



ЗАХИСТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ. ПРОБЛЕМА КОНТРАФАКТУ

Віктор Ковальський,
*шеф-редактор газети "Юридичний вісник України",
кандидат юридичних наук*

Міжнародна спільнота докоряє українцям, що вони схильні до масового вживання фальсифікованих товарів. Особливо це стосується медичних засобів й препаратів, програмного забезпечення, харчових продуктів, будівельних матеріалів, виробництва продукції на лазерних носіях, а також порушень авторського права.¹

Зміни до Кримінального кодексу України (далі — КК) мали б привести правову реальність у відповідність до соціально-економічної ситуації. У соціальному контексті значення кримінального права, й зокрема охорона кримінально-правовими засобами права інтелектуальної власності, включає не тільки кримінально-правові норми, а й їх функціонування, тобто дотримання, використання, застосування, виконання, а також самих суб'єктів реалізації цих норм та відповідну правозастосовчу, правовиконавчу, правоохоронну, правостворюючу пра-

ктику. Тому питання про соціальну сутність кримінально-правової боротьби з контрафактом торкається також уявлень про справедливість, рівність громадян перед судом та законом, інших результатів застосування кримінально-правових та пов'язаних з ними засобів. Сьогодні під охороною кримінального права знаходяться близько дев'яноста об'єктів, таких як правоохоронювані інтереси та права людини, її особисті блага, національна безпека, конституційний устрій, суспільний (загальний) спокій, авторитет державних органів, громадських об'єднань, правовий порядок, а також право інтелектуальної власності. В професійній та масовій свідомості утворився певний стереотип ефективності державної охорони вказаних цінностей, якій представляє собою низку соціально-правових уявлень та очікувань щодо приводу жорсткості та справедливості кримінально-правового реагування. Тому важливо нагадати, що

¹ У лютому 2007 р. Міжнародний альянс захисту інтелектуальної власності (ІПА) включив Україну до списку країн, які підлягають пильній увазі через виробництво контрафактної продукції. З 16 держав, що потрапили до цієї категорії, Україна посіла шосте місце. В звіті ІПА наголошується, що в 2006 р. збитки від діяльності українських піратів склали \$320 млн. При цьому до цієї суми увійшли лише суми збитків від контрафактного програмного забезпечення і музичних дисків. Як повідомляється в ЗМІ, піратське програмне забезпечення складає 85% від того, що розповсюджується на українському ринку, а музична продукція піратів — до 60%. Перше місце в списку країн, що вимагають пильної уваги, посів Китай (збитки на \$2,2 млрд), на другому місці — Росія (\$2,1 млрд) і на третьому — Мексика (\$1 млрд). Див.: www.mignews.com.ua.



завдання кримінального закону має бути певним гарантом від зловживань, недотримання законодавства на будь-якому рівні соціального буття чи політичного управління державою².

Охорона найважливіших цінностей від злочинів, у тому числі кримінально-правових порушень права інтелектуальної власності, вимагає створення соціальної антикриміногенної ситуації в суспільстві, коли б вчинення злочинів викликало адекватне реагування, відновлення правового порядку та порушених прав, попередження злочинів як з боку винних, так і з боку осіб, які б в умовах безкарності вдалися до вчинення злочину. Виходячи з широкого розуміння охоронної функції щодо злочинів, мусимо вказати на значне міждисциплінарне забарвлення, яке вкладають у нього представники різних гуманітарних наук та напрямів. Тим більше, що нормативний склад попереднього й чинного Кримінальних кодексів України та практика їх застосування надають можливість трактувати соціальну природу охоронної функції неоднозначно. Виходячи зі структури охоронних відносин (які природно можна поділити на ті, що охороняють певні цінності, та ті, що потребують охоронного забезпечення), які мають забезпечити конституційні цінності від протиправних дій, ми знаходимо, що у кримінальному законі категорія "злочин" або "злочинне" не є єдиною, незважаючи на нормативне визначення поняття злочину (ч. 1 ст. 11 КК). Так, кон-

цептуально є різними розуміння злочину як посягання, злочину як формального правопорушення, злочину як правового конфлікту та злочину як відплати. Проте всі ці концепції злочину, виходячи із чинного КК України, зосереджені в ньому. Вони реалізовані у складі кримінально-правових норм. Власне про злочин як посягання йдеться у статтях 110, 111, 112, 113 КК тощо. Про злочин як порушення певних правил або процедур йдеться у статтях 110, 141, 143, 159, 159-1, 160, 162, 163, 172, 173, 176, 177, 229 КК тощо. Про злочин як про правовий конфлікт з потерпілим йдеться у контексті диспозицій статей 126, 293, 294, 355, 356, 357, 390, 391, 395, 404, 406, а про злочин як відплату — у статтях 127, 157, 158, 267, 267-1 КК України тощо.

Отже, соціальну природу охоронної функції кримінального права, зокрема й у царині захисту права інтелектуальної власності потрібно розглядати не тільки в нормативно-правовому аспекті як сукупність норм, а й як соціально-правове явище тобто як співвідношення сутності та явища. Злочинне як сутність є усталеним суспільно небезпечним відношенням, властиве лише загальним, глибинним криміногенним закономірностям, які характеризують кримінальну активність частини населення держави. Злочинне як явище охоплює певну частину сутності, тенденції та окремі прояви кримінальної активності, які локалізуються за сферою відносин, територіально або в певному соціумі.

² За соціологічними даними, отриманими в липні 2007 р. в результаті репрезентативного соціологічного опитування значна частина населення країни як національну загрозу сприймає нерівність громадян у сфері дії права, корумпованість владних інституцій. Див. більш докладно: www.usir.org.ua.



Сутність злочинного змінюється повільніше за явище злочинного. Так, корупція й хабарництво є пов'язаними між собою явищами, сутність яких полягає у спрямованому культивуванні у суспільстві протекціоністських відносин, проституція й сутенерство як явище по суті є відносинами сексуальної розпусти, що вражає частину суспільства. Порухення права інтелектуальної власності руйнує позитивне зобов'язання як правовий інститут, тобто як важливу правову цінність, й таким чином утворюється небезпека недотримання конституційних прав та обов'язків людини.

Універсальними категоріями, за допомогою яких у сучасній кримінології визначаються прояви кримінальної активності частини членів суспільства як неприйнятної та суспільно небезпечної феномену суспільного життя, є "злочинний вчинок" або "злочинна діяльність". Концептуально це є прийнятним для кримінального права, хоча категорія злочинної діяльності не визначена у чинному КК й потребує додаткового обґрунтування³.

Говорячи про злочинну діяльність, треба також додати, що в окремій нормі кримінального закону вже міститься юридичний факт, якій обумовлює дію цієї норми як юридичний наслідок певного правопорушення, яке може включати кілька епізодів, злочинних діянь. Наприклад, у ч. 1 ст. 176 КК (Порушення авторського права і суміжних прав) йдеться про незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних,

а так само незаконне відтворення, розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення, їх незаконне тиражування та розповсюдження на аудіо- та відеокаセットах, дискетах, інших носіях інформації, або інше умисне порушення авторського права і суміжних прав, що завдало матеріальної шкоди у значному розмірі. У ч. 2 даної статті йдеться про ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або завдали матеріальної шкоди у великому розмірі, а у ч. 3 — про аналогічні дії, передбачені частинами 1 або 2 цієї статті, які є вчиненими службовою особою з використанням службового становища або організованою групою й за умови спричинення матеріальної шкоди в особливо великому розмірі караються досить значною санкцією. Причому матеріальна шкода вважається завданою в значному розмірі, якщо вона становить двадцять і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, у великому розмірі — якщо її розмір становить двісті і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а завданою в особливо великому розмірі — якщо її розмір у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Проте питання визначення матеріальної шкоди залишається невирішеним, оскільки ні в КК, ні в ЦК та ГК подібне поняття не застосовується. До того ж, з 1 січня 2004 р. набрав чинності Закон України "Про податок з доходів фізичних осіб" від 22 травня 2003 р. № 889-IV. Відповідно до п. 22.5 ст. 22 Закону про податок з доходів розмір

³ Див.: **Закалюк А.П.** Курс сучасної кримінології: теорія і практика. — К.: Ін Юре, 2007. — Кн. 1. Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. — С. 122-155.



неоподатковуваного мінімуму доходів громадян у кримінальному законодавстві в частині кваліфікації злочинів встановлюється не в сумі 17 грн, а на рівні податкової соціальної пільги, визначеної пп. 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 цього Закону для відповідного року (з урахуванням положень п. 22.4 цієї статті). Згідно з пп. 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 згаданого Закону податкова соціальна пільга визначається у розмірі, що дорівнює одній мінімальній заробітній платі (у розрахунку на місяць), встановленій законом на 1 січня звітного податкового року, а у силу п. 22.4 ст. 22 цього самого Закону на перехідний період у 2004 р. податкова соціальна пільга встановлюється у розмірі 30% зазначеної суми податкової соціальної пільги, у 2005 р. — у розмірі 50% суми податкової соціальної пільги, у 2006 р. — у розмірі 80% цієї суми і, нарешті, у 2007 р. — у розмірі 100% суми податкової соціальної пільги. Отже, з 1 січня 2004 р. до 31 грудня 2004 р. один неоподатковуваний мінімум доходів громадян становив 205 грн (одна мінімальна заробітна плата (у розрахунку на місяць) $\times 30 / 100 = 61$ грн. 50 коп.). З огляду на викладене й відповідно до змін редакції ст. 176 КК, у 2006-2007 рр. значний розмір матеріальної шкоди (частини 1 статей 176, 177, 229 КК України) повинен бути більшим або дорівнювати 4000 грн (двадцять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), у великому розмірі (частини 2 статей 176, 177, 229 КК України) — 40000 грн (двісті неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), а у особливо великому розмірі — 2000000 грн (одна тисяча неоподатковуваних мінімумів доходів громадян). Таким чином, з 1 січня 2004 р. межа, яка

відокремлювала кримінальну відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності від цивільної та адміністративної відповідальності, зазнала певних змін. Подібна ситуація безумовно впливатиме на ситуацію боротьби з контрафактом, оскільки надає можливість порушникові з прямим умислом заподіювати своїми діями власникам матеріальну шкоду аж до 4000 грн включно, а також свідомо орієнтуватись на уникнення кримінальної відповідальності у випадку, якщо, наприклад, обсяги реалізації відповідної контрафактної продукції будуть меншими за вказану суму. Таким чином, порушення самої норми кримінального закону означає, що вона (ця норма) вже діє, а отже, функціонально обумовлений нею юридичний факт вже відбувся, хоча сама норма ще не застосовувалася. Тому стає очевидним, що порушене діями, передбаченими у диспозиції цієї статті, відношення є охоронюваним відношенням щодо позитивного зобов'язання, яке органічно зв'язане з фактом порушення норм іншої галузі права. Факт порушення позитивного зобов'язання, що міститься в охоронних нормах цивільного права (статті 431, 432, 433, 449, 458 ЦК), кореспондується з позитивним зобов'язанням щодо дотримання авторського або суміжного права, а не із заборобою щодо недотримання цього права. Тим самим, порушуючи охоронні норми цивільного права, правопорушник руйнує позитивне зобов'язання щодо авторського права чи суміжних прав, а отже, наближує застосування проти нього статей 176, 177, 229 КК.

Варто нагадати про те, що кримінально-правові заходи застосовуються, коли інший арсенал прав (циві-



ЗАХИСТ ПРАВ

льно-правовий або адміністративно-правовий) вичерпано. В той самий час у статтях 45, 46 КК України передбачена можливість звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з каяттям або примиренням винного з потерпілим. Для цього винна особа має повністю відшкодувати завдану шкоду та знайти примирення з потерпілим. Реалізація звільнення від кримінальної відповідальності вимагає саме відшкодування шкоди, завданої порушенням права інтелектуальної власності й документування факту примирення з власником (володільцем) цього права. Отже, в кримінально-правову процедуру вкладається цивільно-правовий спосіб захисту права інтелектуальної власності. При цьому власнику цього права не потрібно складати позовну заяву, сплачувати держмити за подання позову, нести витрати на відповідне забезпечення господарського процесу, брати участь у тривалому процесі судового розгляду справи, апеляційному та касаційному провадженнях, намагатися впливати на процедуру виконавчого провадження аж до повного виконання рішення суду. До речі, ціна справедливого захисту права інтелектуальної власності має бути не менша за ціну звільнення від кримінальної відповідальності за ст.

46 КК України, яка по суті є "ціною вибачення" або "ціною відновлення ділової репутації" власника права інтелектуальної власності, виходячи з повного задоволення його майнових інтересів.⁴

Як показує практика цивільно-правового вирішення питань компенсації за порушення акторських прав у зв'язку з незаконним розміщенням музичних творів на вебсайті, розмір подібної компенсації може дорівнювати значній сумі, виходячи із 20 мінімальних заробітних плат за кожний неправомірно використаний твір.⁵

Контент-аналіз публікацій, проведений редакцією газети "Юридичний вісник України" щодо загальнополітичних та професійних газет — щоденних: "Голос України", "Урядовий кур'єр", "День", щотижневих: "Дзеркало тижня", "Юридическая практика", "Юридическая газета" та "Юридичний вісник України", а також у щомісячному журналі "Книжковий клуб" за 2000-2006 рр. у 6916 номерах було виявлено 376 оприлюднених фактів порушень права інтелектуальної власності. Ці факти порушень структурно характеризуються наступним чином (варто зазначити, що в публікаціях іноді порушувалися питання права інтелектуальної власності щодо кількох порушень, тому

⁴ Досвід визначення розміру матеріальної шкоди напрацьований у Російській Федерації, де вже з 26 квітня 2007 р. діє постанова Пленуму Верховного Суду Російської Федерації № 14 "Про практику розгляду судами кримінальних справ про порушення авторських, суміжних, винахідницьких і патентних прав, а також про незаконне використання товарного знаку". Згідно з п. 25 цієї постанови при визначенні шкоди, що може бути визнана судом великою, суди повинні виходити із обставин кожної конкретної справи (наприклад, із наявності й розміру реальної шкоди, розміру упущеної вигоди, розміру доходів, отриманих особою в результаті порушення нею прав на результати інтелектуальної діяльності або на засоби індивідуалізації. При цьому враховується те, що особа, права якої порушено має право вимагати відшкодування поряд з іншими збитками й упущеної вигоди в розмірі не менше, за доходи, які отримує особа внаслідок порушення цього права. Проте при кваліфікації дій винних у справах про злочини, передбачених статтями 147, 147, 180 КК РФ судами не повинна враховуватися моральна шкода, яка в тому числі пов'язана з підривом ділової репутації. Див.: www.supcourt.ru/vs_docs.php.

⁵ Див.: Інтернет-пирати в нокдауне // Юридическая практика. — 2007. — № 48. — 27 ноября.



чітко встановити характер порушення не уявляється можливим, а тому сумарна кількість відсотків є більшою за 100):

- порушення авторських і суміжних прав склали — 71%,
- незаконне використання товарного знаку — 19%,
- порушення винахідницьких та патентних прав — 5%,
- неправомірний доступ до комп'ютерної інформації — 4%,
- порушення комерційної таємниці — 2%.

Об'єкти, щодо яких були вчинені протиправні дії це:

- аудіовізуальні твори — 37%,
- продукція звукозапису — 25%,
- програмне забезпечення для ЕОМ, у тому числі ігрові пристрої та програми — 21%,
- літературні твори — 9%,
- бази даних — 6%,
- твори мистецтва — 3%,
- географічні карти та атласи — 2%.

Питанням номер один у цих публікаціях є розширення контрафактного виробництва та продаж CD-дисків. Стихийний ринок продажу цього продукту підтримується його нескладною економікою. Умовна собівартість виготовлення одного диска, наприклад, складає дві-три гривні, оптова ціна нелегального виробника дорівнює чотирьом-п'яти гривням, а роздрібна ціна вже “зашкалює” за п'ятнадцять гривень. Отже, спосіб формування ціни виробника-реалізатора контрафакту — це подвійне покриття витрат на виробництво, продаж й ризику.

Але окрім економічної складової контрафакт має, так би мовити, й

свою ідеологією. Тут склалися дві протилежні ідейні позиції. Прибічники першої позиції, носіями якої є суб'єкти законодавчої ініціативи, контролюючі органи, імпортери та правоволодільці права інтелектуальної власності, вважають, що це є зло для держави, суспільства й економіки.⁶ Друга позиція, що є неформально поширеною думкою серед продавців, виробників-бізнесменів та загалу споживачів, полягає в тому, що це є ніби благо й захист від поширення занадто дорогої ліцензованої продукції. В основі подібної оцінки й практики лежить фінансове пристосування ринкового феномену контрафакту, інакше кажучи, його “близькість до народу”. Безперечно, що доходи частини населення від поширення квазіпродукту є набагато більшими, ніж від виробництва та продажу продукту в умовах нормальної ринкової діяльності. До того ж, враховуючи номенклатурний характер нашої економіки, ці доходи забезпечують згубну протекціоністську тенденцію у цій сфері та “правомірний захист”. Цей соціально-правовий феномен, на нашу думку, заслуговує на окреме спеціальне дослідження, оскільки види й форми кримінальної активності частини населення, що бере участь або підтримує тіньову економіку контрафакту, ще не знайшли ґрунтовного наукового пояснення. Треба зазначити, що й у зазначених публікаціях нами був встановлений досить широкий спектр думок щодо розуміння контрафакту (до речі, цей термін практично не застосовувався авторами публікацій, проте більш

⁶ Див. матеріали парламентського слухання 21 березня 2007 р. “Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування” Джерело: www.rada.gov.ua.



ЗАХИСТ ПРАВ

поширеними були іменування цього явища як "піратство", "порушення авторського права", "інтелектуальна крадіжка", "некритичне запозичення твору" тощо). Боротьба з цим явищем, активна протидія його розповсюдженню силами правоохоронних органів активно розпочалася лише п'ять-шість років тому, через що вона не завжди є системною, наступальною, активною. Більшість контрафактної продукції має імпортне походження. Тому потрібно зазначити, що в кожному випадку порушення кримінальної справи правоохоронним органам доводиться проводити експертні дослідження, що, по-перше, значно збільшує витрати на проведення процесуальних дій на стадії досудового слідства, а по-друге, є причиною тривалості розслідування.⁷

Незважаючи на наявність численних й різноманітних каналів збуту та виробників, на жаль, єдиної системи заходів, ефективної політики державної протидії розповсюдженню контрафакту не існує. Найчастіше такі факти виявляють у торговельній мережі та на ринках. Саме тут відкрито реалізується найбільша кількість контрафакту. Визначені місця свідчать про те, що така продукція встановлюється лише на стадії обігу, тобто в процесі реалізації або на стадії зберігання. Концентрація компетентних органів лише на стадіях збуту контрафактних матеріальних носіїв права інтелектуальної власності свідчить про

значну латентність самого процесу виготовлення такої продукції, слабкі оперативні позиції правоохоронних органів щодо місць нелегального виготовлення, а також первісного зберігання та підготовки до збуту контрафактної продукції.

Варто зазначити, що одним із основних засобів боротьби з CD-піратством на сьогодні є контрольна марка, а засобом боротьби з лжеавторами й лжевиданнями є голографічне позначення товару. Щодо наукових та організаційних засобів, то, на нашу думку, таким має стати індекс цитування тих чи інших творів, видавництва та авторів. Власне йдеться про фіксовану запитаність об'єктів права інтелектуальної власності. Введення ґрунтовної методики розрахунку подібного індексу має розставити на своїх місця й наукові кола, й особливо деяких амбітних керівників державних установ, керівників наукових та навчальних закладів, які допускають подібні речі. У цьому зв'язку варто зазначити, що допоки існує величезний цінновий диспаритет між фальсифікованим і ліцензованим продуктом, — контрафакт у нашій державі поширюватиметься. Тому сьогодні, на нашу думку, проблема полягає в обмеженні його руйнівного впливу на економіку, підтримку системи захисту права інтелектуальної власності, включаючи й застосування норм кримінального закону. ◆

⁷ Див.: Сахно Ю. У боротьбі з інтелектуальним піратством // Юридичний вісник України. — 2007. — № 34