдет об охране внешнего оформления с помощью законодательства о зарегистрированных товарных знаках или о незарегистрированных знаках (т. е. с помощью законов о недобросовестной конкуренции).

Законы о товарных знаках в основном касаются знаков, используемых в отношении продуктов или услуг в целях указания их происхождения. Другими словами, регистрация товарного знака возможна в том случае, если определенным знаком, используемым в отношении продукта или услуги, ассоциируется в сознании потребителей с конкретным источником происхождения такого продукта или услуги.

По сути дела, именно этот элемент заявители стремятся зарегистрировать в качестве товарного знака, так как успешная регистрация позволяет предотвратить его использование третьими сторонами в своих продуктах. Для того чтобы регистрация стала возможной, объект заявки должен быть четко

определенным, неописательным и имеющим отличительный характер. Важное исключение в рассматриваемом контексте связано с функциональностью. Оно присутствует в законодательстве множества юрисдикций, в том числе в США, ЕС и Китае. Суть его состоит в том, что объект заявки не должен носить функциональный характер. Что именно подразумевается под этим понятием, зависит от конкретной юрисдикции. Логика довольно проста: знаки, используемые в отношении товаров или услуг и имеющие функциональные цели, должны охраняться с помощью патентного законодательства, если они соответствуют его строгим критериям, а не с помощью законодательства о товарных знаках, которое не только предусматривает гораздо менее жесткие требования по сравнению с патентным правом, но и обеспечивает в принципе бесконечный срок охраны при условии продления регистрации. Таким образом, если обеспечить охрану функциональных и технических характеристик через законодательство о товарных знаках, то это будет означать, что могут охраняться объекты, подпадающие под действие патентного права, но не отвечающие критериям патентоспособности. Подобная ситуация может негативно повлиять на интересы общественной пользы, лежащие в основе патентного режима.

Во многих юрисдикциях внешнее оформление продукта также может охраняться с помощью режимов, регулирующих незарегистрированные знаки, — например, через законодательство о недобросовестной конкуренции. Однако нужно отметить, что единой позиции в отношении охраны таких знаков нет и в некоторых юрисдикциях, таких как Китай, охрана им не предоставляется<sup>2</sup>.

Критерии охраны незарегистрированных знаков различаются в зависимости от юрисдикции. В системах общего права, которые в основном существуют в странах англосаксонской правовой системы, в первую очередь обычно требуется доказать, что оспариваемый знак используется в отношении продукта, являющегося отличительным для бизнеса истца, и в этом контексте служит указанием происхождения. После этого, как правило, необходимо доказать, что действия ответчика в отношении этого знака способствовали введению в заблуждение или обману соответствующей группы потребителей. В системах континентального права последнее не всегда является обязательным требованием, а наличие «недобросовестности» с точки зрения законодательства о недобросовестной конкуренции нередко может быть доказано даже без установления факта введения в заблуждение или обмана.

В целом есть множество способов защиты для тех случаев, когда разработчик нового мобильного приложения использует элементы уже существующего мобильного приложения, которое охраняется *prima facie* с помощью зарегистрированного или незарегистрированного товарного знака. Об этом более подробно пойдет речь в третьей части.

#### 4. Образцы

Как было отмечено выше, внешний вид продукта может в принципе охраняться в качестве товарного знака или незарегистрированного внешнего оформления. Однако те же элементы могут в определенных случаях охраняться с помощью образцов.

---

<sup>2</sup> За исключением популярных товарных знаков.

Далеко не везде в мире существуют режимы интеллектуальной собственности, предусматривающие охрану образцов как таковых. Например, в ЕС предусмотрен двухуровневый режим, в рамках которого действуют зарегистрированные и незарегистрированные образцы, а в США и Китае действует режим патентов на образцы, согласно которому заявитель должен доказать, что соответствующий образец удовлетворяет требованиям, аналогичным предъявляемым к патентам на полезные модели, т. е. требованиям новизны и изобретательского уровня. При этом в ЕС критериями предоставления охраны зарегистрированному образцу Европейского сообщества (RCD) являются новизна и индивидуальный характер. Последнее фактически означает, что впечатление, которое производит соответствующий образец на подготовленного пользователя, должно отличаться от общего впечатления, производимого ранее зарегистрированным образцом. Для регистрируемых образцов в ЕС действует двухуровневая система, в рамках которой может быть подана заявка на регистрацию образца Европейского сообщества или образца государства-члена. Субстантивные требования в обоих случаях одинаковы.

Как RCD, так и патенты на образцы обеспечивают охрану от неправомерного использования третьей стороной, тогда как незарегистрированные образцы, по аналогии с авторским правом, обеспечивают охрану только в том случае, если речь идет о копировании.

Как и в случае товарных знаков, в рассматриваемом контексте одним из основных ограничений охраноспособности является функциональность. Это значит, что если соответствующий элемент продукта имеет функциональный характер, то охрана предоставляться не будет по той же причине, что и в рамках законодательства о товарных знаках. Более подробно об этом будет рассказано в третьей части, поскольку охват исключений на основе функциональности зависит от юрисдикции. Более того, в случае с RCD единой позиции по поводу проверки на функциональность нет даже у различных профильных органов внутри ЕС.

Что касается срока охраны, то, в отличие от патентов (двадцать лет, согласно Соглашению ТРИПС), авторских прав (не менее чем срок жизни автора плюс пятьдесят лет, согласно Бернской конвенции) или товарных знаков, которые в принципе могут действовать бессрочно, срок охраны зарегистрированных образцов и патентов на образцы зависит от конкретной юрисдикции. Например, в настоящее время срок охраны патентов на образцы в США составляет пятнадцать лет с даты выдачи, в Китае — десять лет с даты подачи заявки, а в ЕС RCD действует пять лет с даты подачи заявки и может продлеваться каждые пять лет в течение не более чем двадцати пяти лет.

## 5. Коммерческие тайны

Коммерческие тайны обеспечивают охрану информации, коммерческая ценность которой обусловлена секретностью и в отношении которой предприняты разумные меры по сохранению секретности. Охрана коммерческих тайн предусмотрена национальным законодательством, и официальная регистрация в этом случае не требуется. В основе почти каждого права ИС лежит тайна. Например, до подачи патентной заявки изобретатель держит в тайне свою новаторскую идею. В противном случае новизна патента может быть опровержена, а значит, требование о наличии новизны, предусмотренное патентным правом, не будет соблюдено и заявка будет отклонена, независимо от того, насколько

новым и новаторским изобретение было изначально. Точно так же автор держит в тайне подробности сюжета своей книги до публикации. Маркетологи делают то же самое в отношении нового бренда, который пока не выведен на рынок, а разработчики образцов — в отношении новых образцов, пока не подана заявка на их регистрацию или получение патента на образец. На этих ранних этапах разработки идеи нередко требуется защита от ее незаконного присвоения.

Но иногда коммерческие тайны могут быть полезны не только на раннем этапе. Они могут использоваться в качестве основной формы охраны в течение большей части или всего срока службы продукта. Это актуально в тех случаях, когда ожидается, что выгоды от технологии продлятся недолго, а срок получения патента, как было рассмотрено выше, составляет несколько лет. Не менее важно и то, что охрана, обеспечиваемая коммерческими тайнами, не ограничена во времени и может длиться до тех пор, пока сохраняется секретность объекта охраны.

В отличие от других прав ИС, которые иногда называют правами промышленной собственности (таких как патенты, товарные знаки и образцы), коммерческие тайны не требуют процедурных формальностей для обеспечения охраны. Хотя критерии охраноспособности зависят от конкретной юрисдикции, некоторые общие стандарты, позволяющие признать соответствующую информацию коммерческой тайной, сформулированы в статье 39 Соглашения ТРИПС, которая предусматривает следующее:

- информация должна быть секретной (т. е. не общеизвестной или легко доступной лицам в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией);
- она должна иметь коммерческую ценность ввиду своей секретности;
- она должна являться объектом разумных мер, направленных на сохранение ее секретности, со стороны лица, обладающего правами на эту информацию (например, в рамках соглашения о конфиденциальности).

Что касается охвата охраны, предоставляемой коммерческими тайнами, то в рассматриваемом контексте особенно актуально ограничение. Оно касается информации, полученной с помощью обратного проектирования. Выпуск на рынок продукта, произведенного с применением коммерческой тайны, делает его доступным для конкурентов, потенциальным результатом чего может быть повторное открытие такой коммерческой тайны. В некоторых юрисдикциях вероятность такого исхода может быть снижена путем составления продуманного лицензионного соглашения и включения в него явного запрета на обратное проектирование. Однако в некоторых юрисдикциях, например в ЕС, подобные запретительные договорные положения считаются неисполнимыми.

## **С. Краткий обзор правовой системы мобильных приложений**

### **1. Авторское право**

Авторское право обеспечивает охрану компьютерных программ, а основой мобильных приложений являются именно они. Также в рамках авторского права могут охраняться изображения на дисплее, генерируемые мобильными приложениями, вне зависимости от того, предоставляется ли охрана лежащей в их основе компьютерной программы. Важно помнить, что авторское право



обеспечивает охрану не самой идеи, а формы ее выражения. Иногда сложно увидеть разницу, но суть этого различия заключается в творческом выборе автора, который он совершает, чтобы выразить идею. Охрана авторского права не требует формальной регистрации, благодаря чему затраты на ее обеспечение очень невелики. Кроме того, она длится долго, что, возможно, не слишком актуально для разработчиков мобильных приложений. Особое внимание следует обращать на вопрос о том, кому принадлежат авторские права. Как правило, автору. Но если речь идет о работе по найму, то, возможно, и нет. Важно учитывать особенности законодательства конкретной юрисдикции. Далее кратко представлены основные характеристики авторского права с точки зрения его использования для охраны мобильных приложений.

Цель	Предоставление автору права контролировать воспроизведение своего произведения.
Что охраняется	Обеспечивается охрана от незаконного копирования авторских произведений.
Что необходимо для обеспечения охраны	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Произведение должно носить оригинальный характер.</li> <li>- Произведение должно представлять собой конкретное выражение какой-либо идеи.</li> </ul>
Предоставляемые права	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Право на воспроизведение (копирование).</li> <li>- Право на адаптацию (право на создание производных работ).</li> <li>- Право на сообщение для всеобщего сведения (право на распространение).</li> <li>- Конкретное действие всех этих прав зависит от юрисдикции.</li> </ul>
Как устанавливаются эти права	Авторские права начинают действовать автоматически в момент создания подлежащего охране произведения.
Срок действия прав	Срок охраны авторских прав равен сроку жизни автора плюс семьдесят лет.
Право собственности	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Авторские права обычно принадлежат автору произведения.</li> <li>- Исключением являются случаи, когда произведение создается в рамках работы по найму. <ul style="list-style-type: none"> <li>o Страны общего права: авторские права принадлежат работодателю.</li> <li>o Страны континентального права: авторские права принадлежат работнику (автору).</li> </ul> </li> </ul>

## 2. Патенты

Патентные права отличаются от авторских прав тем, что они не возникают автоматически. Для того чтобы получить патент, нужно пройти процедуру регистрации, которая, как правило, требует существенных ресурсов, как финансовых, так и временных. Хотя получение патента может быть довольно затратным делом, компании, владеющие патентным портфелем, обычно

привлекают больше внимания и в целом более привлекательны для инвесторов. Как и в случае авторских прав, важно четко понимать, кому принадлежит конкретный патент, так как возможно совместное владение или ситуации, когда владельцем является работодатель.

Цель	Предоставляются исключительные права на изобретение в обмен на раскрытие изобретения таким образом, чтобы специалист в соответствующей области был в состоянии его воспроизвести.
Что охраняется	Изобретение должно представлять собой продукт, процесс или метод.
Что необходимо для обеспечения охраны	Изобретение должно отличаться новизной, неочевидностью (иметь изобретательский уровень) и давать возможности для промышленного применения.
Предоставляемые права	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Право не допускать производство, использование или продажу запатентованного изобретения третьими лицами без разрешения владельца патента.</li> <li>- Как правило, права предоставляются в конкретных юрисдикциях.             <ul style="list-style-type: none"> <li>o Исключением являются патенты, выдаваемые Европейским патентным ведомством:                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ предоставляется пакет национальных прав в юрисдикциях по выбору заявителя;</li> <li>▪ вероятно, скоро появится возможность получения единого права, максимальный охват которого составит 26 государств — членов ЕС.</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>
Как устанавливаются эти права	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Для получения патента необходимо пройти процедуру регистрации.</li> <li>- Процедура регистрации:             <ul style="list-style-type: none"> <li>o формальная экспертиза;</li> <li>o экспертиза по существу.</li> </ul> </li> <li>- Процедура регистрации может занимать несколько лет.</li> </ul>
Срок действия прав	Обычно срок охраны составляет двадцать лет.
Право собственности	Как правило, владельцем патента является изобретатель или группа изобретателей, кроме тех случаев, когда изобретение создается в ходе работы по найму. В отношении таких изобретений законами могут быть предусмотрены различные нормы.

### 3. Полезные модели

Полезные модели похожи на патенты, но в целом требуют меньше вложений, а критерии охраноспособности для них не такие жесткие. Однако полезные

модели существуют не во всех странах. При этом в конкретной стране их действие может не распространяться на изобретения, связанные с ПО. По сравнению с патентами соответствующие права, как правило, имеют более короткий срок действия. Схемы охраны полезных моделей существенно различаются в разных юрисдикциях, поэтому, если разработчик хочет использовать именно этот способ, ему следует подробно изучить правила, действующие в соответствующих юрисдикциях.

Цель	Обеспечение охраны незначительных или улучшающих инноваций.
Что охраняется Что необходимо для обеспечения охраны	Обеспечивается охрана в основном продуктов. - Требование новизны менее жесткое, чем в случае патентов, с учетом требований юрисдикции. - Так называемая абсолютная новизна не требуется.
Какие права предоставляются	- Наличие изобретательского уровня требуется не всегда, но даже если такое требование есть, его критерии менее жесткие. - Как и в случае патентов, предоставляемые права могут позволять владельцу не допускать производство, использование или продажу полезной модели без его разрешения.
Как устанавливаются эти права Срок действия прав	- В некоторых странах осуществление этих прав может требовать проведения экспертизы по существу. - Требуется регистрация. - Однако в большинстве случаев при регистрации не проводится экспертиза по существу. - Как правило, от семи до десяти лет.

#### 4. Охрана внешнего оформления в рамках законодательства о товарных знаках и недобросовестной конкуренции

Этот способ применяется для охраны внешнего оформления изделия, и это не самый очевидный вариант в контексте мобильных приложений. Однако такой тип охраны может использоваться для графического пользовательского интерфейса (ГПИ). ГПИ приложения оказывает большое влияние на его популярность среди пользователей. Охрана может быть обеспечена двумя путями: через регистрацию внешнего оформления или через использование незарегистрированной охраны, предоставляемой законами о недобросовестной конкуренции. Хотя регистрация знака сопряжена с определенными дополнительными затратами, это более надежный способ, так как в отношении недобросовестной конкуренции нет единого глобального подхода.

Цель	Обеспечить охрану внешнего вида продуктов или услуг, которые служат указанием происхождения.
Что охраняется	- Внешний вид продукта. - Если речь идет о мобильных приложениях, то охрана может распространяться на графический пользовательский интерфейс (ГПИ).

<p>Что необходимо для обеспечения охраны</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Для регистрируемых товарных знаков объект заявки должен быть четко определен, не должен иметь описательный характер и должен обладать определенной степенью отличительности.</li> </ul>
<p>Какие права предоставляются</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Знак не может носить функциональный характер.</li> <li>- Если речь идет о незарегистрированном знаке, то обычно необходимо продемонстрировать, что знак, применяемый в отношении продукта или услуги, является отличительным и служит указанием происхождения. Поэтому необходимо доказать, что действия ответчика в отношении рассматриваемого знака способствовали введению в заблуждение или обману соответствующей аудитории.</li> </ul>
<p>Как устанавливаются эти права</p>	<p>Исключительное право на использование товарного знака или незарегистрированного знака в отношении соответствующих товаров или услуг, а также на предотвращение нарушений прав.</p>
<p>Срок действия прав</p>	<p>Как путем регистрации, так и без регистрации.</p>
	<p>Без ограничения при условии продления.</p>

## 5. Образцы

Законы об охране образцов не единообразны на международном уровне, в связи с чем тип предоставляемой им охраны может различаться. Законы об образцах в основном обеспечивают охрану внешнего вида, как и в случае с внешним оформлением. Для мобильных приложений дизайн ГПИ может иметь очень большое значение и делать их привлекательнее для пользователей. В некоторых юрисдикциях действуют патенты на образцы и, следовательно, предусмотрена процедура регистрации, которая требует соблюдения определенных стандартов. В других же юрисдикциях можно зарегистрировать образец вне рамок патентного законодательства. Образец не может носить функциональный характер, а что именно считается функциональным, зависит от внутреннего законодательства. Кроме того, в разных юрисдикциях срок охраны образцов отличается.

<p>Цель</p>	<p>Охрана творческой деятельности по разработке эстетических или художественных характеристик товаров массового производства.</p>
<p>Что охраняется</p>	<p>Охраняются оригинальные декоративные и нефункциональные элементы промышленного изделия или продукта.</p>
<p>Что необходимо для обеспечения охраны</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Зависит от юрисдикции.</li> <li>- В США и Китае заявитель должен показать, что образец отвечает требованиям новизны и изобретательского уровня.</li> </ul>

<p>Какие права предоставляются Как эти права устанавливаются</p> <p>Срок действия прав</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- При регистрации образца Европейского сообщества (RCD) действуют требования новизны и наличия индивидуального характера.</li> <li>- Образец не должен носить функциональный характер. Охрана от неправомерного использования третьими сторонами.</li> <li>- Образец может быть как зарегистрированным, так и незарегистрированным.</li> <li>- Зависит от юрисдикции.</li> <li>- Различается в разных юрисдикциях.</li> <li>- В Китае срок действия составляет десять лет с даты подачи заявки.</li> <li>- В ЕС RCD действует в течение пяти лет с даты подачи заявки и может продлеваться на пять лет в течение не более чем двадцати пяти лет.</li> </ul>
--	--

## 6. Коммерческие тайны

Коммерческие тайны обеспечивают охрану информации, коммерческая ценность которой обусловлена ее секретностью, при условии что для сохранения ее секретности принимаются разумные меры. Подобная охраняемая информация может носить технический характер, но может касаться и важных деловых аспектов, например бизнес-планов или финансовых прогнозов. Коммерческие тайны не требуют официальной регистрации, в связи с чем использование подобных прав может быть весьма привлекательным, так как они не требуют первичных затрат. Тем не менее определенные затраты все же могут потребоваться, если для обеспечения секретности информации необходимо внедрение деловых практик. Коммерческие тайны не защищают от независимой разработки или обратного проектирования.

Цель	Обеспечиваются равные условия для всех, так как не допускается получение конкурентами несправедливых преимуществ с помощью нечестной деловой практики.
Что охраняется	Коммерческие тайны обеспечивают охрану информации, коммерческая ценность которой обусловлена ее секретностью. Могут охраняться формулы, виды практики, процессы, образцы, инструменты, схемы, коммерческие методы или сочетания таких видов информации.
Что необходимо для обеспечения охраны	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Зависит от юрисдикции.</li> <li>- Международные стандарты предусматривают следующее: <ul style="list-style-type: none"> <li>○ информация должна быть секретной;</li> <li>○ коммерческая ценность информации должна быть обусловлена ее секретностью;</li> <li>○ законный владелец информации должен принимать разумные меры для сохранения информации в секрете.</li> </ul> </li> </ul>
Какие права предоставляются	Предоставляется охрана от несанкционированного раскрытия или

Как  
устанавливаются  
эти права  
Срок действия  
прав

использования информации, составляющей  
коммерческую тайну.  
Для обеспечения охраны коммерческих тайн не  
требуется соблюдения формальных процедур.

При сохранении информации в тайне охрана  
может действовать бессрочно.

## ЧАСТЬ II. ОХРАНОСПОСОБНОСТЬ КОДА И АРХИТЕКТУРЫ. ПРАВОВЫЕ И КОММЕРЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ

### **А. Создание ПО: контент, контекст и модели разработки**

Существуют разные модели и методы разработки ПО, как то: каскадная модель, V-модель, инкрементная модель, RAD-модель, модель гибкой разработки, итеративная модель, спиральная модель, модель на основе прототипирования и другие. Выбор конкретной методологии оказывает существенное влияние на тестирование и график завершения работы и очень важен для группы разработчиков, но практически не имеет значения с точки зрения правового статуса разрабатываемого ПО и прав интеллектуальной собственности. В случае мобильных приложений перечисленные выше модели нередко считаются неактуальными, поскольку сегодня существуют отличные инструменты разработки, которые требуют написания кода в минимальных объемах либо не требуют его вообще и которые основаны на максимальном использовании готовых модулей. Такие инструменты позволяют разработчикам создавать мобильные приложения, как правило коммерческого характера, в очень короткие сроки. При этом написание кода либо не требуется вообще, либо требуется в крайне ограниченных объемах. С точки зрения права интеллектуальной собственности использование таких инструментов может влиять на притязания на получение авторских прав в отношении тех частей кода и архитектуры, которые являются результатом использования указанных инструментов, а не свободного выбора разработчика.

### **В. Охват охраны внутренних элементов ПО с помощью различных режимов прав ИС и ее влияние на бизнес**

#### 1. Код и архитектура

Ключевой структурный элемент программного обеспечения, который лежит в основе любого мобильного приложения, — это компьютерный код. О каком бы приложении ни шла речь — доступном для скачивания или используемом через интернет, облачном или нет, — компьютерный код является его наиболее базовым структурным элементом. При разработке компьютерных программ используется так называемый исходный код, который представляет собой инструкции, написанные на понятном для человека языке программирования. Примером такого языка является язык Java, которым пользуются миллионы разработчиков по всему миру. В Android, операционной системе Google, язык Java используется в качестве основы для всех приложений (Java для Android несколько отличается от обычного языка Java, но они похожи). Еще одним примером является Swift — язык программирования, разработанный Apple для iOS и OS X. Примечательно, что компания Apple решила открыть код Swift. Однако при рассмотрении компьютерного кода с точки зрения охраны ИС не

следует ограничиваться только кодом, доступным в формате исходного кода. Компьютеры не «понимают» код в формате исходного кода, т. е. он должен быть переведен в исполнимый формат, понятный для компьютера. Такой перевод происходит в тот момент, когда код, созданный в формате исходного кода, компилируется с помощью компьютера в исполнимый код. Компилятор — это тоже компьютерная программа, которая обрабатывает написанное на языке программирования и переводит его на машинный язык, понятный компьютеру. Его часто называют исполнимым или объектным кодом. В принципе в рамках действующего режима ИС не проводится разграничение между исходным кодом и объектным кодом. В частности, если компьютерный код подпадает под действие охраны ИС, то это касается как исходного, так и объектного кода, а копирование, использование и совершение ряда других действий в отношении такого кода может считаться нарушением законодательства об ИС.

### *1.1 Авторское право*

Авторское право — это основная форма охраны компьютерного кода. Хотя сначала было неясно, может ли авторско-правовое законодательство использоваться в этих целях и если да, то в какой степени, в большинстве юрисдикций этот вопрос был решен к началу 1990-х годов. Поэтому сегодня компьютерный код, состоящий из написанных на компьютерных языках команд, которые могут быть представлены в формате исходного кода или объектного кода, однозначно считается объектом охраны в качестве литературного произведения в рамках Бернской конвенции, основного международного соглашения в области авторского права. В принципе это означает, что компьютерные программы квалифицируются примерно так же, как и другие, более традиционные авторско-правовые произведения, например романы или музыка. Однако на практике все не так просто. Хотя компьютерный код должен рассматриваться примерно так же, как текст художественных произведений, таких как романы, в действительности эти два вида «текста» очень сильно различаются. Любая книга, как художественная, так и нет, может быть прочитана и понята человеком в целях получения информации или ради удовольствия. Но цель компьютерных программ совершенно иная. Как отмечено выше, даже в понятном для человека формате исходного кода они не предназначены для людей. По сути дела, они представляют собой набор команд, адресованных устройству. В этом смысле компьютерная программа и содержащий ее код больше похожи на промышленный процесс, а не на художественное произведение или даже учебник по истории. В случае художественного произведения можно с уверенностью утверждать, что копирование его части — если такая часть носит оригинальный характер, ее источником является автор и она не скопирована из другого источника — будет, скорее всего, считаться нарушением авторского права. В случае с учебником по истории результат будет примерно такой же. Хотя, как было отмечено выше, авторское право обеспечивает охрану не идей, а только форм их выражения, а исторические факты в этом контексте можно скорее рассматривать как «идеи», копирование фактического текста учебника вряд ли можно оправдать с помощью дихотомии «идея — форма выражения». Это связано с тем, что любой человек может прочитать такой учебник и использовать приведенные в нем факты для создания собственного произведения, но авторско-правовое законодательство запрещает воспроизведение конкретной формы выражения, которая была использована первоначальным автором для представления таких фактов. Например, один историк исследует определенный исторический период, делает различные исторические открытия и пишет книгу с их описанием и объяснением. Любой человек вправе прочитать такую книгу и провести собственный анализ этого

периода, используя факты, которые были открыты и впервые представлены в оригинальной книге. Однако он не вправе использовать фактическую форму выражения или структуру текста первого автора, а должен использовать собственную форму выражения, т. е. слова, для описания указанных исторических фактов или хода развития событий. Такое правило логично, если речь идет о книгах. В конечном итоге почему вторичный автор должен использовать ту же форму выражения, что и первичный автор? Какие у этого могут быть основания, кроме как намерение процитировать первичного автора? Но в этом случае применяются определенные правила цитирования. Запрет на использование точно такой же формы выражения вторичными авторами не влияет на свободный поток информации и свободу самовыражения в любой материальной форме. Как отмечено выше, важно помнить, что вторичный автор вправе использовать те факты и концепции, которые были изложены в работе первичного автора, но он должен делать это с помощью собственной формы выражения.

Однако ту же логику не так просто применить к компьютерным программам, поскольку использование и копирование конкретной формы выражения первичного автора может быть обусловлено вполне разумными причинами стратегического характера. Одним из примеров является ситуация, когда конкретная форма выражения необходима для обеспечения определенной функции. Как будет показано далее, функциональность сама по себе не охраняется в рамках авторско-правового законодательства и с точки зрения дихотомии «идея — форма выражения» относится к категории «идей». Если конкретная функция или идея может быть выражена только одним способом или ограниченным числом способов, то форма выражения считается вытекающей из не подлежащей охране идеи или функции и, следовательно, рассматривается в том же ключе, т. е. не подлежит авторско-правовой охране. Еще один пример формы выражения, на которую не всегда распространяется охрана, касается тех случаев, когда она обусловлена внешними факторами. Хотя в основном к этой категории относятся программные элементы более высокого уровня абстракции, есть и определенные формы выражения, обусловленные требованиями к аппаратным средствам, ограничениями, связанными с совместимостью и интероперабельностью, и т. д. Об этом более подробно пойдет речь в пункте (b) ниже.

После того как было установлено, что соответствующий компьютерный код подлежит авторско-правовой охране, необходимо также установить, что использованная его часть достаточно «значительна», чтобы могла идти речь о нарушении авторского права. Это редко вызывает трудности. Хотя среди неюристов бытует представление, что существует принцип 10 % или подобный ему принцип (согласно которому разрешается копирование части кода, которую можно считать несущественной), на самом деле это не так. Например, в ЕС правило таково, что копирование любого элемента, который является результатом интеллектуального труда автора, может считаться нарушением. Такой элемент может быть очень небольшим в количественном отношении и представлять собой лишь часть той работы, из которой он скопирован. Тем не менее он, скорее всего, будет рассматриваться как результат интеллектуального труда автора, созданный по воле автора, а не продиктованный внешними или внутренними факторами.

Таким образом, разработчику или издателю приложений нужно проявлять бдительность и помнить о том, что при разработке приложения нельзя копировать НИКАКУЮ часть проприетарного кода, даже совсем небольшую. Такой же принцип относится к любым частям проприетарного кода, которые



могут быть сочтены разработчиком обычными, нетворческими или слишком простыми. Другими словами, разработчикам приложений следует избегать использования любой части кода, написанного другим лицом, вне зависимости от ее размера, функции или характера, если они не убеждены в том, что такая часть не является объектом авторско-правовой охраны. Как было отмечено выше, установление того, что конкретная часть кода не подлежит авторско-правовой охране и, следовательно, может быть беспрепятственно скопирована, требует крайне сложной оценки, которая по возможности должна проводиться специалистом.

### *1.2. Патенты*

Патентное право — это не самый очевидный вариант для охраны кода как такового. Как было рассмотрено выше, с помощью патентного права могут охраняться продукты, процессы и иногда продукты, полученные с помощью конкретного процесса. Компьютерный код сам по себе не относится ни к одной из этих категорий. Программист пишет код, чтобы реализовать различные процессы. В некоторых случаях патенты используются для охраны соответствующей функции, и такая охрана может охватывать лежащий в основе такой функции код, если он обеспечивает ее работу. Вопрос патентной охраны мобильных приложений будет рассмотрен подробно в следующих разделах, посвященных вопросам функциональности и интерфейсов.

### *1.3. Коммерческие тайны*

Примечательно, что как в США, так и в ЕС недавно были внесены поправки в законодательство об охране коммерческих тайн<sup>3</sup>. Для компьютерного кода коммерческие тайны при определенных обстоятельствах могут быть эффективной формой охраны. Как отмечено выше, в некоторых ситуациях они могут быть даже предпочтительной формой охраны по сравнению с другими правами ИС.

Как было указано в первой части, издатели ПО часто используют коммерческие тайны для охраны своих деловых активов и инноваций. Для загружаемых мобильных приложений коммерческие тайны могут использоваться как дополнительный уровень охраны. Во-первых, с их помощью может охраняться код, алгоритмы и структура новых приложений до их вывода на рынок. Положения о конфиденциальности в трудовых договорах и соглашения о неразглашении информации с соответствующими третьими сторонами позволяют обеспечить конфиденциальность перечисленных элементов нового приложения в период до его запуска. Кроме того, законодательство о коммерческих тайнах также позволяет обеспечить охрану тех аспектов мобильных приложений, которые не могут быть раскрыты с помощью обратного проектирования или декомпиляции после выпуска приложения. К их числу относятся примечания к исходному коду и спецификации, а также новые методы доставки контента. Более того, коммерческие тайны также очень полезны для охраны элементов, которые могут быть раскрыты с помощью обратного проектирования, таких как новые алгоритмы или структуры данных. Это

---

<sup>3</sup> Defend Trade Secrets Act of 2016, 18 U.S.C. § 1835(b) and Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (trade secrets) against their unlawful Acquisition, Use and Disclosure — Directive 2016/943.

обусловлено следующим. Как было отмечено в первой части, обратное проектирование требует времени и усилий, не гарантируя при этом достижение нужных результатов. Ситуация, в которой конкуренты вынуждены прибегать к обратному проектированию вместо того, чтобы переманить сотрудника, который может предоставить необходимую информацию, в принципе может быть довольно выгодна. Временные и финансовые затраты на обратное проектирование являются достаточно серьезным негативным стимулом, который может вынудить конкурента либо получить нужную информацию по лицензии, если это возможно, либо вообще отказаться от этой идеи. Если же конкурент все же решит воспользоваться обратным проектированием и в итоге достигнет успеха, у издателя мобильного приложения все равно будет временное преимущество, так как обратное проектирование требует времени. Далее более подробно будет рассмотрен вопрос, могут ли законы о коммерческих тайнах использоваться для полного запрета обратного проектирования.

Некоторые мобильные приложения не загружаются, а используются через интернет как сервис. Поскольку код таких приложений недоступен для конкурентов, к их внутренней архитектуре невозможно получить доступ через обратное проектирование и декомпиляцию. В подобных случаях коммерческие тайны могут выступать в качестве основного механизма охраны от незаконного присвоения некоторых инновационных архитектурных элементов таких приложений. Хотя патентная охрана, если она возможна, может быть привлекательным вариантом для программно реализованных изобретений, это не всегда лучший вариант для незагружаемых приложений, функционирующих через интернет. Как было отмечено, даже если патент в принципе может быть получен, что в этом секторе сложно предсказать и при наилучшем раскладе, он обязывает заявителя обеспечить раскрытие, достаточное для воспроизведения. Это значит, что инновационные элементы архитектуры приложения должны быть ясным образом раскрыты в патентной документации. Предполагается, что, в отличие от коммерческих тайн, патенты также предоставляют охрану от независимой разработки, но издателям мобильных приложений следует хорошо подумать о том, оправдан ли такой обмен охраны на секретность, которую обеспечивают коммерческие тайны в силу своего характера.

Законы о коммерческих тайнах могут быть очень эффективными, когда речь идет о бывших сотрудниках. Хотя трудовое законодательство в разных странах различается, при определенных обстоятельствах продуманное соглашение о неразглашении или сохранении секретности может оказаться важнее, чем соглашение о запрете конкуренции после увольнения. Это связано с тем, что последнее суды обычно толкуют узко, а, чтобы сделать его эффективным, в нем необходимо указать временные, географические и/или отраслевые ограничения. С другой стороны, соглашение о неразглашении не всегда толкуется узко и не обязательно должно содержать указанные ограничения.

## 2. Декомпиляция и интероперабельность

Как отмечено выше, подавляющее большинство компьютерных программ выпускается на рынок в формате объектного кода, т. е. в формате, непонятном для человека. Почему так происходит, будет пояснено далее. Таким образом, ПО на рынке представлено на языке низкого уровня и фактически бесполезно для разработчика приложений, если он хочет получить информацию о той или иной программе для собственных целей. Поэтому, чтобы изучить такую программу, разработчику необходимо провести анализ и представить ее на более высоком уровне абстракции, пройдя цикл разработки в обратном порядке.

Основным методом анализа и получения информации об архитектуре исходного кода, а также восстановления самого исходного кода, созданного первоначальным разработчиком <sup>4</sup>, является декомпиляция или дизассемблирование, о чем пойдет речь далее. В целом процесс обратной разработки программного продукта в целях получения информации о первоначальных компонентах, использованных при его создании, называется обратным проектированием. Как правило, этот процесс состоит из нескольких этапов: (1) анализ продукта; (2) подготовка промежуточного описания продукта; (3) анализ описания продукта человеком в целях разработки спецификации; (4) разработка нового продукта на основе спецификации.

Разработчики приложений занимаются обратным проектированием компьютерных программ (как других приложений, так и операционных систем) по двум основным причинам: (1) чтобы понять, как устроена программа; (2) чтобы понять причину ошибок производительности программы. Понимание устройства программы необходимо для достижения четырех основных целей: (1) создание функционального эквивалента или более эффективного приложения (т. е. в целях конкуренции<sup>5</sup>); (2) создание приложения, которое в состоянии работать совместно с изучаемой программой (т. е. в целях обеспечения совместимости или интероперабельности); (3) анализ решений, использованных в изучаемой программе, в исследовательских целях <sup>6</sup>; (4) контроль системы защиты<sup>7</sup>. Анализ ошибок производительности программы производится в диагностических целях. В ходе такого анализа программист стремится понять, почему программа не работает должным образом.

Таким образом, способность посмотреть на внутреннее устройство программы может служить важным для разработчика целям. Но до какой степени возможно проанализировать внутренние элементы сторонней программы — будь то программа конкурента или программа, с которой должно взаимодействовать приложение разработчика, — и какие ее аспекты можно раскрыть?

На первый взгляд, сам вопрос может показаться странным. Почему законодательство об ИС, и в частности об авторском праве, должно ограничивать возможности для выявления структурных элементов, которые использовались для создания произведения, охраняемого в рамках соответствующего правового режима ИС? Например, объектом обратного проектирования мог стать — и, судя по всему, стал — пылесос Dyson, когда он появился на рынке в середине 1980-х годов. Для того времени это был инновационный продукт, основанный на прорывной циклонной технологии, которая обеспечивала повышенную мощность всасывания пылесоса. В принципе наличие патентов на эту технологию должно было означать, что обратное проектирование приведет к нарушению патентных прав, пусть и трудно

---

<sup>4</sup> Как будет показано далее, оригинальный исходный код воссоздать невозможно. Поскольку значительный объем инструкций первоначального программиста, включая комментарии, примечания и спецификации, не используется при переводе исходного кода в объектный код, они не могут быть восстановлены путем декомпиляции. В связи с тем, что восстановленный исходный код является лишь частью оригинального исходного кода, его иногда называют псевдоисходным кодом.

<sup>5</sup> Создание функционального эквивалента программы не всегда связано с конкуренцией. Чаще встречается такая ситуация: есть приложение, написанное давно для системы, которая больше не используется, исходный код его недоступен, но приложение необходимо адаптировать к новой платформе. В этом случае приложение нужно либо писать с нуля, либо использовать декомпиляцию, что позволит понять внутреннее устройство имеющейся программы, а затем переписать ее.

<sup>6</sup> Что может подразумевать как коммерческие, так и некоммерческие цели.

<sup>7</sup> Выявление вирусов, вредоносных или шпионских модулей в установленной программе.

доказуемому с учетом обстоятельств. Однако патенты можно было бы применить — и в случае необходимости так бы и случилось — с целью помешать конкурентам использовать или имитировать эту технологию в собственных пылесосах, так как в этом случае нарушение патентных прав было бы легче доказать. Если продукт подпадает под действие авторско-правовой охраны, а не патента, на возможность изучения продукта конкурентами это в большинстве случаев не влияет, т. е. если композитор хочет понять структуру музыкального произведения конкурента, ему достаточно лишь послушать его и составные элементы будут очевидны. Боб Дилан, вспоминая то время, когда он только начинал писать песни, так рассказывал о своем увлечении композицией Бертольта Брехта и Курта Вайля под названием *Pirate Jenny*:

*«Я начал разбирать эту песню на части, пытаюсь понять, в чем ее секрет... Я разобрал ее на части и разложил по кирпичикам: форма, структура, свободный стих и отказ следовать общепринятым мелодическим ходам — вот что делало ее особенной. А еще припев был идеально подобран к тексту. Я хотел понять, как направлять и контролировать эту необычную структуру и форму, которые, как я уже понял, и делали *Pirate Jenny* таким мощным произведением»<sup>8</sup>.*

Вполне понятно стремление Боба Дилана «разложить на кирпичики» то, что он считал успешным, а возможно, и уникальным произведением Брехта и Вайля, чтобы понять, в чем его секрет, и научиться писать песни лучше. То, что он сделал с *Pirate Jenny*, можно в каком-то смысле считать «обратным проектированием».

К сожалению, когда дело касается ПО, правовая ситуация несколько иная. В отличие от пылесоса или музыки, обратное проектирование ПО может регулироваться законами об авторском праве благодаря техническим особенностям ПО как охраняемого авторским правом произведения. В первую очередь следует отметить, что речь идет о конкретном типе обратного проектирования, которое называется декомпиляцией. Как было отмечено выше, ПО, написанное на языке высокого уровня, т. е. представленное в виде исходного кода, необходимо «конвертировать» в формат объектного кода, чтобы сделать его понятным для компьютера. Однако этот язык низкого уровня непонятен для человека. За исключением свободного и открытого программного обеспечения, большая часть программ выводится на рынок на языке низкого уровня, который не может быть расшифрован третьими сторонами, желающими получить информацию о коде и архитектуре таких программ. Поэтому этим третьим сторонам нужно «конвертировать» их обратно, насколько это возможно, в понятный для человека формат, т. е. перевести на первоначальный язык высокого уровня, на котором программы были написаны. Такая «конвертация», или перевод, затрагивает законодательство об авторском праве на двух разных уровнях. Во-первых, в ходе декомпиляции целевая программа должна быть загружена несколько раз. Каждый раз при загрузке создается ее копия. Если правообладатель не давал разрешения на создание таких копий в контексте декомпиляции, то это может являться нарушением его права на воспроизведение. Во-вторых, псевдоисходный код, получаемый в результате декомпиляции, может нарушать право на создание производных работ. В любом случае декомпиляция без разрешения владельца авторских прав, скорее всего, будет считаться нарушением таких прав, если она не подпадает под действие исключений, предусмотренных законодательством об авторском праве.

<sup>8</sup> Bob Dylan, *Chronicals: Volume 1*, Simon & Schuster 2004, p. 275

Правовая ситуация в США на первый взгляд представляется оптимальной. В Законе США об авторском праве признается дихотомия «идея — форма выражения», но не предусматривается явным образом исключение из ответственности в отношении декомпиляции. Следует напомнить, что, в соответствии с принципом дихотомии «идея — форма выражения», авторско-правовая охрана охватывает не сами идеи, а формы их выражения. Таким образом, закон признает, что из охвата охраны следует исключать идеи, методы, процессы, концепции и т. д., чтобы они могли использоваться другими авторами в собственных работах. На этом основании можно разумно утверждать, что обратное проектирование и декомпиляция должны быть разрешены, поскольку они обеспечивают доступ к этим не подлежащим охране элементам ПО. В конечном итоге если идеи и концепции ПО скрыты за техническим барьером, состоящим из исполнимого кода, то было бы разумно в целях обеспечения доступа к этим элементам разрешить хотя бы в минимальной степени проводить те процессы, которые в противном случае считались бы нарушением авторских прав. И именно такой точки зрения придерживается Институт инженеров электротехники и электроники США (IEEE) в течение последних двух десятилетий. В выпущенном в июне 2008 года официальном заявлении его совета директоров по вопросу обратного проектирования институт, признав важность предоставления авторско-правовой охраны выразительным элементам компьютерных программ, подчеркнул значимость изучения не подлежащих охране элементов: «В принятом Конгрессом Законе об авторском праве не обеспечивается охрана идей, заключающихся в такой форме выражения. Скорее, Конгресс выразил заинтересованность в том, чтобы идеи, выраженные в произведениях, в том числе в компьютерных программах, были доступны другим лицам для использования и ознакомления. Поэтому мы считаем целесообразным изучать и воспринимать эти идеи с помощью законных методов обратного проектирования»<sup>9</sup>. Более того, было недвусмысленно заявлено, что способность изучать программы путем обратного проектирования имеет огромное значение: «Также мы считаем, что правомерные методы обратного проектирования компьютерных программ имеют огромное значение для развития технологий программирования и создания ПО»<sup>10</sup>. Столь важная роль обусловлена тем, что обратное проектирование помогает инженерам в «разработке конкурирующих продуктов, которые не являются в существенной степени аналогичными с точки зрения формы выражения, а также в получении информации о патентоспособных объектах и идеях, которые в общем случае не раскрываются в документации, предоставляемой производителем вместе с продуктом»<sup>11</sup>. Этот подход продолжает использоваться американскими судами. В трех разных решениях (*Atari*, *Sega* и *Sony*) три окружных апелляционных суда постановили, что, в соответствии с законодательством об авторском праве США, декомпиляция в целях получения доступа к неохранным элементам компьютерной программы является формой правомерного использования<sup>12</sup>. Примечательно, что, несмотря на потенциальную законность этой практики с точки зрения авторского права, она является взаимоисключающей по отношению к любым договорным запретам. Это значит, что в США подобная практика может быть запрещена в договорном порядке, даже если она разрешена в соответствии с доктриной «правомерного использования».

---

<sup>9</sup> IEEE-US (2008), p.1. Это заявление было подготовлено Комитетом по вопросам интеллектуальной собственности IEEE-USA. IEEE-USA действует в целях общественного блага, способствует развитию профессиональной деятельности и отстаивает политические интересы более 215 000 инженеров, ученых и других специалистов, являющихся членами IEEE в США.

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> Там же, 2.

<sup>12</sup> S.107, US Copyright Act, 1977.

Получение доступа к таким элементам посредством декомпиляции и их изучение следует отличать от их воспроизведения в продукте, созданном путем обратного проектирования. В положениях законов об авторском праве, регулирующих нарушения, этот процесс рассматривается отдельно. Также следует помнить, что различные элементы компьютерной программы, такие как алгоритмы и структуры данных, нередко не являются охраняемыми авторским правом объектами, в силу чего они могут воспроизводиться беспрепятственно<sup>13</sup>. Более подробно об этом будет рассказано далее. Как отмечено выше, декомпиляция — это нередко единственный эффективный способ получения доступа к таким элементам. Однако не следует смешивать вопрос о нарушении авторских прав в связи с получением такого доступа путем декомпиляции и вопрос о нарушении авторских прав в результате реализации таких элементов в конкурирующем продукте.

Наконец, основная причина проведения декомпиляции — это необходимость достижения интероперабельности. Интероперабельность можно определить как «обеспечение логической и, если необходимо, физической взаимосвязи... чтобы все элементы программного и аппаратного обеспечения были в состоянии работать совместно с другим программным и аппаратным обеспечением и с пользователями»<sup>14</sup>. Для того чтобы приложение могло взаимодействовать с операционной системой, разработчик должен иметь доступ к интерфейсам программирования приложений (API). Если такая информация не предоставляется владельцем операционной системы, то декомпиляция — единственный эффективный способ ее получить. Существует два типа сценариев интероперабельности, и оба важны для рынка ПО. Первый тип — это горизонтальная интероперабельность. Она касается получения информации, необходимой инженеру, который занимается обратным проектированием, для разработки собственной платформы операционных систем, совместимой с уже существующими приложениями, которые, в свою очередь, совместимы с целевой платформой. Такой тип интероперабельности обычно приводит к созданию конкурирующей платформы, которая совместима с другими приложениями, но необязательно совместима с целевым ПО как таковым. Второй тип — это вертикальная интероперабельность. Этот тип более актуален с точки зрения рассматриваемой темы. В этом случае декомпиляция платформы операционных систем осуществляется в целях разработки совместимых программ более низкого уровня. По очевидным причинам большинство производителей ПО склонны раскрывать информацию о вертикальной, а не горизонтальной интероперабельности, так как первое отвечает их экономическим интересам. Таким образом, в силу внешних сетевых эффектов производитель платформы должен быть заинтересован в предоставлении информации о вертикальной интероперабельности. В конечном итоге чем больше приложений написано для платформы, тем больше у нее шансов стать популярной. Однако прямая экономическая мотивация, являющаяся результатом внешних сетевых эффектов, не всегда играет основную роль. Могут быть актуальны и другие факторы: производитель платформы может не согласиться на лицензирование информации об интероперабельности в случае конкретного разработчика приложений, если его не устраивает характер разрабатываемого приложения. Например, в прошлом компания Apple отказалась давать разрешение приложению для iPhone, которое измеряло уровень радиации от мобильного телефона, приложению, предоставляющему диагностическую информацию, которая могла бы быть полезна для защиты от хакеров, и приложению I Am Rich, безвкусному, но в целом безобидному.

<sup>13</sup> См. часть II, посвященную дихотомии «идея — форма выражения» и декомпиляции.

<sup>14</sup> Software Directive, recital 10.

Вне зависимости от типа интероперабельности очевидно, что доступ к информации об интерфейсах важен для рынка мобильных приложений. Как отметил представитель правительства США, «контроль спецификаций интерфейсов означает контроль отрасли»<sup>15</sup>. Именно поэтому директива ЕС о ПО предусматривает ограниченное исключение<sup>16</sup> из действия авторского права для декомпиляции в целях обеспечения интероперабельности. В отличие от ситуации в американском законодательстве, где в основе исключений лежат решения суда, в ЕС такое исключение явным образом установлено законом. Следует отметить, что при этом директива не накладывает прямого обязательства раскрывать информацию об интероперабельности. Единственное, что из нее следует, так это то, что европейское законодательство не дает оснований владельцу авторских прав полагаться на свои права и запрещать другим лицам получать необходимую информацию путем декомпиляции, если такая информация не предоставляется им самим. Как было отмечено выше, декомпиляция — это технически сложный, затратный и требующий времени процесс, которого по возможности лучше избегать.

Правовая позиция ЕС в отношении декомпиляции компьютерных программ довольно очевидна, поскольку она зафиксирована в статье 6 директивы о ПО. Она предусматривает, что преобразование машиночитаемого кода в человекочитаемый код не требует разрешения правообладателя, если такое преобразование «необходимо для получения информации в целях обеспечения интероперабельности независимо разрабатываемой программы с другими программами». Таким образом, в соответствии со статьей 6, исключение сделано только для декомпиляции в целях достижения интероперабельности. Правомерность декомпиляции зависит еще от трех условий, предусмотренных в той же статье. Во-первых, процесс должен осуществляться лицензиатом или законным пользователем программы. Во-вторых, искомая информация должна быть недоступна осуществляющей процесс стороне другими способами. И наконец, декомпиляция должна касаться только тех частей программы, которые необходимы для обеспечения интероперабельности.

При всей важности этого процесса нужно помнить, что получение информации в целях интероперабельности не в полной мере соответствует принципу дихотомии «идея — форма выражения» или общественным интересам. Поэтому охват допустимой декомпиляции, согласно статье 6, несколько противоречит формулировкам всех остальных статей директивы. В ней ясно говорится, что идеи, содержащиеся в компьютерной программе, не подпадают под действие авторско-правовой охраны. При этом запрещается декомпиляция компьютерных программ, кроме как в ограниченных целях интероперабельности. В отличие от законодательства об авторском праве США, согласно которому декомпиляция допустима как форма правомерного использования в самых разных целях, если она выполняется для получения доступа к неохранным элементам, в ЕС законом разрешена только декомпиляция, направленная на обеспечение интероперабельности. Во всех остальных случаях она, скорее всего, будет нарушением авторских прав, вне зависимости от того, является ли ее целью получение доступа к неохранным элементам или нет.

Как отмечено выше, следует различать сам процесс декомпиляции и использование его результатов. Тот факт, что декомпиляция разрешена, не означает, что использование ее результатов тоже разрешено. В частности,

---

<sup>15</sup> *United State v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C 2000).

<sup>16</sup> Directive 2009/24/EC, Article 6.

разработчику, занимающемуся обратным проектированием путем декомпиляции, следует удостовериться в том, что использование ее результатов не скажется негативно на новом программном продукте и не будет считаться несанкционированным использованием охраняемого авторским правом материала. Поэтому при декомпиляции нередко используется техника «чистой комнаты» или «китайской стены». Когда сторона хочет провести обратное проектирование программы в целях разработки функционально аналогичной программы, всегда есть риск того, что новая программа будет нарушать авторские права на код первой программы. Поэтому специалист, отвечающий за обратное проектирование, может использовать метод «чистой комнаты»<sup>17</sup>. Это делается следующим образом. Сначала группа инженеров изучает и анализирует код имитируемой программы. Если программа доступна только в формате объектного кода, то она может быть декомпилирована и реконвертирована в формат исходного кода<sup>18</sup>. Затем, изучая программу в понятном формате, эта группа инженеров описывает ее функции максимально полно, не используя код как таковой<sup>19</sup>. На этом этапе начинает работу вторая группа программистов. У них не должно быть никакой предварительной информации о системе, в отношении которой проводится обратное проектирование, и не должно быть доступа к ее коду. Вторая группа работает только с функциональными спецификациями, подготовленными первой группой, и затем пишет новую программу с нужным функционалом<sup>20</sup>. В результате код новой программы отличается от кода имитируемой программы, хотя с точки зрения задач и функций они идентичны. При использовании метода «чистой комнаты» авторские права не будут нарушены, даже если некоторые части кода окажутся одинаковыми, так как функциональные характеристики ПО, как правило, не подлежат авторско-правовой охране<sup>21</sup>.

В отличие от книги, музыкального диска и большинства других охраняемых авторским правом произведений, программные продукты редко продаются. Это оказывает существенное влияние на степень ограничений, которые могут быть наложены на конечного пользователя. В случае продажи покупатель вправе делать с купленным предметом все что угодно, если это не нарушает авторские права. Однако если соответствующая сделка считается лицензированием, а не продажей, лицензиар с помощью договорных положений может продолжать контролировать тип использования лицензированного объекта. Как признает большинство издателей приложений, при рассмотрении возможности обратного проектирования и декомпиляции конкурирующего продукта они учитывают те же преимущества модели лицензирования, которые привлекательны для них, когда они предлагают на рынке собственные приложения. В принципе лицензирование позволяет лицензиару накладывать на лицензиата более широкие ограничения, чем предусматривает законодательство об авторском праве. В частности, лицензиар может попытаться запретить декомпиляцию, которая в принципе разрешена по закону. В связи с этим необходимо оценить, насколько правомерны положения лицензии. Между юрисдикциями существуют расхождения в плане возможности запрета декомпиляции через лицензионные соглашения. Например, в ЕС директива о ПО недвусмысленно предусматривает, что ограниченный охват законной декомпиляции не может быть изменен

---

<sup>17</sup> Анализ процедуры «чистой комнаты» см. в работе Singh & Gupta (2009).

<sup>18</sup> Это в целом соотносится с этапами 1 и 2 выше.

<sup>19</sup> Это соответствует этапу 3.

<sup>20</sup> Это соответствует этапу 4.

<sup>21</sup> Конечно, если система охраняется патентом, имитация ее функциональных характеристик будет нарушением. Однако в подобной ситуации обратное проектирование, скорее всего, не будет иметь смысла, так как функциональные характеристики программы раскрываются в спецификации патента.



посредством договорных механизмов. Это значит, что любое договорное положение, в котором содержится запрет декомпиляции, разрешенной в директиве, считается недействительным. По сути дела, считается, что тот объем декомпиляции, который разрешен в директиве, отвечает очевидным общественным интересам. Поэтому отказ от таких интересов не должен быть возможен в силу только договорных положений. В США ситуация совершенно иная. На основании того, что декомпиляция является формой правомерного использования, разработчики могут проводить ее в самых разных обстоятельствах, но все это не имеет никакого значения, если такая практика ограничена в договорном порядке. Таким образом, по сравнению с ЕС в США законодательство об авторском праве разрешает декомпиляцию в самых разных ситуациях. При этом владелец авторских прав, как лицензиар, вправе ограничить возможности любого лицензиата на проведение декомпиляции или полностью запретить ее. Поскольку практически все без исключения типы ПО предоставляются по лицензии, используемый в США подход может делать декомпиляцию на основании аргумента о правомерном использовании фактически невозможной.

Еще один непростой вопрос, который необходимо осветить в контексте авторско-правовой охраны, касается средств технической защиты. Для того чтобы не допустить обратного проектирования, правообладатель может использовать не только договорные методы, но и средства технической защиты, а также целый спектр положений о запрете обхода таких средств. Каким образом такие положения ограничивают обратное проектирование? Соответствующее законодательство запрещает взламывать средства технической защиты, используемые в цифровых произведениях, например механизмы контроля доступа или копирования. Несмотря на широко распространенное мнение, подобные законы не ограничиваются запретом на обход систем управления цифровыми правами, таких как механизмы защиты от копирования, в частности используемые в DVD (DRM)<sup>22</sup>. Как в США, так и в ЕС<sup>23</sup> формулировки подобных законов достаточно широки и потенциально могут охватывать такие механизмы, как аутентификация квитирования, подписывание кода, запутывание кода и шифрование протокола. Все эти методы можно рассматривать как средства технической защиты, регулируемые соответствующим законодательством. Европейская директива об информационном обществе предусматривает, что ее действие не распространяется на охрану компьютерных программ<sup>24</sup>. Таким образом, сложный режим предупреждения обхода ограничений, установленный этой директивой, не обеспечивает охрану кода и архитектуры компьютерных программ<sup>25</sup>. Такие вопросы регулируются директивой о ПО, согласно которой, в отличие от директивы об информационном обществе, сами действия по обходу ограничений не запрещены. Запрещается только торговля инструментами для такой работы. Причем явным образом предусмотрено, что даже статья 7(1)(с) директивы о ПО, которая касается торговли инструментами для обхода ограничений или устранения мер технической защиты, не влияет на действие статей 5 и 6, которые посвящены обратному проектированию и декомпиляции соответственно. Таким образом, действующее в ЕС ограниченное исключение для декомпиляции в целях интероперабельности невозможно

---

<sup>22</sup> Например, механизмы защиты от копирования, используемые в DVD.

<sup>23</sup> Как описано ниже, эта проблема неактуальна для компьютерных программ в европейских условиях по причинам, не связанным с предусмотренным законом определением «эффективной меры технической защиты».

<sup>24</sup> Статья 1(2)(а).

<sup>25</sup> Директива о ПО регулирует не все аспекты компьютерных программ. Например, графические пользовательские интерфейсы регулируются директивой об информационном обществе; см. часть о ГПИ.

обойти с помощью мер технической защиты. Если правообладатель применяет меры технической защиты в отношении компьютерной программы, то, согласно директиве о ПО, обход таких мер не ограничивается.

В США ситуация несколько отличается. Во-первых, нужно помнить, что, согласно Закону США об авторском праве в цифровую эпоху (DMCA), «обход» означает попытки «дескремблировать скремблированную работу, расшифровать зашифрованную работу или иным образом избежать, обойти, устранить, деактивировать меры технической защиты или снизить их надежность без разрешения владельца авторских прав». Таким образом, если код (или его часть) выведенной на рынок программы зашифрован, то для ее декомпиляции может потребоваться расшифровка кода. Согласно DMCA, это может рассматриваться как обход мер защиты. Тот же подход применяется к таким действиям, как дескремблирование и деобфускация. Как было отмечено выше, декомпиляция в целях получения доступа к неохранным элементам программы может быть разрешена на основании широкого исключения в случае так называемого правомерного использования. Раньше такая допустимая декомпиляция необязательно должна была ограничиваться целями обеспечения интероперабельности<sup>26</sup>. Принятие DMCA полностью изменило ситуацию. В отличие от европейского законодательства, в DMCA не проводится разграничение между компьютерными программами и другими охраняемыми авторским правом произведениями в цифровом формате: к ним применяется один и тот же режим.

В контексте декомпиляции особенно актуальны два исключения из указанного режима. Одно исключение касается обхода мер защиты и разработки средств для такого обхода в целях выявления элементов программы, которые необходимы для обеспечения интероперабельности. Что касается декомпиляции в других целях, то до принятия DMCA законодательство об авторском праве разрешало декомпиляцию, направленную на получение доступа к неохранным элементам программы. Однако сегодня использование мер технической защиты, судя по всему, ограничивает возможности для декомпиляции, и она стала правомерна только в ситуациях, связанных с интероперабельностью.

При этом правовая позиция в отношении декомпиляции, выполняемой не в целях интероперабельности, не вполне ясна. Согласно DMCA, положения о запрете обхода мер защиты, в том числе связанные с правомерным использованием, не влияют на права, средства правовой защиты и ограничения, связанные с нарушением авторских прав. Таким образом, можно утверждать, что, поскольку до принятия DMCA декомпиляция в более широких целях, чем просто обеспечение интероперабельности, была законна на основании аргумента о правомерном использовании, такие практики должны быть по-прежнему разрешены. К сожалению, у судей нет единого подхода к вопросу о том, является ли, согласно пункту S.1201(c)(1), исключением обход мер технической защиты в целях использования, которое не нарушает авторские права, но при этом не направлено на обеспечение интероперабельности.

### **С. Влияние облачной среды**

---

<sup>26</sup> См. широкие формулировки в решениях окружных судов по делам *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992), *Sega Enters. td. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992) и *Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000), в истребовании дела отказано.

Программное обеспечение все чаще предоставляется только через облачную среду. Поэтому необходимо проанализировать влияние этой тенденции на то, какие типы ИС наиболее актуальны для охраны важных аспектов мобильных приложений. Облачные приложения и веб-приложения похожи в том, что в обоих случаях приложение запускается на внешнем сервере, независимо от мобильного устройства. Также в обоих случаях приложение доступно через интернет. Хотя все облачные мобильные приложения являются веб-приложениями, обратное верно не всегда: не все веб-приложения — это облачные приложения, так как некоторые из них запускаются и размещаются на физических серверах. В целях настоящего анализа нет особого смысла проводить это разграничение, и все, о чем пойдет речь далее, в равной степени относится ко всем типам мобильных приложений: как к облачным, так и нет.

По сути дела, основное отличие облачных приложений от так называемых платформозависимых приложений заключается в том, что последние загружаются и устанавливаются на мобильное устройство. В случае платформозависимых приложений необходимо разрабатывать разные версии для разных операционных систем, таких как Windows, Android и iOS. Облачные приложения могут иметь только одну версию, и доступ к ним будет осуществлять любое устройство, имеющее браузер и подключение к интернету, вне зависимости от того, какая операционная система установлена на этом устройстве. Для разработчиков это очевидное преимущество.

Тот факт, что приложение не нужно загружать через интернет, также означает, что ни у кого нет доступа к программной архитектуре и коду, кроме разработчиков или других сотрудников, имеющих доступ к такому ПО. По сути дела, значимость авторского права в плане охраны кода и внутренней архитектуры приложения снижается. Такая тенденция также связана с тем, что в основе авторского права лежит доступ к оригинальному произведению и его воспроизведение. Однако это технически невозможно, если код и архитектура просто недоступны, так как не являются частью продукта, распространяемого среди потребителей (т. е. они незагружаемы).

Как отмечено выше, элементы архитектуры и кода могут охраняться с помощью патентного законодательства. Однако в рассматриваемых обстоятельствах, возможно, наиболее актуальным методом охраны являются коммерческие тайны. Лица, входящие в группу разработчиков, и другие сотрудники, имеющие доступ к коду и архитектуре, могут и должны подписывать тщательно составленное соглашение о конфиденциальности. Это помогает обеспечить секретность указанных аспектов мобильного приложения в течение того срока, который необходим издателю приложения. Следует отметить, что на права ИС, охраняющие другие важные аспекты приложений, такие как функциональность и ГПИ, факт доступности приложения только через облачную среду практически не влияет. Поэтому далее при рассмотрении охраноспособности функциональности и ГПИ не проводится различие между платформозависимыми и облачными приложениями.

#### **D. Охраноспособность кода и архитектуры. Правовые и коммерческие вопросы. Краткий обзор**

При разработке ПО могут использоваться различные модели и методологии. Кроме того, существуют инструменты, позволяющие разрабатывать мобильные приложения довольно быстро и практически без использования кода. Однако

применение таких инструментов может влиять на объем авторско-правовой охраны кода и архитектуры.

## 1. Охрана внутренних элементов ПО с помощью различных режимов прав ИС

### 1.1. *Код и архитектура*

В основе любого мобильного приложения лежит компьютерный код. При разработке программ используется исходный код, который представляет собой инструкции, написанные на языке программирования и понятные для человека. Но с точки зрения охраны ИС важен не только исходный код. Компьютер не исполняет исходный код. Сначала он должен быть конвертирован в исполнимый код с помощью компилятора. Исполнимый код также называют объектным кодом. При этом с точки зрения охраны ИС между исходным и объектным кодом нет разницы.

#### Авторское право

Авторское право является основной формой охраны компьютерного кода. С точки зрения Бернской конвенции (ключевого международного договора, регулирующего авторское право) исходный и объектный коды считаются литературными произведениями. Различие между большинством литературных произведений и компьютерным кодом состоит в том, что литературные произведения предназначены для восприятия человеком, а компьютерный код — нет. Он представляет собой набор инструкций, определяющих действия машины и работу с данными. Когда речь идет о более традиционных авторских произведениях, дословное копирование запрещено, даже если оно касается констатации фактов. Но в случае компьютерных программ есть некоторые соображения общественной пользы, которые оправдывают копирование конкретной формы выражения, созданной первоначальным автором, например если форма выражения продиктована аппаратными требованиями, ограничениями в плане совместимости или интероперабельности.

Если предположить, что на программу распространяется авторско-правовая охрана, то для того, чтобы установить факт нарушения прав, необходимо доказать, что заимствованный элемент является «значительным». Например, в ЕС копирование части ПО, которая представляет собой результат интеллектуального труда автора, может являться нарушением прав. Таким образом, разработчику важно удостовериться, что он не копирует часть проприетарного кода. Необходимо избегать заимствования любой части кода, написанной другим лицом, вне зависимости от размера такой части, ее функций и характера, если нет абсолютной уверенности в том, что она не подпадает под авторско-правовую охрану. Как было отмечено выше, обеспечить такую уверенность, если это вообще возможно, может только специалист по вопросам ИС.

## Патенты

Патенты, как правило, обеспечивают охрану продуктов, процессов и иногда продуктов, полученных с помощью конкретных процессов. В некоторых странах они могут выдаваться на изобретения, связанные с ПО. Подобные изобретения могут охватывать отдельные аспекты компьютерной программы, если формула изобретения в целом не относится к абстрактному предмету или предмету нетехнического характера. Использование без разрешения только одного элемента кода программы, касающейся связанного с ПО изобретения, не всегда является нарушением патентных прав.

## Коммерческие тайны

При определенных обстоятельствах коммерческие тайны могут быть эффективной формой охраны мобильных приложений. Соответствующие права используются для охраны кода, алгоритмов и структуры приложения до его выпуска. Кроме того, они обеспечивают охрану аспектов приложения, которые невозможно раскрыть путем обратного проектирования или декомпиляции. При этом коммерческие тайны актуальны и для аспектов приложения, которые могут быть восстановлены путем обратного проектирования, например алгоритмов и структур данных, так как обратное проектирование требует существенных материальных и временных затрат. Для незагружаемых приложений коммерческие тайны могут быть основной формой охраны, предотвращающей незаконное присвоение инновационных компонентов архитектуры.

### 1.2. *Декомпиляция и интероперабельность*

Подавляющее большинство компьютерных программ выпускается в формате объектного кода. Их анализ и получение представления об исходном коде и внутренней архитектуре требует декомпиляции или дизассемблирования. Это процесс обратной разработки программного продукта в целях получения информации об оригинальных компонентах. Он называется обратным проектированием. Его можно разбить на следующие этапы:

- 1) анализ продукта;
- 2) подготовка промежуточного описания продукта;
- 3) анализ описания продукта человеком в целях подготовки спецификации;
- 4) разработка нового продукта на основе спецификации.

Обратное проектирование ПО может подпадать под действие законодательства об авторском праве в силу технических особенностей ПО как объекта авторского права. В этом разделе основное внимание будет уделено декомпиляции. Этот процесс позволяет «конвертировать» ПО, выпущенное в формате объектного кода, обратно в исходный код, чтобы изучить его в понятном для человека формате. Такая «конвертация» противоречит требованиям авторско-правового законодательства в двух аспектах:

- При проведении декомпиляции соответствующая программа должна быть много раз загружена. При каждой такой загрузке создается незаконная копия.
- Псевдоисходный код, получаемый в результате декомпиляции, может рассматриваться как нарушающая права производная работа.

### *1.2.1 Правовая ситуация в США*

Авторско-правовое законодательство США не предусматривает отдельное исключение из ответственности для декомпиляции. Однако в контексте дихотомии «идея — форма выражения» закон подчеркивает значимость обеспечения свободного использования идей, методов, процессов, концепций и т. д. Авторское право не распространяется на идеи, реализуемые посредством программного кода как формы выражения. Согласно решениям американских судов, декомпиляция в целях получения доступа к неохранным элементам программы является формой правомерного использования. Необходимо проводить разграничение между доступом к элементам ПО и их изучением посредством декомпиляции с одной стороны и воспроизведением этих элементов в продукте, разработанном посредством обратного проектирования, с другой стороны.

Одна из причин проведения декомпиляции связана с необходимостью обеспечения интероперабельности. Интероперабельность — это взаимосвязанность, благодаря которой элементы программного и аппаратного обеспечения могут работать совместно с другим аппаратным и программным обеспечением. Существуют два типа интероперабельности: горизонтальная и вертикальная. С точки зрения разработки мобильных приложений важнее второй тип. Например, декомпиляция платформы операционных систем может проводиться в целях разработки совместимых приложений. Поэтому необходим доступ к информации об интерфейсе. Однако, как отмечено выше, в США не действует специальное исключение для декомпиляции в целях интероперабельности, но может применяться обоснование общего характера, связанное с правомерным использованием. Прежде чем проводить декомпиляцию сторонней программы, рекомендуется обратиться за профессиональной юридической консультацией.

### *1.2.2. Правовая ситуация в ЕС*

В ЕС правовая ситуация в связи с декомпиляцией изложена в статье 6 директивы о ПО. Согласно этой статье допускается конвертация машиночитаемого кода в человекочитаемый код без разрешения правообладателя, если это необходимо для обеспечения интероперабельности. В соответствии со статьей 6, декомпиляция должна соответствовать трем критериям: 1) процесс должен осуществляться лицензиатом или законным пользователем программы; 2) искомая информация не должна быть доступна проводящей эту процедуру стороне иным способом; 3) декомпиляция должна проводиться только в отношении тех частей программы, которые необходимы для обеспечения интероперабельности. В ЕС закон разрешает проведение декомпиляции только в этих целях. Прежде чем проводить декомпиляцию сторонней программы, рекомендуется обратиться за профессиональной юридической консультацией.

### *1.2.3. Использование результатов декомпиляции*

Следует различать процесс декомпиляции и использование его результатов. Это связано с тем, что, даже если сам процесс является правомерным, использование полученной в результате информации может толковаться не так однозначно. Поэтому разработчику важно разделять результаты декомпиляции и процесс разработки нового мобильного приложения, не допуская включения в новое ПО охраняемого авторским правом материала без получения соответствующего разрешения. В этих целях применяется подход «китайская стена» или «чистая комната». Он позволяет отделить результаты декомпиляции от процесса разработки нового ПО. Как было отмечено выше, при проведении декомпиляции желательно обратиться за профессиональной юридической консультацией.

### *1.2.4. Лицензионные соглашения с конечным пользователем*

Программные продукты редко продаются. Как правило, они распространяются через лицензионные соглашения. Благодаря лицензии лицензиар может сохранить за собой возможность контролировать тип использования ПО, включив соответствующий пункт в соглашение. В рамках некоторых моделей лицензирования лицензиар может наложить на лицензиата более жесткие ограничения по сравнению с предусмотренными законодательством об авторском праве и, в частности, запретить декомпиляцию. Однако в ЕС в директиве о ПО явным образом предусмотрено, что декомпиляция в законных целях не может быть запрещена в договорных положениях. В США же декомпиляция на основании правомерного использования может быть ограничена, если это прописано в договоре.

### *1.2.5. Меры технической защиты*

В целях недопущения обратного проектирования правообладатель может использовать меры технической защиты и законодательные положения, предусматривающие запрет на их обход. Согласно таким законам, запрещается взламывать меры технической защиты, использованные в цифровом продукте. В Европе действует директива о ПО, которая регулирует работу системы предотвращения обхода мер защиты компьютерных программ. Согласно этой директиве, ограниченное исключение для декомпиляции в целях интероперабельности не может быть отменено посредством использования мер технической защиты, поскольку директива разрешает обход таких мер. В США, согласно Закону об авторском праве в цифровую эпоху (DMCA), дешифрование может рассматриваться как обход мер технической защиты. Однако существует исключение, распространяющееся на действия по выявлению программных элементов, которые необходимы для обеспечения интероперабельности. Таким образом, обход мер технической защиты для проведения декомпиляции в целях обеспечения интероперабельности является правомерным.

## *1.3. Влияние облачной среды*

Мобильные облачные приложения и веб-приложения сходны в том, что они запускаются на сервере, который является внешним с точки зрения мобильного устройства. В отличие от облачных приложений, платформозависимые приложения требуют загрузки и установки на мобильное устройство.

Преимущество облачных приложений состоит в том, что у них существует одна версия, использовать которую может любой человек, имеющий доступ в интернет. Кроме того, поскольку приложение не загружается, ни у кого нет доступа к архитектуре и коду ПО, кроме разработчиков и других ключевых сотрудников. Таким образом, авторско-правовая охрана может быть менее эффективна в отношении конкурентов, так как отсутствует доступ к коду и архитектуре. Конечно, она будет актуальна в той ситуации, если разработчик или сотрудник решат воспользоваться кодом в собственных интересах. В случае же облачных приложений наиболее оптимальной формой охраны ИС могут стать коммерческие тайны. Их использование требует принятия разумных мер для обеспечения секретности мобильного приложения. Такие меры могут предполагать заключение соглашений о конфиденциальности и жестких протоколов о безопасности с поставщиком облачных услуг.

### ЧАСТЬ III. ОПЫТ ПОЛЬЗОВАТЕЛЯ. ОХРАНА ИНТЕРФЕЙСОВ: ПРАВОВЫЕ И КОММЕРЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

#### **А. Графические пользовательские интерфейсы. Их характер и значимость с точки зрения мобильных приложений: рабочая область как единое целое, статические компоненты, переходные и анимированные эффекты**

Графический пользовательский интерфейс (ГПИ) — это механизм взаимодействия устройства, как статичного, так и мобильного, с пользователем посредством графических элементов, таких как иконки, меню, текстовые окна, полосы прокрутки, и анимированных компонентов.

В прошлом пользователи были вынуждены взаимодействовать с компьютером через текстовые команды. Однако разработка и внедрение удобных и простых ГПИ оказали существенное влияние на компьютерную среду. Особенно это справедливо для мобильных устройств, так как в силу их размера и пропорций использовать сложные текстовые команды непросто.

ГПИ сильно повлияли на пользовательскую среду. Если в прошлом взаимодействовать с компьютерами могли в основном высокооплачиваемые специалисты, то сегодня это доступно почти каждому и не требует особых технических знаний. Именно доступность способствовала быстрому распространению приложений для смартфонов, так как пользователями таких небольших, но мощных компьютеров могут быть как ученики начальной школы, так и пенсионеры.

Надлежащим образом разработанные ГПИ снижают когнитивную нагрузку на пользователей: вместо того чтобы запоминать множество текстовых команд, они могут использовать свои умственные способности для достижения более значимых целей.

Проработанные и продуманные ГПИ играют огромную роль в успехе продукта или услуги. В конечном итоге обычных пользователей не интересуют код и алгоритмы, лежащие в основе мобильного приложения, и они не имеют к ним доступа вне зависимости от того, носит приложение прикладной или развлекательный характер. Поэтому неважно, насколько сложна архитектура приложения и насколько технически продвинутым оно является: если ГПИ неудобен и не является интуитивно понятным и если (в случае некоторых



приложений) им неинтересно пользоваться, то приложение вряд ли станет популярным. Верно и противоположное. Таким образом, обеспечение охраны ГПИ от имитации и копирования может дать разработчикам и издателям очевидное конкурентное преимущество.

## **В. Права ИС и мобильные приложения: охват охраны и влияния**

Мы уже увидели, что мобильные приложения — это многогранные продукты, которые могут охраняться с помощью самых разных прав ИС. После рассмотрения особенностей охраны внутренних компонентов мобильных приложений, таких как код и архитектура, следует обратить внимание на их внешнюю сторону, т. е. на ГПИ. В энциклопедии «Британника» (автор статьи Стивен Леви, 2008 год) ГПИ определяется как графический интерфейс, способствующий взаимодействию человека с электронным устройством. В рассматриваемом контексте представляется целесообразным разделить ГПИ на три категории объектов: (1) рабочая область, или общая структура интерфейса; (2) отдельные компоненты рабочей области; и (3) динамические и анимированные компоненты, которые обычно используются при взаимодействии пользователей с категориями (1) и (2).

Под рабочей областью понимается вся панель экрана, включая представленные на ней элементы. К числу компонентов категории (2) могут относиться такие объекты, как иконки, указатели, меню, полосы прокрутки и любые другие значимые компоненты, являющиеся частью рабочей области в каждый отдельный момент. Под динамическими и анимированными компонентами понимаются такие эффекты, как «эффект джинна», который используется в Mac OS при сворачивании и разворачивании элементов рабочего стола.

Тот факт, что ГПИ видят все пользователи мобильного приложения, важен с точки зрения прав ИС. Это значит, что при рассмотрении вопроса об охране таких прав могут приниматься во внимание разные соображения. Однако сразу же стоит отметить, что коммерческие тайны не слишком актуальны для охраны визуальных эффектов ГПИ, если приложение уже выведено на рынок, вне зависимости от того, идет ли речь об облачном или платформозависимом приложении. Это связано с тем, что после того, как объект становится общедоступным для изучения, коммерческие тайны, которые могли существовать ранее, на этапе разработки ГПИ, в связи с визуальным представлением такого объекта, перестают быть секретными и больше не считаются подлежащими охране. Однако охрана с помощью коммерческих тайн может быть важна на этапе до запуска мобильного приложения.

### **1. Авторское право**

Нет никаких сомнений в том, что компьютерный код или та часть компьютерной программы, которая связана с ГПИ, является объектом авторско-правовой охраны, как и любая другая часть компьютерного кода. Но иногда охрана ГПИ на уровне кода не является подходящей стратегией. Рассмотрим ситуацию, когда конкурент хочет скопировать некоторые аспекты ГПИ и использовать их в собственном мобильном приложении. Но вместо того, чтобы полностью скопировать код, лежащий в основе нужного ГПИ, он копирует только визуальное представление. Для этого опытному программисту может быть поручено написать с нуля программу, у которой будет такой же или очень похожий ГПИ. В этом случае от авторско-правовой охраны кода, лежащего в основе такого ГПИ, будет мало пользы. Соответствующий компьютерный код не только не был

скопирован, к нему даже не осуществлялся доступ. По сути дела, сама реализация ГПИ в форме кода не имеет никакого значения. В приведенном примере конкурент создал аналогичный ГПИ, не копируя код. Поэтому в подобных случаях авторско-правовая охрана должна рассматриваться на другом уровне — на уровне непосредственной экранной визуализации. Таким образом, следует задать такие вопросы: может ли авторско-правовая охрана распространяться на визуальный аспект ГПИ вне зависимости от того, какой код лежит в его основе? Может ли законодательство об авторском праве обеспечить охрану внешнего вида рабочей области и того восприятия, которое формируется у пользователя в связи с организацией и последовательностью иконок и объектов в ней? Короткий ответ на эти вопросы: бывает по-разному.

В принципе ничто не мешает обеспечению авторско-правовой охраны рабочей области, в том числе ее статичного вида. Сложность здесь может состоять в необходимости доказать, что изображение на экране имеет оригинальный и нефункциональный характер с точки зрения законодательства об авторском праве. Как правило, многие элементы рабочей области являются вполне обычными и не соответствуют требованию оригинальности, предусмотренному многими системами авторского права. Кроме того, даже если дизайн рабочей области является не стандартным, а первым в своем роде, ему также может быть отказано в авторско-правовой охране, если будет сочтено, что он продиктован соображениями функциональности.

Соглашение ТРИПС, которое подписали большинство стран мира, предусматривает, что авторско-правовая охрана не распространяется на идеи, процедуры и методы работы. Именно в таком контексте оценивается функционал ГПИ и решается вопрос о том, относится ли он к категории идей с точки зрения дихотомии «идея — форма выражения». Действительно, при достаточно высоком уровне абстракции любая структура или последовательность объектов в рабочей области может рассматриваться как метод работы или система. В конечном итоге большинство изображений на экране, генерируемых мобильным приложением, служат в первую очередь не эстетическим целям, как, например, картина. Они дают возможность для взаимодействия с мобильным устройством определенным образом. Тем не менее ГПИ может выглядеть привлекательно, в то же время позволяя пользователю взаимодействовать с мобильным устройством в функциональных целях. Таким образом, хотя основная функция ГПИ состоит в обеспечении взаимодействия пользователя с устройством в целях, предусмотренных соответствующим мобильным приложением, удачный ГПИ одновременно приносит и эстетическое удовольствие.

На вопрос о том, что такое «функциональный» в этом контексте, нет ясного ответа, и этот ответ может быть разным в зависимости от юрисдикции. Следует ли понимать «функциональный» как «продиктованный функционалом», т. е. касающийся случаев, когда у разработчика ГПИ не было других вариантов с точки зрения обеспечения той же функции столь же эффективным образом? Или достаточно показать, что основная цель разработчика при создании дизайна рабочей области заключалась в достижении функциональной цели вне зависимости от того, какие еще альтернативы ему были доступны? Наконец, возможно, это означает, что если ГПИ предназначен для взаимодействия с устройством, то он по умолчанию является функциональным, как кнопки управления на старых приборах. Если справедливо последнее, то авторско-правовая охрана, вероятно, не будет распространяться на подавляющее большинство ГПИ мобильных приложений, какими бы креативными они ни были.

Как нередко бывает, истина находится где-то посередине. Большинство юрисдикций в принципе обеспечивают авторско-правовую охрану ГПИ, которые можно считать необычными и творческими и которые являются результатом выбора разработчика, а не следствием необходимости, продиктованной соображениями функционального характера. При этом охрана может не предоставляться даже нестандартным и оригинальным ГПИ, если их дизайн считается функциональным с точки зрения правил соответствующей юрисдикции.

Кроме того, даже когда авторско-правовая охрана возможна, защитный «слой» может быть слишком «тонким». Другими словами, может обеспечиваться охрана только от полного копирования, а создание несколько схожей рабочей области, хоть и не полностью совпадающей в плане визуального представления, не будет считаться нарушением. Например, в решении по одному делу Высокий суд Англии и Уэльса постановил, что «бизнес-логика», лежащая в основе веб-интерфейса системы бронирования авиабилетов и являющаяся основным элементом ее «наглядности и восприятия», не подпадает под авторско-правовую охрану, какой бы ценной она ни была.

Когда речь идет об отдельных компонентах, с точки зрения авторского права все несколько проще. Для того чтобы считаться оригинальным и нефункциональным, указатель должен включать в себя какой-либо художественный элемент. В этом случае применяются общие правила в области авторского права, о которых шла речь в первой части, и объект может подлежать охране. В отношении иконок действует та же логика. Например, изображение фотоаппарата на иконке как указание на функцию фотографии вряд ли будет охраняться авторским правом, тогда как у силуэта привидения на иконке Snapchat шансов гораздо больше. В принципе могут охраняться и меню, обычно представляющие собой набор слов для обозначения команд и инструкций, если они носят оригинальный и нефункциональный характер. Хотя крайне маловероятно, что авторско-правовая охрана может быть предоставлена непосредственно словам, обозначающим такие команды, их набор и организация в рамках конкретного меню могут рассматриваться как свободный выбор разработчика. Таким образом, проще доказать оригинальность выбора, структуры и организации команд меню, чем отдельных команд как таковых. Однако соблюдения требования об оригинальности может быть недостаточно, так как комбинация команд может быть сочтена функциональной, поскольку она представляет собой «метод работы». В прошлом один окружной суд в США вынес именно такое решение, несмотря на то что у разработчика ПО были и другие варианты организации структуры меню. Столь широкое толкование того, что представляют собой не подлежащие охране «системы», «процессы» или «методы работы», не получило широкого признания в других округах США, как и в большинстве юрисдикций мира.

Поэтому можно предположить, что авторско-правовая охрана может распространяться на произвольный набор имен команд, предназначенных для рабочей области мобильного приложения, если такой набор отличается оригинальностью и не продиктован соображениями функциональности.

Что касается третьей категории компонентов ГПИ, то анимированные эффекты часто представляют собой своего рода идею, и для того, чтобы они считались оригинальными и нефункциональными и, следовательно, подлежащими авторско-правовой охране, они должны содержать художественные элементы.

Наконец, следует помнить, что выше представлен обзор требований охраноспособности с точки зрения авторского права. Вопросы нарушения прав и возможных методов защиты не рассматривались. В частности, несмотря на то что определенные элементы интерфейса могут охраняться в рамках авторского права, это не означает, что любое копирование подобных элементов обязательно является основанием для иска. Хотя охраноспособность с точки зрения авторского права в основном оценивается на основании анализа предмета охраны, вопрос нарушения прав и возможности применения мер защиты обычно решается с учетом обстоятельств конкретной ситуации, в которой имело место копирование элементов. Это значит, что при определенных обстоятельствах элементы интерфейса, охраняемого в рамках авторского права, могут быть скопированы, и это не станет нарушением. В качестве примера можно привести ситуацию, когда охраняемые элементы относятся к интерфейсу, который стал настолько популярен, что фактически начал считаться отраслевым стандартом. В этом случае несмотря на то, что в момент создания соответствующего ГПИ у первоначального разработчика было множество вариантов, к моменту разработки конкурентом своего ГПИ первый ГПИ стал так популярен, что для последующего разработчика стало невероятно сложно выйти на рынок, не скопировав некоторые элементы первоначального дизайна. Так бывает в тех случаях, когда целевая аудитория настолько привыкла к первоначальному дизайну и его «языку», что убедить ее попробовать альтернативные продукты очень сложно, так как адаптация к новым продуктам требует больших усилий.

## 2. Образцы

В некоторых юрисдикциях художественные или эстетические аспекты ГПИ также могут охраняться в рамках режимов ИС, связанных с охраной подобных образцов. Например, в США и Японии возможна охрана в форме патентов на образцы, тогда как в ЕС действует зарегистрированный образец Европейского сообщества (RCD). При этом каждое государство — член ЕС имеет собственный режим охраны зарегистрированных образцов, а регулирующее его законодательство предусматривает сходные с RCD субстантивные требования. Охрана общего внешнего вида ГПИ и других визуальных эффектов в рамках подобных специальных режимов ИС осуществляется последние два десятилетия. В отличие от авторского права, подобные режимы, как и патенты, все же требуют регистрации, и, следовательно, получение соответствующих прав сопряжено на начальном этапе с определенными расходами. Однако в случае патентов на образцы после регистрации им предоставляется презумпция действительности, которой иногда достаточно, чтобы помешать конкуренту скопировать удачный ГПИ мобильного приложения или его часть.

В США для того, чтобы на образец можно было получить патент, такой образец должен обладать новизной, неочевидностью и декоративными элементами. Первые два требования в принципе не отличаются от требований, предъявляемых к патентам на полезные модели. Однако соблюдение последнего требования на первый взгляд может вызывать сложности, поскольку ГПИ в конечном итоге служат не декоративной, а утилитарной цели, обеспечивая взаимодействие с пользователями. Поэтому функциональные образцы, в отличие от декоративных, не могут охраняться с помощью патентов на образцы. Однако на практике в США исключение на основании функциональности, применяющееся к патентам на образцы, толкуется узко. Исключаются только те образцы, которые носят полностью функциональный характер. По сути дела, в большинстве случаев ГПИ могут охраняться таким образом, даже если они

одновременно носят декоративный и функциональный характер, так как в этом случае они не могут рассматриваться как имеющие исключительно функциональный характер. В США патенты на образцы отличаются от патентов на полезные модели с точки зрения охвата охраны. О нарушении соответствующих прав речь идет в том случае, если два образца являются в принципе одинаковыми с точки зрения обычного наблюдателя. Это возможно, если сходство так велико, что оно может ввести наблюдателя в заблуждение и заставить его купить один товар, который он принял за другой, запатентованный товар. В этом случае первый товар будет нарушать права на второй товар. Таким образом, в отличие от сферы авторского права, в данном случае независимая разработка не является действенным контраргументом при возбуждении иска о нарушении прав.

Действующий в ЕС режим RCD не менее привлекателен для разработчиков ГПИ. Он обеспечивает охрану образцов, которые обладают новизной и «индивидуальным характером». В ЕС не проводится экспертиза по существу до регистрации и, следовательно, регистрация вступает в силу в момент заполнения заявки и уплаты пошлины. Размер этой пошлины не слишком велик: на момент подготовки текста он составлял 300 евро за одну заявку. Таким образом, любые возражения по существу, которые могут возникнуть в отношении зарегистрированного образца на ГПИ, приходится на период после регистрации. С большой вероятностью они могут исходить от ответчика при рассмотрении иска о нарушении прав. В подобных случаях ответчики обычно строят защиту на двух аргументах. Первый связан с тем, что права на образец истца не нарушены, так как в целом образец ответчика производит на информированного пользователя другое впечатление, а это является проверкой на нарушение прав, согласно правилам о зарегистрированных в ЕС образцах. Вторым аргументом состоит в том, что образец истца вообще не должен был быть зарегистрирован и его следует аннулировать. В случае ГПИ мобильных приложений одним из основных препятствий к регистрации является исключение на основании того, что образец выполняет только технические функции. Поэтому в директиве ЕС о RCD явным образом предусмотрено, что «в основе образца Сообщества не могут лежать характеристики внешнего вида продукта, которые продиктованы исключительно его технической функцией». Логика в этом случае проста и сходна с исключением на основании функционального характера, предусмотренным в законодательстве США о патентах на образцы: в целях получения охраны технических и функциональных аспектов продукта следует использовать более жесткий режим, а именно патенты на полезные модели. В противном случае результаты могут негативно повлиять на конкуренцию и технологический прогресс. Хотя в настоящее время в ЕС нет универсального принципа, позволяющего определить, что является характеристикой, «продиктованной исключительно технической функцией», представляется, что в большинстве случаев это исключение не толкуется широко. Судя по всему, если у рассматриваемого ГПИ в момент его создания были альтернативы и если мотивация разработчика заключалась не только в функциональных соображениях, то такой ГПИ или его характеристики вряд ли будут сочтены «продиктованными исключительно технической функцией». Следовательно, если разработчик ГПИ может доказать, что его ГПИ был результатом собственного решения и выбора из нескольких вариантов и не основывался исключительно или в основном на технических соображениях, то такой ГПИ, скорее всего, не будет сочтен подпадающим под действие исключения на основании технической функции.

Следует помнить, что вне зависимости от того, идет ли речь о режиме патентов на образцы, подобном действующему в США или Японии, или о режиме

зарегистрированных образцов, как в ЕС, охраноспособность зависит от двух субстантивных требований. В США это новизна и неочевидность, а в ЕС — новизна и «общее впечатление». Понятие «новизна» не требует особых пояснений, хотя вопрос о том, что именно считается новым, может решаться по-разному. Требование о неочевидности в рамках американского режима концептуально аналогично такому же требованию в рамках более широко используемого режима полезных моделей, хотя первый режим менее жесткий. Понятие «общее впечатление» в рамках RCD обозначает следующее: отличается ли общее впечатление, производимое рассматриваемым образцом на информированного пользователя, от общего впечатления, производимого каким-либо существующим образцом, доступным общественности. Таким образом, как в США, так и в ЕС общий принцип состоит в том, чтобы оценить своего рода «расстояние» между тем, что уже существует (т. е. — на языке патентов — «известным уровнем техники»), и предметом рассматриваемой заявки. Цель заключается в том, чтобы не предоставлять охрану тем образцам, которые лишь незначительно отличаются от существующих образцов, вне зависимости от степени их новизны.

### 3. Товарные знаки и недобросовестная конкуренция

Охрана с помощью товарных знаков в основном относится к знакам, используемым в отношении товаров или услуг и указывающим на их коммерческое происхождение. В рассматриваемом контексте будут затронуты вопросы недобросовестной конкуренции, хотя потенциальный охват таких вопросов может быть гораздо шире. Как уже было отмечено в первой части, товарные знаки требуют регистрации, а использование законов о недобросовестной конкуренции — нет.

Первый вопрос, которым следует задаться, заключается в том, в какой степени ГПИ могут указывать на источник происхождения мобильного приложения. Конечно, многие ГПИ носят довольно общий и стандартный характер, но это верно не во всех случаях. Необходимо помнить, что наличия у приложения нестандартного ГПИ недостаточно. Также необходимо, чтобы его нестандартный характер мог быть воспринят соответствующей аудиторией как указание происхождения. В случае с ГПИ порог довольно высок. По сути дела, это означает, что пользовательский интерфейс мобильного приложения должен указывать на конкретный источник происхождения без использования других знаков, таких как логотип или название бренда (при условии что логотип и название бренда не являются частью изображения на экране).

#### 3.1. *Законодательство о товарных знаках*

Как было отмечено выше, обеспечение охраны с помощью товарного знака требует предварительной регистрации. Единого стандарта относительно права на регистрацию в мире не существует. В некоторых странах, таких как Китай, Япония, Россия и страны ЕС, режимы товарных знаков функционируют по принципу первого заявителя, т. е. право на товарный знак и приоритет не зависит от использования, а предварительное использование не является условием регистрации. В таких странах заявителям важно понимать, что, хотя регистрация дает право на охрану, фактическое использование не обеспечивает право приоритета. Поэтому, когда речь идет о двух конфликтующих товарных знаках, начинается буквально гонка за то, кто первый зарегистрирует свой знак, так как именно он и будет охраняться. Системы других стран, например США, Канады и

Индии, действуют по принципу первого использования, т. е. в основе прав на товарный знак лежит его использование, а не регистрация. Тем не менее и в этих странах регистрация является желательной, так как она укрепляет права, основанные на использовании.

Регистрационные требования могут в определенной степени зависеть от юрисдикции, хотя есть общие критерии, применяющиеся в большинстве случаев. Как и в любой заявке на регистрацию прав, предмет заявки на товарный знак должен быть определен четко и ясно. Хотя это не составляет особой проблемы в случае статичных ГПИ, таких как полный пользовательский интерфейс или отдельные элементы типа иконок, с анимированными элементами могут возникать сложности. В некоторых юрисдикциях разрешена регистрация таких элементов, как «знаки движения». В заявочной документации они, как правило, представляются в виде серии изображений, иллюстрирующих последовательность движений, в отношении которых испрашивается охрана. Как в США, так и в ЕС регистрация таких знаков разрешена, а предъявляемые к ним требования в принципе не отличаются от требований, предусмотренных законодательством в отношении обычных товарных знаков.

В дополнение к вышесказанному следует отметить, что заявитель должен быть способен доказать наличие у предмета своей заявки отличительного и неописательного характера. В случае заявок на ГПИ это может стать одним из основных препятствий. Именно на этом этапе заявитель должен показать, что предлагаемый товарный знак обладает определенной степенью отличительности и может служить указанием происхождения. Здесь могут таиться сложности: даже если структура интерфейса является уникальной, все же невелика вероятность того, что потребители будут изначально считать его указателем на конкретный источник происхождения. Вероятно, это связано с тем, что мы как потребители не привыкли рассматривать интерфейсы в этом качестве и более склонны относиться к ним только как к эстетическим, функциональным или произвольным характеристикам. Соответственно, заявителю гораздо проще доказать, что отличительный характер ГПИ или его элементов сформировался в процессе использования, а не возник изначально. По сути дела, это означает, что, хотя в системах, основанных на принципе первого заявителя, регистрация товарного знака в целом не зависит от предварительного использования, в случае тех товарных знаков, которые изначально не являются отличительными, заявителю следует обеспечить использование ГПИ в течение определенного периода, чтобы «научить» потребителей воспринимать его как указатель источника происхождения, а не просто механизм взаимодействия с устройством.

Но даже в тех случаях, когда заявителю удастся доказать наличие отличительного характера, есть еще одно серьезное препятствие на пути к регистрации, которое особенно актуально для ГПИ: исключение на основе функциональности.

Как было отмечено в первой части, такое исключение существует в большинстве юрисдикций, в частности в США, ЕС и Китае. Оно, по сути дела, предусматривает, что охране с помощью товарных знаков не подлежат те характеристики продукта, которые преследуют функциональные или технические цели. Подобные характеристики могут охраняться в рамках патентного права, если они соответствуют его строгим требованиям, но охрана с помощью товарных знаков невозможна. Этот аспект особенно актуален в контексте ГПИ, большая часть которых в общем-то предназначена для обеспечения взаимодействия пользователя с мобильным устройством. Если

характеристику, в отношении которой испрашивается охрана с помощью товарного знака, можно считать важной с точки зрения функционирования мобильного приложения или необходимой для достижения технического результата, то в охране может быть отказано. Хотя нет сомнений в том, что законодательство о товарных знаках не предназначено для поощрения инноваций технического или функционального характера, есть разные мнения по поводу того, что подразумевается под техническим или функциональным с точки зрения законодательства о товарных знаках. В каждой юрисдикции действуют собственные принципы и устанавливаются собственные границы охвата исключения на основе функциональности, которые могут несколько отличаться от принципов другой юрисдикции. Тем не менее можно с уверенностью утверждать, что в большинстве случаев предусмотренное законодательством о товарных знаках исключение на основе функционального или технического характера несколько шире, чем аналогичное исключение, действующее в отношении патентов на образцы и зарегистрированных образцов.

Например, в ходе судебного разбирательства в США между Samsung и Apple по поводу некоторых характеристик ГПИ Apple стало ясно, что те характеристики, которые считаются функциональными и, следовательно, не подлежащими охране в рамках законодательства о товарных знаках, не являются таковыми в рамках американского режима патентов на образцы. В результате использование компанией Samsung некоторых из этих характеристик стало основанием для установления ответственности в рамках режима патентов на образцы. Этот случай иллюстрирует преимущества наличия широкого портфеля прав ИС, охраняющих внешнее оформление продуктов. Несмотря на то что ответчику удалось оспорить правомерность охраны в рамках одного режима, рассматриваемое использование подпадало под действие другого права ИС, что в итоге стало основанием для установления факта нарушения прав.

Даже те ГПИ или их характеристики, которые не предназначены для достижения технического результата, могут тем не менее подпадать под действие своего рода отвлечения от принципа функциональности. Это актуально в тех случаях, когда соответствующая характеристика хотя и не выполняет технических функций, но повышает привлекательность продукта благодаря своим эстетическим качествам. Идея здесь состоит в том, что законодательство о товарных знаках предназначено не для того, чтобы обеспечивать вознаграждение за эстетические свойства, которые делают продукт более коммерчески востребованным по причине его внешней привлекательности. В противном случае такое законодательство может негативно влиять на конкуренцию, мешая конкурентам использовать те эстетические характеристики, которые могут повысить коммерческую привлекательность их продуктов не связанным с происхождением образом. Конечно, вряд ли нетехническая характеристика ГПИ может быть настолько внешне привлекательной, чтобы повышать коммерческую востребованность приложения или его ценность посредством именно эстетических свойств. Однако подобная ситуация возможна в случае высокохудожественных и технически нефункциональных характеристик. Тогда наиболее подходящим механизмом охраны будут зарегистрированные образцы или патенты на образцы.

Удовлетворяющим всем указанным выше критериям и потенциально регистрируемым знакам все же может быть отказано в регистрации по причине коллизии с уже зарегистрированными знаками или правами. Такая коллизия может иметь место, если предмет заявки идентичен или аналогичен другому охраняемому объекту, на который распространяются такие права, как товарные



знаки, авторские права или права на образец. Поверенный по товарным знакам может и должен принимать этот вопрос во внимание до подачи заявки. В случае выявления возможной коллизии следует рассмотреть возможность регистрации альтернативных образцов ГПИ, чтобы избежать возражений в отношении регистрации.

После успешной регистрации товарного знака на ГПИ или его характеристики владелец должен обеспечить его дальнейшее использование. Отсутствие такого использования в течение определенного периода (например, пяти лет в случае товарного знака Сообщества) может стать основанием для аннулирования и утраты регистрации. Кроме того, владелец товарного знака обязан отслеживать как собственное использование, так и использование правомочными лицензиатами и неаффилированными третьими сторонами идентичных или сходных до степени смешения знаков. В противном случае права на знак также могут быть утрачены. Таким образом, после регистрации товарного знака его владелец должен следить за использованием своего знака как аффилированными, так и неаффилированными третьими сторонами. Политика невмешательства в отношении использования знака третьими сторонами с большой вероятностью приведет к утрате прав на знак.

### 3.2. *Недобросовестная конкуренция. Краткое замечание*

Даже в тех случаях, когда товарный знак не был зарегистрирован, в отношении стороны, которая неправомерно использует ГПИ или его часть, при условии что такой ГПИ или его часть служат указанием происхождения приложения, могут использоваться меры правовой защиты, предусмотренные законодательством о недобросовестной конкуренции. В отличие от законодательства о товарных знаках, регистрация в этом случае не требуется.

В большинстве стран мира есть законы о недобросовестной конкуренции. В целом их можно разделить на две группы: действующие в странах общего права и действующие в странах континентального права. В странах первой категории обычно нет законов о недобросовестной конкуренции в широком смысле. Поэтому в рамках модели противодействия недобросовестной конкуренции стран общего права, которая, как правило, предполагает охрану незарегистрированных знаков, истцу необходимо доказать, что действия ответчика привели к неверному представлению сведений, в результате чего имело место введение потребителя в заблуждение. Поэтому с точки зрения точности такие режимы правильнее было бы называть режимами недобросовестной конкуренции на основе неверного представления сведений.

Для законодательства о недобросовестной конкуренции, действующего в системах континентального права, характерно более широкое применение. Его цель заключается в защите конкуренции от неправомерного присвоения репутации и положения, искажения, неверного представления сведений и недобросовестной практики в интересах конкурентов, потребителей и других субъектов рынка. Нередко ответственность может наступать даже в случаях, когда нет сведений о введении потребителей в заблуждение.

Вне зависимости от того, насколько в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции потенциально доступны средства правовой защиты, сам характер этого режима делает его менее предсказуемым с точки зрения рамок, в которых может действовать правообладатель, не опасаясь незаконного присвоения со стороны конкурентов. Поэтому всегда

целесообразно и желательно по возможности регистрировать ГПИ или его характеристики в качестве товарного знака. В отличие от законов о недобросовестной конкуренции, регистрация обеспечивает презумпцию действительности и как бы позволяет правообладателю заявить всему миру о своих монопольных правах.

#### 4. Патенты

Как отмечено выше, нередко именно весьма обтекаемая концепция «пользовательского опыта» отражает один из наиболее важных аспектов мобильного приложения. В большинстве случаев ключевую роль в создании и улучшении этого аспекта играют ГПИ. Но в какой степени они могут охраняться с помощью патентов (т. е. патентов на полезные модели)? Мы увидели, что для ГПИ или их характеристик, не обусловленных исключительно функциональностью, может быть доступна охрана с помощью патентов на образцы в США или зарегистрированных образцов в ЕС. Также мы увидели, что в случае как с товарными знаками, так и с авторским правом характеристики, имеющие не только функциональный характер, не всегда подлежат охране. Однако если тот или иной ГПИ или его аспекты являются функциональными и ориентированными на достижение технического результата, разработчик или издатель приложения может воспользоваться патентной охраной.

С учетом действующего законодательства США и ситуации с выдачей патентов на связанные с ПО изобретения получение патента на образец ГПИ, скорее всего, будет сопряжено с трудностями. Причина заключается в том, что суд, действуя в соответствии с текущей правовой позицией США по этому вопросу, наверняка захочет выяснить, улучшит ли соответствующий ГПИ функционирование самого компьютера или какой-либо технологический процесс. В случае отрицательного ответа — а именно он будет дан для многих ГПИ — патентоспособность изобретения будет зависеть от наличия в нем дополнительных специальных элементов. Хотя всегда полезно проконсультироваться по подобным вопросам со специалистом по американской патентной системе, в целом ситуация такова, что во многих случаях крайне сложно доказать наличие подобных дополнительных элементов, если предметом заявки являются характеристики ГПИ мобильного приложения.

Что касается европейских патентов, выдаваемых ЕПВ, то на них распространяется ряд исключений, к числу которых относятся исключения в отношении «представления информации» и «программ для компьютеров». Оба исключения актуальны в контексте патентной охраны ГПИ. По сути дела, чтобы их обойти, нужно доказать, что соответствующие характеристики ГПИ носят технический характер. Хотя за прошедшее время ЕПВ выдало много патентов на характеристики ГПИ, совершенно непонятно, сколько подобных патентов могло бы быть выдано сегодня с учетом действующего подхода ЕПВ к этому вопросу.

Хотя некоторые аспекты ГПИ, влияющие на простоту его использования, могут носить технический характер, многие другие аспекты таким образом охарактеризовать нельзя. К ним, в частности, относятся свойства эстетического характера или свойства, предназначенные для передачи информации. В прошлом ЕПВ было готово рассматривать аспекты ГПИ, снижающие когнитивную нагрузку на пользователя, в качестве потенциально обладающих техническим характером, но этот нестрогий подход, судя по всему, больше не актуален. Сегодня снижения когнитивной нагрузки благодаря тому, что

разработчик сделал определенный выбор в плане способа представления информации, более недостаточно для установления наличия технического характера. Кроме того, цвет, размер и форма объектов на экране, как правило, не считаются техническими аспектами ГПИ.

В заключение следует отметить, что с учетом требований большинства патентных систем мира характеристики ГПИ во многих случаях не являются патентоспособными. Тем важнее разработчикам и издателям мобильных приложений иметь в своем распоряжении целый спектр прав ИС, таких как авторские права, товарные знаки и патенты на образцы/зарегистрированные образцы, каждое из которых в принципе может использоваться для охраны различных аспектов ГПИ.

### **С. Охрана интерфейсов. Правовые и коммерческие аспекты. Краткий обзор**

Одним из ключевых компонентов мобильного приложения являются графические элементы, с которыми взаимодействует пользователь. Простота доступа к приложению во многом обеспечивает его популярность. Потребителей не интересуют код или текстовые команды, в силу чего для фактического использования приложения так важен графический пользовательский интерфейс (ГПИ).

ГПИ можно разделить на три категории:

- 1) общая структура интерфейса;
- 2) отдельные компоненты рабочей области;
- 3) анимированные компоненты, которые используются при взаимодействии пользователя с категориями (1) и (2).

Поскольку с точки зрения популярности приложения ГПИ играют большую роль, очень важно обеспечить их правовую охрану. В связи с этим в области интеллектуальной собственности существует несколько способов такой охраны. Далее описаны различные виды ИС, которые могут использоваться для охраны ГПИ, а также то, каким образом она осуществляется в рамках того или иного вида.

#### **1. Авторское право**

Авторское право обеспечивает охрану программного кода, который включает в себя части, относящиеся к ГПИ. Однако этого типа охраны не всегда достаточно. В основе одинаковых или аналогичных по сути ГПИ может лежать разный код. Поэтому авторско-правовую охрану необходимо оценивать с точки зрения изображения на экране, а не кода. Однако по поводу того, охватывает ли такая охрана изображение в рабочей области, единого мнения нет, поскольку ответ зависит от конкретной характеристики ГПИ и общих обстоятельств каждого отдельного случая.

Интерфейс  
в целом

Для того чтобы общий вид рабочей области мог подпадать под авторско-правовую охрану, он должен носить оригинальный и нефункциональный характер. Хотя многие элементы рабочей области являются стандартными, у них могут быть и оригинальные аспекты. Необходимо помнить,

	<p>что, даже если все аспекты по отдельности являются стандартными, их выбор и структура могут подлежать авторско-правовой охране, которая будет распространяться именно на такие выбор и структуру. Кроме того, необходимо доказать, что сам интерфейс не обусловлен соображениями функциональности и, следовательно, может охраняться в рамках авторского права.</p>
<p>Отдельные компоненты</p>	<p>Для того чтобы иконка подлежала охране, она должна включать в себя декоративный элемент. Использование стрелки в качестве указателя вряд ли позволит получить охрану. Также могут охраняться меню — при условии что они носят оригинальный и нефункциональный характер. Авторско-правовую охрану легче получить в том случае, если команды меню отличаются оригинальностью с точки зрения их выбора, структуры и организации.</p>
<p>Анимированные эффекты</p>	<p>Такие эффекты обычно представляют собой своего рода идею, и, следовательно, для выполнения требований о наличии оригинальности и нефункционального характера, необходимых для обеспечения авторско-правовой охраны, у них должен быть определенный уровень художественности.</p>

## 2. Образцы

В некоторых юрисдикциях эстетические и декоративные элементы ГПИ могут охраняться с помощью законодательства об образцах. Формы такой охраны в разных юрисдикциях отличны. Например, в США и Японии существуют патенты на образцы, а в ЕС — зарегистрированные образцы Европейского сообщества (RCD). Права на образец необходимо регистрировать, что, соответственно, сопряжено с определенными расходами. В ЕС такие расходы невелики, так как в ходе регистрации не проводится экспертиза по существу. Хотя в ЕС также параллельно действует режим незарегистрированных образцов, срок предоставляемой охраны в этом случае составляет всего три года, что не слишком подходит для ГПИ.

<p>Охрана ГПИ с помощью образцов в США</p>	<p>В США, чтобы на образец можно было получить патент, он должен отличаться новизной, неочевидностью и декоративным, а не функциональным характером. Неочевидность образца зависит от того «расстояния», которое разделяет этот и уже существующие образцы. Третий критерий вызывает наибольшие сложности в контексте ГПИ, так как ГПИ предназначены для обеспечения взаимодействия с пользователем. Функциональные образцы, в отличие от декоративных, не могут получить охрану с помощью этого инструмента. Однако в США требование об отсутствии функциональности толкуется узко и исключаются только те образцы, которые носят полностью функциональный характер. О нарушении прав на образец речь идет в том случае, если два образца настолько похожи, что это могло бы ввести в заблуждение обычного наблюдателя и заставить его купить один продукт вместо другого.</p>
--	---

Охрана ГПИ с помощью образцов в ЕС Действующий в ЕС режим RCD обеспечивает охрану образцов, которые отличаются новизной и имеют «индивидуальный характер». В ЕС при регистрации не проводится экспертиза по существу. Поэтому охрана начинает действовать по завершении регистрационных процедур. В случае обвинений в нарушении прав после регистрации предполагаемый нарушитель может использовать две стратегии защиты. Первая предполагает доказывание того, что образец ответчика производит другое общее впечатление. А второй заключается в том, чтобы попытаться аннулировать регистрацию образца истца. Когда дело касается ГПИ, такое аннулирование, скорее всего, будет основываться на исключении по причине технического характера. В настоящее время нет единого принципа, позволяющего установить, что та или иная характеристика «обусловлена исключительно своей технической функцией». Однако если в момент создания ГПИ существовали альтернативные варианты и если образец не является исключительно функциональным, то вероятность избежать применения такого исключения гораздо выше. В ЕС также применяется оценка «общего впечатления» от образца. Ее цель состоит в том, чтобы определить, производит ли рассматриваемый образец на информированного пользователя другое общее впечатление по сравнению с производимым уже существующими образцами.

### 3. Товарные знаки и законы о недобросовестной конкуренции как способ охраны ГПИ

Товарные знаки служат для охраны знаков, которые указывают на происхождение продукта. Для того чтобы ГПИ мог рассматриваться в таком качестве, необходимо продемонстрировать, что его нестандартный характер воспринимается соответствующей аудиторией как указание происхождения. Это существенное требование, поскольку оно означает, что, лишь глядя на ГПИ, без учета других связанных с брендом знаков, должно быть возможно узнать источник происхождения продукта.

#### 3.1. *Законодательство о товарных знаках и охрана ГПИ*

В таблице ниже освещены основные вопросы, связанные с экспертизой и обеспечением охраны ГПИ с помощью товарных знаков.

Регистрация	Обеспечение охраны с помощью товарных знаков требует регистрации. Однако в отношении процедуры регистрации не существует единого международного стандарта. Есть системы, функционирующие на основании принципа «первого пользователя», в которых приоритет основан на использовании, а не на регистрации. Регистрация статичного ГПИ обычно не
-------------	--

	представляет проблемы, но в случае с анимационными элементами ситуация сложнее. Регистрация движущихся или мультимедийных знаков допустима не во всех юрисдикциях — среди юрисдикций, в которых она предусмотрена, можно упомянуть, например, США и ЕС.
Отличительный характер	Необходимо показать, что объект заявки на регистрацию товарного знака имеет отличительный, а не просто описательный характер. Разработчик должен продемонстрировать, что ГПИ обладает определенной степенью отличительности и может служить указанием происхождения. Даже когда речь идет об уникальном интерфейсе, сложно предсказать, будут ли потребители воспринимать его как указание на источник. Поэтому в большинстве случаев необходимо обеспечить формирование отличительности ГПИ в процессе использования на рынке.
Функциональность	При регистрации товарного знака на ГПИ возможно применение исключения на основе функциональности. Если та характеристика, в отношении которой испрашивается охрана, будет сочтена важной с точки зрения функциональности или необходимой для достижения технического результата, то это может привести к отказу в охране по причине технического или функционального характера. Вопрос о том, что именно составляет такой характер, в разных юрисдикциях решается по-разному.
Приоритет регистрации	Даже если заявка на регистрацию товарного знака на ГПИ отвечает всем указанным выше критериям, есть вероятность отказа в регистрации по причине коллизии с более ранней заявкой. В этом случае рекомендуется по возможности изменить дизайн ГПИ, чтобы в перспективе избежать судебного разбирательства.
Сохранение прав на зарегистрированный знак	В случае регистрации товарного знака на ГПИ владельцу необходимо обеспечить его дальнейшее использование, так как в противном случае регистрация может быть отозвана или признана недействительной. Также владельцу следует отслеживать использование товарного знака лицензиатами или аффилированными третьими сторонами, обеспечивая использование знака в том виде, в каком он был зарегистрирован. Периодически необходимо оплачивать пошлину за продление, так как в противном случае срок действия регистрации истечет.

### 3.2. Недобросовестная конкуренция

В рамках законодательства о недобросовестной конкуренции возможно обеспечение правовой защиты в случае присвоения какой-либо стороной служащего указанием происхождения ГПИ мобильного приложения. В таком случае регистрация не требуется. В юрисдикциях общего права истец должен доказать, что действия ответчика привели к введению потребителя в заблуждение. В странах континентального права законы о недобросовестной конкуренции обычно шире, и наступление ответственности может иметь место и

без доказывания факта обмана потребителя. Однако использование законов о недобросовестной конкуренции менее предсказуемо, поэтому по возможности выгоднее зарегистрировать товарный знак на ГПИ.

#### 4. Патенты

Если соответствующие аспекты носят функциональный характер и предназначены для достижения технической цели, возможно обеспечение охраны в рамках патентного права.

##### 4.1. *Патентная охрана ГПИ в США*

В настоящее время получение патентной охраны ГПИ в США затруднено. Это связано с тем, что в большинстве случаев для получения патента заявитель должен доказать, что патентуемое изобретение способствует расширению функционала самого компьютера или улучшает существующий технологический процесс. Обычно в случае ГПИ это не так. При этом заявителю также нужно продемонстрировать, что ГПИ имеет дополнительные особенные элементы. По этому вопросу рекомендуется обратиться за юридической консультацией, но в целом доказать наличие таких дополнительных элементов, как правило, довольно сложно.

##### 4.2. *Патентная охрана ГПИ в ЕС*

В ЕС из патентной охраны исключены объекты, связанные с «представлением информации», и компьютерные программы. Для преодоления этих ограничений характеристики ГПИ должны носить технический характер. Ранее ЕПВ выдавало патенты на характеристики ГПИ, снижающие когнитивную нагрузку на пользователя (например, в силу своего интуитивного характера). Однако сегодня для установления наличия технического характера этого, судя по всему, недостаточно.

## ЧАСТЬ IV. ФУНКЦИОНАЛЬНОСТЬ

### **А. Введение**

Functio в переводе с латыни означает «исполнять». В контексте мобильных приложений функциональность — это то, что именно и каким образом ПО делает для пользователя с точки зрения взаимодействия с ним. Таким образом, в целях анализа функциональность понимается в широком смысле: как функции отдельного мобильного приложения, а также как форма их обеспечения. В качестве иллюстрации можно рассмотреть существующее мобильное приложение, например Snapchat. К числу выполняемых им функций можно отнести следующие: отправка фотографий или видеороликов, которые доступны для просмотра лишь несколько секунд, использование фильтров и масок на фотографиях. Таковы функции в самом общем смысле. Могут ли они в таком виде охраняться от имитации, если предположить, что они впервые начали использоваться именно в Snapchat (на самом деле это неправда — как фильтры, так и маски уже существовали в Instagram)? Если нет, то на каком уровне

конкретности охрана ИС возможна в отношении подобных функций и возможна ли она в принципе?

Что касается мобильных приложений, то, как правило, чем проще обеспечивается функциональность, вне зависимости от конкретных функций, тем больше шансов на успех. В качестве иллюстрации этой мысли можно вспомнить провал видеомэгнитофона Betamax — революционного устройства, которое в 1970-е годы выпускала компания Sony. По качеству картинки и сборки он явно превосходил своего конкурента — видеомэгнитофон JVC, но в итоге формат VHS все же выиграл. Это можно объяснить несколькими причинами. Первые пленки Betamax могли проигрываться только один час, тогда как длительность большинства фильмов составляла полтора часа. Во-вторых, в первые видеомэгнитофоны Betamax кассета вставлялась сверху, что стало настоящей проблемой для пользователей, которые хотели поставить такой мэгнитофон на небольшую тумбу под телевизором. Таким образом, причина провала видеомэгнитофона Betamax состояла в том, что он не соответствовал определенным техническим и функциональным потребностям той аудитории пользователей, на которую он был рассчитан. Эти факторы актуальны и сегодня при разработке мобильных приложений. Их успех во многом зависит от учета обоих аспектов.

Конечно, в случае успешности продукта очень вероятно, что конкуренты захотят его скопировать. В этой части будет рассмотрено, насколько такая имитация возможна, в частности с точки зрения интеллектуальной собственности.

Функции мобильного приложения необходимо определить и согласовать еще на этапе его проектирования. После этого необходимо отразить согласованные функции в спецификации приложения, чтобы в процессе разработки обеспечить их максимальную реализацию. Нередко после завершения этапа разработки проводится тестирование функциональности, в ходе которого проверяется, работает ли приложение в соответствии со спецификацией.

Некоторые функциональные аспекты, такие как GPS, камера или языковая поддержка, сами по себе имеют слишком общий характер и не могут охраняться каким бы то ни было образом. Однако когда речь идет об их особом сочетании с другими аспектами мобильного приложения, теоретически охрана ИС может распространяться и на некоторые функциональные элементы.

## **В. Охрана функциональности в рамках авторского права**

На первый взгляд, идея обеспечения авторско-правовой охраны такого неконкретного объекта, как функциональность, может показаться странной. Действительно, авторское право в основном предназначено для охраны литературных, визуальных и звуковых произведений, представленных в очень конкретной форме, например в виде текстов, фотографий, картин или музыкальных композиций. Как мы увидели, в случае ПО авторское право также может обеспечивать охрану самого кода или отличительных пользовательских интерфейсов. Однако даже в такой ситуации объект должен носить выразительный характер, т. е. обладать высокой степенью отличительности, что в контексте функциональности представить сложно.

### 1. Функциональность и дихотомия «идея — форма выражения»



Как уже было отмечено, с точки зрения дихотомии «идея — форма выражения» авторское право охраняет только формы выражения идей, а не сами идеи. Такое разделение на подлежащие и не подлежащие охране объекты широко признано во всем мире. Но, как нередко бывает, основные различия скрываются в мелочах. Что именно мы понимаем под идеями? И что такое идеи в контексте функциональности?

Вернемся к примеру с приложением Snapchat. Допустим, после его выхода на рынок появляется разработчик, который под влиянием успеха Snapchat хочет сделать аналогичное приложение. Какая степень имитации конкурентом функционала Snapchat не будет считаться нарушением авторских прав? Например, можно ли разработать мобильное приложение, обладающее такими же основными характеристиками, т. е. позволяющее посылать фотографии и видеоролики, которые доступны лишь несколько секунд? Нужно помнить, что этот вопрос затрагивает только саму функцию вне зависимости от того, как она обеспечивается. Поэтому технический результат — самоуничтожающиеся фотографии или видеоролики — может быть реализован несколькими способами. Технический процесс, обеспечивающий такую функцию, возможно, может охраняться с помощью патента, о чем пойдет речь ниже. Однако такая охрана, даже если она достижима, будет обеспечивать защиту только от тех конкурентов, которые используют те же технические средства для достижения указанного результата. Однако, как уже было отмечено, многие функции могут быть реализованы самыми разными техническими способами, и конкурент может использовать другой технический процесс для достижения того же результата. Возможно ли использовать законодательство об авторском праве для защиты от имитации тех функций, которые выполняет мобильное приложение? Может ли авторское право дать монополию на саму концепцию самоуничтожающихся фотографий и видеороликов тому, кто первый вывел ее на рынок? Как уже должно быть понятно, ответ отрицательный. Концепция самоуничтожающихся фотографий и видеороликов, на которые можно накладывать фильтры и маски, очевидно, относится к категории идей с точки зрения дихотомии «идея — форма выражения» и, следовательно, не подлежит охране в рамках авторского права. Но как будет показано далее, чем больше деталей, связанных с такой общей концепцией, копирует конкурент, тем выше вероятность наступления ответственности за нарушение авторских прав. Например, использование так называемых фильтров для изменения изображения, скорее всего, будет отнесено к категории идей и не будет охраняться авторским правом. Но что если фильтр будет позволять редактировать фото таким образом, что персонаж на нем будет «глотать радугу» или к нему можно будет добавить заячьи уши? Если оба подобных фильтра все-таки носят слишком общий характер и не могут охраняться как «форма выражения», то их можно совместить или добавить другие фильтры, которые по отдельности считаются идеей и не могут охраняться. Таким образом, тот факт, что концепция каждого отдельного фильтра является не подлежащей охране идеей, не означает, что копирование всего набора фильтров приложения Snapchat или его существенной части не будет считаться охраняемой комбинацией, даже если каждый фильтр по отдельности охране не подлежит.

## 2. Доктрина слияния

Бывают ситуации, когда в рамках дихотомии «идея — форма выражения» не сама идея, а ее форма выражения рассматривается как не подлежащая охране. Это связано с доктриной слияния. Хотя общее правило таково, что после «выражения» идеи такое «выражение» может охраняться авторским правом с

точки зрения дихотомии «идея — форма выражения», бывают ситуации, когда форма выражения не подлежит охране, если устанавливается факт ее «слияния» с идеей.

В рамках авторского права идея и форма ее выражения считаются слившимися, если не подлежащая охране идея может быть выражена лишь очень ограниченным числом способов, в силу чего форма выражения становится неотделимой от идеи. В этом случае охрана формы выражения идеи, по сути дела, означает охрану самой идеи. Другими словами, если есть только один способ выразить идею, то охрана этого способа означает, что соответствующую идею не сможет использовать никакое другое лицо (поскольку она обязует использовать указанный способ выражения), а значит, авторско-правовая охрана фактически будет предоставлена этой идее.

Доктрина слияния оказывает существенное воздействие на вопросы функциональности. Хотя описанные выше функции общего характера обычно не подлежат авторско-правовой охране на концептуальном уровне, некоторые из них могут быть технически реализованы лишь ограниченным числом способов с точки зрения лежащей в их основе программной структуры, последовательности и организации. Такие аспекты ПО могут носить «выразительный» характер сами по себе, в силу чего они должны были бы получать авторско-правовую охрану. Но если нет другого способа реализовать соответствующую концепцию и добиться необходимого результата, то такие выразительные элементы сливаются с неохраняемой концепцией и тоже начинают считаться не подлежащими охране. Цель применения правила слияния состоит в том, чтобы никто не мог получить правовую монополию на не подлежащую охране концепцию путем получения авторских прав на единственный способ ее выражения или реализации.

### 3. Мнения и толкование судей

В США дихотомия «идея — форма выражения» была впервые сформулирована еще в конце XIX века, в ходе рассмотрения одного дела в Верховном суде. Суду, в сущности, нужно было решить, возможно ли получение авторско-правовой охраны на оригинальную систему бухгалтерского учета. Нужно отметить, что вопрос состоял не в том, подлежит ли охране сам текст учебника, в котором излагались принципы работы системы, так как ответчик этот текст не копировал. Вместо этого ответчик прочитал книгу истца, понял, как работает система, и написал книгу сам, описав своими словами систему истца. Таким образом, вопрос заключался в том, подлежит ли авторско-правовой охране сама система. Верховный суд без колебаний постановил, что система бухгалтерского учета не является предметом авторско-правовой охраны. Если такая система и может охраняться, то в рамках патентного права, при условии что она отвечает его жестким критериям. В связи с этим Верховный суд постановил: *«Предоставление автору книги исключительных прав собственности на изложенную в ней систему, в отношении новизны которой не проводилось какой-либо официальной экспертизы, стало бы неожиданностью и обманом по отношению к общественности».*

Это концептуальное сходство между отличием книги с описанием системы бухучета от самой системы и отличием компьютерной программы от заложенной в ней логики и функциональности не раз подчеркивалось в ходе судебных разбирательств позднее, когда описанный выше ход мысли Верховного суда применялся к делам, связанным с функциональностью ПО.

### **С. Охрана функциональности в рамках патентного права**

Можно ли получить патентную охрану на способ функционирования мобильных приложений? Обеспечить охрану функции приложения может быть непросто. Однако патентоспособностью может обладать конкретный способ реализации функции. В США необходимо описать алгоритм работы функции. Охват охраны ограничивается только тем, что было объяснено. В ЕПВ не всегда необходимо раскрывать соответствующий алгоритм. Иногда можно дать определение изобретения путем описания необходимых шагов достаточно подробным образом, чтобы специалист в соответствующей области мог реализовать описываемую функцию. Благодаря этому может быть обеспечена несколько более широкая охрана.

В большинстве других юрисдикций, где есть возможность получения патента на ПО, используется аналогичный подход. Поэтому охват патентов, связанных с функциональностью, ограничен теми аспектами, которые полностью описаны в патентных заявках и, возможно, их логическими эквивалентами. В результате в некоторых случаях конкурент может с легкостью обойти такую охрану, разработав приложение с аналогичными функциями и не нарушив при этом права владельца патента. Хотя такие активы обладают стратегической ценностью, необходимо хорошо понимать охват связанных с ними прав. Проведение подобного анализа целесообразно как для владельца мобильного приложения, так и для разработчика, который намеревается включить существующую функцию в свое приложение.

### **Д. Охрана функциональности в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции**

В целом законодательство о зарегистрированных знаках не может обеспечить охрану функциональности мобильного приложения в чистом виде, так как регистрация товарного знака требует конкретности, которая обычно нехарактерна для описаний мобильных приложений, какими бы подробными они ни были.

При этом законодательство о недобросовестной конкуренции подходит для этих целей гораздо больше. Оно в принципе может обеспечить охрану от имитации и копирования функциональных или поведенческих элементов мобильного приложения в тех случаях, когда в отношении происхождения или принадлежности имитирующего приложения возникает путаница. Рассмотрим в качестве гипотетического примера функцию мобильного приложения типа «календарь», которая позволяет пользователю перетаскивать дату из электронного письма в приложение, тем самым создавая в календаре событие в указанную дату. Если такая функция характеризуется определенным образом действий, который присущ исключительно рассматриваемому приложению-календарю, то действия разработчика, который решит ее скопировать в собственном приложении и предоставить пользователям возможность перетаскивать события из электронной почты в приложение, могут быть признаны противоречащими законодательству о недобросовестной конкуренции. Вероятность наступления ответственности в этом случае зависит от таких параметров, как действия подражателя, восприятие общественности и подчинение конкретной юрисдикции. О них пойдет речь далее. Кроме того, указанная имитируемая функция не должна подпадать под действие исключения

на основе функциональности, которое предусмотрено во многих законах о недобросовестной конкуренции/внешнем оформлении товаров.

Что касается действий подражателя, то здесь основное значение имеет охват того, что имитируется. В гипотетическом примере выше не указано, как именно была скопирована функция. Совершенно очевидно, что сама идея или концепция перетаскивания элемента из письма в другое приложение вряд ли будет считаться охраноспособной в рамках законов о внешнем оформлении товаров. Не говоря уже о том, что эта концепция, скорее всего, будет подпадать под действие исключения на основе функциональности, которое предусмотрено большинством таких законов (а если охрана подобной концепции вообще возможна, то она могла бы быть получена в рамках патентного права в момент ее изобретения). Однако если подражатель из приведенного примера хочет не просто использовать ту же концепцию, но и скопировать способ ее реализации, т. е. сделать так, чтобы от пользователя требовались те же самые вводные действия, а программа выдавала тот же самый результат, то законы о внешнем оформлении могут оказаться полезны. Для того чтобы избежать применения исключения на основе функциональности, разработчику оригинального приложения необходимо показать, что способ реализации указанной концепции с точки зрения вводных и результата обусловлен свободным выбором разработчика оригинального приложения, а не ограничениями, налагаемыми функциональностью.

Кроме того, как и в случае большинства исков, связанных с внешним оформлением товаров, необходимо доказать, что концепция и способ ее реализации обладают достаточной отличительностью, в силу чего они ассоциируются у целевой аудитории с конкретным источником происхождения. Для этого обычно необходим определенный период весьма активного использования оригинальным разработчиком имитируемой функции, так как это позволяет целевой аудитории «научиться» связывать такую функцию с одним источником происхождения. В этом случае факт использования этой функции подражателем может вводить в заблуждение целевую аудиторию, заставляя ее думать, что между двумя приложениями есть связь, тогда как на самом деле это не так.

Следует отметить, что в подавляющем большинстве случаев вводные и результат, о которых идет речь выше, реализуются посредством ГПИ приложения. В связи с этим также может быть полезна третья часть настоящей публикации.

#### **Е. Резюме: практические последствия и факторы, которые нужно учитывать**

Как мы увидели, обеспечить охрану функциональности в принципе может быть непросто. Функциональность как абстрактную концепцию, как правило, можно безнаказанно копировать, если только она не охраняется патентом на конкретный способ реализации. Однако все может измениться, если функциональность объединена с визуальными отличительными элементами, такими как статичные или динамические графические характеристики.

Как было показано, такие отличительные элементы могут охраняться в рамках авторского права, законов о товарных знаках и внешнем оформлении товаров, а также законов об охране образцов. Таким образом, для разработчика «привязка» рабочей среды к охраняемым элементам может помочь в обеспечении

определенного уровня охраны функциональности приложения. Нужно отметить, что охраноспособность таких элементов следует рассматривать как по отдельности, так и совместно. В частности, вне зависимости от охраноспособности отдельных элементов, охране могут подлежать их набор и организация в мобильном приложении.

Привыкание пользователей к таким элементам и их превращение в неотъемлемую часть рабочей среды приложения может серьезно снизить шансы на успех стремящихся создать имитацию потенциальных конкурентов. Поскольку такие элементы невозможно скопировать без наступления ответственности в рамках законов об ИС, любые попытки создать полноценную имитацию приложения имеют меньше шансов на успех. Это связано с тем, что пользователи оригинальной версии будут неохотно переходить на новую, не содержащую тех визуальных элементов, к которым они привыкли.

## **Ф. Охрана функциональности мобильных приложений. Краткий обзор**

С точки зрения мобильных приложений функциональность — это те способы, посредством которых приложение реализует поставленные задачи. Это результаты работы и методы их достижения в ответ на действия пользователя. Хотя некоторые функции приложений, такие как навигация, камера или языковая поддержка, являются слишком общими и не подлежат охране, некоторые функциональные аспекты все же могут охраняться с помощью прав ИС.

### 1. Охрана функциональности в рамках авторского права

Как было показано, авторское право может обеспечивать охрану программного кода и выразительных пользовательских интерфейсов. Однако эти компоненты приложения отличаются определенностью. Что же касается функциональности, то для установления того, подлежат ли функции приложения авторско-правовой охране и, если да, в какой степени, может потребоваться изучение соответствующих законодательных положений.

Концепция	Принцип	Актуальность для мобильных приложений
Дихотомия «идея форма выражения»	Авторское право обеспечивает охрану форм выражения идей, а не самих идей.	- Чем больше конкретных деталей связано с общей концепцией, тем выше вероятность обеспечения авторско-правовой охраны. - Такой базовый элемент приложения, как фильтр, сам по себе может не подлежать охране. Но если фильтры носят отличительный характер и определенным образом объединяются, то на такое сочетание различных компонентов авторско-правовая охрана распространяться может.
Доктрина слияния	- Форма выражения идеи может не подлежать охране в	- Отдельные аспекты ПО могут носить выразительный характер и в принципе подлежать

- том случае, если она слилась с самой идеей.
- Идея становится неотделимой от формы ее выражения.
- авторско-правовой охране. Но иногда, если нет другого способа реализации идеи, лежащей в основе формы выражения, такая форма выражения может считаться неохраноспособной.
- Это препятствует получению монополии в тех случаях, когда идея имеет единственную форму выражения или ограниченное их число.

## 2. Охрана функциональности в рамках патентного права

В целом патент может обеспечить охрану функции мобильного приложения только в том случае, если такая функция реализуется раскрытым в заявке способом. Вопрос охраны функциональности посредством патентного права был рассмотрен выше на примере двух юрисдикций, которые были выбраны с учетом уровня развития их правовых систем ИС, а также характера рынка и отрасли мобильных приложений.

## 3. Охрана функциональности в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции

Законодательство о недобросовестной конкуренции может обеспечивать охрану от действий подражателя, пытающегося воспроизвести функциональные компоненты мобильного приложения, если такое воспроизведение вводит потребителей в заблуждение относительно происхождения приложения или его принадлежности. Для того чтобы понять, являются ли действия подражателя нарушением закона, нужно учесть два фактора: характер действий и восприятие потребителей. Нужно отметить, что имитируемые характеристики не должны подпадать под охват исключения на основе функциональности, которое предусмотрено законами о недобросовестной конкуренции некоторых юрисдикций.

### Отдельные аспекты охраны функциональности в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции

Действия подражателя	Во многих юрисдикциях концепции подпадают под действие исключения на основе функциональности.
Восприятие общественности	<p>Разработчики могут избежать применения этого исключения, если им удастся доказать, что выбор способа реализации определенной функции был произвольным и не был обусловлен исключительно желаемым результатом.</p> <p>Потребители должны связывать концепцию/функцию и способ ее реализации с разработчиком оригинального приложения.</p>
	Если такая связь существует, то приложение подражателя будет вводить пользователей в заблуждение в отношении происхождения или принадлежности вторичного продукта или услуги.

## ЧАСТЬ V. ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ, НЕ СВЯЗАННЫЕ С ИС

### **А. Введение**

В современном мире мобильные приложения стали необходимостью; широта и охват их применения существенно возросли. Хотя, вероятно, большая часть правовых аспектов, которые нужно учитывать при разработке подобных платформ, связана с ИС, есть и другие. Большинство подобных правовых вопросов касаются использования приложений потребителями. В связи с этим получает актуальность договорное право, особенно в том, что касается лицензионных соглашений с конечными пользователями. С такими соглашениями связаны различные правовые аспекты, включая защиту данных, конфиденциальности, прав потребителей и рекламные соображения. Не менее важен вопрос управления цифровыми правами, так как они также дают разработчикам возможность обеспечить охрану своего контента. В этой части будут рассмотрены правовые системы США и ЕС. Однако в зависимости от места скачивания и использования приложений могут быть актуальны и правовые особенности конкретной юрисдикции. Каждый из указанных вопросов будет раскрыт более подробно с точки зрения мобильных приложений.

### **В. Лицензионные соглашения с конечным пользователем**

В контексте мобильных приложений соглашения с конечным пользователем (EULA) — это договоры, в которых указаны условия использования приложения потребителем. Для разработчиков ПО такого рода соглашения являются одним из способов защиты своих инвестиций. Соглашения EULA используются для регулирования взаимоотношений между разработчиками и конечными пользователями. В них излагаются права каждой стороны. В подобных соглашениях обычно оговариваются различные вопросы. При этом явным образом подчеркивается, что EULA — это лицензионное соглашение, и определяются условия лицензии, т. е. указывается, является ли она неисключительной, с возможностью отзыва или не подлежащей передаче.

Как правило, в EULA прописываются все ограничения, которые владелец хочет наложить на использование приложения, а также обязанность пользователя дать согласие на соблюдение дополнительных условий и положений о конфиденциальности. Поскольку такие соглашения тесно связаны с вопросами ИС, самые важные положения касаются нарушений прав и права на прекращение действия лицензии при определенных обстоятельствах. Также важной темой является ограничение ответственности. Обычно встречаются два основных ограничительных положения. Первое относится к ограничению обязательств. Оно предполагает, что приложение передается пользователю по лицензии в готовом виде и, следовательно, лицензиар не обязан модифицировать его с учетом потребностей пользователя. Второе касается ограничения ответственности в отношении любого ущерба, который может быть нанесен аппаратному обеспечению пользователя в связи со скачиванием и/или использованием приложения.

Помимо регулирования отношений между разработчиком и конечным пользователем, в EULA могут быть прописаны и другие правовые моменты, если это необходимо для соблюдения законодательства о защите данных, конфиденциальности и прав потребителей, а также законов о рекламе.

### С. Защита данных и мобильные приложения

В 1995 году в ЕС была принята директива, в которой был прописан механизм защиты данных<sup>27</sup>. Ее цель заключалась в защите базового права на персональные данные, принадлежащего субъектам данных, а также обеспечении свободного обмена персональными данными на внутреннем рынке<sup>28</sup>. Государства-члены ввели в действие этот документ в целях регулирования сбора, использования, хранения, раскрытия и уничтожения данных. Также в этой области действуют и другие директивы, относящиеся к лицам, которые предоставляют услуги в интернете<sup>29</sup>. Разработчикам приложений, которые работают на рынке ЕС, важно понимать положения директивы о защите данных и связанные с ней особенности национального законодательства. При использовании мобильных приложений нередко требуется предоставление персональных данных<sup>30</sup>. Поэтому владелец соответствующего приложения обязан соблюдать определенные требования<sup>31</sup>. Необходимо обеспечить сбор минимального объема данных, требующихся для выполнения приложением своих функций, а также хранение таких данных лишь в течение того срока, пока они необходимы. Пользователи должны быть проинформированы о том, что произойдет с их персональными данными. Кроме того, им должен быть доступен простой способ связи с разработчиками, позволяющий сделать запрос в отношении собранных приложением персональных данных.

В США нет единого общего закона, регулирующего сбор и использование персональных данных. Поэтому для мобильных приложений в этом плане нет единого стандарта. На национальном уровне и уровне штатов действует множество законов и положений, которые разрозненно регулируют обращение с данными. Также есть множество рекомендательных документов, которые не являются обязательными в правовом смысле, но способствуют

---

<sup>27</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (Data Protection Directive), 1995 O.J. (L 281) 31.

<sup>28</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, 1995 O.J. (L 281) 31.

<sup>29</sup> Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector (Directive on Privacy and Electronic Communications), 2002 O.J. (L 201) 37; Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 On the Retention of Data Generated or Processed in Connection with the Provision of Publicly Available Electronic Communications Services or of Public Communications Networks and Amending Directive 2002/58/EC, 2006 O.J. (L 105) 54; Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 Amending Directive 2002/22/EC on Universal Service and Users' Rights Relating to Electronic Communications Networks and Services, Directive 2002/58/EC Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on Cooperation Between National Authorities Responsible for the Enforcement of Consumer Protection Laws, 2009 O.J. (L 377) 11.

<sup>30</sup> Под персональными данными понимается «любая информация, связанная с идентифицированным или идентифицируемым физическим лицом («субъектом данных»); идентифицируемым лицом является лицо, которое может быть идентифицировано прямо или косвенно, в частности, посредством ссылки на идентификационный номер или на один или несколько факторов, специфичных для его физической, психологической, ментальной, экономической, культурной или социальной идентичности», Data Protection Directive Article 2(a).

<sup>31</sup> Если издатели приложений выступают в качестве «контролеров и операторов», то они обязаны соблюдать положения Общего регламента по защите данных (General Data Protection Regulation, GDPR), Regulation (EU) 2016/679).



саморегулированию<sup>32</sup>. Сбор и использование персональных данных регулируется федеральным законодательством о защите конфиденциальности, в частности Законом об учреждении Федеральной торговой комиссии (FTC)<sup>33</sup>. Также действуют конкретные законы об обращении с данными в различных секторах, например в финансовом секторе и в медицине<sup>34</sup>. В соответствии с Законом об учреждении FTC запрещаются недобросовестные или обманные действия или практика, в том числе практика, не позволяющая обеспечить защиту личной информации потребителей. Также в рамках этого закона возможно принятие мер в отношении компании, не обеспечивающей защиту персональных данных потребителей<sup>35</sup>. FTC признает, что в разных сферах необходим разный уровень защиты. При этом комиссия установила некоторые общие критерии, которые необходимо учитывать при разработке политики защиты данных. К их числу относится назначение ответственного за вопросы безопасности, учет при сборе и хранении данных, а также шифрование собранных данных<sup>36</sup>.

В случае ведения деятельности в США, ЕС и большинстве других более развитых в правовом отношении юрисдикций необходимо обеспечить соответствие бизнес-модели действующему местному законодательству о защите данных, так как в противном случае возможны существенные денежные штрафы и уголовные санкции.

#### **D. Право на конфиденциальность**

Разработчикам мобильных приложений важно знать основные нормы законодательства о конфиденциальности. Во многих случаях они применяются совместно с положениями о защите данных. В 2013 году FTC разработала рекомендации по маркетингу мобильных приложений, которые касались и вопросов конфиденциальности. Основная идея состояла в том, чтобы учитывать такие аспекты с начала процесса разработки. Для этого было рекомендовано ограничить объем собираемой информации, а также обеспечить ее надежное хранение и уничтожение по мере необходимости<sup>37</sup>. Кроме того, разработчикам приложений предлагалось предоставлять пользователям возможность выбора настроек конфиденциальности и обеспечивать соблюдение обязательств в этой области, прикладывая дополнительные усилия для защиты конфиденциальности детей. Помимо регулирования со стороны FTC, действуют также законы штатов, необходимость соблюдения которых зависит от того, где будет распространяться приложение. Например, в Калифорнии в 2013 году выпущены рекомендации для «мобильных экосистем» в области обеспечения конфиденциальности<sup>38</sup>. Во многом они сходны с рекомендациями FTC, но

<sup>32</sup> I Jolly, 'Data Protection in the United States: Overview' Thomas Reuters Practical Law 2017 [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-502-0467?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-502-0467?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

<sup>33</sup> Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41–58.

<sup>34</sup> The Financial Services Modernization Act (Gramm-Leach-Bliley Act (GLB)) (15 U.S.C. §§6801-6827); The Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) (42 U.S.C. §1301 et seq.); The Electronic Communications Privacy Act (18 U.S.C. §2510) and the Computer Fraud and Abuse Act (18 U.S.C. §1030)

<sup>35</sup> FTC, 15 U.S.C. § 41.

<sup>36</sup> 'App Developers: Start with Security' Federal Trade Commission <<https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/app-developers-start-security>>.

<sup>37</sup> 'Marketing your mobile app: Get it right from the start' (April 2013) Federal Trade Commission [https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/pdf-0140\\_marketing-your-mobile-app.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/pdf-0140_marketing-your-mobile-app.pdf).

<sup>38</sup> K D Harris, 'Privacy on the go: recommendations for the mobile ecosystem' (January 2013) California Department of Justice [https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/privacy/privacy\\_on\\_the\\_go.pdf](https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/privacy/privacy_on_the_go.pdf).

предусмотрены и дополнительные меры, которые могут принять разработчики. К их числу относится разработка предельно понятной политики в области конфиденциальности для пользователей и потенциальных пользователей, а также использование более продвинутых мер, таких как «специальные уведомления» или краткие положения о конфиденциальности, призванные донести до пользователей соответствующую информацию.

Что касается мобильных приложений в ЕС, то вопросы конфиденциальности по большей части тесно переплетены с вопросами защиты данных, о чем говорилось выше. Помимо директивы о защите данных, актуальны также некоторые аспекты директивы о конфиденциальности в электронной среде<sup>39</sup>. Например, статья 5(3) этой директивы касается вопросов хранения информации, имеющей критическое значение для функционирования большинства мобильных приложений, и получения доступа к ней<sup>40</sup>.

### **Е. Защита прав потребителей**

Помимо вопросов защиты данных и конфиденциальности, при разработке мобильного приложения нужно помнить и об общих аспектах охраны прав потребителей.

В момент покупки мобильного приложения начинает действовать Директива 2011/83/EU «О правах потребителей». Подобного рода покупка считается «дистанционным контрактом» между разработчиком и потребителем. В связи с этим в директиве содержатся различные правила касательно требуемой информации и отмены покупки, которые необходимо соблюдать при заключении подобных контрактов<sup>41</sup>. В случае с мобильным приложением до заключения контракта издатель должен предоставить потребителю в четкой и понятной форме следующую информацию:

- основные характеристики приложения;
- общую стоимость и дополнительные сборы, предусмотренные приложением;
- механизм оплаты;
- если предусмотрено право на отказ, то условия реализации этого права и типовую форму отказа;
- если право на отказ не предусмотрено, информацию об этом или перечень обстоятельств, при которых потребитель теряет право на отказ;
- срок действия контракта; в случае бессрочных контрактов — условия прекращения действия контракта;
- если применимо, минимальный срок действия обязательств потребителя в соответствии с контрактом;
- функциональность цифрового контента, включая применимые меры технической защиты;
- интероперабельность цифрового контента с аппаратным и программным обеспечением, о которой должен знать покупатель;
- аспекты, связанные с действующими кодексами поведения.

В США меры по защите прав потребителей предусмотрены как на федеральном уровне, так и на уровне штатов. На федеральном уровне цель FTC состоит в том,

<sup>39</sup> Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

<sup>40</sup> Directive on privacy and electronic communications, Article 5(3).

<sup>41</sup> Consumer Directive, Art. 20.

чтобы не допускать «недобросовестные или обманные действия, предпринимаемые в торговле или влияющие на торговлю»<sup>42</sup>. С точки зрения комиссии, обман имеет место в том случае, если фактическое представление, акт бездействия или практика с большой вероятностью могут ввести в заблуждение потребителя, который действует разумно с учетом обстоятельств. Недобросовестная практика — это такая практика, которая приводит или может привести к существенному и обоснованно предотвратимому вреду для потребителя, не неся при этом в себе каких-либо компенсирующих такой вред преимуществ<sup>43</sup>. На уровне штатов защитой прав потребителей занимается генеральный прокурор штата, который обладает полномочиями для инициирования судебного разбирательства по таким вопросам и разработки политики в этой области.

Как и во многих других случаях, о которых шла речь в этой части, при выводе на рынок мобильного приложения также важно обеспечить соблюдение действующих в конкретной юрисдикции законов о защите прав потребителей.

## **Ф. Реклама**

Для мобильных приложений в принципе актуальны те же правовые аспекты, связанные с рекламой, что и для сайтов, электронной почты и других форм сетевого взаимодействия<sup>44</sup>. Нередко разработчик приложения получает код от рекламной сети или третьей стороны в целях размещения рекламы в приложении или сбора аналитики. Бывает так, что разработчики не в полной мере понимают функции этого кода, позволяя рекламодателям собирать определенные данные, при этом не предоставляя конечным пользователям информацию о такой практике<sup>45</sup>. Разработчики и рекламодатели обязаны обеспечить в таких вопросах прозрачность и надлежащий уровень раскрытия информации потребителям<sup>46</sup>.

В США реклама в приложениях должна соответствовать Закону о защите прав потребителей в связи с телефонными звонками и правилам Федеральной комиссии по связи (FCC). Рекомендации FTC относительно размещения на рынке мобильных приложений основываются на принципах Билля о правах в области конфиденциальности. Этими принципами среди прочих являются прозрачность, контроль и учет контекста<sup>47</sup>. FTC также контролирует соблюдение положений о правдивой рекламе, согласно которым рекламодатели в интернете должны обеспечивать ясное и понятное раскрытие информации, необходимой потребителям для принятия обоснованных решений о покупке<sup>48</sup>. Помимо законодательства, действуют также отраслевые стандарты, в которых

<sup>42</sup> FTC, 15 U.S.C. § 5(a).

<sup>43</sup> FTC, 15 U.S.C. § 5(a).

<sup>44</sup> Practical Law Intellectual Property & Technology, 'Mobile App Development: Key Legal Considerations' Thomas Reuters Practical Law 2017 [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-525-8637?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhpc=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-525-8637?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhpc=1).

<sup>45</sup> 'Mobile Privacy Disclosures: Building Trust Through Transparency' FTC Staff Report 2013 <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/mobile-privacy-disclosures-building-trust-through-transparency-federal-trade-commission-staff-report/130201mobileprivacyreport.pdf>.

<sup>46</sup> 'Mobile Privacy Disclosures: Building Trust Through Transparency' FTC Staff Report 2013 <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/mobile-privacy-disclosures-building-trust-through-transparency-federal-trade-commission-staff-report/130201mobileprivacyreport.pdf>.

<sup>47</sup> 'Marketing your mobile app: Get it right from the start' (April 2013) Federal Trade Commission [https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/pdf-0140\\_marketing-your-mobile-app.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/pdf-0140_marketing-your-mobile-app.pdf).

<sup>48</sup> Federal Trade Commission, 'FTC Seeks Input for Revising Its Guidance to Business about Disclosures in Online Advertising' (May 26, 2011) <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2011/05/ftc-seeks-input-revising-its-guidance-businesses-about>.

оговорены параметры рекламы в мобильных приложениях. Альянс цифровой рекламы опубликовал рекомендации под названием «Применение принципов саморегулирования в цифровой среде»<sup>49</sup>. Также свой кодекс поведения разработала организация «Национальная инициатива в области рекламы»<sup>50</sup>.

В ЕС третьи стороны, собирающие информацию посредством приложения в целях предоставления собственных услуг, например в случае персонализированной рекламы, считаются операторами данных, и в этом качестве на них распространяются законы о защите данных. В случае поведенческой рекламы требуется соблюдение требований о получении электронного согласия на обработку личных данных. Директива о конфиденциальности в электронной среде, которая вступила в силу в 2002 году<sup>51</sup>, должна быть заменена Регламентом о конфиденциальности в электронной среде, который, как ожидается, вступит в силу 25 мая 2018 года. Согласно проекту регламента, в контексте взаимодействия «бизнес — клиент» и в целях прямой электронной рекламы предполагается ввести требование о получении согласия потребителя<sup>52</sup>.

## **Г. Управление цифровыми правами и меры технической защиты**

Существуют и другие способы, с помощью которых разработчики приложений могут защитить свои авторские права и, следовательно, свои инвестиции. Управление цифровыми правами (DRM) — это широкое понятие, используемое в отношении ряда технологий, которые накладывают predetermined ограничения на использование и передачу охраняемого авторским правом цифрового контента<sup>53</sup>. В контексте DRM применяется два подхода: цель первого состоит в контроле копирования, а второго — в контроле просмотра, печати, изменения и других действий в отношении цифрового контента. Меры технической защиты (TPM) — это механизмы, посредством которых разработчик может контролировать и/или ограничивать доступ к охраняемым объектам. В ЕС определение TPM содержится в статье 6(3) Директивы 2001/29/ЕС об информационном обществе. В принципе TPM может представлять собой любую технологию, как аппаратную, так и программную, которая ограничивает возможности доступа к охраняемым авторским правом материалам без согласия правообладателя<sup>54</sup>. Обход таких механизмов сам по себе может являться основанием для наступления правовой ответственности, вне зависимости от факта нарушения авторских прав, которое может иметь место в результате такого обхода (например, если обход механизма контроля доступа осуществляется в целях несанкционированного копирования).

В США положения о запрете обхода TPM содержатся в Законе об авторском праве в цифровую эпоху (DMCA). Цель DMCA заключается в том, чтобы обеспечить запрет как самих действий по обходу TPM, так и любых устройств,

<sup>49</sup> Рекомендации размещены на [http://www.aboutads.info/DAA\\_Mobile\\_Guidance.pdf](http://www.aboutads.info/DAA_Mobile_Guidance.pdf).

<sup>50</sup> Кодекс поведения NAI: [http://www.networkadvertising.org/mobile/NAI\\_Mobile\\_Application\\_Code.pdf](http://www.networkadvertising.org/mobile/NAI_Mobile_Application_Code.pdf).

<sup>51</sup> Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

<sup>52</sup> R Boardman & G Sampedro, 'European Commission published proposed text for the new e-Privacy Regulation' (January 16, 2017) Bird & Bird <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/eprivacy-regulation-alert>.

<sup>53</sup> 'Digital rights management and technical protection measures' (November 2006) Office of the Privacy Commissioner of Canada [https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/technology-and-privacy/02\\_05\\_d\\_32/](https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/technology-and-privacy/02_05_d_32/).

<sup>54</sup> 'The WIPO Treaties: Technological Measures' (March 2003) IFPI <http://www.ifpi.org/content/library/wipo-treaties-technical-measures.pdf>.

услуг или технологий, основной функцией которых является обход TPM<sup>55</sup>. Такие меры считаются еще одним уровнем охраны, дополняющим предоставляемую авторским правом правовую защиту. TPM могут иметь различные формы, к числу которых относятся следующие:

- Использование электронного защитного устройства с электронным серийным номером. Такое устройство необходимо подключить к компьютеру для запуска программы.
- Использование регистрационного ключа, представляющего собой последовательность букв и цифр. Регистрационный ключ требуется при установке или запуске программы. Если ключ введен неверно, то программа не запустится. В случае многопользовательских приложений (например, многопользовательских игр) программа не запускается, если один и тот же регистрационный ключ используется несколько раз.
- Использование активации продукта через интернет, в ходе которой пользователю необходимо подключиться к интернету и ввести серийный номер, чтобы приложение могло осуществить превентивный контроль и сообщить производителю, кто установил программу и где, а также не допустить установки этого ПО другими пользователями с использованием того же серийного номера.
- Использование шифрования, например системы защиты от копирования (CSS), с целью усложнить возможность копирования. В рамках таких схем произведение шифруется с использованием ключа, встроенного в прошивку разрешенных к использованию проигрывателей, что позволяет использовать произведение только законным образом (обычно разрешаются ограниченные формы воспроизведения, но запрещается изменение или конвертация).
- Использование цифровых водяных знаков. Цифровой водяной знак — это цифровой сигнал или схема, включенная в цифровое изображение. У каждой копии может быть свой уникальный водяной знак (например, в целях идентификации законного получателя), или он может быть общим для нескольких копий (например, для указания на источник документа)<sup>56</sup>.

По поводу охвата и эффективности TPM озвучивались разные опасения. Одно из них состоит в том, что, поскольку обход мер технической защиты сам по себе является незаконным, такие меры могут использоваться для охраны контента, на который не распространяется действие авторского права.

#### **Н. Соглашения с разработчиками приложений. Некоторые типовые положения**

При разработке мобильного приложения важно учитывать правовые отношения между разработчиком приложения и той платформой, на которой приложение функционирует. Соглашения, регулирующие такие отношения, обычно состоят из стандартных положений, которые разработчики не могут изменить. Многие подобные положения являются типовыми для разных платформ. Далее будут рассмотрены стандартные соглашения с разработчиками, используемые тремя основными операторами платформ: Apple, Google и Microsoft. Однако следует отметить, что соглашение, используемое Apple, запрещает разработчику делать какие бы то ни было «публичные заявления» об условиях соглашения. Это

<sup>55</sup> G Hinze, 'Technological Protection Measures in the draft FTAA' Electronic Frontier Foundation <https://www.eff.org/pages/technological-protection-measures-draft-ftaa>.

<sup>56</sup> 'Digital rights management and technical protection measures' (November 2006) Office of the Privacy Commissioner of Canada [https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/technology-and-privacy/02\\_05\\_d\\_32/](https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/technology-and-privacy/02_05_d_32/).

несколько странно, так как в самом соглашении не дается определения того, что такое «конфиденциальная информация Apple».

Настоящая публикация посвящена правам интеллектуальной собственности и мобильным приложениям. Но с точки зрения проектирования, функционирования и маркетинга приложений могут быть актуальны самые разные отрасли права, не связанные с ИС. Однако рассмотрение подобных правовых вопросов не является задачей настоящей публикации. Соответственно, далее будет представлено лишь небольшое введение в некоторые из аспектов, регулируемых соответствующими лицензионными соглашениями. В случае заключения соглашения с указанными выше коммерческими структурами или другими операторами платформ разработчику следует получить независимую юридическую консультацию с учетом особенностей соответствующей юрисдикции.

#### 1. Лицензии, предоставляемые в соответствии с соглашением

При использовании платформ разработчики иногда обязаны предоставлять оператору платформы лицензию на свои приложения. Соглашение с Google предусматривает, что разработчик должен предоставить неисключительную лицензию без уплаты роялти, дающую возможность размещать приложение, давать на него ссылку, копировать, переводить, публично исполнять, публично выставлять, тестировать, распространять и использовать приложение иным образом. Также указано, что, используя эту платформу, разработчик предоставляет неисключительную, всемирную и бессрочную лицензию пользователям платформы и, следовательно, пользователям приложения. Разработчики могут добавить дополнительное соглашение с конечным пользователем, также регулирующее использование приложения. Google явным образом заявляет, что, помимо указанного в соглашении, разработчик сохраняет все права на приложение и что обе стороны сохраняют права, которые принадлежали бы им вне зависимости от соглашения. К числу таких прав относятся авторские права.

В соглашении Microsoft тоже указано, что разработчик не передает права собственности на приложение компании, но передает ей как его агенту или комиссионеру право на размещение, установку, использование, воспроизведение, публичное исполнение и передачу посредством любой цифровой технологии, форматирование и предоставление пользователям в целях выполнения Microsoft своих обязательств, предусмотренных соглашением с разработчиком приложения.

В соглашении Apple отдельно не оговариваются правовые отношения между контентом, предоставляемым разработчиком, и Apple как платформой. Однако указано, что ничто в соглашении между Apple и разработчиком не ограничивает права Apple на разработку, получение, лицензирование, вывод на рынок, продвижение или распространение продуктов, которые выполняют те же или аналогичные функции, что и продукт, созданный, произведенный или выведенный на рынок разработчиком, и могут конкурировать с ним. В соглашении Apple также предусмотрено, что в отсутствие отдельного соглашения компания вправе беспрепятственно использовать любую информацию, предложение или рекомендацию разработчика в любых целях. Однако явным образом указано, что такое использование осуществляется с учетом любых применимых авторских или патентных прав. Таким образом,

подобная лицензия не лишает разработчика авторских прав или патента (при его наличии) на приложение<sup>57</sup>.

## 2. Внесение поправок в соглашение

Что касается внесения поправок в соглашение с разработчиками, то Apple оставляет за собой право модифицировать его по собственному усмотрению. Поправки также могут касаться правил и политики. После этого ознакомление с внесенными изменениями является обязанностью самого разработчика. Apple рассматривает продолжение использования своего сайта в качестве согласия с дополнительными или измененными условиями.

В соглашении Google также указано, что компания вправе периодически вносить в него изменения. В этом случае копия нового соглашения и уведомление о внесенных изменениях размещаются на сайте и считаются принятыми разработчиком через семь дней после такого размещения, если он продолжает использовать платформу.

В соглашении Microsoft предусмотрено, что компания вправе вносить изменения в свое соглашение в любой момент по своему усмотрению. В соглашении не говорится о том, как происходит уведомление разработчиков о таких изменениях, но указано, что последнее изменение размещается в начале соглашения. Также нет информации о том, каким образом разработчики должны принимать изменения и в каком случае изменения считаются принятыми.

## 3. Прекращение действия соглашения

Основания и способы прекращения действия соглашений с разработчиками на трех платформах несколько различаются. Microsoft допускает прекращение соглашения любой из сторон в любой момент, по какой-либо причине или без нее, при условии направления письменного уведомления не менее чем за 60 дней.

Apple вправе прекратить или приостановить действие соглашения с любым зарегистрированным разработчиком в любой момент по собственному усмотрению. Однако разработчик также может расторгнуть соглашение по любой причине, уведомив Apple о своем намерении в письменной форме.

Google прекращает соглашение в случае, если: 1) имело место нарушение разработчиком положений соглашения; 2) таково требование закона; и 3) компанией принято решение о прекращении поддержки Google Play, магазина приложений Google. Разработчик вправе прекратить действие соглашения с Google путем направления письменного уведомления за 30 дней.

Следует отметить, что все три платформы могут удаленно блокировать приложения даже после их установки пользователями. Такие права предоставляются им в соответствии с лицензионными соглашениями и положениями о прекращении соглашения.

---

<sup>57</sup> Следует помнить, что некоторые лицензии могут прямо или косвенно влиять на способность лицензиара защищать свои патенты. Как было отмечено, до заключения соглашения разработчику приложений следует обратиться за юридической консультацией.

#### 4. Ограничение ответственности

В соглашениях всех платформ есть положение об ограничении их ответственности в отношении любого ущерба, который может понести разработчик в процессе использования платформы. Это означает, что разработчики используют платформы на свой страх и риск. Apple оговаривает отсутствие ответственности за задержку в поставке, потерю прибыли, данных, бизнеса или гудвилла, прерывание деятельности или любые коммерческие убытки или потери в связи с соглашением с разработчиками. Компания также ограничивает объем убытков, подлежащий компенсации по соглашению с ней, 50 долларами, кроме тех случаев, когда иное предусмотрено действующим законодательством в связи с причинением вреда здоровью.

Microsoft ограничивает объем возмещаемых убытков одним долларом. Кроме того, если это не запрещено законодательством штата или страны разработчика, компания ограничивает возможность разработчика получать возмещение убытков или ущерба. Google заявляет, что не несет ответственности за убытки, и отдельно подчеркивает, что не несет ответственности за утрату данных. Кроме того, эта компания использует в своих соглашениях положение о защите от ответственности. Согласно такому положению, если это разрешено законом, разработчик освобождает Google от ответственности по любым претензиям третьих сторон и/или в связи с прочими издержками, являющимися результатом использования разработчиком Google Play в нарушение соглашения с Google или возникающими в тех случаях, когда приложение нарушает авторские права, права на товарные знаки, внешнее оформление, патент или иное право ИС любого лица либо порочит какое-либо лицо или нарушает его права, связанные с публичностью или конфиденциальностью.

#### 5. Отказ от гарантии

Помимо ограничения ответственности, соглашения с указанными платформами включают также отказ от гарантии. Он касается того ущерба, который разработчик может понести из-за того, что платформа не функционирует так, как он ожидал, вне зависимости от того, справедливы ли такие ожидания. Такой ущерб может подразумевать потерю разработчиком данных из-за платформы, скачивание с платформы зараженного вирусом контента или отсутствие доступа к платформе из-за технических проблем. Таким образом, разработчик использует платформу в том виде, в котором она предоставляется, со всеми возможными ошибками и без каких-либо гарантий. Риск, связанный с использованием платформы, несет исключительно разработчик, который должен провести необходимые проверки, прежде чем использовать какие-либо характеристики или функции платформы. Помимо указанного выше, в соглашение Apple также включен отказ от гарантий точности, отсутствия нарушений прав, коммерческой пригодности или пригодности для какой-либо конкретной цели. Apple заявляет, что единственный способ защиты прав, который может использовать разработчик, недовольный услугами компании, заключается в прекращении использования таких услуг. В дополнение к перечисленному выше Google подчеркивает, что компания не несет ответственности за ущерб, нанесенный компьютеру разработчика, и за любую потерю данных, которая может иметь место в связи с использованием платформы или загрузкой каких-либо ее материалов. Следует отметить, что внутреннее законодательство нередко не допускает отказ от всех гарантий и предусматривает сохранение базовых гарантий, несмотря на попытки исключить посредством договора любую ответственность за состояние и функционирование товаров и услуг. Это особенно актуально в тех случаях, когда



стороны договора имеют неравные переговорные позиции, как в рассматриваемом примере. В случае необходимости особенности национального законодательства следует обсудить с местным экспертом по правовым вопросам.

#### 6. Законы, регулирующие применение соглашений

Все платформы пытаются сделать так, чтобы соглашение регулировалось законодательством конкретной юрисдикции. Например, в соответствии с соглашениями Apple и Google, отношения между платформами и разработчиками регулируются законодательством штата Калифорния. Обе компании явным образом исключают действие норм коллизионного права штата. В большинстве стран действует правило, согласно которому спор должен решаться в соответствии с законами той страны, где произошло деяние. Явным образом исключая действие положений коллизионного права, эти компании обеспечивают рассмотрение всех вопросов в соответствии с положениями своих соглашений. Несмотря на изложенное выше, соглашение о Google Play предусматривает, что компания все-таки вправе просить суд о принятии обеспечительных мер в любой юрисдикции. Что касается Apple, то компания не указывает один конкретный округ, но требует, чтобы разработчик был согласен с проведением судебного разбирательства в Окружном суде Северной Калифорнии, Высшем суде Калифорнии по округу Санта-Клара, Муниципальном окружном суде округа Санта-Клара или на любой другой площадке этого округа. В соглашении с разработчиками Microsoft предусмотрено, что применяется право штата Вашингтон. Применение коллизионного права также исключается. Кроме того, разработчик должен согласиться с исключительной подсудностью и местом проведения разбирательства в округе Кинг (штат Вашингтон). Однако применение законодательства штата Вашингтон имеет одно исключение. Если основное место ведения деятельности разработчика находится в Новой Зеландии, то действие соглашения регулируется законодательством Сингапура.

Как и в случае ограничения ответственности и отказа от гарантии, следует отметить, что национальное законодательство нередко ограничивает обеспечение использования законодательства определенной юрисдикции при любых обстоятельствах посредством договорных положений. Это особенно актуально, когда стороны обладают неравными переговорными позициями, как в рассматриваемом случае. Таким образом, применимость подобных положений необходимо подробно проанализировать с точки зрения внутреннего законодательства соответствующей юрисдикции.

#### **I. Дополнительные правовые аспекты, связанные с мобильными приложениями. Краткий обзор**

Помимо множества правовых аспектов ИС, для мобильных приложений также актуален целый ряд других правовых областей, о которых необходимо помнить разработчику при выводе приложения на рынок. К числу таких областей относятся договорное право (в частности, лицензионные соглашения с конечным пользователем), защита данных, защита конфиденциальности, защита прав потребителей и реклама. Также следует помнить о мерах технической защиты, которые могут обеспечить разработчику дополнительный способ защиты от несанкционированного копирования или использования.

## 1. Договорное право. Лицензионные соглашения с конечным пользователем

В подобных соглашениях прописаны условия, на которых потребитель может использовать мобильное приложение. Такие соглашения позволяют разработчикам защитить свои экономические инвестиции путем установления ограничений на использование приложения. Также может быть прописано, какие действия являются нарушением прав ИС, и предусмотрено ограничение ответственности разработчика и издателя приложения.



## 2. Защита данных

При использовании приложений пользователям нередко приходится предоставлять личную информацию. Такого рода данные требуют защиты. В разных юрисдикциях действуют разные механизмы защиты данных потребителей. Важно соблюдать требования законов о защите данных.

### 2.1. *Европа*

В Европе действует директива, цель которой заключается в обеспечении охраны принадлежащего субъектам данных базового права на персональные данные и содействии свободному обмену такими данными на внутреннем рынке. Применяются положения, регулирующие сбор, использование, хранение, раскрытие и уничтожение данных. В процессе создания и маркетинга приложения разработчику важно обеспечить сбор минимального объема данных, необходимых для решения конкретной задачи. Такие данные должны храниться как можно меньше, а предоставляющие данные субъекты должны быть проинформированы о том, что произойдет с их персональными данными, а также иметь возможность запросить у разработчика хранимые им персональные данные.

### 2.2. *США*

В отличие от Европы, в США нет единого закона о защите данных. На федеральном уровне и уровне штатов действует множество законов в этой области. Также в некоторых штатах предусмотрены рекомендации, которые являются ориентиром при использовании данных. На федеральном уровне вопросы, связанные с персональными данными, регулирует Федеральная торговая комиссия. Ее цель заключается в предупреждении недобросовестных или обманных действий или практики, в том числе тех, которые не обеспечивают защиту личной информации потребителей.

## 3. Право на конфиденциальность

Во многих случаях положения о конфиденциальности применяются совместно с положениями о защите данных. FTC опубликовала рекомендации по маркетингу мобильных приложений, которые среди прочего охватывают вопросы конфиденциальности. В них говорится, что соответствующие аспекты должны учитываться с начала процесса разработки приложений. Также в них содержится информация об ограничении, безопасном хранении и уничтожении собираемой информации. В Европе вопросы конфиденциальности тесно переплетены с вопросами защиты данных. В этой области действует не только директива о защите данных, но и директива о конфиденциальности в электронной среде, которая также касается вопросов хранения информации и доступа к ней.

#### 4. Защита прав потребителей

На покупателей мобильных приложений распространяется действие механизмов по защите прав потребителей. В ЕС подобные права закреплены в Директиве о правах потребителей, а в США среди прочего — в положениях FTC. В Директиве о правах потребителей указано, какая информация должна быть предоставлена потребителю при заключении договора с владельцем приложения.

Информация, которую должен предоставлять	владелец/разработчик приложения в ЕС	потребителю
Характеристики приложения	Если предусмотрено право на отказ, условия осуществления этого права	Функциональность цифрового контента, включая применимые меры технической защиты
Идентификационные и контактные данные разработчика	Если право на отказ не предусмотрено, информация об этом	Интероперабельность цифрового контента
Цена приложения и любые дополнительные сборы Способ платежа	Срок действия контракта и условия его прекращения Обязательства потребителя по контракту	Аспекты, связанные с действующими кодексами поведения

В США рекомендации FTC направлены на противодействие введению потребителей в заблуждение. В них запрещаются действия или практика, имеющие недобросовестный и обманный характер, а также негативно влияющие на торговлю.

#### 5. Реклама

Для мобильных приложений в принципе актуальны те же правовые аспекты, связанные с рекламой, что и для сайтов, электронной почты и других форм сетевого взаимодействия/контента. В США размещение рекламы должно соответствовать не только Закону о защите прав потребителей в связи с телефонными звонками, но и правилам Федеральной комиссии по связи. Также действуют рекомендации FTC о правдивой рекламе, в которых указано, что рекламодателям следует обеспечивать ясное и понятное раскрытие информации, необходимой потребителям для принятия обоснованных решений

о покупке онлайн. В ЕС разработчикам и издателям мобильных приложений при размещении рекламы в своих приложениях необходимо соблюдать Директиву о сравнительной рекламе и Директиву о недобросовестной коммерческой практике.

#### 6. Управление цифровыми правами и меры технической защиты

Разработчики мобильных приложений могут обеспечить дополнительную охрану своего контента посредством управления цифровыми правами (DRM). Меры технической защиты (TRM) — это механизмы, предназначенные для защиты охраняемого авторским правом контента. В Европе, США и множестве других юрисдикций обход TRM без согласия правообладателя может стать основанием для наступления ответственности, вне зависимости от факта нарушения авторских прав. TRM могут принимать самые разные формы, включая, среди прочего, следующие:

- 1) электронное защитное устройство;
- 2) регистрационный ключ;
- 3) активация продукта через интернет;
- 4) шифрование;
- 5) цифровые водяные знаки.

При этом DRM представляют собой технологии, используемые не только для защиты контента, но и для проведения платежей и регулирования поведения пользователей.

#### 7. Соглашения с разработчиками приложений. Некоторые типовые положения

Положение	Google	Microsoft	Apple
Лицензии, предоставляемые в соответствии с соглашением	<p>Разработчики предоставляют компании неисключительную лицензию без уплаты роялти, дающую возможность размещать приложение, давать на него ссылку, копировать, переводить, публично исполнять, публично выставлять, тестировать, распространять и использовать приложение иным образом.</p> <p>Разработчики предоставляют неисключительную, всемирную и бессрочную лицензию</p>	<p>Разработчики не передают компании права собственности на свои приложения, но дают ей право выступать в качестве агента или комиссионера.</p> <p>К числу предоставляемых прав относится право на размещение, установку, использование, воспроизведение, публичное исполнение и передачу посредством любой цифровой технологии, форматирование и</p>	<p>Указано, что ничто в соглашении между Apple и разработчиком не ограничивает права Apple на разработку, получение, лицензирование, вывод на рынок, продвижение или распространение продуктов, которые выполняют те же или аналогичные функции, что и продукт, созданный, произведенный или выведенный на рынок разработчиком, и могут конкурировать с ним.</p> <p>В отсутствие отдельного соглашения Apple вправе беспрепятственно</p>

	<p>пользователям платформы и, следовательно, пользователям приложения.</p> <p>Разработчики по желанию могут включить дополнительное соглашение с конечным пользователем.</p>	<p>предоставление пользователям в целях выполнения Microsoft своих обязательств, предусмотренных соглашением с разработчиком приложения.</p>	<p>использовать любую информацию, предложение или рекомендацию разработчика в любых целях с учетом любых действующих авторских или патентных прав.</p>
Внесение поправок в соглашение	<p>Компания вправе по собственному усмотрению периодически вносить изменения в соглашение.</p>	<p>Компания вправе изменять соглашение в любой момент по собственному усмотрению.</p>	<p>Компания оставляет за собой право изменять соглашение по собственному усмотрению.</p>
Прекращение соглашения	<p>Компания вправе прекратить действие соглашения, если:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) разработчик нарушил положения соглашения;</li> <li>2) таковое требование закона;</li> <li>и</li> <li>3) компанией принято решение о прекращении поддержки своего магазина приложений.</li> </ol> <p>Разработчик вправе прекратить действие соглашения с Google путем направления письменного уведомления за 30 дней.</p>	<p>Любая сторона вправе прекратить действие соглашения в любой момент, по какой-либо причине или без нее, при условии направления письменного уведомления не менее чем за 60 дней.</p>	<p>Apple вправе прекратить или приостановить действие соглашения с любым зарегистрированным разработчиком в любой момент по собственному усмотрению.</p> <p>Разработчик может прекратить действие соглашения по любой причине, уведомив Apple о таком намерении в письменной форме.</p>
Ограничение ответственности	<p>Указано, что Google не несет ответственности за любые прямые, косвенные, случайные, намеренные, последующие или штрафные убытки, независимо от причины и вида ответственности.</p>	<p>Если это не запрещено законодательством штата или страны разработчика, компания ограничивает или исключает возможности разработчиков получать возмещение убытков или ущерба.</p> <p>Объем возмещаемых убытков ограничен одним долларом.</p>	<p>Apple не несет ответственности за любые убытки, связанные с задержками в поставке, потерей прибыли, данных, бизнеса или гудвилла, за прерывание деятельности либо любые коммерческие убытки или потери в связи с ее соглашением с разработчиками.</p> <p>Компания ограничивает объем убытков, подлежащий компенсации по</p>

## Отказ от гарантии

Разработчики используют платформу в том виде, в котором она существует, и с учетом ее доступности.

Ответственность за любой ущерб, нанесенный компьютерной системе или другим устройствам разработчиков, а также за потерю данных в связи с использованием платформы несут исключительно разработчики.

Компания не дает никаких гарантий в отношении, среди прочего, условий коммерческой пригодности или пригодности для какой-либо конкретной цели, а также нарушения прав.

Разработчики используют платформу в том виде, в котором она существует, со всеми возможными ошибками и с учетом ее доступности.

Риск, связанный с использованием платформы, несет разработчик, а средства правовой защиты ограничиваются предусмотренными местным законодательством.

Соглашение регулируется законами штата Вашингтон, кроме тех случаев, когда основное место ведения деятельности разработчика находится в Новой Зеландии; в этом случае действие соглашения регулируется

соглашению с ней, 50 долларами. Компания не дает никаких гарантий в отношении того, что ее сайт, контент или услуги будут точными, надежными, своевременными, не содержащими ошибок или бесперебойными, а также что любой дефект будет исправлен.

Пользование платформой осуществляется на условиях использования в том виде, в котором она существует, и с учетом ее доступности.


Отсутствуют гарантии того, что любой скачанный контент не будет содержать вирусов, повреждений или вредоносных элементов.

Разработчики несут полную ответственность и все риски в связи с использованием услуг.

Единственный способ защиты прав в связи с неудовлетворенностью услугой заключается в прекращении ее использования. Соглашение регулируется законами штата Калифорния.

Законы, регулирующие применение соглашений

Соглашение регулируется законами штата Калифорния.



законодательством  
Сингапура.

## ЧАСТЬ VI. ГЛОБАЛЬНЫЕ ВЫЗОВЫ

Что касается борьбы с уже привычным обыкновенным пиратством, то основное — это выявление и преследование по закону. Это значит, что в случае несанкционированного копирования мобильного приложения для продажи не возникает сомнений в том, является ли это нарушением авторского права. Нередко пиратство сопровождается нарушениями прав на товарный знак, так как на незаконной копии обычно размещается товарный знак и логотип копируемого приложения. Разработчик может также рассмотреть возможность включения в код избыточных и дополнительных элементов, наличие которых в стороннем приложении может быть подтверждением копирования. Это позволит упростить установление факта нарушения авторских прав.

В июле 2017 года в журнале Forbes была опубликована статья, в которой сообщалось, что из-за пиратских приложений разработчики мобильных приложений теряют 3–4 миллиарда долларов в год. Ежегодно в мире устанавливается до 14 миллионов пиратских приложений, которые были украдены у их создателей. Как осуществляется кража приложения? Во многих случаях этот процесс скрыт не только от потребителей, но и от самих разработчиков, которые далеко не всегда понимают, что кто-то крадет часть потока доходов. Обычно все происходит следующим образом. Разработчик-пират загружает приложение из законного источника, например из Google Play. Затем производится деконструирование приложения, в него встраивается собственная методология монетизации, и приложение загружается в некоторые из сотен альтернативных магазинов. При скачивании и использовании таких приложений, а также при показе рекламы доход получает разработчик-пират.

Примечательно, что подобные приложения обычно более популярны в Китае и других развивающихся странах, тогда как в США и Европе подавляющее большинство приложений загружается через Google Play и iOS App Store. Основные методы борьбы с этой проблемой заключаются в выявлении фактов пиратства с помощью технических методов и мониторинга (например, двадцати-тридцати ведущих магазинов приложений), а также в проведении судебного преследования.

Но и помимо традиционного пиратства, разработчик мобильных приложений сталкивается с необходимостью выбора уровня охраны, доступного для мобильных приложений. Для того чтобы сделать такой выбор, требуется четкое понимание характера и различий режимов регулирования экосистемы ИС, а также преимуществ и недостатков каждого из них. При этом всегда нужно помнить, что в таких вопросах свой отпечаток накладывают и юрисдикционные особенности.

На основании изложенного выше в заключительной части будут рассмотрены ключевые факторы, влияющие на подобный выбор. Ее цель состоит в том, чтобы помочь читателю понять и увидеть их, а благодаря этому — в случае необходимости принять обоснованное решение.

Далее рассмотрены особенности охраноспособности основных аспектов мобильного приложения.

### **А. Риски, связанные с копированием и имитацией**

В этой части обзора будет рассмотрено, какие средства дает разработчику законодательство об ИС для защиты его приложений от присвоения или имитации конкурентами, а также какова вероятность достижения успеха в этом деле.

#### **1. Код**

Как было показано выше, код как таковой (в форме объектного или исходного кода) охраняется в рамках законодательства об авторском праве как литературное произведение. В целом любая часть кода, обусловленная выбором разработчика, а не влиянием внешних факторов, например функциональности, может подлежать охране вне зависимости от доли этой части в работе в целом. Таким образом, в принципе в рамках авторского права может охраняться часть кода размером менее 1 % от программы в целом, а конкурирующая программа, использующая такую часть, может быть признана нарушающей авторские права со всеми вытекающими из этого последствиями (например, наложение судебного запрета, конфискация и уничтожение товаров, присуждение убытков и истребование отчетности о полученной прибыли). Кроме того, нужно помнить, что в случае с исходным кодом наличие даже небольшой его части в конкурирующем продукте является основанием для того, чтобы поднять вопрос о доступе. Как конкурент получил и скопировал эту часть кода? Поскольку мобильные приложения, как правило, выпускаются на рынок в виде объектного кода, копирование исходного кода обычно говорит либо о незаконной декомпиляции, либо о нарушении законодательства о коммерческой тайне.

Выше отмечено, что часть кода «может» подлежать охране, а не «подлежит» охране. Это связано с тем, что в большинстве юрисдикций копирование охраняемого кода при определенных обстоятельствах не является нарушением. Например, как уже было показано, воспроизведение кода в целях обеспечения интероперабельности может не подпадать под действие авторского права в силу того, что это отвечает общественным интересам.

Несмотря на вышесказанное, следует отметить, что наличие идентичного кода в конкурирующей программе обычно предвещает неприятности для последней. Доказывание того, что такой код продиктован соображениями функциональности (т.е. не подлежит охране) или необходим для обеспечения интероперабельности (а значит, его воспроизведение является исключением с точки зрения авторского права), требует массы усилий, затрат и не дает никаких гарантий. Следовательно, разработчик мобильного приложения, обнаруживший такую часть кода в конкурирующей программе, находится в выигрышном положении с точки зрения переговоров с собственником такой программы, предположительно нарушающей закон.

#### **2. Внутренняя архитектура**

Описание некоторых элементов внутренней архитектуры мобильного приложения может содержаться в его технической спецификации или в



документации об архитектуре системы. Разработчики вправе решить, следует ли предоставлять свободный доступ к подобного рода элементам или документам.

К числу элементов внутренней архитектуры относятся такие объекты, как форматы файлов и алгоритмы, а также более широкие концепции, такие как SSO (структура, последовательность и организация). Наличие элементов внутренней программной архитектуры в конкурирующем приложении в первую очередь ставит вопрос доступа. Разработчик конкурирующего приложения должен был получить доступ к внутренней архитектуре целевого приложения, чтобы ее скопировать, если только она не была разработана самостоятельно. Нередко получение такого доступа возможно только с помощью обратного проектирования и декомпиляции. Как мы увидели, последний процесс существенно ограничен авторско-правовыми нормами и в принципе возможен только в целях интероперабельности, если вообще возможен. Как было отмечено выше, доказать, что декомпиляция или воспроизведение элементов внутренней архитектуры были необходимы для обеспечения интероперабельности, не так просто.

Описанная выше логика имеет один нюанс: совершенно неочевидно, что некоторые элементы архитектуры вообще подлежат охране. В этом случае нет необходимости доказывать, что воспроизведение требовалось в целях интероперабельности, поскольку доказывать факт исключения неохранных элементов из авторско-правовой охраны не нужно. Например, неясно, в какой степени в рамках авторского права в ЕС охраняются форматы файлов данных. Такие вопросы могут интересовать исследователей, но они не имеют отношения к рассматриваемой теме. Это связано с тем, что копирование подобных элементов требует в первую очередь получения к ним доступа. Как уже было отмечено, это обычно требует декомпиляции, которая, как правило, допустима в целях интероперабельности. Таким образом, даже если речь идет о неохранных в рамках авторского права элементе, само получение доступа к нему должно быть основано на требованиях интероперабельности.

Выше шла речь об авторском праве, но, как мы увидели, некоторые элементы внутренней архитектуры могут охраняться и в рамках патентного права. Например, некоторые файлы данных кодируют данные с помощью алгоритмов, подлежащих патентной охране. Если это так, то использование таких алгоритмов требует лицензии, так как в противном случае будет идти речь о нарушении патентных прав.

Если элементы внутренней архитектуры недоступны без декомпиляции (которая законна только в целях интероперабельности), очевидно, в их отношении выгодно использовать коммерческую тайну. Как уже было отмечено выше, сохранение в секрете информации, связанной с внутренней архитектурой мобильного приложения, имеет несколько явных преимуществ. Во-первых, в некоторых случаях имеет смысл указать в лицензионном соглашении, что такая информация является коммерческой тайной. Иногда это может способствовать усилению (в зависимости от юрисдикции) охраны таких элементов в рамках авторского права. Но даже если они не подлежат авторско-правовой охране или их воспроизведение может при определенных обстоятельствах считаться исключением из действия авторского права, рассмотрение их в качестве коммерческой тайны может позволить обеспечить охрану в рамках отдельной отрасли права, т. е. охраны коммерческих тайн. Во-вторых, это может помочь разработчику контролировать действия сотрудников после прекращения трудового договора. Если в течение его действия соответствующая информация надлежащим образом охранялась как

коммерческая тайна, то разработчик может препятствовать ее раскрытию бывшими сотрудниками в любом месте и в любое время. Правоприменение оговорок об отсутствии конкуренции или других ограничительных условий обычно зависит от того, считаются ли они справедливыми, разумными и оправданными, тогда как в отношении положений о конфиденциальности, касающихся коммерческих тайн, такие ограничения не действуют. Таким образом, положения об отсутствии конкуренции и другие ограничительные договорные условия обычно имеют определенный временной и географический охват, тогда как положения о конфиденциальности — нет. В заключение следует отметить, что элементы, которые не являются общедоступными, следует по возможности рассматривать в качестве коммерческой тайны. Что касается мобильных приложений, нескачиваемых и доступных только через сеть, то коммерческие тайны являются наиболее важным и эффективным методом их охраны. Помимо случая патентного права, которое обеспечивает охрану даже от независимой разработки, конкурент может получить доступ к мобильному приложению и скопировать элементы его внутренней архитектуры, только нарушив законодательство о коммерческой тайне. Поскольку приложение не может быть скачано пользователем, ни у кого нет возможности изучить его архитектуру и провести декомпиляцию. Таким образом, даже получение копии приложения может стать основанием для применения законодательства о коммерческой тайне, не говоря уже о получении документа с описанием внутренней архитектуры от бывшего сотрудника.

### 3. Пользовательские интерфейсы

Как мы увидели, при прочих равных (или сходных) условиях именно ГПИ (графические пользовательские интерфейсы) оказывают большое влияние на удобство пользования мобильным приложением и, следовательно, на его популярность. Именно ГПИ в значительной степени отвечают за так называемые «наглядность и восприятие» приложения, на которые также влияют интерфейсы командной строки и API. ГПИ также могут быть полезны с точки зрения брендинга приложения, обеспечивая привыкание пользователей к определенному типу рабочей среды, ассоциирующейся с конкретным источником происхождения.

Мы увидели, что, хотя патентная охрана ГПИ в принципе возможна, получить ее сложно. Таким образом, в большинстве случаев следует сосредоточиться на других способах, наиболее подходящими из которых являются охрана образцов и товарных знаков/внешнего оформления. С точки зрения этих форм охраны актуален вопрос функциональности. По сути дела, ни авторское право, ни товарные знаки, ни образцы не позволяют обеспечить охрану характеристик ГПИ, продиктованных функциональностью, так как охрана функциональности обеспечивается в рамках патентного права. При этом следует помнить, что между исключениями на основе функциональности, предусмотренными каждым из этих режимов прав ИС, есть существенные различия. Это нужно учитывать при разработке ГПИ. В принципе если в основе интерфейса лежит свободный выбор разработчика или соображения эстетического характера, то такому ГПИ с большей вероятностью удастся избежать исключения на основе функциональности и, следовательно, приобрести индивидуальный и уникальный характер, который поможет сделать его отличительным и упростит задачу обеспечения охраны от имитирующих продуктов-конкурентов.

В отличие от товарных знаков и образцов, авторское право не требует регистрации. Поэтому в случае возможных нарушений разработчик может подать иск против конкурента, создавшего продукт-имитацию, даже в тех

юрисдикциях, в которых не принимались предварительные меры в целях обеспечения охраны. В случае имитации незарегистрированного внешнего оформления, т. е. «наглядности и восприятия» мобильного приложения, разработчик также может подать иск против подражателя, в зависимости от того, о какой юрисдикции идет речь. Например, в Китае охрана незарегистрированных знаков в лучшем случае носит маргинальный характер, а в худшем — отсутствует в принципе. Таким образом, разработчику отличительного ГПИ в Китае можно рекомендовать зарегистрировать его. В противном случае, при копировании конкурентом отличительных характеристик ГПИ, в Китае его разработчик, в отличие от большинства юрисдикций мира, скорее всего, не сможет воспользоваться принципами защиты от недобросовестной конкуренции.

#### 4. Логические и поведенческие аспекты

Как было отмечено выше, помимо ГПИ, на общую «наглядность и восприятие» мобильного приложения влияют и неграфические элементы, такие как интерфейсы командной строки и API.

Такие элементы в принципе могут охраняться с помощью различных режимов ИС, включая законы о патентах, авторском праве и внешнем оформлении. Также было отмечено, что получить патентную охрану на них довольно сложно и это сопряжено с существенными предварительными затратами. При этом основными механизмами защиты от имитации со стороны конкурентов являются законы об авторском праве и охране внешнего оформления товаров. В случае авторского права функциональные элементы, представленные в виде поведенческих характеристик, вероятно, могут быть скопированы безнаказанно, тогда как такие элементы, как API, — нет. В некоторых юрисдикциях они могут в принципе подпадать под авторско-правовую охрану (например, это ясно показало недавнее судебное разбирательство между Oracle и Google, хотя пока не до конца понятно, будут ли API признаны охраноспособными с точки зрения авторского права в ЕС).

Общая наглядность и восприятие приложения могут играть важную роль, если они ассоциируются с конкретным источником происхождения. Это значит, что если эти аспекты носят достаточно отличительный характер и могут указывать на конкретный источник происхождения, то в большинстве случаев для их охраны и предотвращения присвоения могут использоваться законы о внешнем оформлении товаров. Поэтому по возможности разработчики должны помнить о такой зависимости в ходе проектирования и разработки приложения. Если характер функционирования приложения в достаточной степени отличается от того, что принято в отрасли, такое отличие может рассматриваться потребителями как указание на конкретный источник происхождения. Для того чтобы успешно использовать такое восприятие источника потребителями в целях защиты от подражателей, необходимо удостовериться в том, что те поведенческие аспекты соответствующего мобильного приложения, которые отличаются от принятого в отрасли, не обусловлены исключительно функциональными целями. Если особый характер функционирования приложения не связан только с функциональной задачей, а является результатом произвольного выбора разработчика, получение охраны в рамках законов о внешнем оформлении товаров гораздо более вероятно, равно как и обход ограничения на основе функциональности.

Конечно, необходимо помнить, что, в отличие от законов, регулирующих зарегистрированные товарные знаки, охрана внешнего оформления гораздо

менее унифицирована на международном уровне и ее охват в разных юрисдикциях существенно различается. Нужно помнить, что в Китае ее в принципе можно считать отсутствующей.

Что касается зарегистрированных товарных знаков, то общая наглядность и восприятие обычно не могут охраняться в таком качестве из-за требования конкретности, действующего в отношении заявок на товарные знаки. Однако, как мы увидели, отдельные элементы, как статичные, так и динамические, все же могут получить охрану. Такая охрана может сыграть очень большую роль в защите от подражательной конкуренции.

## **В. Резюме**

Мы увидели, что различные аспекты мобильного приложения могут охраняться с помощью разных прав ИС. Степень доступности такой охраны зависит от того, о каких элементах мобильного приложения идет речь, а также от конкретной юрисдикции. Использование некоторых прав ИС не требует предварительных затрат и регистрации, но есть и те, для которых регистрация необходима. В целом общий принцип заключается в следующем. Если разработчик знает, какой рынок будет основным для его приложения, рекомендуется рассмотреть возможность получения зарегистрированных прав интеллектуальной собственности, таких как товарные знаки, образцы и патенты. С точки зрения защиты от подражательной конкуренции может оказаться полезен весь спектр как регистрируемых, так и нерегистрируемых прав. Портфель таких прав позволяет владельцу использовать одно право ИС, если другое конкуренту удалось оспорить.

## **Об авторе**

Доктор Ноам Шемтов является лектором по вопросам интеллектуальной собственности и права в области технологий, а также признанным ученым в этой сфере. Он занимает должность заместителя руководителя Исследовательского центра коммерческого права Лондонского университета королевы Марии и читает лекции по темам, связанным с интеллектуальной собственностью, творческими отраслями и технологиями. Его исследовательские интересы также лежат в этих областях.

Доктор Шемтов возглавлял проекты и проводил исследования, финансируемые исследовательскими советами Соединенного Королевства, а также отраслевыми, наднациональными и коммерческими организациями. Он является автором множества публикаций.

Также доктор Шемтов регулярно выступает в качестве приглашенного лектора в испанских и голландских университетах, где он читает лекции по темам, связанным с интеллектуальной собственностью и технологиями. Он является квалифицированным солиситором в Соединенном Королевстве и Израиле.

## **Благодарность**

Благодарю Диану Ренуку Духия за помощь во всех аспектах этого проекта. Она проявила себя как внимательный, методичный и проницательный специалист, и ее вклад невозможно переоценить. Я также благодарен сотрудникам ВОИС, в

частности Димитру Ганчеву, за конструктивные комментарии и предложения. Их вклад был очень полезен при подготовке этой работы.