

Посібник підготовлений Представництвом IFPI в Україні при сприянні Європейського патентного відомства в рамках проекту "Створення рамочних умов для захисту прав інтелектуальної власності" до семінару для співробітників правоохоронних органів 1-2 червня 2005 в м. Києві.

Думки, висновки та тлумачення, викладені в цій брошурі можуть не збігатися з поглядами Європейського Союзу, та не повинні сприйматися як відображення його політики

Упорядники: Ілінг В.В., Михайлов І.А., Ручкін А.І.

Надруковано ТОВ "Сейв", Київ, 2005

Тел.: (044) 537-20-83, 529-48-28

Замовник: Проект ЕПВ/ЄС

"Створення рамочних умов для захисту прав інтелектуальної власності", IFPI

Тираж 1000 пр.

Питання призначення та проведення експертизи у кримінальних справах про порушення авторських прав та суміжних прав

Збільшення кількості правопорушень у сфері авторських і суміжних прав привело до росту кількості експертиз і досліджень по виявленню ознак контрафактної аудіо- і відеопродукції, що призначаються до експертних установ Міністерства Юстиції України. Наприклад, в 2002 - 2004 роках лише у Харківському НДІСЕ було виконано більше 400 експертиз з дослідження таких об'єктів інтелектуальної власності, як фонограми, аудіовізуальні твори, комп'ютерні програми та бази даних, матеріальними носіями яких є аудіо-відеокасети та компакт-диски. Було досліджено більше 20000 компакт-дисків і відеокасет на предмет наявності ознак контрафактної продукції. Однак, незважаючи на істотне збільшення в останні роки загальної кількості виявлених фактів порушень авторського і суміжних прав, експертизи за даною категорією справ часто не призначаються. У багатьох випадках це означає неповноту дізнання та досудового слідства, або припинення кримінальної справи за підставами, що реабілітують. Тому проведення експертизи за даною категорією справ у більшості випадків є необхідним.

Ефективність розкриття та розслідування злочинів багато в чому залежить від використання в кримінальному процесі загально-наукових, технічних та інших спеціальних знань. Юридичні знання не відносяться до спеціальних знань. Спеціальними знаннями в кримінальному процесі є знання, які властиві різним видам професійної діяльності, за винятком знань, що є професійними для слідчого та використовуються при розслідуванні злочинів з метою сприяння встановленню істини в справі у випадках, формах і порядку, що передбачені кримінально-процесуальним законом.

Чітко розмежувати загальнодоступні й спеціальні знання складно. У низці випадків слідчий (суддя), використовуючи загальнодоступні знання, може самостійно вирішити те або інше питання. Однак результати, які будуть отримані при цьому, не матимуть доказового значення в справі. Результати повинні бути отримані у формі, що встановлена кримінально-процесуальним законом (участь спеціаліста у провадженні слідчих дій й судова експертиза).

Участь спеціаліста при провадженні слідчих дій регламентує стаття 128-1 КПК України. Метою залучення спеціаліста до участі в слідчих діях є розширення практичної можливості слідчого по виявленню, закріпленню і вилученню доказів. Слідчий викликає спеціаліста за своїм розсудом у випадках, коли визнає за необхідне використати спеціальні знання при провадженні будь-якої слідчої дії.

Спеціаліст, про якого йдеться в ст. 128-1 КПК, відрізняється від тих осіб (часто їх теж називають спеціалістами), спеціальні знання яких слідчий (суд) використовує у формі усних консультацій при плануванні слідчих дій. Консультації цих осіб мають позапроцесуальний характер і не відображуються в матеріалах справи. Закон також не надає процесуального статусу результатам діяльності спеціаліста, які мають право на існування тільки у формі позапроцесуального документу - висновку спеціаліста, і не визначає їх як можливе джерело доказової інформації.

Використання спеціальних знань в галузі дослідження аудіовізуальної продукції до порушення кримінальної справи дозволяє застосовувати швидкі дії для збору необхідних доказів, а саме: проведення в короткий термін повноцінного дослідження декількох тисяч компакт-дисків, аудіо- і відеокасет, значної кількості техніки, яка використовувалася для тиражування творів та їх поліграфічного оформлення, десятків і сотень документів, що зберігаються у пам'яті комп'ютерів і відіграватимуть роль доказів. Найчастіше спеціалістові потрібне спеціально обладнане комп'ютеризоване робоче місце, спеціальні методики дослідження, а іноді - використання всього обсягу професійних знань в галузі судово-експертного дослідження об'єктів авторського й суміжних прав, комп'ютерної техніки й інформаційних технологій, технічного дослідження документів.

Судова експертиза взагалі й, зокрема, аудіовізуальної продукції, є найбільш кваліфікованою формою використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві й процесуальною формою одержання нових і уточнення (перевірки) наявних доказів. Згідно ст. 1 Закону "Про судову експертизу" судовою експертизою є „дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду". Експерт зобов'язаний за результатами проведеного дослідження скласти висновок, що стає самостійними доказом.

Згідно з діючим законодавством України експертиза може призначатися тільки після порушення кримінальної справи. У статті 75 КПК України вказано, що „експертиза призначається у випадках, коли для вирішення певних питань при провадженні в справі потрібні наукові, технічні або інші спеціальні знання. ...Питання, які ставляться експертіві, його висновок по них не можуть виходити за межі спеціальних знань експерта." Слідчий повинен ясно усвідомлювати ціль і сучасні можливості судової експертизи. Є очевидним, що слідчий (суддя) не може й не повинен володіти спеціальними знаннями, які можуть бути корисними для встановлення істини по справі. Тому співробітники правозастосовчих органів використовують інформацію, що є результатом методичної роботи судово-експертних установ: лекції, пам'ятки з підготовки матеріалів для проведення судової експертизи тощо. Однак, після прийняття рішення про призначення експертизи у більшості випадків виникає необхідність отримання консультацій спеціаліста. Це стосується конкретних питань, які можуть вирішуватися судовими експертами, обсягу наданих на експертизу матеріалів (у тому числі зразків легітимної продукції), меж компетенції експертів, способів упакування й транспортування речових доказів тощо.

Вилучена аудіовізуальна продукція може бути легітимною, або тільки частина продукції може бути контрафактною, тому що ознаки контрафактної продукції на деяких зразках (наприклад, відсутність контрольної марки України) ще не свідчать про те, що продукція є контрафактною (марку міг продавець переклеїти на упакування іншого екземпляру аудіовізуальної продукції). Та навпаки, ознаки заводського виробництва дисків і касет (їх упакувань, марок, поліграфічного оформлення тощо) ще не свідчать про те, що продукція є легітимною, бо вона могла бути виготовлена поза обсягом, що передбачений ліцензійною угодою. У даному випадку для виявлення „неочевидних" ознак контрафактної дисків і касет застосування спеціальних знань є необхідним. Тому є доцільним експертне дослідження контрафактної аудіовізуальної продукції розпочинати при огляді місця події, де є десятки тисяч дисків і касет. Таким чином вилученню підлягатиме тільки та аудіовізуальна продукція, яка має ознаки контрафактної.

Контрафактна аудіовізуальна продукція, як і багато інших об'єктів судової експертизи, мають безліч властивостей (ознак), які присутні в матеріалізованому виді й тому доступні для дослідження експертів різних

експертних спеціальностей. У Харківському НДІСЕ проводиться наукова робота з розробки основних положень судової експертизи контрафактної аудіовізуальної продукції. Результати наукової роботи втілюються у практичну діяльність судових експертів провадження великої кількості експертиз з дослідження цих об'єктів.

При експертному дослідженні аудіовізуальної продукції використовуються спеціальні знання таких родів судових експертиз:

- ✎ трасології (для встановлення способів виробництва аудіо-, відеокасет або компакт-дисків, їхнього упакування, марок, поліграфічних вкладишів і наклейок; ідентифікації обладнання, за допомогою якого виготовлялися ці об'єкти тощо);
- ✎ фоноскопії (для дослідження якості аудіо- або відеозапису, встановлення ознак монтажу, ідентифікації людини за голосом, ідентифікації апаратури запису тощо);
- ✎ технічного дослідження документів (для дослідження способів і якості нанесення малюнків і написів на поверхню диску, касети і/або їхнє упакування, поліграфічні матеріали);
- ✎ комп'ютерно-технічної (для ідентифікації програмного продукту, встановлення способів нанесення інформації на компакт-диск тощо);
- ✎ хімічної і/або біологічної (для дослідження матеріалів, з яких виготовлені аудіо-, відеокасети, компакт-диски, їхні упакування, вкладиші тощо);
- ✎ об'єктів авторського і суміжних прав (для виявлення й розшифровки позначень на дисках і/або касетах, що свідчать про власників виключних прав на твори та інформації щодо факту передачі цих прав; для ідентифікації об'єкта авторського та/або суміжних прав тощо).

Призначення експертизи слідчим (судом) можна умовно розподілити на дві стадії: організаційну та процесуальну.

На організаційній стадії слідчий (суддя) на основі аналізу зібраних матеріалів, у тому числі їхньої повноти, оцінки доказів, з урахуванням доцільності й розумної достатності приймає фактично управлінське рішення про необхідність проведення експертизи. Слідчим (судом) формулюються завдання (питання), які повинні бути вирішені експертом.

Найчастіше на вирішення судової експертизи контрафактної

аудіовізуальної продукції ставиться питання про встановлення ознак контрафактної продукції на екземплярі твору (його носія, упакування, поліграфічного оформлення тощо). Варто особливо підкреслити, що остаточне вирішення питання про віднесення аудіовізуальної продукції до контрафактної є прерогативою слідчого (суду) при офіційному підтвердженні правовласником або його вповноваженим представником факту того, що певне використання об'єкта авторського або суміжних прав було здійснено без згоди правовласника.

У процесі судово-експертного дослідження крім виявлення ознак контрафактної аудіовізуальної продукції можна встановити, яке обладнання, які матеріали, які носії творів використовувалися для виготовлення „піратської“ продукції, де, на яких заводах, підприємствах вони вироблені, що дозволяє успішно проводити слідство за справою. Знання про технологію виробництва ліцензійної й «піратської» продукції дають можливість експертам виявити ознаки технологічного походження на носіях аудіовізуальних творів і їхніх упакуваннях, а співробітникам правозастосовчих органів - намітити технічні заходи щодо попередження відповідних злочинів.

Типовою помилкою співробітників правоохоронних органів при огляді носіїв аудіовізуальних творів, що вилучаються, є те, що через велику кількість об'єктів (часто - декілька тисяч) вони не оглядаються на місці, а їхній огляд провадиться пізніше. Щоб результати огляду можна було використати як доказ згідно зі ст.ст. 190, 191, 195 КПК, об'єкти повинні бути оглядені, упаковані й належним чином опечатані, постачені пояснювальними написами, скріплені підписами учасників огляду, що повинне бути зафіксоване в протоколі огляду місця події в послідовності, в якій вони оглядалися. Це позбавить проблем при ідентифікації речових доказів.

Процесуальна стадія призначення експертизи складається з винесення згідно зі ст. 196 КПК України мотивованої, обгрунтованої постанови про призначення відповідної експертизи, роз'яснення прав і обов'язків експерта відповідно до КПК України; попередження експерта про кримінальну відповідальність згідно ст. 384 за дачу свідомо неправдивого висновку. Постанова складається із вступної, описової і резолютивної частин. У вступній частині зазначаються: дата і місце її складання, посада, звання, прізвище та ініціали слідчого, кримінальна

справа, за якою призначається експертиза. В описовій частині коротко викладаються суть справи та обставини, що зумовили необхідність проведення експертизи, а також фактичні обставини стосовно об'єкту дослідження, що можуть мати значення для висновку (наприклад, зберігання або використання обладнання для тиражування компакт-дисків після події в умовах, які могли викликати зміну його ознак). При призначенні експертизи компакт-дисків, аудіо- та відеокасет вказуються відомості, які характеризують факт порушення авторського і/або суміжних прав, що мають бути використані експертом як вихідні дані при проведенні ним дослідження. Завершується описова частина постанови формулюванням підстав призначення експертизи. В резолютивній частині формулюється рішення про призначення експертизи, називається її вид за існуючою класифікацією (експертиза об'єктів інтелектуальної власності), за процесуальними ознаками (додаткова¹, повторна², комісійна³), вказуються назва експертної установи (прізвище експерта), питання, з яких він має дати висновок, перелік матеріалів, що надаються експерту. В резолютивній частині постанови про призначення експертизи зазначається, що її проведення доручається експертам відповідної експертної установи.

Питання, що повинен вирішити експерт у ході дослідження, мають бути чітко визначеними і конкретними, їх доцільно групувати за об'єктами дослідження, а іноді за епізодами справи або версіями. Взаємопов'язані питання треба формулювати в логічній послідовності з тим, щоб при необхідності відповіді на перші з них могли використовуватися при вирішенні наступних. При формулюванні питань і визначенні сукупності матеріалів, що є необхідними експертові для дослідження, слідчий має право скористатися допомогою спеціалістів, якими можуть бути і майбутні експерти. Не доцільно включати у постанову питання, які не мають доказового значення при розслідуванні даної справи. Наприклад, при розслідуванні (розгляданні) кримінальної справи про порушення прав на

¹ додаткова експертиза призначається у випадках недостатньої ясності або неповноти висновку первинної експертизи - Див.: Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. - М.: Мегатрон XXI, 2000. - С. 61 - 62.

² повторна експертиза - експертиза, яка проведена вдруге для вирішення питання, відповідь на яке була уже дана первинною експертизою - Див.: Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. Так само. - С. 162.

³ комісійна експертиза - дослідження, яке провадиться декількома експертами однієї спеціальності - Див.: Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. Так само. - С. 94.

аудіовізуальні твори, на вирішення експертів іноді ставлять питання щодо художньої цінності твору, що не має відношення до правової охорони цих об'єктів.

Згідно зі ст. 199 КПК об'єктами і матеріалами, які надсилаються в експертну установу є: речові докази, які підлягають дослідженню; протоколи слідчих дій та інші документи, в яких зафіксовані обставини справи, що досліджуватимуться; зразки для експертного дослідження; інші матеріали, які містять відомості, що мають значення для дачі висновку.

Підготовка матеріалів для провадження експертизи по встановленню ознак контрафактної продукції повинна бути досить ретельною, тому що вона багато в чому визначає якість майбутнього експертного дослідження. Джерела інформації згідно діючого законодавства України розподіляються на процесуальні й непроцесуальні. Процесуальними джерелами вихідної інформації є: постанови слідчого; протоколи слідчих дій; речові докази (аудіовізуальні твори, фонограми, комп'ютерні програми й бази даних⁴, художні твори, електронні словники й енциклопедії, атласи й карти, телепередачі й інші об'єкти авторського права й суміжних прав, зафіксовані на касетах і компакт-дисках; упакування й поліграфічне оформлення касет і дисків, контрольні марки, ліцензійні договори про передачу авторського та/або суміжних прав, ліцензії на право торгівлі аудіовізуальною продукцією, комп'ютерна техніка й інше обладнання, що могло бути використане для тиражування творів; висновки попередніх експертиз; відомості про правовласників творів та ін.) Непроцесуальними джерелами служать законодавчі акти, еталони, стандарти, колекції, довідкові видання, літературні джерела, зразки ліцензійної продукції.

Існуюча в Україні мережа спеціальних судово-експертних установ дозволяє забезпечити якісне проведення експертних досліджень найрізноманітнішого профілю. Проведення експертизи з виявлення ознак контрафактної продукції може бути доручено фахівцям судово-експертних

⁴ база даних (компіляція даних) - сукупність творів, даних або будь-якої іншої інформації у довільній формі, в тому числі електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів - Див.: Про авторське право і суміжні права. Закон України // БЗіОП України. Авторське право і суміжні права. Законодавство та судова практика. - К.: Юрінком Інтер. - 2003. - № 3. - С. 5 - 41.

установ Міністерства Юстиції України або фахівцям експертно-криміналістичних підрозділів Міністерства внутрішніх справ.

На вирішення експертиз по встановленню ознак контрафактної продукції є доцільним ставити такі питання:

- ✎ Чи є на дисках (касетах, їхніх упакованнях, вкладишах і ін.) ознаки контрафактної продукції?
- ✎ Чи мають диски (касети) загальне джерело походження?⁵
- ✎ Чи виготовлені диски (касети, упаковання, вкладиші, марки й ін.) за допомогою наданого на дослідження обладнання?
- ✎ Чи виготовлені диски (касети, упаковання, вкладиші, марки й ін.) за допомогою одного й того ж обладнання?
- ✎ Чи є твір ХХХ точною копією твору УУУ?
- ✎ Чи є відмінності упаковання певної касети (диску) від упаковання ліцензійної касети (диску)?
- ✎ Чи є відмінності в тривалості, змісті і якості відеозапису відеокасет, що перевіряються, від ліцензійних відеокасет?
- ✎ Чи є в записах інформація про авторів твору, фірму-виробника, правовласників на території України, назву твору й ін. та чи співпадають ці відомості з відповідними відомостями, що є на поверхні диску (касети) та/або його упакованні?
- ✎ Чи є відмінності в інформації про авторів твору, фірму-виробника, правовласників на території України, назві твору й ін. на порівнюваних екземплярах відеопродукції й екземплярах ліцензійної продукції?
- ✎ Чи є сліди переклеювання контрольних марок?
- ✎ Яким способом виготовлені диски (касети, упаковання, вкладиші, марки й ін.) - заводським або кустарним?
- ✎ Яке найменування твору, що зафіксований на диску (касеті)?

⁵ **Общий источник происхождения** - источник происхождения минимум двух объектов, принадлежащих одному роду или группе. - Словарь основных терминов судебных экспертиз., - М.: ВНИИСЭ, 1982, С. 52.

- ✍ Які програмні продукти, що розташовані на компакт-дисках, можна віднести до вільно розповсюджуваних;
- ✍ Чи можливо в умовах, що описані у матеріалах справи (наявних на місці події), виробництво дисків (касет, упакувань, вкладишів, марок тощо)?

Даний перелік питань не є вичерпним і може поповнюватися з виникненням нових завдань і об'єктів судової експертизи з дослідження аудіо-, відеокасет і лазерних компакт-дисків, що містять об'єкти авторського права й суміжних прав.

На тлі бурхливого розвитку техніки, відсутності досвіду розгляду справ про порушення авторського і суміжних прав у правозастосовчих органів, «піратський» бізнес удосконалюється і набирає обороти. Ознаки контрафактної продукції стають усе більш «неочевидними». Тому судово-експертне дослідження контрафактної аудіовізуальної продукції треба проводити з метою економії часу слідчого, з метою збереження речових доказів, а також з метою одержання більш об'ємної і вірної картини події злочину.

Розвиток спеціалізації в організації боротьби з «інтелектуальним піратством» веде до виявлення й припинення діяльності організованих злочинних груп «піратів», що створили або контролюють мережі оптової й роздрібною торгівлі контрафактною продукцією в регіонах України.

Активізація боротьби з порушеннями авторського і суміжних прав на аудіовізуальні твори й ефективна взаємодія всіх зацікавлених у цьому сторін сприятимуть зниженню масштабів піратства в Україні до мінімуму.