

Т. А. Заніна, науковий співробітник Харківського НДІСЕ,

О. В. Мануленко, молодший науковий співробітник Харківського НДІСЕ,

А. П. Копитько, молодший науковий співробітник Харківського НДІСЕ

КОМПЛЕКСНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ОЗНАК НЕВІДПОВІДНОСТІ ЛІЦЕНЗІЙНОМУ ПРОГРАМНОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЮ ТА ВСТАНОВЛЕННЯ РОЗМІРУ МАТЕРІАЛЬНОЇ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ВЛАСНИКУ ПРОГРАМНОЇ ПРОДУКЦІЇ

Проаналізовано особливості проведення експертних досліджень комп'ютерних програм з метою визначення ознак їх невідповідності ліцензійному програмному забезпеченню та встановлення розміру матеріальної шкоди, завданого власнику програмної продукції

Проанализированы особенности проведения экспертных исследований компьютерных программ с целью определения признаков их несоответствия лицензионному программному обеспечению и установлению размера материального ущерба, причиненного владельцу программной продукции.

Останнім часом у Харківському НДІСЕ помітно зросла кількість експертиз, пов'язаних з дослідженням програмних продуктів, що зумовлено збільшенням їхнього незаконного обігу. За цих умов органи досудового слідства ставлять перед судовими експертами низку питань, що вимагають застосування спеціальних знань у різних галузях науки й техніки. Такі дослідження носять комплексний характер. Під комплексною експертизою розуміють експертне дослідження, проведене для вирішення питань, спільних для різного роду (виду) експертиз, які не можуть бути вирішені на основі знань однієї галузі (роду, виду експертизи). Комплексна експертиза зазвичай проводиться відносно одних і тих самих об'єктів декількома фахівцями, що володіють знаннями з різних галузей.

Органам досудового слідства для порушення кримінальної справи перш за все необхідно визначити, чи мають вилучені програмні продукти, наявні на матеріальних носіях, ознаки невідповідності вимогам, що ставляться до ліцензійних програмних продуктів, і розмір матеріального збитку, завданого власнику програмної продукції. При призначенні даної комплексної експертизи слідчий прагне одержати найбільшу кількість потенційно можливої інформації, яка стає основою доказів, і тому повинен чітко уявляти мету експертизи, коло питань, які вирішуються в її рамках, обсяг матеріалів, наданих на дослідження.

Перед експертами можуть бути поставлені тільки питання, для вирішення яких необхідні наукові, технічні або інші спеціальні знання. Питань

ня експерту не повинні виходити за межі спеціальних знань і мати правовий характер. Вони мусять бути визначеними, конкретними та короткими, мати логічну послідовність, відзначатися повнотою й комплексним характером.

Орієнтовний (але не вичерпний) перелік питань, що вирішуються експертами в галузі інтелектуальної власності та товарознавства, такий:

— Які комп'ютерні програми містяться на наданих на дослідження носіях інформації?

— Чи є інформація, що міститься на наданих на дослідження оптичних носіях, об'єктом авторського права?

— Кому належать права інтелектуальної власності (авторські права) на комп'ютерні програми, розміщені на наданих на дослідження носіях інформації?

— Чи відповідають програмні продукти на наданих для дослідження носіях інформації вимогам, що ставляться до ліцензійних екземплярів даної продукції?

— Яка вартість програмного продукту, що міститься на наданих на дослідження носіях інформації?

Об'єктом дослідження цього виду комплексної експертизи виступають комп'ютерні програми. У Законі України «Про авторське право і суміжні права» наведено визначення комп'ютерної програми: «... набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах)».

Комп'ютерні програми, з одного боку, мають загальні риси, притаманні усім об'єктам авторських правовідносин, а з другого – певні «розширюючі» ознаки, характерні саме цим об'єктам.

1. Вид комп'ютерної програми не впливає на обсяг юридичних прав і обов'язків, які виникають навколо такої програми. Правова охорона поширюється на всі види програм, включаючи прикладні програми й операційні системи.

2. Штучність мови, якою викладено програми, та різноманіття цих мов не впливають на правооб'єктність комп'ютерної програми. Незалежність охорони комп'ютерної програми від мови програмування так само очевидна, як і незалежність охорони літературного твору від мови, якою створено такий твір.

3. Комплекс прав і обов'язків суб'єктів правовідносин не залежить від форми вираження комп'ютерної програми. Комп'ютерні програми існують у вигляді вихідного тексту та примірника комп'ютерної програми¹.

Унаслідок гармонізації низки міжнародних норм у ст. 18 Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлено: «Комп'ютерні

¹ Див.: *Дмитришин В. С.* Інтелектуальна власність на програмне забезпечення в Україні / *В. С. Дмитришин, В. І. Бережанська.* — К. : Вірлен, 2005. — 304 с.

програми охороняються як літературні твори. Така охорона поширюється на комп'ютерні програми незалежно від способу чи форми їх вираження».

Контрафактні примірники творів – це примірники творів, виготовлені й уведені в цивільний обіг з порушенням (порушеннями) прав інтелектуальної власності. Не зважаючи на те, що сучасні комп'ютерні технології дають змогу досягти досить високої якості відображення творів у цифровому середовищі, значній частині контрафактної продукції притаманні ознаки (перш за все це виготовлення), що відрізняють її від продукції легальної (ліцензійної). Винятком є випуск продукції тиражем, що перевищує тираж, визначений відповідним договором (книги, CD-диски). У таких випадках контрафактні вироби практично не відрізняються за якістю від легальної продукції. Разом з тим контрафактне програмне забезпечення завжди має ознаки, що відрізняють його від легального¹.

При проведенні дослідження програмних продуктів висновки експертів у галузі інтелектуальної власності, а також експертів-товарознавців базуються частіше за все на висновках комп'ютерно-технічної експертизи. З використанням спеціальних знань у галузі комп'ютерно-технічної експертизи досліджуються дані системного реєстру щодо встановлених програмних продуктів (найменування, тип, версія продукту, дата установки, ліцензійний ключ продукту, якщо він є; повнофункціональна або демонстраційна версія та ін.).

Для визначення ознак невідповідності програмних продуктів вимогам, що ставляться до ліцензійних примірників продукції призначається експертиза об'єктів інтелектуальної власності. При дослідженні наданих носіїв програмних продуктів експерт у галузі інтелектуальної власності встановлює такі візуальні (зовнішні) ознаки невідповідності вимогам, що ставляться до ліцензійних екземплярів продукції:

- невідповідність способу упакування способу, використаному при виготовленні ліцензійних продуктів;
- невідповідність виду носія інформації тому носію, який використовується для такої продукції правовласником;
- відсутність голографічного захисту на неробочих поверхнях дисків;
- відсутність на диску та його упаковці інформаційно-довідкових реквізитів (відомостей про авторів, про підприємство-виробник, правовласника на території України й ін.), передбачених законодавством;
- відсутність маркіровки IFPI з кодами виробника диска;
- відсутність знаку охорони авторських прав, попереджень про те, що права інтелектуальної власності (авторські права) захищені;
- відсутність сертифікатів, автентичних (як правило, наклеюються на упаковку) або іменних сертифікатів;

¹ Див.: Комплексна судова експертиза програмного забезпечення : звіт про НДР (закл.) / Київський НДІСЕ ; кер. Г. В. Прохоров-Лукін. — К., 2008. — 128 с. — № Держреєстр. 0108U005822.

— відсутність на упаковці примірника комп'ютерної програми контрольної марки, яка є спеціальним знаком, що підтверджує додержання авторських прав на комп'ютерну програму та право на її поширення;

— наявність декількох комп'ютерних програм на одному носіїв інформації, не обумовлених специфікою продукції;

— відсутність установленної документації й ліцензій на програмні продукти.

Також експерт у галузі інтелектуальної власності встановлює наявність ліцензійної угоди, даних відносно назви, версії, серійного номера, ключа продукту, дати й місця інсталяції, відповідність наданої документації умовам використання програмного забезпечення. Відомості про комплектацію кожного із програмних продуктів, а також способи їх поширення можна знайти на офіційних сайтах правоволодаря або в ліцензійних угодах. У разі вирішення завдання щодо встановлення фактів використання авторських програмних пакетів або їх складових у наданому на дослідження програмному забезпеченні експерти проводять порівняльні дослідження авторського програмного продукту з програмним забезпеченням, що перевіряється.

Частіше за все, при призначенні експертизи об'єктів інтелектуальної власності органи слідства не надають документи, що можуть підтвердити правомірне придбання/використання встановлених на носій інформації програмних продуктів, а також не підтверджують їх відсутність. Це ускладнює проведення дослідження та збільшує його строк.

Для визначення вартості конфіскованої програмної продукції проводяться товарознавчі дослідження. Необхідність встановлення вартості комп'ютерних програм пов'язана із тим, що згідно зі ст. 176 КК України «незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, а так само незаконне відтворення, розповсюдження виконань, фонограм, відеогам і програм мовлення, їх незаконне тиражування та розповсюдження на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації, або інше умисне порушення авторського права і суміжних прав, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі» передбачає відповідні покарання. Як правило, розмір шкоди дорівнює вартості продукції, вилученої із незаконного обігу.

Вартість будь-якого об'єкта дослідження відповідно до Національного стандарту № 1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав» визначається із застосуванням трьох основних методичних підходів: витратного (майнового – для оцінювання об'єктів у формі цілісного майнового комплексу та формі фінансових інтересів), дохідного й порівняльного. Визначення ринкової вартості об'єкта оцінювання за допомогою порівняльного підходу ґрунтується на інформації про ціни продажу (пропонування) подібного майна, достовірність якої не викликає сумнівів у експерта чи оцінювача. За відсутності достовірної інформації про ціни продажу подібного майна ринкова вартість об'єкта оцінювання може визначатися на основі інформації про ціни пропонування подібного майна з урахуванням відповідних

поправок, які враховують тенденції змінення ціни продажу подібного майна порівняно з ціною їх пропонування. Виходячи з цього, визначити ринкову вартість контрафактної аудіовізуальної продукції неможливо, оскільки відсутні та й не можуть існувати офіційні джерела інформації про вартість такої продукції на ринку України¹.

Технологія проведення експертного товарознавчого дослідження з визначення розміру шкоди припускає поділ процесу на декілька основних етапів, що є загальними для різних категорій об'єктів:

- 1) визначення мети та бази оцінювання;
- 2) вивчення наданих документів і запит необхідної інформації щодо об'єктів дослідження;
- 3) конкретне визначення об'єктів дослідження;
- 4) оцінювання розміру матеріальної шкоди, завданої власнику продукції.

Якщо органом досудового або судового слідства на вирішення експертизи ставиться питання про визначення вартості контрафактної програмної продукції, то згідно із Законом України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» вартість контрафактної продукції не визначається. Розмір матеріальної шкоди, завданої власнику незаконним відтворенням і розповсюдженням програмної продукції, визначається відповідно до вартості ліцензійних носіїв з ідентичним змістом.

На підставі даних про наявність ознак невідповідності вимогам, що ставляться до ліцензійних програмних продуктів, визначити вартість програмних продуктів як товару загальнозастосованими підходами при проведенні судово-товарознавчих експертиз не видається можливим. При цьому слід зазначити, що на ринку представлено ліцензійні версії програмних продуктів (виготовлені й реалізовані з додержанням вимог законодавства України). При визначенні ринкової вартості носіїв програмних продуктів вивчаються дані ціново-інформаційного характеру в різних спеціалізованих джерелах (на підставі наявної бази даних) стосовно об'єктів дослідження, різна довідкова література та електронні джерела відносно основних програмних продуктів різних виробників.

Ринкова вартість ліцензійних носіїв програмних продуктів (виготовлених й реалізованих з дотриманням вимог законодавства України), ідентичних за змістом конфіскованим носіям, визначається відповідно до інформації про ціни офіційних торговельних партнерів і представників фірм-правовласників в Україні, а також шляхом моніторингу спеціалізованих веб-сайтів, розміщених у мережі Інтернет. Іноді встановити, чи відповідають програмні продукти вимогам, що ставляться до ліцензійних

¹ Див.: *Михальський О. О.* Особливості вирішення питань щодо вартості контрафактної аудіовізуальної продукції // *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики* : зб. наук. праць / О. О. Михальський. — Х. : Право, 2007. — Вип. 7.

примірників продукції, а також визначити їх вартість не видається можливим через відсутність інформації про комплектацію їх ліцензійних версій, вартість і способи розповсюдження/придбання. По-перше, це стосується застарілих версій програмних продуктів, які частіше за все зняті з виробництва компанією-виробником; по-друге, на деякі програмні продукти не вдається визначити правовласника, отже, відсутнє джерело достовірної інформації про їх ліцензійні версії. І цей перелік причин не є вичерпним.

На сьогодні не існує офіційних методичних підходів до визначення вартості програмної продукції, особливо контрафактних комп'ютерних програм (виготовлених і реалізованих з порушенням вимог законодавства України). Ця проблема потребує глибокого й всебічного вивчення, накопичення та аналізу одержаного в експертній практиці матеріалу. Зараз експертами Харківського НДІСЕ виконується науково-дослідна робота «Методичні рекомендації з питань призначення та проведення судових товарознавчих експертиз з оцінки аудіовізуальної продукції та програмного забезпечення», яка по завершенні дозволить вирішувати актуальні на цей час питання щодо визначення вартості комп'ютерних програм і аудіовізуальної продукції.