

**С.Й. Максимов, канд. фіз.-мат. наук,
ст. науков. співробітник, оцінювач,
голова Асоціації фахівців оцінки
І.Ю. Поліщук, судовий експерт**

*Науково-дослідний центр судової експертизи
з питань інтелектуальної власності*

ПІДХОДИ ТА МЕТОДИ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ЗБИТКІВ ВНАСЛІДОК ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ НА КОМП'ЮТЕРНІ ПРОГРАМИ

У статті досліджені підходи та методи, які застосовуються для визначення розміру збитків внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми. Надано узагальнену оцінку практичного застосування вказаних підходів та методів у висновках судових експертиз.

Проблема уніфікації підходів до визначення розміру збитків внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми на сьогодні не вирішена. У разі виникнення подій, що спричиняють порушення авторських прав на комп'ютерні програми при проведенні судових експертиз у вигляді збитків, власникам програмного забезпечення необхідно знати, яким чином розраховується така шкода і наскільки постраждав їх об'єкт інтелектуальної власності, для обґрунтування позову при зверненні до суду. Відповідачам щодо таких спорів також необхідно проаналізувати розмір збитків, щоб забезпечити свої інтереси. Крім того, у зв'язку з відсутністю уніфікації підходів і методів визначення розміру збитків внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми виникають труднощі при проведенні судових експертиз та експертних досліджень за спеціальністю 13.9 "Економічні дослідження у сфері інтелектуальної власності". Саме тому актуальною є необхідність у всебічному аналізі підходів та методів визначення розміру збитків, що дозволить сформувані обґрунтовані методичні підходи і рекомендації при вирішенні цього питання судовими експертами.

Проблемі визначення збитків внаслідок порушення майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності присвячені праці як зарубіжних, так і вітчизняних авторів. Зокрема, це теоретичні і практичні розробки зарубіжних дослідників: Дж. Русма (J. Roosma), Дж. Керр (J. Kerr) і Р. Рейли (R.F. Reilly) [15], а також вітчизняних авторів: О. Бутніка-Сіверського [10], А. Коваль [13] тощо. Однак поки що на практиці існуючі теоретичні підходи та методи, в межах цих підходів, застосовуються

мало. Це пов'язано з відсутністю певної стандартизації та методики для визначення розміру збитків (упущеної вигоди) внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми.

Наявність збитків є першою й обов'язковою умовою відповідальності за їх спричинення. У зв'язку з цим важливо визначити поняття “збитки”. Узагальнюючи теоретичну базу — законодавство України (ст. 22 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) [4], ст. 244 (глава 2) Господарського кодексу України [1]), підзаконні відомчі акти тощо, необхідно зазначити, що під збитками слід розуміти реальні і/або необхідні витрати правовласника (ліцензіара і/або ліцензіата) на роботи, послуги та матеріали в ринкових цінах (за станом або на дату порушення, або на дату проведення експертизи, або на дату, визначену судовим актом), необхідні для відновлення порушеного права, а також неодержані доходи, які правовласник (ліцензіар і/або ліцензіат) отримав би за звичайних умов цивільного обороту, якби його право не було порушене. З цього визначення виходить, що розмір збитків визначається сумою витрат, необхідних для відновлення порушеного права, “втраченим майном” (реальний збиток) і величиною неодержаних доходів (упущеної вигоди).

Вибір підходів та методів до визначення розміру збитків (матеріальної шкоди та/чи упущеної вигоди) внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми, залежить від ряду обставин, зокрема: характеру та виду правопорушення, суб'єктного складу та виду правовідносин, документів, наданих на дослідження і т.д.

Виходячи з ознаки джерела походження документів український вчений та судовий експерт Бутнік-Сіверський О.Б. у практичній діяльності виокремлює два підходи до визначення розміру збитків, а саме[10]:

- підходи, які спираються на документи зі сторони власника;
- підходи, які спираються на документи зі сторони порушника.

О.Б. Бутнік-Сіверський пропонує, щоб судовий експерт при розрахунку збитків дотримувався першого підходу, тобто визначав їх на основі документів власника, оскільки це буде об'єктивно та обгрунтовано. При цьому необхідно зауважити, що дійсно при розрахунку збитків у розумінні ст. 22 ЦКУ застосовувати документацію власника є більш обгрунтованим, оскільки, як правило, дохід порушника буде меншим за упущену вигоду, і, відповідно, на вимогу абз. 2 ч. 3 ст. 22 ЦКУ, за результуючий розмір необхідно приймати саме упущену вигоду, котра розраховується на підставі документів власника [4]. Але виконуючи вимоги п. 2.3.2 Інструкції про призначення та проведення судових

експертиз [6], в якій зазначено, що судовому експерту забороняється вибирати вихідні дані для проведення експертизи, якщо вони відображені в наданих йому матеріалах неоднозначно, слід звернути увагу на те, що судовий експерт повинен дослідити усі наявні в матеріалах справи документи, у тому числі і документи зі сторони порушника.

На підтвердження цього, можна привести норми ст. 99 Кримінального процесуального кодексу України [3], відповідно до яких документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. Тому можна зробити висновок, що для судового експерта документами є матеріальні об'єкти, на яких за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо зафіксована певна інформація і які наявні в матеріалах справи. Також судові експерти не можуть давати оцінку достовірності (підроблені чи не підроблені) документам, які знаходяться в матеріалах справи, оскільки це не входить до їх компетенції, і повинні досліджувати всі наявні документи в матеріалах справи.

Підходи до визначення розміру понесених збитків у зв'язку з порушенням авторського права, які на даний час використовуються оцінювачами, судовими експертами, можна класифікувати наступним чином (див. рис. 1):

Підхід “ціна на кількість”. Методи цього підходу базуються на тому припущенні, що введення в цивільний обіг однієї одиниці контрафактної продукції зупиняє аналогічне введення в цивільний обіг, принаймні, однієї одиниці легальної продукції. За таких умов вартісне вираження збитку може визначатися шляхом множення ціни ліцензійної продукції на кількість контрафакту. Таким методом, як правило, визначається упущена вигода правовласника. Для розрахунку доходу, що отримав правопорушник, користуються другим методом цього підходу, знаходять добуток від ціни контрафакту на його кількість. Це найпростіші способи для визначення збитків, завданих у зв'язку з порушенням авторського права на комп'ютерні програми. Варто зазначити, що за умов визначення матеріальної шкоди використання методу “за ціною контрафакту на його кількість”, тобто реального доходу, який отримав правопорушник, на нашу думку є цілком доцільним. По-перше, цей метод не ускладнений трудомісткими розрахунками, по-друге, практично завжди в матеріалах кримінальної справи є необхідні документи для визначення матеріальної шкоди в рамках цього методу і, по-третє, дохід

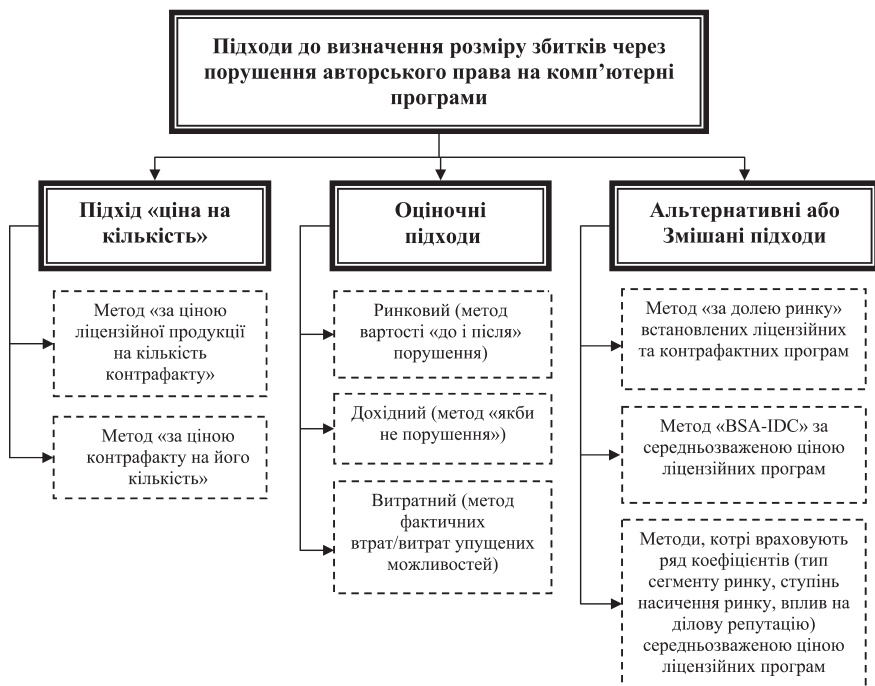


Рис. 1. Класифікація підходів до визначення збитків у зв'язку з порушенням авторського права на комп'ютерні програми

правопорушника є реальний, такий який вже здійснився. Окрім цього, сама наявність доходу правопорушника є тим юридичним фактом, який прямо пов'язаний з порушенням, і у вартісному вираженні показує нижню межу матеріальної шкоди, яка нанесена правовласнику.

Оціночні підходи. Відповідно до п. 26 Національного стандарту № 4 “Оцінка майнових прав інтелектуальної власності” [7], розмір збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності визначається станом на дату оцінки із застосуванням оціночної процедури накопичення прибутку (доходу), який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та/або ліцензіат внаслідок неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності, виходячи з обсягів виробництва та/або реалізації контрафактної продукції. Стверджувати про схожість цього способу з методами “ціна на кількість” можна лише на перший погляд, оскільки поняття “оціночні процедури

накопичення прибутку (доходу)” охоплює всі наявні методи дохідного підходу, зокрема такі як пряма та непряма капіталізація.

В рамках класичних оціночних підходів (ринковий, дохідний та витратний) використовуються найбільш поширені три методи розрахунку збитку та упущеної вигоди у зв’язку з порушенням прав інтелектуальної власності, у тому числі і комп’ютерних програм, а саме: метод вартості “до і після” порушення; метод “якби не порушення”; метод фактичних витрат/втрат упущених можливостей [15, с. 158–175].

Метод вартості “до і після” порушення. За допомогою методу, що базується на вартості “до і після” порушення, збиток розраховується через порівняння вартості майнових прав на комп’ютерну програму до події, що спричинила збитки, та вартістю майнових прав на комп’ютерну програму після цієї події. Різниця, зрозуміло, являє собою економічний ефект від події, що спричинила збиток. Цей метод потребує оцінки вартості майнових прав комп’ютерної програми безпосередньо перед подією, що спричинила збиток та, власне, після неї.

Метод “якби не порушення”. За допомогою методу, що базується на правилі “якби не порушення”, величина збитку розраховується безпосередньо шляхом вирахування суми економічного доходу, який отримав би власник майнових прав на комп’ютерну програму “якби не” настання події, яка спричинила збитки. Як правило, цей метод складається з ретроспективного та перспективного прогнозів економічного доходу, який би отримав власник. Ретроспективний прогноз починається з моменту настання першої події, яка спричинила збитки, і закінчується датою аналізу. Перспективний прогноз охоплює період з дати аналізу до моменту завершення події, яка спричинила збитки, та відсутності залишкового ефекту від цієї події. Зазвичай результат ретроспективного прогнозу приводиться до майбутньої вартості на дату аналізу, а результат перспективного аналізу — до поточної. Загальна величина збитку становить суму цих вартостей.

Метод фактичних витрат/втрат упущених можливостей. Цей метод оснований на минулих витратах на розробку та комерціалізацію комп’ютерної програми до дати аналізу, минулих витрат упущених можливостей по комерціалізації комп’ютерної програми до дати аналізу та майбутніх витрат упущених можливостей по комерціалізації комп’ютерної програми після дати аналізу.

Минулі витрати на розробку комп’ютерної програми охоплюють всі прямі та непрямі витрати, а також витрати на комерціалізацію та просування на ринку і підприємницький стимул (наприклад, справед-

ливу ставку дохідності). Всі ці фактичні минулі витрати приводяться до поточної вартості на дату аналізу, як правило з врахуванням індексів інфляції.

Минулі втрати упущених можливостей включають дохід, який отримав би власник за відсутності події, яка спричинила збитки. Майбутні втрати упущених можливостей включають дохід, що отримав би власник в майбутньому за відсутності події, котра спричинила збитки.

Загальна величина збитку, розрахована за допомогою цього методу дорівнює сумі трьох складових: минулих витрат на розробку, минулих та майбутніх втрат упущених можливостей.

В усіх перерахованих методах визначення збитку в рамках оціночних підходів, економічний дохід може бути визначений багатьма різними способами. Так, дохід може бути визначений на основі збільшення/зменшення кількості проданих примірників комп'ютерних програм, ціни за одиницю, ринкової частки, об'єму ринку і т.д. Також економічний дохід може бути визначений на основі збільшення/зменшення постійних та змінних виробничих витрат, постійних та змінних збутових та адміністративних витрат або постійних та змінних витрат на наукові дослідження. Окрім цього, економічний дохід може бути визначений на основі збільшення/зменшення капітальних витрат, інвестицій в оборотний капітал або витрат на виплату процентів.

Зрозуміло, що судовому експерту при використанні вищевказаних методів необхідно обґрунтовувати всі розрахунки, використовуючи документи з матеріалів справи та з інших загальноновизнаних джерел, зокрема офіційних збірників, фінансових рейтингів і т.д.

Альтернативні або Змішані підходи. До даних підходів як правило відносять нетрадиційні методи, котрі можливо застосовувати і які вже застосовуються в міжнародній практиці. Деякі з них знаходяться на стадії розробки, деякі удосконалюються, деякі впроваджуються. Узагальнюючи, можна виокремити наступні методи:

1. *Метод “за долею ринку” встановлених ліцензійних та контрафактних програм.*

На думку авторів, обчислювати збитки можна виходячи з загальної балансової рівності:

$$V = C_{L1} \cdot Nd_1 + C_{L2} \cdot Nd_2 + \dots + C_{Ln} \cdot Nd_n + C_{K1} \cdot Nd_{n+1} + C_{K2} \cdot Nd_{n+2} + \dots + C_{Kn} \cdot Nd_{2n}, \quad (1)$$

де V — загальна сума надходжень за встановлені контрафактні і ліцензійні програми; C_{Ln} — ціна n -ї ліцензійної програми; C_{Kn} — ціна відпо-

відної n -ї контрафактної програми (вважається, що у кожній ліцензійній програмі є її “двійник” — контрафактна програма); N — загальна кількість всіх встановлених на ринку програм; d_n — доля встановлених n -х ліцензійних чи контрафактних програм.

$$d_1 + d_2 + \dots + d_{2n} = 1. \quad (2)$$

З цієї балансової рівності (1) випливає, що усереднена ціна однієї встановленої програми становить V/N . Через це, для того щоб визначити заподіяну шкоду внаслідок розповсюдження контрафактної програми, потрібно знати тільки цю усереднену ціну (V_0), долю ринку, яку “обслуговує” дана контрафактна програма і кількість виявлених контрафактних програм, де:

$$V_0 = V/N. \quad (3)$$

Заподіяна шкода завжди буде рівною:

$$M = m \cdot d \cdot V_0, \quad (4)$$

де m — кількість виявлених контрафактних програм; d — доля контрафактних програм на ринку; V_0 — усереднена ціна однієї програми.

Якщо кількість виявлених контрафактних програм в більшості випадків чітко визначається, то величини d і V_0 залишаються погано визначеними, особливо V_0 .

Оскільки в загальному випадку важко віднайти долі справжніх ліцензійних взаємозамінних програм на ринку, а значить і їх “двійників” — контрафактних програм, то спростимо задачу шляхом приведення її до випадку, коли умовно на ринку є тільки одна ліцензійна програма, а значить і одна контрафактна програма. Тоді, балансова рівність матиме вигляд:

$$V_0 = V/N = C_L \cdot d_L + C_k(1 - d_L). \quad (5)$$

В цьому випадку, якщо відомими є: C_L — ціна ліцензійної програми; C_k — ціна контрафактної програми; d_L — доля ринку ліцензійних програм, то відомою стає і усереднена ціна однієї програми V_0 .

Значить і величина заподіяної шкоди (M) стає рівною:

$$M = m(C_L \cdot d_L + C_k(1 - d_L)), \quad (6)$$

де m — кількість виявлених контрафактних програм.

Зазначений метод можна буде застосовувати для визначення збитків за умови розвитку в Україні відкритого активного ринку купівлі/

продажу ліцензій на комп'ютерні програми і наявності достовірної аналітики та цін на цьому ринку. Поки що реалізація даного методу обмежена, оскільки цей ринок є закритим.

2. *Метод “BSA-IDC” за середньозваженою ціною ліцензійних програм* [9, с. 44]. Зазначена методика визначення збитку є досить відносною і для практичного використання судовими експертами не підходить. Але дослідження, які проводяться торговою асоціацією Business Software Alliance (BSA) є дуже важливими для захисту авторських прав на комп'ютерні програми. Так, за даними сайту Business Software Alliance (BSA), а саме дослідженням проведеним станом на 2010 рік “Вивчення впливу піратства. Економічні переваги від зменшення піратства програмного забезпечення” [11] встановлено, що зменшення піратства в Україні лише на 10% протягом 4-х років надасть:

- фінансовий поштовх українській економіці в розмірі 586 млн. дол. США (збільшення ВВП України на вказану суму);
- 1957 нових робочих місць в сфері ІТ;
- 88 млн. дол. США сплачених податків у сумі до 2013 р.

А за умов зменшення піратства на 10% за перші 2–ва роки того ж самого 4-річного періоду, фінансовий поштовх в українській економіці оцінюється в розмірі 755 млн. дол. США, а розмір податків — 116 млн. дол. США [11].

3. *Методи, які враховують ряд коефіцієнтів (тип сегменту ринку, ступінь насичення ринку, вплив на ділову репутацію)* [12]. Для застосування цих методів необхідна значна кількість точної та достовірної ринкової інформації, якої на даний час, на жаль, на українському ринку немає.

Висновок. Аналіз сучасних підходів та методів до визначення розміру збитку, внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми характеризується відсутністю однозначних методологічно обґрунтованих критеріїв щодо встановлення розміру збитків. На даний час, з числа проаналізованих методів визначення збитку внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми, судовими експертами переважно застосовується методи в рамках оціночних підходів та підходів “ціна на кількість”.

Список використаної літератури

1. Господарський кодекс України: від 16.01.2003 р. №436-IV// Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2003. — № 18, № 19–20, № 21–22.
2. Кримінальний кодекс України: від 05.04.2001 р. № 2341-III // Офіційний вісник України. — 2001. — № 21 (08.06.2001).

3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // *Голос України*. — 2012. — 05. (19.05.2012) № 90–91.
4. Цивільний кодекс України: від 16.01.2003 р. № 435-IV // *Відомості Верховної Ради України*. — 2003. — №№ 40–44. — Ст. 356.
5. Про авторське права і суміжні права: закон України № 3792-XII від 23.12.1993 р. // *Відомості Верховної Ради України*. — 1994. — № 13 (29.03.94). — Ст. 64.
6. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: наказ Міністерства юстиції України № 53/5 від 8 жовтня 1998р. // *Офіційний вісник України*. — 1998. — № 46 (03.12.98). — Ст. 1715.
7. Національний стандарт № 4 “Оцінка майнових прав інтелектуальної власності”, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 03.10.2007 р. № 1185 // *Офіційний вісник України*. — 2007. — № 75 (15.10.2007). — Ст. 2792.
8. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів, прийнята Всесвітньою організацією інтелектуальної власності 24 липня 1971 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: Система інформаційно-правового забезпечення “ЛІГА: ЗАКОН ENTERPRISE”. Версія 9.1.2. — файл МУ71K04R.LHT.
9. *Борисов В.В., Кунявский М.В.* Проблемы борьбы с контрафактной ИКТ-продукцией на фоне мирового экономического кризиса и спада в ИКТ-отрасли / В.В. Борисов, М.В. Кунявский // *Информационное общество*. — 2011. — № 1. — С. 39–49.
10. Бутнік-Сіверський О.Б. Підходи до визначення збитків від використання піратського програмного забезпечення (передумови методики судової експертизи) / О.Б. Бутнік-Сіверський // *Інтелектуальна власність*. — 2011. — № 11. — С. 51–60.
11. Вивчення впливу піратства. Економічні переваги від зменшення піратства програмного забезпечення [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://ww2.bsa.org/country/Research%20and%20Statistics/~media/Files/Research%20Papers/IDC/2010/cr_ukraine_english.ashx.
12. *Ефимов А.Н.* Оценка ущерба от распространения контрафактных копий программ / А.Н. Ефимов // *Московский оценщик*. — 2000. — № 5. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.valnet.ru/m7-26.phtml>.
13. *Коваль А.* Як визначити шкоду, завдану “кримінальним” порушенням прав інтелектуальної власності? / А. Коваль. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.yurgazeta.com/oarticle/659>.
14. *Лынный Н.В.* Определение ущерба от нарушения патента / Н.В. Лынный В.Б. Шахновская; под ред. Г. В. Бромберга. — М.: ВНИИПИ, 1994. — 46 с.
15. *Русма Дж., Керр Дж., Рейли Р.* Анализ упущенной выгоды и экономического ущерба от нарушения прав интеллектуальной собственности / Дж. Русма, Дж. Керр, Р. Рейли // *Business Valuations Guide*. — 2007. — С. 158–175.

Резюме

В статье исследованы подходы и методы, которые применяются для определения размера убытков в результате нарушения авторских прав на компьютерные программы. Предоставлена обобщенная оценка практического применения указанных подходов и методов в заключениях судебных экспертиз.

Summary

Approaches and methods which are used for determining of losses size as a result of violation of copyrights on the computer programs were investigated in the article. There was given generalized estimation of practical application of the indicated approaches and methods of judicial conclusions and examinations.