



І.Б. Лавровська,
старший консультант
управління вивчення
та аналізу судової
практики
Верховного Суду України

Summary

The author familiarizes with the court practice analysis findings regarding IP crimes and specifically with peculiarities of qualification of illegal use of IP objects under Articles 176, 177, 229 of the CCU on the ground of extent of the caused pecuniary injury.

The article suggests methods for calculating pecuniary injury caused by illegal use of IP objects

Матеріальна шкода та упущена вигода в судовій практиці про злочини у сфері інтелектуальної власності

Серед питань, які неоднаково вирішують органи досудового розслідування та суди, є визначення матеріальної шкоди, завданої незаконним використанням об'єкта права інтелектуальної власності. Зокрема, по-різному розуміють таку шкоду, неоднаково розраховують її розмір.

Аналіз судової практики про злочини у сфері інтелектуальної власності свідчить: при вчиненні аналогічних незаконних дій за однакових обставин при подібних правовідносинах застосовуються різні підходи та методи розрахунку матеріальної шкоди, завданої незаконним використанням об'єкта права інтелектуальної власності, що призводить до неоднакової кваліфікації незаконних дій, призначення різного покарання, неправильного вирішення цивільного позову у кримінальній справі в частині призначеного до стягнення розміру матеріальної шкоди.

Проблеми щодо визначення матеріальної шкоди як ознаки основного та кваліфікованих складів злочинів, що посягають на право інтелектуальної власності, неодноразово приділяли увагу науковці-криміналісти. Істотний внесок у вирішення зазначених питань внесли П.П. Андрушко, П.С. Берзін, Н.О. Гуторова, О.О. Дудоров та ін.¹ Однак, незважаючи на ґрунтовні аналітичні дослідження та рекомендації, розуміння на практиці матеріальної шкоди як ознаки злочинів у сфері інтелектуальної власності викликає труднощі.

У статті розглядається матеріальна шкода як цивільно-правова відповідальність та як ознака основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 Кримінального кодексу України (далі — КК), методи розрахунку розміру такої шкоди.

¹ Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. — Т. 1 / За ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. — К., 2009. — 964 с.; Берзін П.С. Упущена (втрачена) вигода як різновид наслідків у специфічній конструкції складу злочину: деякі особливості концептуального підходу // Підприємство, господарство і право. — 2009. — № 12. — С. 112—116; Берзін П.С. Злочини у сфері господарської діяльності: методика обчислення матеріальної шкоди. — К., 2005. — 149 с.; Гуторова Н.О. Злочини у сфері господарської діяльності: Розд. VII Особливої частини Кримінального кодексу України з науково-практичним коментарем. — Х., 2003. — 256 с.; Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. — К., 2003. — 924 с.; Колесник М.А., Лавровська І.Б., Смолкіна А.І. Узагальнення від 1 січня 2006 р. застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності (статті 51², 164² КпАП) // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 4. — С. 24—32; № 5. — С. 20—34; Міщенко С.М., Антошук В.В. Узагальнення від 1 листопада 2008 р. практики розгляду судами справ про злочини проти власності // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 2. — С. 19—31.

Правовідносини у сфері інтелектуальної власності регулюються нормами Конституції України, КК, Цивільного, Митного, Господарського кодексів України, Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі — ЦК, ГК, КпАП відповідно), спеціальними законами і підзаконними нормативними актами.

При правомірному використанні об'єкта права інтелектуальної власності суб'єкт цього права отримує відповідну винагороду (вигоду, прибуток). У разі використання без дозволу або з порушенням умов договору (ліцензії) — суб'єкт жодної винагороди (прибутку, вигоди) не отримує (або отримує, але у меншому обсязі).

І тому будь-яке використання об'єкта права інтелектуальної власності без дозволу суб'єкта права або з порушенням умов ліцензійної угоди вважається незаконним за винятком випадків, передбачених статтями 21—25, 40, 42, 43 Закону від 23 грудня 1993 р. №3792-ХІІ «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон № 3792-ХІІ), статтями 28, 30, 31 Закону від 15 грудня 1993 р. № 3687-ХІІ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», статтями 16, 18 Закону від 15 грудня 1993 р. № 3689-ХІІ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», статтями 22, 23 Закону від 15 грудня 1993 р. № 3688-ХІІ «Про охорону прав на промислові зразки», статтями 16—19 Закону від 5 листопада 1997 р. № 621/97-ВР «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», статтями 17, 21, 23 Закону 16 червня 1999 р. № 752-ХІV «Про охорону прав на зазначення походження товарів».

Системно-логічний аналіз змісту статей 176, 177 і 229 КК дає підстави об'єднати їх за обов'язковою ознакою об'єктивної сторони основного та кваліфікованих складів злочинів — заподіяння матеріальної шкоди у значному, великому чи особливо великому розмірі в результаті порушення суб'єктного права інтелектуальної власності в одній із форм незаконного використання об'єкта права інтелектуальної власності: відтворення, розповсюдження, тиражування або іншого порушення.

Одним із критеріїв кримінальної відповідальності є заподіяння матеріальної шкоди у значному, великому та особливо великому розмірі як наслідок вчинення незаконних дій.

Слід розмежовувати матеріальну шкоду, завдану, наприклад, у результаті крадіжки майна, що визначається вартістю втраченого (пошкодженого або знищеного майна) та витратами, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки), і ма-

теріальну шкоду як ознаку об'єктивної сторони основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, завдану незаконним використанням об'єкта права інтелектуальної власності, що визначається як винагорода, не одержана суб'єктом права інтелектуальної власності і на яку він мав право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною. Таку неодержану винагороду ще називають втраченою, або упущеною вигодою. Ці терміни правомірно ототожнювати у разі однакового їх тлумачення як синонімічних одиниць за вище зазначеним змістом.

Необхідно розмежовувати цивільно-правову відповідальність у виді відшкодування матеріальної шкоди та матеріальну шкоду як обов'язкову ознаку основного та кваліфікованих складів злочинів, за наявності якої настає кримінальна відповідальність

Матеріальну шкоду як обов'язкову ознаку основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, також не слід ототожнювати із матеріальною шкодою, що заявляється цивільним позивачем на відшкодування: заявлений її розмір, як правило, перевищує неодержану винагороду (втрачену вигоду), оскільки містить і її.

Необхідно розмежовувати цивільно-правову відповідальність у виді відшкодування матеріальної шкоди та матеріальну шкоду як обов'язкову ознаку основного та кваліфікованих складів злочинів, за наявності якої настає кримінальна відповідальність.

Загальні положення відповідальності за порушення цивільних прав, у тому числі і за порушення права інтелектуальної власності, передбачені статтями 5, 16, 22, 23, 431, 432 ЦК та статтями 224, 225 ГК.

Так, ст. 22 ЦК передбачено, що особа, якій завдано збитків у результаті порушення її цивільного права, має право на їх відшкодування. Збитками є: втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

Згідно із ст. 225 ГК до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства; додаткові витрати (штрафні санкції,

сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною; неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

Відповідно до ст. 52 Закону № 3792-ХІІ при порушеннях будь-якою особою авторського права і (або) суміжних прав, передбачених ст. 50 цього Закону, недотриманні передбачених договором умов використання творів і (або) об'єктів суміжних прав, використанні творів і об'єктів суміжних прав з обходом технічних засобів захисту чи з підробленням інформації і (або) документів про управління правами чи створенні загрози неправомірного використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав та інших порушеннях особистих немайнових прав і майнових прав суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав мають право подавати позови про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав, або виплату компенсацій; а також мають право подавати позови про відшкодування моральної (немайнової шкоди).

Суд згідно із ч. 2 ст. 52 Закону 3792-ХІІ має право постановити рішення чи ухвалу про:

- а) відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої порушенням авторського права і (або) суміжних прав, з визначенням розміру відшкодування;
- б) відшкодування збитків, завданих порушенням авторського права і (або) суміжних прав;
- в) стягнення із порушника авторського права і (або) суміжних прав доходу, отриманого внаслідок порушення;
- г) виплату компенсації, що визначається судом, у розмірі від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат, замість відшкодування збитків або стягнення доходу.

Слід зазначити, що відповідно до ч. 1 ст. 43 Закону 3792-ХІІ за умови виплати винагороди допускається пряме чи опосередковане комерційне використання фонограм і відеограм та їх примірників без згоди виробників фонограм (відеограм),

фонограми (відеограми) яких опубліковані для використання з комерційною метою, і виконавців, виконання яких зафіксовані у цих фонограмах (відеограмах).

Відповідно до ч. 3 ст. 43 Закону 3792-ХІІ розмір такої винагороди, порядок та умови її виплати визначаються постановою Кабінету Міністрів України (далі — КМУ) від 18 січня 2003 р. № 71 «Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань» (далі — постанова № 71).

Для визначення розміру збитків, завданих у зв'язку з неправомірним використанням об'єктів права інтелектуальної власності, може застосовуватись Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»

Так, розмір винагороди за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань, перелік яких визначено у ч. 1 ст. 43 Закону № 3792-ХІІ, відповідно до постанови № 71 встановлюється від 1 % до 5 % доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої здійснюється використання об'єкта суміжних прав.

Мінімальні ставки винагороди за використання об'єктів авторського права та суміжних прав відповідно до статей 15 і 37 Закону 3792-ХІІ, порядок та умови її виплати встановлені нормами постанови КМУ від 18 січня 2003 р. № 72 «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» (далі — постанова № 72).

Так, мінімальна ставка винагороди за публічний показ аудіовізуальних творів та інших творів, зафіксованих у фонограмах і (або) відеограмах, у місцях з безоплатним входом становить від 2,5 % доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої відбувається використання творів, у місцях з платним входом — до 5 % доходів, одержаних від продажу квитків.

Мінімальну ставку винагороди за комерційне використання комп'ютерних програм та баз даних, публічне сповіщення яких здійснюється у передачах кабельного телебачення і (або) радіомовлення чи через мережу Інтернет, встановлено у розмірі 5 % доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої відбувається їх публічне сповіщення.

Мінімальну ставку авторської винагороди за відтворення і (або) опублікування творів, за-

фіксованих у фонограмах, а також відтворення і (або) опублікування творів, включаючи аудіовізуальні, зафіксованих у відеограмах, на всіх видах матеріальних носіїв, випуск в обіг виготовлених за межами України примірників творів згідно з договорами на їх імпорт встановлено в розмірі 8 % відпускної ціни кожного відтвореного та належним чином укомплектованого примірника.

Необхідно розмежовувати: розмір збитків, завданих неправомірним використанням об'єктів права інтелектуальної власності; розмір вартості майнових прав інтелектуальної власності; загальний розмір вартості майнових та немайнових прав інтелектуальної власності

Для визначення розміру збитків, завданих у зв'язку з неправомірним використанням об'єктів права інтелектуальної власності, може застосовуватись Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» (затверджено постановою КМУ від 3 жовтня 2007 р. № 1185; далі — Національний стандарт № 4).

Згідно з п. 26 Національного стандарту № 4 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.

Необхідно розмежовувати:

розмір збитків, завданих неправомірним використанням об'єктів права інтелектуальної власності;

розмір вартості майнових прав інтелектуальної власності;

загальний розмір вартості майнових та немайнових прав інтелектуальної власності.

Перелік, визначення та особливості застосування методичних підходів для проведення оцінки майнових прав інтелектуальної власності встановлено у пунктах 8—11, 24, 25 Національного стандарту № 4.

Такі самі методи необхідно застосовувати і для проведення оцінки винагороди, неoderжаної через незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Відповідно до п. 7 Національного стандарту № 4 оцінюються майнові права на такі об'єкти права інтелектуальної власності: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; копії даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій

мовлення; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці; інші об'єкти, що згідно із законодавством належать до об'єктів права інтелектуальної власності.

Згідно з п. 8 Національного стандарту № 4 для проведення оцінки майнових прав інтелектуальної власності застосовуються такі методичні підходи, як дохідний, порівняльний і витратний.

Дохідний підхід застосовується для оцінки майнових прав інтелектуальної власності у випадку, коли можливо визначити розмір доходу, що отримує або може отримувати юридична чи фізична особа, якій належать такі права, від їх використання.

Відповідно до п. 10 Національного стандарту № 4 основними методами дохідного підходу, що застосовуються для оцінки майнових прав інтелектуальної власності, є метод непрямої капіталізації (дисконтування грошового потоку) та метод прямої капіталізації доходу.

Зазначені методи застосовуються для оцінки цілісного майнового комплексу, в якому використовується об'єкт права інтелектуальної власності, і майнових прав інтелектуальної власності як окремих об'єктів оцінки.

Застосування методів непрямої капіталізації (дисконтування грошового потоку) та прямої капіталізації доходу для оцінки майнових прав інтелектуальної власності передбачає визначення розміру тієї частини доходу, що отримана у зв'язку з наявністю у юридичної або фізичної особи таких прав. При цьому грошовим потоком чи доходом може бути:

для методів переваги у прибутку і розподілу прибутків — різниця між прибутком суб'єкта права інтелектуальної власності, отриманого в результаті використання об'єкта права інтелектуальної власності, та прибутком, отриманим без використання такого об'єкта;

для методу додаткового прибутку — додатковий прибуток, який отримано суб'єктом права інтелектуальної власності в результаті використання об'єкта права інтелектуальної власності;

для методу роялті — ліцензійний платіж за надання прав на використання об'єкта права інтелектуальної власності (п. 11 Національного стандарту № 4).

Метод роялті застосовується за умови, що майнові права інтелектуальної власності надані або можуть бути надані за ліцензійним договором іншій фізичній або юридичній особі. Метод полягає у визначенні суми дисконтованих доходів від ліцензійних платежів.

Суб'єкт права інтелектуальної власності має право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності та отримувати винагороду за надання такого дозволу. Особливість полягає в тому, що зазначений суб'єкт права може передати права повністю у всій сукупності або частково (наприклад, право на відтворення та/або розповсюдження тощо). Саме розмір такої неoderжаної винагороди і необхідно встановити для перевірки наявності (відсутності) обов'язкової ознаки основного та кваліфікованих складів злочинів

За базу роялті може братись виручка від реалізації ліцензійної продукції (товарів, робіт, послуг), обсяг виробленої чи реалізованої ліцензійної продукції (товарів, робіт, послуг) в натуральному виразі, величина доходу (прибутку) від реалізації ліцензійної продукції (товарів, робіт, послуг) та інші показники господарської діяльності.

Ставка роялті визначається на підставі результатів аналізу ринку подібних об'єктів права інтелектуальної власності, за використання яких сплачується роялті.

Майновими правами інтелектуальної власності відповідно до ч. 1 ст. 464 ЦК є:

право на використання об'єкта права інтелектуальної власності;

виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності;

виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання;

інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Таким чином, суб'єкт права інтелектуальної власності має право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності та отримувати винагороду за надання такого дозволу. Особливість полягає в тому, що зазначений суб'єкт права може передати права повністю у всій сукупності або частково (наприклад, право на відтворення та/або розповсюдження тощо). Саме розмір такої неoderжаної винагороди і необхідно встановити для перевірки наявності (відсутності) обов'язкової ознаки основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177 та 229 КК, — матеріальної шкоди, завданої у значному, великому та особливо великому розмірі.

Так, для визначення неoderжаної винагороди (упущеної вигоди) необхідно встановити перелік прав, що були порушені, яка винагорода передбачалася у таких випадках ліцензіаром ліцензійним договором за користування такими правами і який відсоток така винагорода становить від вартості прав, що передаються.

Розрахунки розміру такої винагороди повинні містити мотивування такого розрахунку із посиланням на дані ліцензійного договору (розмір роялті та/або відрахування відсотків від прибутку, отриманого від використання прав; фінансових звітів) та/або посилання на постанови № 71, № 72 та/або передбачені Національним стандартом № 4 методи розрахунку.

Таким чином, склад матеріальної шкоди, завданої незаконним використанням об'єктів інтелектуальної власності (статті 176, 177, 229 КК), у її цивільно-правовому розумінні визначається сумою неoderжаної винагороди за незаконне використання прав на ці об'єкти; сумою витрат, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); матеріальною компенсацією моральної шкоди, зокрема витратами, що суб'єкт права мусить зробити на відновлення ділової репутації.

Зазначене вище характеризує цивільну відповідальність.

При визначенні матеріальної шкоди, завданої незаконним використанням об'єкта права інтелектуальної власності, як ознаки кримінально-правової відповідальності та обов'язкової ознаки основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, необхідно звернути увагу на те, що така матеріальна шкода не є прямою дійсною шкодою, тому її як наслідок незаконного використання об'єкта права інтелектуальної власності слід оцінювати як неoderжану винагороду за незаконне використання об'єкта такого права.

Відповідно до ч. 1 ст. 91 Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК) у кримінальному провадженні підлягає доказуванню розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, який має бути встановлений на підставі статей 93—102 КПК, при цьому суд вирішує питання належності та допустимості доказів згідно зі статтями 84—90 цього Кодексу.

Суд у разі встановлення, що докази, отримані внаслідок істотного порушення прав

та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ч. 1 ст. 87 КПК), має визнати такі докази недопустимими.

Слід враховувати, що межа притягнення до кримінальної відповідальності кожного року змінюється залежно від розміру соціальних стандартів і для кваліфікації злочинів та правопорушень розраховується станом на 1 січня відповідного року як певний відсоток розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи, встановлений законом на 1 січня відповідного року (податкова соціальна пільга), кратний 20 відповідно до статей 176, 177, 229 КК. Зокрема, для 2013 р. така межа становить 11 470 грн

Сторони кримінального провадження, зокрема потерпілий, мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також заперечувати проти визнання доказів недопустимими.

Оскільки обов'язковою та кваліфікуючими ознаками злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, є завдання шкоди у значному, великому чи особливо великому розмірі, то для кваліфікації незаконних дій за цими статтями мають бути надані розрахунки розміру такої шкоди (втраченої вигоди) із посиланням на докази його розрахунку та докази зафіксованого факту реального незаконного використання об'єкта права інтелектуальної власності (наприклад, за результатами запису незаконного транслявання програми кабельними мережами, контрольної закупки) та наступної перевірки приміщення (обладнання), де незаконно використовується об'єкт права інтелектуальної власності. За результатами контрольної закупки та наступної перевірки орган досудового розслідування визначає наближену оцінку розміру матеріальної шкоди та (або) складає протокол про вчинення адміністративного правопорушення за порушення права інтелектуальної власності, або вносить відомості про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочинає розслідування.

Слід враховувати, що межа притягнення до кримінальної відповідальності кожного року змінюється залежно від розміру соціальних стандартів і для кваліфікації злочинів та правопорушень розраховується станом на 1 січня відповідного року як певний відсоток розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи, встановлений законом на 1 січня відповідного року (податкова

соціальна пільга), кратний 20 відповідно до статей 176, 177, 229 КК. Зокрема, для 2013 р. така межа становить 11 470 грн.

Відповідно до ст. 477 КПК кримінальне провадження щодо кримінальних правопорушень, передбачених статтями 176, 177 та 229 КК, може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого, який має надавати матеріали (копії ліцензійних угод, фінансові звіти) на підтвердження розрахунку завданої йому матеріальної шкоди.

Для перевірки розміру матеріальної шкоди, заявленого потерпілим, представники органу, що здійснює досудове розслідування, повинні призначити експертизу (відповідно до ст. 101 КПК), на вирішення якої поставити і питання розрахунку завданої матеріальної шкоди та перевірки правильності її розрахунку, заявленого потерпілою стороною, які мають ґрунтуватись на даних реальної ліцензійної угоди, завірені копії яких мають надаватися суб'єктами права або міститися у фінансових звітах. Для здійснення таких розрахунків необхідно встановити об'єкти права інтелектуальної власності, щодо яких було зафіксовано незаконне використання, та суб'єктів права, ліцензійності (ознак контрафактності) виявленої та вилученої продукції, встановлення розміру вартості ліцензійного об'єкта, вартість конкретних прав, які були порушені, тощо.

Орган досудового розслідування має вимагати завірені копії ліцензійних угод на підтвердження, заявленого цивільного позову та здійснити «наближений» розрахунок завданої матеріальної шкоди як ознаки основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, зокрема відповідно до постанов № 71 та/або № 72 за мінімальними ставками винагороди, або відповідно до Національного стандарту № 4. За результатами експертизи та остаточного визначення розміру такої шкоди як ознаки злочинів у значному, великому чи особливо великому розмірі, незаконні дії кваліфікуються за відповідною частиною статей 176, 177, 229 КК.

Як правило, методика, що використовується під час досудового розслідування, застосовує і суд, який не завжди ставить під сумнів розмір визначеної матеріальної шкоди. Найпоширеніший метод розрахунку матеріальної шкоди — просте складання вартості ліцензійних об'єктів інтелектуальної власності, що не

є правильним з огляду на наявність чи відсутність складу злочину і, відповідно, кримінальної відповідальності.

Згідно із ст. 92 КПК при здійсненні кримінального провадження обов'язок надання таких доказів покладено на слідчого, прокурора та, в установлених цим Кодексом випадках, — на потерпілого.

За відсутності запротоцьованого факту незаконного використання — відсутній і склад злочину за ч. 1 ст. 176 КК, оскільки цей злочин має матеріальний склад (матеріальний склад має злочину, передбачені статтями 177 та 229 КК)

Відповідно до диспозиції ст. 176 КК кримінально караними діями є 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 відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації, або інше умисне порушення авторського права і суміжних прав, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі.

Для визначення матеріальної шкоди як неодоержаної винагороди (втраченої вигоди) у разі незаконного використання об'єкта авторського права (суміжних прав) у кожному конкретному випадку орган досудового розслідування має проаналізувати ліцензійні угоди (копії яких надаються суб'єктами права або витребовуються в останніх). Зокрема, при порушенні авторського права на аудіовізуальний твір необхідно встановити розмір вартості прав у грошовому еквіваленті на відтворення такого об'єкта авторського права на відповідних носіях (DVD та/або CD дисків) — вартості прав на розповсюдження дисків із відтвореним аудіовізуальним твором (виробництво, імпорту, експорт дисків для лазерних систем зчитування). Для встановлення наявності складу злочину та перевірки правильності розрахунку розміру заявленої суми цивільного позову і розрахунку втраченої вигоди, яку отримав би суб'єкт авторського права у разі правомірного використання об'єкта інтелектуальної власності — аудіовізуального твору — другою стороною, необхідно проаналізувати вартість прав, що передаються відповідно до ліцензійної угоди, укладеної із суб'єктом авторського права на використання об'єкта авторського права у таких формах, як відтворення, виробництво, тиражування, розповсюдження, експорту та імпорту на відповідних носіях.

За відсутності ліцензійної угоди необхідно призначити експертизу. Тим часом, орган досудового розслідування вправі оцінити матеріальну шкоду на підставі мінімальних ставок винагороди, визначених постановами № 71 та № 72, і встановити наявність чи відсутність складу злочину — порушення авторського права та суміжних прав.

Для оцінювання матеріальної шкоди щодо порушення прав на об'єкти, передбачені статтями 177 та 229 КК, необхідно застосувати Національний стандарт № 4.

Слід встановити суму неодоержаної винагороди (втраченої вигоди), що буде тотожна завданій матеріальній шкоді, оскільки відповідний її розмір, зазначений у диспозиціях статей 176, 177, 229 КК, є обов'язковою ознакою основного та кваліфікованого складів злочинів для настання кримінальної відповідальності, що передбачає призначення експертизи в обов'язковому порядку для правильного розрахунку такого розміру (із застосуванням положень постанов № 71, № 72, Національного стандарту № 4).

Отже, правовою підставою правильності кваліфікації незаконних дій, а також задоволення цивільного позову, мають бути розрахунки розміру матеріальної шкоди як втраченої вигоди з посиланням на постанови № 71, № 72 та/або Національний стандарт № 4, та/або фінансові звіти, ліцензійні угоди, на підставі яких має розраховуватись розмір матеріальної шкоди (за результатами призначеної та проведеної експертизи).

Таку правову позицію висловив і Верховний Суд України в ухвалі від 13 травня 2010 р., скасовуючи вирок Київського районного суду м. Сімферополя АР Крим від 22 травня 2009 р. та ухвалу Апеляційного суду АР Крим від 28 липня 2009 р., якими було засуджено К., Р., Є. і С. за вчинення злочину, передбаченого ч. 3 ст. 229 КК, і постановлено стягнути 458 822 грн на користь ТОВ в рахунок відшкодування матеріальної шкоди, завданої незаконним використанням знака для товарів і послуг, фірмового найменування та кваліфікованого зазначення походження товару «Calgon», що наносився на підроблений засіб для пом'якшення води.

Скасовуючи ці судові рішення, Верховний Суд України зазначив, що суд першої інстанції, визнаючи К., Р., Є. і С. винуватими у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 229 КК, не врахував відсутність даних про оцінку майнових прав інтелектуальної власності ТОВ, які були порушені, а розмір

заподіяної шкоди судом було встановлено без урахування положень п. 26 Національного стандарту № 4. Істотне порушення закону при визначенні розміру заподіяних збитків, у свою чергу, призвело до неправильного вирішення цивільного позову і не було виправлено при перегляді справи в апеляційному порядку.

За результатами вивчення матеріалів кримінальних справ, розглянутих судами у 2003—2012 рр., встановлено, що органи досудового слідства не завжди призначали експертизу для визначення розміру завданої злочином шкоди, розраховували його на власний розсуд, іноді керуючись даними, наданими суб'єктами права на підтвердження заявлених позовних вимог, застосовували різні методи розрахунку.

Суди у поодиноких випадках перевіряють правильність розрахунку досудовим слідством розміру матеріальної шкоди. Іноді матеріали однієї кримінальної справи свідчать про застосування різних методів, що суттєво відрізняються.

Міськрайонний суд м. Білої Церкви вироком від 21 грудня 2005 р. визнав Ш. винним у порушенні авторських та суміжних прав, його дії кваліфікував за ч.1 ст. 176 КК.

За результатами перевірки роботи торговельного місця (центральний ринок м. Білої Церкви), проведеної 28 липня 2005 р., на якому Ш. намагався реалізувати компакт-диски із відтвореними на них аудіовізуальними творами, не маючи дозволу суб'єктів авторського права, представниками УМВС 18 серпня 2005 р. було порушено кримінальну справу за ч. 1 ст. 176 КК. Досудовим слідством встановлено (за результатами проведеної експертизи): Ш. порушив виключні авторські права, що належать ТОВ 1 (майнові права на 16 аудіовізуальних творів) та ТОВ 2 (24 аудіовізуальних твори), які мають ліцензійно закріплені права на відтворення та розповсюдження виявлених об'єктів авторського права на території України.

Установлено, що плата по одній області за один об'єкт права для ТОВ 1 становить 1363,50 грн, а по одній області за 16 об'єктів — 21 816 грн. Так, відповідно до ліцензійної угоди втрачена вигода складала 20 % від плати за ліцензійні права. Для розрахунку завданої матеріальної шкоди до 21 816 грн ТОВ 1 додало збитки в частині вартості 13 примірників ліцензійних дисків (оскільки стільки було вилучено): 325 грн = 13 × 25 (вартість одного ліцензійного примірника). Загальна сума заявленого цивіль-

ного позову цього товариства складала 20 % від (325 + 21816), що дорівнює 4666,20 грн, і з такою сумою погодилось досудове слідство. (Далі за текстом такий метод розрахунку будемо зазначати, як метод № 1).

ТОВ 2 по-іншому розраховувало матеріальну шкоду. Цивільний позов було заявлено щодо 81 об'єкта, а досудове слідство нараховувало 24 об'єкти, відтворені на 25 дисках: $25 \times 15 = 375$ грн; $24 \times 400 \$ = 9600 \$$ (або за курсом 48 480 грн), де 400 \$ — вартість права дистриб'юції одного твору. Разом: $375 + 48\,480 = 48\,855$ грн. Загальну матеріальну шкоду, завдану цьому ТОВ, досудовим слідством було розраховано у розмірі 48 855 грн. (Далі за текстом — це метод № 2).

Правильно вирішують справи ті судді, які перевіряють наявність складу злочину — незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також розмір завданої шкоди, розрахованої як упущена вигода на підставі даних ліцензійної угоди за методом № 1, розмір якої має бути не менш ніж 20 податкових соціальних пільг станом на 1 січня відповідного року

Метод розрахунку матеріальної шкоди, завданої ТОВ 1, відповідає доданому ліцензійному договору, а також аналогічним ліцензійним договорам, доданим до матеріалів кримінальних справ, проаналізованим під час вивчення судової практики.

Щодо методу № 2, запропонованого ТОВ 2, слід зазначити, що сума 48 480 грн, наведена у розрахунках товариства, не є упущеною вигодою, а є сумою, яку було витрачено для того, щоб мати право на відтворення, реалізацію та прокат 24 об'єктів права. Для визначення неoderжаної винагороди (упущеної вигоди) необхідно керуватися даними ліцензійної угоди, фінансовими звітами, а за їх відсутності — призначати експертизу.

Крім того, ані досудовим слідством, ані судом не доведено факту незаконного використання (не завдано матеріальної шкоди), оскільки не було зафіксовано (доведено) жодного факту такої реалізації, а тільки встановлено (але не доведено) намір — зберігання з метою незаконної реалізації. За відсутності запротоколюваного факту незаконного використання — відсутній і склад злочину за ч. 1 ст. 176 КК, оскільки цей злочин має матеріальний склад (матеріальний склад мають і злочини, передбачені статтями 177 та 229 КК). Зберігання для реалізації без доведення мети — реально здійсненої реалізації — не містить складу закінченого злочину.

Таким чином, правильно вирішують справи ті судді, які перевіряють наявність складу злочину — незаконне використання об'єкта права

інтелектуальної власності, а також розмір завданої шкоди, розрахованої як упущена вигода на підставі даних ліцензійної угоди за методом № 1, розмір якої має бути не менш ніж 20 податкових соціальних пільг станом на 1 січня відповідного року (згідно із Приміткою до статей 176, 177, 229 КК, а також урахуваючи підпункт 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 розд. IV «Податок на доходи фізичних осіб» Податкового кодексу України (далі — ПК), відповідно до якого застосування норм закону, які містять посилення на неоподатковуваний мінімум доходів громадян в частині кваліфікації злочинів або правопорушень, сума неоподаткованого мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної для відповідного року цим підпунктом) ².

При розгляді кримінальної справи суд має виходити з того, що кримінально-правова та цивільно-правова відповідальність за порушення права інтелектуальної власності настає за наявності певних, установлених законом, умов: факту умисної протиправної поведінки особи; шкоди, завданої суб'єкту права у значному, великому чи особливо великому розмірі; причинно-наслідкового зв'язку між завданою шкодою та протиправною поведінкою особи, яка завдала шкоди; вини правопорушника

Для кваліфікації незаконних дій за ст. 176 КК необхідно підтвердити незаперечними доказами порушення прав інтелектуальної власності із завданням матеріальної шкоди у значному, великому чи особливо великому розмірі.

Процесуально оформлений факт зберігання для незаконного використання (реалізації, надання у прокат) об'єкта права інтелектуальної власності, що могло заподіяти матеріальну шкоду у будь-якому значному, великому чи особливо великому розмірі, не утворює складу злочину за ст. 176 КК. Процесуально оформлений факт незаконного використання (реалізації, надання у прокат) об'єкта права інтелектуальної власності, що заподіяло матеріальну шкоду у незначному розмірі (менше 20 податкових соціальних пільг), не утворює складу злочину за ст. 176 КК, а свідчить про наявність ознак складу адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 512 КпАП. **Тільки процесуально оформлений факт незаконного використання об'єкта права інтелектуальної власності, що заподіяло матеріальну шкоду у значному, великому чи особливо великому розмірі, може свідчити про**

наявність ознак складу злочину за частинами 1—3 ст. 176 КК відповідно.

При розгляді кримінальної справи суд має виходити з того, що кримінально-правова та цивільно-правова відповідальність за порушення права інтелектуальної власності настає за наявності певних, установлених законом, умов: факту умисної протиправної поведінки особи (наприклад, вчинення дій, передбачених статтями 176, 177, 229 КК); шкоди, завданої суб'єкту права у значному, великому чи особливо великому розмірі; причинно-наслідкового зв'язку між завданою шкодою та протиправною поведінкою особи, яка завдала шкоди; вини правопорушника.

Таким чином, матеріальна шкода, завдана незаконним використанням об'єкта права інтелектуальної власності, обчислюється за формулою:

$$МШ_{ВВ} = c \times (ВППВ + n \times ВЛОІВ),$$

де:

МШ_{ВВ} — матеріальна шкода, що розраховується як втрачена вигода або неoderжана винагорода;

c — певний відсоток від суми вартості прав та ліцензійних об'єктів інтелектуальної власності. Межі коливання c — від 5 % до 30 % і більше;

ВППВ — вартість прав інтелектуальної власності, що передаються відповідно до ліцензійного договору про користування правами на об'єкти інтелектуальної власності;

n — кількість ліцензійних об'єктів інтелектуальної власності;

ВЛОІВ — вартість ліцензійного об'єкта інтелектуальної власності.

За результатами вивчення ліцензійних договорів із розглянутих судами кримінальних справ установлено таке. Із метою реалізації та розповсюдження на території України кіно- та відеопродукції, виготовленої, наприклад, в США, деякими організаціями колективного управління та американськими кінокомпаніями були укладені ліцензійні договори про передачу прав інтелектуальної власності, зокрема права на відтворення та розповсюдження на території України художніх та мультиплікаційних фільмів на DVD та CD дисках для лазерних систем зчитування та на відеокасетах.

Одна з кінокомпаній передбачала у ліцензійних договорах за використання авторських прав сплату тільки роялті або певний відсоток (25—30 %) від суми, отриманої від продажу продукції, інша — сплату роялті за одну програму, але не менше ніж 400 \$ США за кожну.

² Відповідно до розд. XIX «Прикінцеві положення» ПК підпункт 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 ПК набирає чинності з 1 січня 2015 р. До 31 грудня 2014 р. з метою застосування цього підпункту податкова соціальна пільга надається в розмірі, що дорівнює 50 % розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року, — для будь-якого платника податку.

Обов'язкова умова кінокомпанії — замовляти по 20 оригінальних дисків кожної програми.

Таким чином, втрачена вигода (неодержана винагорода) змінюється в межах від 5 % до 30 % вартості прав, що передаються для об'єктів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК.

У разі відсутності ліцензійного договору відповідно до постанови № 72 можна встановити мінімальні ставки неодержаної винагороди (втраченої вигоди), що змінюються залежно від виду об'єкта авторського та/або суміжного права, на рівні від 0,01 до 25 % доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої здійснюється комерційне використання об'єкта, або відпускної вартості ліцензійного примірника об'єкта авторського та/або суміжного права, або відпускної ціни погонного метра оздоблюваного матеріалу із відтвореним твором образотворчого і декоративно-ужиткового мистецтва.

Методом, аналогічним методу № 1, застосованому ТОВ 1, слід розраховувати матеріальну шкоду (неодержану винагороду, втрачену вигоду) в результаті незаконного використання комп'ютерних програм.

Мінімальну винагороду за комерційне використання комп'ютерної програми відповідно до постанови № 72 встановлено у розмірі 5 % доходів, одержаних з того виду діяльності, у процесі якої відбувається публічне використання (сповіщення у передачах кабельного телебачення чи через мережу Інтернет) такої програми.

Втрачену вигоду (не мінімальну) через незаконне відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм, відтворених на дисках формату DVD та/або CD, у разі відсутності ліцензійного договору слід встановлювати за результатами експертизи згідно із Національним стандартом № 4.

У кримінальних справах, наданих для вивчення, матеріальна шкода, завдана незаконним використанням комп'ютерних програм, розраховувалась простим складанням вартості ліцензійних програм, незаконні копії яких були вилучені під час проведеної перевірки.

Органи досудового розслідування як ознаку основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених ст. 176 КК, визначають загальну суму, заявлену у цивільному позові, і не завжди перевіряють правильність її розрахунку та мотивування саме такої суми, не використовують положення постанов № 71 та № 72.

У більшості справ, порушених за статтями 176, 177 та 229 КК, матеріальна шкода розраховувалась за методом, передбаченим

для ст. 203¹ КК, — простим складанням вартості ліцензійних об'єктів права інтелектуальної власності.

Також необхідно розмежовувати оцінку майнових прав інтелектуальної власності, якими володіє суб'єкт права, та розмір матеріальної шкоди, завданої незаконним використанням об'єктів права інтелектуальної власності.

Матеріальна шкода як обов'язкова ознака основного та кваліфікуючих складів злочину за ст. 176 КК визначається на підставі процесуально зафіксованих незаконних дій, в результаті яких правопорушник отримав прибуток. У разі відсутності прибутку і наявності тільки дій з підготовки для його отримання, наприклад, зберігання з метою незаконної реалізації об'єктів авторського права та/або суміжних прав, такі дії не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 176 КК. Такі незаконні дії, як зберігання з метою незаконного розповсюдження об'єктів авторського права та/або суміжних прав, кваліфікуються за ч. 2 ст. 15 КК як закінчений замах на вчинення злочину виключно у разі вже зафіксованого факту незаконної реалізації (відтворення, розповсюдження), що спричинив шкоду у значному, великому чи особливо великому розмірі.

Таким чином, для розрахунку розміру матеріальної шкоди (втраченої вигоди), завданої неправомірним використанням об'єктів права інтелектуальної власності, які є об'єктами кримінально-правової охорони відповідно до статей 176, 177 та 229 КК, необхідно призначати експертизу, на вирішення якої поставити питання визначення розміру втраченої вигоди із застосуванням Національного стандарту № 4, постанов № 71 та № 72. Така експертиза має здійснюватися на підставі фінансових звітів суб'єктів права та ліцензійних договорів, укладених ними.

З огляду на зазначене вище для правильної кваліфікації дій та визначення і розрахунку матеріальної шкоди необхідно внести зміни до статей 176, 177, 229 КК, доповнивши їх **Приміткою 2 щодо особливостей розрахунку матеріальної шкоди, завданої незаконним використанням об'єкта права інтелектуальної власності**, такого змісту:

«При кваліфікації незаконних дій і проведенні розрахунку завданої матеріальної шкоди, визначеної у Примітці 1 до статей 176, 177, 229 КК, розмір зазначеного неоподаткованого мінімуму відповідно до абз. 8 п. 1 розд. XIX «Прикінцеві положення» ПК та підпункту 169.1.1 п.169.1 ст. 169 розд. IV «Податок на доходи фізичних осіб» встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, яка визначається як певний відсоток прожиткового

мінімуму для працездатної особи, встановленому законом на 1 січня відповідного року.

Матеріальна шкода як межа притягнення до кримінальної відповідальності (мінімальний розмір матеріальної шкоди), визначена у санкціях статей 176, 177, 229 КК, розраховується на підставі множення податкової соціальної пільги (неоподаткованого мінімуму) на 20, 200, 1000 відповідно до частини 1, 2, 3, статей 176, 177, 229 КК.

Матеріальна шкода як обов'язкова ознака основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, визнається як втрачена вигода, на яку суб'єкт права мав розраховувати у разі належного виконання зобов'язання іншою стороною і розраховується таким способом:

За наявності ліцензійного договору розраховується як відсоток від вартості прав, що передаються відповідно до цього договору:

$MШ_{\text{ВВ}} = c \times (\text{ВППВ} + n \times \text{ВЛОІВ})$, де:

$MШ_{\text{ВВ}}$ — матеріальна шкода, що розраховується як втрачена вигода або неoderжана винагорода;

c — певний відсоток від суми вартості прав та ліцензійних об'єктів інтелектуальної власності, що також передаються. Межі коливання c — від 5% до 30% і більше;

ВППВ — вартість прав інтелектуальної власності, що передаються відповідно до ліцензійного договору про користування правами на об'єкти інтелектуальної власності;

n — кількість ліцензійних об'єктів інтелектуальної власності;

ВЛОІВ — вартість ліцензійного об'єкта інтелектуальної власності.

За відсутності ліцензійного договору матеріальна шкоди встановлюється експертизою».

Для допомоги у роботі до статті додаються Таблиця 1 і Таблиця 2.

Табл. 1

Мінімальний розмір матеріальної шкоди як межа притягнення до кримінальної відповідальності за злочини, вчинені у сфері інтелектуальної власності (статті 176, 177, 203¹ та 209 КК) у 2001—2013 рр.

Рік	Мінімальна зарплата, грн	Прожитковий мінімум для працездатної особи, грн	Розмір соціальної пільги, %	Сума податкової соціальної пільги, грн	Неоподатковуваний мінімум доходів громадян, грн	Мінімальний розмір матеріальної шкоди, за якою настає кримінальна відповідальність за статтями 176, 177, 229 КК, грн	Мінімальний розмір матеріальної шкоди, за якою настає кримінальна відповідальність за ст. 203 ¹ КК, грн
1	2	3	4	5	6	7	8
2013	1147	1147 (Закон від 06.12.2012 № 5515-VI)	50	573,5	17	$573,5 \times 20 = 11\ 470$	$573,5 \times 20 = 11\ 470$
2012	1073	1073 (Закон від 22.12.2011 № 4282-VI)	50	536,5	17	$536,5 \times 20 = 10\ 730$	$536,5 \times 20 = 10\ 730$
2011	941	941 (Закон від 23.12.2010 № 857-V)	50	470,5	17	$470,5 \times 20 = 9\ 410$	$470,5 \times 20 = 9\ 410$
<i>ПК від 02.12.2010 № 2755-VI, чинний з 01.01.2011</i>							
2010	869		50	434,5	17	$434,5 \times 20 = 8\ 690$	$434,5 \times 20 = 8\ 690$
2009	605		50	302,5	17	$302,5 \times 20 = 6\ 050$	$302,5 \times 20 = 6\ 050$
2008	515		50	257,5	17	$257,5 \times 20 = 5\ 150$	$257,5 \times 20 = 5\ 150$
2007	400		50	200,0	17	$200,0 \times 20 = 4\ 000$	$200,0 \times 20 = 4\ 000$
2006	350		50	175,0	17	$175 \times 20 = 3\ 500$ (Закон від 09.02.2006 № 3423-IV, чинний з 02.03.2006) $175 \times 200 = 35\ 000$ (чинний до 01.03.2006)	$175 \times 20 = 3\ 500$
2005	262		50	131,0	17	$131 \times 200 = 26\ 200$	$131 \times 20 = 2\ 620$ (Закон від 06.07.2005 № 734-IV, чинний з 02.08.2005) $131 \times 3\ 000 = 393\ 000$ (чинний до 01.08.2005)

1	2	3	4	5	6	7	8
2004	205		30	61,5	17	61,5 × 200 = 12 300 (Закон від 22.05.2003 № 889-IV, чинний з 01.01.2004)	61,5 × 3000 = 184 500 (Закон від 22.05.2003 № 889-IV, чинний з 01.01.2004)
2003	205 (з 01.12.2003)		—	—	17	17 × 200 = 3400 (Закон від 22.05.2003 № 850-IV, чинний з 25.06.2003)	17 × 3000 = 51 000
	185 (з 01.01.2003)		—	—		За статтями 176, 177: 17 × 100 = 1700 (до 04.06.2003) За ст. 229: 17 × 300 = 5100 (до 24.06.2003)	
2002	165 (з 01.07.2002)		—	—	17	За статтями 176, 177: 17 × 100 = 1700 За ст. 229: 17 × 300 = 5100	17 × 3000 = 51 000 (Закон від 17.01.2002 № 2953-III, чинний з 21.04.2002)
	140 (з 01.01.2002)		—	—			
2001			—	—	17	За статтями 176, 177: 17 × 100 = 1700 За ст. 229: 17 × 300 = 5100	—

Табл. 2

Види матеріальної шкоди, вартості прав та об'єктів інтелектуальної власності й деякі види їх розрахунку

	Методи розрахунку (сума обчислюється в грн)
<p><i>Матеріальна шкода як межа притягнення до кримінальної відповідальності</i> (мінімальний розмір матеріальної шкоди), визначена у санкціях статей 176, 177, 229 КК, розраховується на підставі множення податкової соціальної пільги (неоподаткованого мінімуму) на 20, 200, 1000 відповідно до частини 1, 2, 3, статей 176, 177, 229 КК.</p> <p>При кваліфікації незаконних дій і проведенні розрахунку завданої матеріальної шкоди, визначеної у примітці до статей 176, 177, 229 КК, розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян відповідно до абз. 8 п. 1 розд. XIX «Прикінцеві положення» ПК та підпункту 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 розд. IV «Податок на доходи фізичних осіб» ПК встановлюється на рівні податкової соціальної пільги</p>	<p>Для 2013 р.:</p> $\text{ПСП} = \frac{\text{ПРМ} \times 50\%}{100\%} = \frac{1147 \times 50\%}{100\%} = 573,5$ <p>1. Мінімальний розмір матеріальної шкоди для кваліфікації незаконних дій за ч. 1 статей 176, 177, 229 КК:</p> $\text{МШ} = \text{ПСП} \times 20 = \frac{\text{ПРМ} \times 50\%}{100\%} \times 20 = 573,5 \times 20 = 11\,470$ <p>2. Мінімальний розмір матеріальної шкоди для кваліфікації незаконних дій за ч. 2 статей 176, 177, 229 КК:</p> $\text{МШ} = \text{ПСП} \times 200 = \frac{\text{ПРМ} \times 50\%}{100\%} \times 200 = 573,5 \times 200 = 114\,700$ <p>3. Мінімальний розмір матеріальної шкоди для кваліфікації незаконних дій за ч. 3 статей 176, 177, 229 КК:</p> $\text{МШ} = \text{ПСП} \times 1000 = \frac{\text{ПРМ} \times 50\%}{100\%} \times 1000 = 573,5 \times 1000 = 573\,500$, де: ПСП — податкова соціальна пільга; ПРМ — прожитковий мінімум; МШ — матеріальна шкода
<p>Види матеріальної шкоди:</p> <p><i>Матеріальна шкода як обов'язкова ознака</i> основного та кваліфікованих складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, визначається як втрачена вигода, на яку суб'єкт права мав розраховувати у разі належного виконання зобов'язання іншою стороною</p> <p><i>Втрачена вигода</i> — неoderжаний прибуток, на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною; доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене</p>	<p>За наявності ліцензійного договору розраховується як відсоток від вартості прав, що передаються відповідно до цього договору:</p> $\text{МШ}_{\text{вв}} = \epsilon \times (\text{ВПВ} + n \times \text{ВЛОІВ}), \text{ де:}$ <p>МШ_{вв} — матеріальна шкода, що розраховується як втрачена вигода або неoderжана винагорода; ε — певний відсоток від суми вартості прав та ліцензійних об'єктів інтелектуальної власності. Межі коливання ε — від 5% до 30% і більше; ВПВ — вартість прав інтелектуальної власності, що передаються відповідно до ліцензійного договору про користування правами на об'єкти інтелектуальної власності; n — кількість ліцензійних об'єктів інтелектуальної власності; ВЛОІВ — вартість ліцензійного об'єкта інтелектуальної власності</p> <p>За відсутності ліцензійного договору розраховується як:</p> <p>1. Втрачена вигода (на рівні мінімальної винагороди) за комерційне використання об'єктів авторського права та суміжних прав без дозволу суб'єктів права — відповідно до постанов КМУ від 18 січня 2003 р. № 71 «Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (рояліті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконаць» та/або № 72 «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (рояліті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав».</p> <p>2. Втрачена вигода (не як мінімальна винагорода), на яку суб'єкт права мав розраховувати у разі належного виконання зобов'язання іншою стороною за комерційне використання об'єктів авторського права та суміжних прав без дозволу суб'єктів права — відповідно до постанови КМУ № 1185 від 3 жовтня 2007 р. «Про затвердження Національного стандарту №4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» за результатами призначеної експертизи».</p> <p>3. Втрачена вигода (втрачена винагорода) за комерційне використання об'єктів, передбачених статтями 177 та 229 КК, без дозволу суб'єктів права — відповідно до постанови КМУ від 3 жовтня 2007 р. № 1185 «Про затвердження Національного стандарту №4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» за результатами призначеної експертизи»</p>
<p><i>Матеріальна шкода як вид цивільно-правової відповідальності</i> визначається як сума неoderжаної втраченої вигоди; сума витрат, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права; матеріальна компенсація моральної шкоди</p>	<p>МШ = ВВ + КВП + МКМШ, де: МШ — матеріальна шкода; ВВ — втрачена вигода; КВП — кошти, витрачені на відновлення порушеного права; МКМШ — матеріальна компенсація моральної шкоди</p>

	Методи розрахунку (сума обчислюється в грн)
Види вартості прав та об'єктів інтелектуальної власності: <i>Загальна вартість прав на об'єкт права інтелектуальної власності складається із витрат на розробку об'єкта оцінки, маркетингові дослідження, рекламу; витрат на доведення об'єкта оцінки до стану, придатного для промислового чи комерційного використання, у тому числі витрат, пов'язаних з реєстрацією, отриманням та підтриманням чинності підтверджувального документа (патента, свідоцтва тощо)¹</i>	ВПІВ = ВРО + ВМД + ВКВ , де: ВПІВ — вартість прав на об'єкт права інтелектуальної власності; ВРО — витрати на розробку об'єкта; ВМД — витрати на маркетингові дослідження та рекламу; ВКВ — витрати на доведення об'єкта до стану, придатного для промислового (комерційного) використання
<i>Вартість прав, що передаються</i> , встановлюється ліцензійним договором. Наприклад, щодо об'єктів авторського права та суміжних прав передаються права на відтворення, тиражування, реалізацію об'єкта права інтелектуальної власності, визначаються цінові межі для реалізації відтвореного об'єкта інтелектуальної власності, обсяги та обмеження щодо реалізації таких об'єктів	Як приклад, вартість прав на використання (відтворення, тиражування та реалізацію): ВП = a × ВЛОІВ × m + v × ВЛОІВ , де: ВП — вартість прав, що передаються; ВЛОІВ — вартість ліцензійного об'єкта інтелектуальної власності; a — коефіцієнт, який обирається суб'єктом права і може коливатися в межах від 50 до 1000, а іноді й більше залежно від виду, вартості ліцензійного об'єкта інтелектуальної власності та стану ринку таких продуктів; m — кількість областей, на які надається дозвіл на використання об'єктів; v — кількість об'єктів інтелектуальної власності (еталонів), що купуються разом із правами
<i>Вартість ліцензійного об'єкта</i> права інтелектуальної власності встановлюється суб'єктом права на підставі маркетингових досліджень та визначається ціною першого продажу	Інформація надається суб'єктом права, підтверджується фінансовими звітами. На запит експертної установи/суду, інформація надається Торгово-промисловою палатою України
<i>Вартість неліцензійного об'єкта</i> права інтелектуальної власності — вартість об'єкта інтелектуальної власності, який використовувався (виготовлявся, відтворювався, продавався, здавався в майновий найм, прокат, ввозився на митну територію) з порушенням прав інтелектуальної власності	Встановлюється за результатами контрольної закупки

¹ Наказ Фонду державного майна України від 13 грудня 2005 р. № 3162 «Про затвердження Порядку визначення оціночної вартості об'єктів права інтелектуальної власності, що перебувають у державній власності або були створені (придбані) за державні кошти, з метою зарахування на бухгалтерський облік».