Навчально-науково-виробничий комплекс
“Академія інтелектуальної власності”
Міністерства освіти і науки України
Інститут інтелектуальної власності і права

І.А. Кириченко

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА ОБ’ЄКТІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

НАВЧАЛЬНИЙ ПОСІБНИК

Київ
ІІВП
2005

Кириченко І.А. Судова експертиза об'єктів права інтелектуальної власності. Навчальний посібник. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2005. – 172 с.

Навчальний посібник підготовлений автором для студентів, які навчаються за освітньо-професійною програмою підготовки спеціалістів і магістрів за спеціальністю 7(8).000002 "Інтелектуальна власність".

Викладені правові, наукові й організаційні основи судової експертизи, розглядається система джерел законодавства України, що регулюють судово-експертну діяльність, а також предмет та основні завдання судової і досудової експертизи об'єктів права інтелектуальної власності. Розглянута практика вирішення питань інтелектуальної власності, що були поставлені на розгляд судової експертизи.

Видання може бути використано для підвищення кваліфікації спеціалістів в сфері інтелектуальної власності, викладачів та студентів правових, інженерних, економічних та інших спеціальностей, а також в якості навчального посібника для державних службовців, юристів-практиків, підприємців і фахівців усіх видів економічної діяльності, які мають потребу поповнити свої знання в сфері інтелектуальної власності.

Рецензенти:

Цибульов П.М., доктор технічних наук, перший проректор Інституту інтелектуальної власності і права

Радзивілл О.А., кандидат юридичних наук, завідувач кафедрою цивільно-правових дисциплін Київського міжнародного університету

Редактор:

Сердюк Г.Н., кандидат технічних наук, декан факультету інтелектуальної власності Інституту інтелектуальної власності і права

Рекомендовано Вченою радою Інституту інтелектуальної власності і права, протокол №2 від 7 квітня 2005 р.

ISBN 966-87-86-03-3

© Кириченко І.А., 2005

© Інститут інтелектуальної власності і права, 2005

ЗМІСТ

ВСТУП 6

Розділ 1. Правові, наукові й організаційні основи судової експертизи в Україні 9

1.1. Інформаційні (пізнавальні) та процесуальні (доказові) функції діяльності стосовно встановлення істини 9

1.2. Нормативні акти що регулюють судово-експертну діяльність 13

1.3. Процесуальні і наукові принципи судової експертизи 14

1.4. Процесуальний статус судового експерта та спеціаліста 16

1.5. Організація судової експертизи в Україні 21

1.6. Судово-експертні установи України 21

Розділ 2. Процесуальні підстави та порядок призначення і проведення судових експертиз 23

2.1. Процесуальні суб'єкти, які мають право призначати судові експертизи 23

2.2. Ухвали та постанови про призначення судових експертиз, особливості їх структури 27

2.3. Процесуальні підстави підготовки, призначення та проведення судової експертизи в кримінальному процесі 28

2.4. Процесуальні підстави підготовки, призначення та проведення судової експертизи в цивільному і господарському процесі..... 29

2.5. Права, обов'язки і відповідальність судового експерта та спеціаліста 30

Розділ 3. Класифікація судових експертиз 35

3.1. Визначення виду судової експертизи, що призначається, та судово-експертної установи (експерта), що має її проводити 35

3.2. Поняття комісійної і комплексної експертизи 39

3.3. Структура, зміст та особливості висновку судової експертизи (спеціального дослідження)..... 42

Розділ 4. Судова експертиза з питань інтелектуальної власності 48

4.1. Властивості і специфіка об'єктів інтелектуальної власності та особливості процедури вирішення спорів, пов'язаних із правовідносинами, що виникають в процесі створення і використання цих об'єктів 53

4.2. Предмет судової і досудової експертизи об'єктів інтелектуальної власності 56

4.3. Основні завдання судової і досудової експертизи в сфері інтелектуальної власності..... 57

4.3.1. Криміналістична експертиза речовин, виробів і матеріалів у дослідженні хімічних речовин і встановленні способів їх одержання.....58

4.3.2. Можливості судово-технічної експертизи в дослідженні етикеток та упаковок товарів (промислових зразків).....59

4.3.3. Можливості трасологічної експертизи у визначенні джерела походження товару. 60

Розділ 5. Основні питання інтелектуальної власності для вирішення яких призначається судова експертиза..... 62

5.1. Питання судової експертизи, пов'язані із захистом прав власників патентів на винаходи (корисні моделі, промислові зразки) 66

5.2. Питання, що виникають у процесі розгляду спорів, пов'язаних із захистом прав на знаки для товарів і послуг. 76

5.2.1 Наявність або відсутність подібності до ступеня змішування між словесними позначеннями (товарними знаками) 81

5.2.2. Предмет спору - відповідність зареєстрованого позначення критеріям надання правової охорони,

необхідним для його реєстрації як знака для товарів і послуг.....86

5.2.3. Невикористання знака для товарів і послуг в Україні як підстава для скасування його реєстрації 89

5.2.4. Чи може товарний знак замінити ліки? Історія однієї справи 90

5.2.5. Інші види судових спорів, пов'язаних із захистом прав на знаки для товарів і послуг 99

5.2.6. Експертиза у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права на комерційне (фірмове) найменування.....103

5.3. Експертиза у справах зі спорів, пов'язаних із захистом об'єктів авторського права і суміжних прав 104

5.3.1. Експертиза щодо авторства на той чи інший об'єкт інтелектуальної власності та можливість його самостійного використання.....105

5.3.2. Особливості доведення у справах, предметом яких є складені твори.....116

5.3.3. Експертиза у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права на об'єкти суміжних прав 119

5.3.3.1. Дослідження, що пов'язані з контрафактним виготовленням відео- та аудіокасет і компакт-дисків 120

5.3.3.2. Дослідження, що пов'язані з порушенням прав на комп'ютерні програми.....127

Підсумки 135

Нормативні акти та література..... 140

Додаток..... 147

ВСТУП

Інтелектуальна власність сьогодні є могутнім чинником прогресу, що значною мірою визначає обличчя сучасного світу. Тому захист прав інтелектуальної власності – одне з найважливіших завдань держави і суспільства, що прагнуть зайняти гідне місце у світовому співтоваристві.

Захист прав інтелектуальної власності – це ті заходи, що застосовуються у випадках, коли права на той чи інший об'єкт інтелектуальної власності порушені чи оскаржені. Відповідно до норм чинного законодавства України він передбачає діяльність уповноважених державних органів із визнання, поновлення прав, а також усунення перешкод, що стають на заваді реалізації прав та законних інтересів суб'єктів права у сфері інтелектуальної власності. Ця діяльність здійснюється у встановленому законодавством порядку, тобто із застосуванням належної форми, засобів і способів захисту. Варто зауважити, що захист прав інтелектуальної власності в судовому порядку є найбільш дієвим і ефективним для встановлення істини.

Властивості й специфіка об'єктів інтелектуальної власності обумовлюють деякі особливості проведення процедури розв'язання спорів, пов'язаних із правовідносинами, що виникають у процесі створення й використання цих об'єктів.

Особливістю таких спорів є те, що вони, як правило, стосуються спеціальних (зокрема технічних) питань, які вимагають особливої компетенції суддів у різних галузях науки і техніки. Тобто вони не можуть бути вирішені без застосування спеціальних знань в певній науковій або технічній галузі і, відповідно потребують залучення фахівців-експертів.

Невід'ємною складовою об'єктивного вирішення спору про порушення прав інтелектуальної власності є застосування спеціальних знань, тобто експертне дослідження з питань інтелектуальної власності.

Як показала практика, ефективний захист прав інтелектуальної власності та судова експертиза – поняття неподільні. З метою однакового і правильного застосування законодавства у вирішенні спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності, Вищий господарський суд України 10 червня 2004 р. видав рекомендації "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності" (№ 04-5/1107). У вирішенні питань

призначення судової експертизи господарські суди (переважна більшість справ з питань інтелектуальної власності стосується діяльності суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, і, відповідно, розглядається господарськими судами) перш за все керуються Господарським процесуальним кодексом України, Законом України "Про судову експертизу", роз'ясненнями президії Вищого арбітражного суду України від 11 листопада 1998 р. № 02-5/424 "Про деякі питання практики призначення судової експертизи" та рекомендаціями ВГСУ «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах із спорів, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 29 березня 2005р. №04-5/76. В складі господарських судів діють колегії з питань інтелектуальної власності, а в апеляційному та Вищому господарському суді – палати із розгляду таких спорів.

Слід також зазначити, що у ст. 6-1 Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р. говориться, що при визначенні своїх цивільних прав і обов'язків (а охоронні документи на об'єкти інтелектуальної власності забезпечують цивільні права) кожній людині гарантується справедливе й публічне слухання незалежним і неупередженим законно сформованим судом. Тому при розгляді спорів у сфері інтелектуальної власності має застосовуватися системний підхід, сутність якого, відповідно до конституційної гарантії правосуддя, полягає в кваліфікованому розгляді таких справ із залученням фахівців у відповідних галузях науки й техніки.

Аналіз динаміки оновлення законодавчої бази України з права інтелектуальної власності та ряд заходів органів виконавчої влади (зокрема, Указ Президента України від 27 квітня 2001 р. „Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні") свідчать про те, що головним завданням сьогодні є створення дієвої системи судово-експертного забезпечення потреб правоохоронних органів, судів, спеціалізованих підрозділів, новостворених у різних відомствах (зокрема у складі МВС, СБУ, Державного департаменту інтелектуальної власності), організацій та громадян у проведенні досліджень щодо об'єктів інтелектуальної власності.

Завданням курсу "Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності" є вивчення студентами основних правових та організаційних засад інституту судової експертизи, спираючись на знання цивільного, господарського та кримінального права. Вивчення курсу має на меті опанування студентами понятійним апаратом судової експертизи як процесуального інституту і засобу отримання доказів, знання форм та способів застосування спеціальних знань у слідчій та

судовій практиці; процесуальних і наукових принципів судової експертизи; класифікацію судових експертиз по родах, видах та підвидах; специфіку проведення експертних досліджень з питань інтелектуальної власності; організацію судової експертизи в Україні тощо.

Розділ 1.
Правові, наукові й організаційні основи судової експертизи в Україні

1.1. Інформаційні (пізнавальні) та процесуальні (доказові) функції діяльності стосовно встановлення істини

Із загальнотеоретичної точки зору, судова влада – це особлива прерогатива суду розв'язувати соціальні конфлікти, що виникають у сфері права. Здійснення цієї функції вимагає від суду повної неупередженості стосовно конфліктуючих сторін, послідовної реалізації принципу змагальності сторін і, зокрема, повної відмови від дій, що можуть бути визнані як суб'єктивні.

Відповідно до ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Отже, **метою судочинства є встановлення істини**. Тобто, істина є бажаним кінцевим результатом, який досягається шляхом проведення юридичного доказування – «процессуально-логической деятельности с преодолением информационной неопределенности относительно обстоятельств дела» (Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Кафедра уголовного процесса и криминалистики Самарского госуниверситета. Диссертация на соиск. канд. юрид. наук).

Діяльність зі встановлення істини має дуалістичний характер – вона поєднує в собі інформаційні (пізнавальні) та процесуальні (доказові) функції. Перші належать до криміналістичних, а другі – до процесуально-правових. При проведенні дослідження пошукова інформація використовується, з одного боку, як складова процесу пізнання логічної сутності подій, що сталися, а з іншого боку – у формі юридичних доказів, призначених для правового дослідження подій.

Відповідно до ст. 179 ЦПК предметом доказування під час судового розгляду є факти, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення

справи (причини пропуску строку позовної давності тощо) і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення.

Для встановлення у судовому засіданні фактів, зазначених у частині першій цієї статті, досліджуються показання свідків, письмові та речові докази, висновки експертів.

Процес доказування здійснюється у встановленому законом порядку й у визначеній законодавчими нормами процесуальній формі. Діалектизм змісту й консерватизм форми здійснення процесуальних дій у вигляді протиріччя проявляються у тому, що характер застосовуваних знань і засобів пізнання явищ дійсності визначає форма - в даному випадку це вимога не тільки логічної доцільності, а й правових мотивів заборонного характеру. Сутність процесу доказування полягає в зборі, обробці, дослідженні, оцінці та використанні **доказів** – будь-яких фактичних даних, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи – тобто, процесуально оформлених матеріалів, що правомірно застосовуються для винесення процесуальних рішень. Такими матеріалами, згідно зі ст. 57 ЦПК, ст. 32 ГПК і ст. 65 КПК є пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показання свідків, письмові докази, речові докази, зокрема звуко- і відеозаписи, висновки експертів та інші матеріали, що використовуються в судочинстві. При цьому, в доказі нерозривно поєднуються зміст (фактичні дані, тобто відомості про факти, що підлягають встановленню) і форма (показання, висновки експертів, речовинні докази і документи).

Таким чином, доказування – це специфічний юридичний, процесуальний термін, який означає пізнавальну діяльність уповноваженого органа держави в сфері юрисдикції, яка здійснюється за процесуальними правилами.

Доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі і щодо яких у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, виникає спір. Процес доказування має подвійний характер: по-перше, це збирання, перевірка й оцінка доказів з метою встановлення істини і, по-друге, це обґрунтування висновків за допомогою доказів. При цьому необхідною передумовою розгляду доказів судом є їх належність та допустимість. Належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування. Суд не бере до розгляду докази, які не

стосуються предмету доказування і не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом.

В інтересах правосуддя суддя вживає заходів для забезпечення рівності прав сторін, створює необхідні умови для всебічного й повного дослідження обставин справи. При цьому, відповідно до норм процесуального законодавства, суд оцінює докази, керуючись своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності. Одним з основних принципів судочинства є здійснення правосуддя на основі змагальності й рівноправності сторін – визнання права за сторонами, що сперечаються, використовувати рівні засоби й можливості для обґрунтування своїх тверджень та вимог і для заперечення тверджень та вимог іншої сторони. Процесуальна рівноправність полягає в тому, що все, що має право робити позивач для підтримки позову, має право робити відповідач для заперечення проти нього. Зокрема, сторони, що беруть участь у судочинстві, повинні мати рівні права з надання та дослідження доказів. Крім того, жодний доказ не повинен мати наперед встановленого значення (ст. 212 ЦПК, ст. 43 ГПК і ст. 67 КПК). Але, оскільки необхідною складовою частиною оцінки доказів є обґрунтування висновків, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності, оцінка включає не тільки аналіз отриманих даних, а й їхню систематизацію і процес оперування аргументами.

Із загальнонаукової точки зору, в пізнавальній діяльності людей виділяють емпіричний і теоретичний рівні, що відрізняються один від одного специфікою застосовуваних методів пізнання і глибиною проникнення в сутність пізнаваного. На думку ряду вчених, подібні рівні можуть бути виділені й у доведенні, що є специфічною процесуальною формою пізнання в судочинстві.

На чуттєво-практичному рівні доказування, шляхом безпосереднього контакту з носіями інформації, судом чи особами, які здійснюють дізнання, відбувається одержання, перевірка й оцінка доказів – відомостей про факти з метою достовірного встановлення окремих обставин, що підлягають доведенню.

При переході доказування на рівень, що забезпечує пізнання явищ, недоступних для чуттєвого сприйняття (раціональний чи логічний), на перший план виступають прийоми опосередкованого пізнання. Тут доказування полягає в оперуванні аргументами й доказовими фактами з метою побудови логічно об-

ґрунтованих висновків про шукані факти, тобто про предмет доказування.

Варто підкреслити, що виділення цих рівнів не розщеплює єдину пізнавальну діяльність – доказування – на дві самостійні й автономні частини. Разом з тим основний елемент змісту доказів (фактичні дані) змінює свій зміст у міру поглиблення процесуального пізнання від явища до сутності.

При переході на другий рівень доказування для проведення дослідження матеріальних об'єктів, явищ і процесів є необхідним застосування спеціальних знань і методів дослідження. Саме на цьому рівні (для з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесел тощо - п.1 ст. 143 ЦПК), призначається експертне дослідження (судова експертиза).

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про судову експертизу» від 25 лютого 1994 р. № 4038-XII (далі – Закон про судову експертизу) **судова експертиза** – це «*дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду*».

Стаття 3 цього Закону визначає принципи судово-експертної діяльності, а саме те, що судово-експертна діяльність здійснюється на принципах законності, незалежності, об'єктивності і повноти дослідження.

Процесуальне законодавство, зокрема ст. 75 КПК, деталізує, що «*експертиза призначається у випадках, коли для вирішення певних питань при провадженні у справі потрібні наукові, технічні або інші спеціальні знання*».

Аналізуючи зміст поняття «спеціальні знання», необхідно виділити його основні ознаки.

Одним з основних критеріїв, що дозволяють розмежувати спеціальні й інші знання, є поширеність тих чи інших знань. На цій підставі можна виділити загальновідомі знання та знання, що не відомі широкому колу людей. Наприклад, всім нам відомо, що таке ліки. Проте, напевно, не кожен з нас знає що таке діюча речовина лікарського засобу і що вона має три види назв, застосування яких обумовлено їх функціональним призначенням та науковими потребами. І, напевно, лише спеціалістам відомо, що таке «міжнародна непатентована назва» і за якими правилами во-

на складається. Тобто, спеціальні знання і є тими знаннями, що відомі лише фахівцям, а не широким верствам населення. Це, також, і ті знання, що не є загальнодоступними. До таких знань, зокрема, відносяться знання в галузі криміналістики (наприклад, судової балістики, судової вибухотехніки тощо).

Другою ознакою, що характеризує поняття «спеціальні знання» є їхня цільова спрямованість. Так, якщо використання всіх інших знань спрямовано на вирішення певної наукової чи практичної задачі, застосування спеціальних знань спрямовано на вирішення питань, пов'язаних з обставинами певної справи – тобто одержання доказів.

Таким чином, метою судових експертиз є одержання доказової інформації, а експертні висновки є джерелами доказів.

Тобто, у спрощеному вигляді можна сказати, що доказами є фактичні дані, а джерелами доказів – матеріали справи, в яких ці дані містяться (в цьому випадку – висновки судових експертиз).

До доказів, що встановлюються за допомогою судових експертиз, висуваються особливі вимоги: по-перше, вони мають містити інформацію про конкретні матеріальні об’єкти, явища та процеси; по-друге, ця інформація має стосуватися обставин конкретної справи.

І, нарешті, спеціальні знання застосовуються в чітко визначених законом і підзаконними актами формах.

На сьогодні існують **чотири форми застосування спеціальних знань**: 1) проведення спеціальних досліджень; 2) участь спеціаліста в слідчих (судових) діях; 3) проведення судових експертиз; 4) консультативна робота фахівців.

У кожному з цих випадків юридичний статус досвідчених осіб (експертів та спеціалістів), вимоги до порядку проведення досліджень і оформленню результатів дослідження — різні.

1.2. Нормативні акти що регулюють судово-експертну діяльність

Правові основи організації і проведення судових експертиз в Україні визначені системою нормативних актів чинного законодавства, до яких в першу чергу належать:

- Конституція України,

- Цивільний процесуальний кодекс України,
- Кримінальний кодекс України,
- Кримінально-процесуальний кодекс України,
- Господарський процесуальний кодекс України,
- Кодекс України про адміністративні правопорушення,
- Митний Кодекс України,
- Закон України "Про судову експертизу",
- Закон України "Про міліцію",
- Закон України "Про адвокатуру",
- Закон України "Про нотаріат",
- міжнародні договорі й угоди про взаємну правову допомогу і співробітництво,
- відомчі інструкції, насамперед, Інструкція про призначення і виробництво судових експертиз, що затверджена наказом Міністра юстиції України від 08.10.98 № 53/5.

Крім того, деякі особливості застосування правових норм, пов'язаних із судовою експертизою, визначені Постановою Пленуму Верховного Суду України № 8 від 30.05.97, а також у Роз'ясненні Вищого Арбітражного Суду України N 02-5/424 від 11.11.98 “Про деякі питання практики призначення судової експертизи”, рекомендаціях Вищого господарського суду України від 10 червня 2004 р. № 04-5/1107 “Про деякі питання практики вирішення спорів, пов’язаних із захистом прав інтелектуальної власності” та від 29 березня 2005р. №04-5/76 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах із спорів, пов’язаних із захистом прав на об’єкти інтелектуальної власності».

1.3. Процесуальні і наукові принципи судової експертизи

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про судову експертизу» (Принципи судово-експертної діяльності), судово-експертна діяльність здійснюється на принципах законності, незалежності, об'єктивності і повноти дослідження.

Принцип законності полягає в тому, що всі дії з підготовки, призначення і проведення судових експертиз в процесі доказування повинні здійснюватися тільки відповідно до вимог законодавчих і виданих у їх розвиток підзаконних нормативних актів, якими регламентовані підстави і цілі проведення процесуальних дій, компетенція осіб, що мають право на проведення таких дій, порядок їх проведення, форма оформлення їх результатів, зміст процесуальних документів, що відображають відповідні процесуальні дії.

Стосовно судової експертизи, встановлені законами процесуальні вимоги викладені в зазначених вище статтях спеціального законодавства та процесуальних кодексів.

Принцип незалежності відображає таку особливість процесуального статусу судового експерта, як його незалежність від будь-кого у вирішенні питань про порядок проведення експертного дослідження, виборі методик і технічних засобів, аналізі отриманих у процесі дослідження результатів і формулюванні висновків судової експертизи. Статтею 4 Закону України про судову експертизу (гарантії незалежності судового експерта і правильності його висновку) встановлено, що незалежність судового експерта забезпечується: процесуальним порядком призначення судового експерта; забороною під загрозою передбаченої законом відповідальності втручатися будь-кому у проведення судової експертизи; статусом установ судових експертиз, незалежних від органів дізнання і попереднього слідства; створенням необхідних умов для діяльності судового експерта, його матеріальним і соціальним забезпеченням.

Принцип об'єктивності і повноти дослідження полягає в тому, що відповідно до вимог закону, експерт зобов'язаний зробити об'єктивний, заснований на фактичних даних і повною мірою аргументований висновок.

Для забезпечення об'єктивності законодавець передбачив ряд норм, що спрямовані на виключення доручення проведення експертизи особі, прямо або опосередковано зацікавленій у результаті справи.

Найбільш докладно ці питання регламентовані в КПК.

Правильність висновку експертизи **забезпечується:**

- кримінальною відповідальністю судового експерта за дачу завідомо неправдивого висновку і відмовлення

без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків;

- можливістю призначення повторної судової експертизи;
- присутністю учасників процесу в передбачених законом випадках під час проведення судової експертизи.

1.4. Процесуальний статус судового експерта та спеціаліста

Експертом є особа, якій доручено провести дослідження матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини справи, і дати висновок з питань, які виникають під час розгляду справи і стосуються сфери її спеціальних знань.

В якості експерта може залучатися особа, яка відповідає вимогам, встановленим Законом України "Про судову експертизу", і внесена до Державного реєстру атестованих судових експертів.

Експерт зобов'язаний з'явитися за викликом суду, провести повне дослідження і дати обґрунтований та об'єктивний письмовий висновок на задані йому питання, а у разі необхідності - роз'яснити його.

Спеціалістом може бути особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних засобів і може надавати консультації під час вчинення процесуальних дій з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок.

Спеціаліст може бути залучений до участі у цивільному процесі за ухвалою суду для надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складання схем, планів, креслень, відбору зразків для проведення експертизи тощо) під час вчинення процесуальних дій. Допомога спеціаліста технічного характеру під час вчинення процесуальних дій не замінює висновку експерта.

Спеціаліст зобов'язаний з'явитися за викликом суду, відповідати на задані судом питання, давати усні консультації та письмові роз'яснення, звертати увагу суду на характерні обставини чи особливості доказів, у разі потреби надавати суду технічну допомогу.

Допомога спеціаліста не може стосуватися правових питань.

Призначення експертизи в цивільному процесі має ряд особливостей.

Насамперед, у ньому існують норми, спрямовані на забезпечення доказів, тобто на нейтралізацію обставин, що можуть зробити неможливим або ускладнити надання доказів у суд (наприклад, унаслідок їхньої втрати, знищення і т.п.). При цьому, згідно зі ст. 133 ЦПК особи, які мають підстави побоюватись, що подача потрібних для них доказів стане згодом неможливою або ускладненою, мають право просити суд під час розгляду справи або суддю як до, так і після подачі заяви забезпечити ці докази.

Одним зі способів забезпечення доказів є призначення експертизи, про що суддя постановляє ухвалу, в якій зазначає порядок і спосіб її виконання (ст. 144 ЦПК, ст.41 ГПК). Таким чином, призначення експертизи є можливим ще до прийняття позову до розгляду. Суддя також має право призначити експертизу в порядку підготовки до судового засідання, а суд – під час розгляду справи.

В першому випадку проводиться спеціальне дослідження. Спеціальні дослідження — непроцесуальна діяльність, а тому порядок проведення таких досліджень регламентується винятково відомчими інструкціями. Так, у п. 3 «Інструкції про призначення і виробництво судових експертиз», затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 08.10.98 № 53/5 вказано: «*відповідно до ст. 6 Закону України “Про адвокатуру” і ст. 48 КПК України за заявою адвокатів, захисників і осіб, що самостійно захищають свої інтереси, в експертних установах можуть виконуватися дослідження, результати яких викладаються в письмових висновках спеціалістів. Такого роду дослідження можуть проводитися також за дорученнями органів нотаріату, митниці, а також на прохання підприємств, установ, організацій і громадян*». Підставою для проведення таких досліджень є письмове звернення (лист, заява) замовника з обов'язковою вказівкою його реквізитів і питань, що підлягають вирішенню.

Кваліфікаційні вимоги до спеціалістів: вища освіта, спеціальна підготовка, атестація як експерта відповідної спеціальності.

Також залучення спеціалістів буває необхідним для забезпечення слідчих і судових дій в кримінальному процесі. До

таких випадків, наприклад, відносяться огляд місця події, відтворення обстановки й обставин події і низка інших. Участь спеціаліста в слідчих і судових діях, його права й обов'язки регламентовані у відповідних процесуальних кодексах.

Так, у ст. 128—1 КПК (Участь спеціаліста при проведенні слідчих дій) говориться, що в необхідних випадках для проведення слідчої дії може бути залучений спеціаліст, не зацікавлений у результатах справи. **Спеціаліст зобов'язаний:**

1) з'явитися за викликом;
2) брати участь у проведенні слідчої дії, використовуючи свої спеціальні знання та навички для сприяння слідчому у виявленні, закріпленні і вилученні доказів;
3) звертати увагу слідчого на обставини, пов'язані з виявленням і закріпленням доказів;
4) давати пояснення з спеціальних питань, що виникають при проведенні слідчої дії.

Права спеціаліста визначені цією статтею в такий спосіб. **Спеціаліст вправі:**

1) з дозволу слідчого звертатися до учасників слідчої дії;
2) робити заяви, пов'язані з виявленням і закріпленням доказів.

Якщо спеціаліст відмовляється або ухиляється від виконання своїх обов'язків, слідчий сповіщає про це адміністрацію підприємства, установи чи організації за місцем його роботи «... для відповідного реагування». Спеціалісту може бути заявлений відвід у порядку, встановленому статтею 62 КПК. Спеціаліст має право на винагороду за роботу (якщо вона не обумовлена службовим завданням). До висновку спеціаліста висуваються такі ж вимоги, як і до висновку експерта (ст.75 КПК). Участь спеціаліста в судовому засіданні по кримінальній справі визначається за тими ж правилами (див. ст. 270-1 Участь спеціаліста в судовому розгляді). У ГПК поняття «спеціаліст» і «експерт» використовуються як рівнозначні.

Розглянемо зміст останнього поняття докладніше.

Відповідно до ст. 143 ЦПК експертиза призначається для з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребу-

ють спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо.

Носієм таких знань є судовий експерт – спеціаліст у певній галузі знань, атестований як експерт відповідної спеціальності.

Слово «експерт» походить від латинського слова «expertus» (досвідчений, обізнаний) і на сьогодні означає компетентну в будь-якій області знань і/чи практичної діяльності особу, яка має певний юридичний статус. Тобто, «експерт» – це видове поняття по відношенню до родового поняття «спеціаліст».

Європейська доктрина визначає правове положення експерта як помічника судді, англо-американська – як свідка особого роду (sui generis). Вітчизняне законодавство визначає юридичний статус експерта як самостійного суб'єкта процесу, який має власний обсяг процесуальних прав та обов'язків, що відрізняють його від інших суб'єктів процесуальної діяльності.

Характерною рисою такого суб'єкта процесу є об'єктивна незацікавленість у кінцевому вирішені справи, що обумовлено його функцією представлення суду особливого доказу – експертного висновку. Специфічним також є те, що експерт заздалегідь (a priori) не має доказової інформації – він отримує її в ході спеціального дослідження за допомогою своїх спеціальних знань.

Правовий статус експерта підпорядкований меті процесу й складається з його компетенції, визначеної процесуальними обов'язками, правами й правовими гарантіями належної реалізації ним своїх прав та обов'язків, а також його незалежності. Оскільки експерт не є стороною (учасником) процесу й не має особистої юридичної зацікавленості у вирішенні справи, його участь у процесі обумовлюється не правами, а обов'язком дати об'єктивний висновок з поставленого перед ним питання.

Експертиза призначається у випадках, коли для вирішення певних питань при провадженні у справі потрібні наукові, технічні або інші спеціальні знання.

Як експерт може бути викликана будь-яка особа, що має необхідні знання для дачі висновку з досліджуваних питань. Питання, які ставляться експертові, і його висновок по них не можуть виходити за межі спеціальних знань експерта.

Експерт дає висновок від свого імені і несе за нього особисту відповідальність. У разі необхідності в справі може бути

призначено декількох експертів, які дають загальний висновок. Коли експерти не дійшли згоди, то кожний з них складає свій висновок окремо.

Висновок експерта для особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду не є обов'язковим, але незгода з ним повинна бути мотивована у відповідних постанові, ухвалі, вироку.

Якщо експертиза буде визнана неповною або не досить ясною, може бути призначена додаткова експертиза, яка доручається тому самому або іншому експерту.

Коли висновок експерта буде визнано необґрунтованим чи таким, що суперечить іншим матеріалам справи або інакше викликає сумніви в його правильності, може бути призначена повторна експертиза, яка доручається іншому експерту або іншим експертам.

Не можуть бути експертами особи, які перебувають у службовій або іншій залежності від обвинуваченого, потерпілого або які раніше були ревізорами у справі.

Як вже зазначалось, судові експертизи призначаються у випадках, коли для вирішення питань у справі необхідні спеціальні знання, тобто ті, що не є загальновідомими.

Слід враховувати, що згідно зі ст. 7 ГПК при розгляді претензії підприємства та організації в разі необхідності повинні звірити розрахунки, провести судову експертизу або вчинити інші дії для забезпечення досудового врегулювання спору. Проте призначення судової експертизи є процесуальною дією і тому на стадії досудового врегулювання спору сторони можуть провести лише дослідження спеціалістів, для чого їм необхідно звернутись із відповідним гарантійним листом до експертної установи.

Спеціаліст не попереджається про кримінальну відповідальність за ст. ст. 384, 385 КК України, тому як джерело доказів його висновок може бути прийнятий лише за умови винесення ухвали про призначення особи, що надала висновок спеціаліста, судовим експертом у справі, попередження її про кримінальну відповідальність за вказаними статтями та підтвердження спеціалістом висновку, наданому ним на стадії досудового врегулювання, про що вносяться записи до протоколу судового засідання.

Проведення на стадії досудового врегулювання спору дослідження спеціалістом не виключає призначення судом по тих же самих питаннях та об'єктах (матеріалах) судової експертизи.

1.5. Організація судової експертизи в Україні

Здійснення функції **експертного забезпечення правосуддя** відповідно до п. 3 Положення про Міністерство юстиції України, затвердженого Указом Президента України від 30 грудня 1997 року N 1396/97, покладено на **Міністерство юстиції України**.

Відповідно до ст. 7 Закону «Про судову експертизу» (Організація судово-експертної діяльності), судові експертизи виконуються як державними спеціалізованими установами і відомчими службами, так і громадянами на підприємницьких засадах, а також за разовими договорами.

Порядок проведення судових експертиз в експертних установах регламентований процесуальним законодавством та відомчими нормативними актами (зокрема, інструкціями), а схеми проведення експертного дослідження – відповідними методиками.

Перелік основних видів судових експертиз та експертних спеціальностей, за якими присвоюється кваліфікація судового експерта фахівцям науково-дослідних інститутів судових експертиз Міністерства юстиції України, наведено в додатку.

1.6. Судово-експертні установи України

Статтею 7 Закону України «Про судову експертизу» (організаційні форми судово-експертної діяльності) передбачено, що судові експертизи проводять такі державні установи і відомчі служби: науково-дослідні й інші установи Міністерства юстиції і Міністерства охорони здоров'я України; експертні служби Міністерства внутрішніх справ, Міністерства оборони України, Служби безпеки України.

Експертні установи Міністерства юстиції України складають сім науково-дослідних інститутів судових експертиз з відділеннями: Київський НДІСЕ, Харківський НДІСЕ, Одеський НДІСЕ, Львівський НДІСЕ, Дніпропетровський НДІСЕ, Кримський НДІ судових експертиз і Донецький НДІСЕ. Вони підпорядковуються

Департаменту експертного забезпечення правосуддя Міністерства юстиції України.

Київський інститут має відділення у Вінниці, Чернігові, Черкасах, Тернополі.

Одеський інститут має відділення в Херсоні.

Судово-медичні експертні установи підпорядковуються Міністерству охорони здоров'я України і складаються з двох систем. Перша – система судово-медичних бюро, якими керує Головний судово-медичний експерт України, що очолює Головне судово-медичне бюро. Підрозділи ГСМБ є в обласних (обласні бюро СМЕ) і районних (районні бюро СМЕ) центрах, а також у м. Києві (Київське міське бюро СМЕ). Друга система – це установи судово-психіатричної експертизи.

МВС України має чітку централізовану службу, головною установою якої є Державний науково-дослідний експертно-криміналістичний Центр. Його підрозділи є в областях, районах, містах з розподілом на райони й у районах таких міст. До складу Центру входить також відносно автономна Вибухотехнічна служба (ВТС), що має свої підрозділи в областях.

Судово-експертні установи Міністерства оборони України складаються з Центру судових експертиз та лабораторій, які розподілені за областями України.

За загальним правилом експертизи мають призначатися відповідно до зони, яка обслуговується певною установою.

За наявності обставин, що зумовлюють неможливість або недоцільність проведення експертизи в установі за зоною обслуговування, особа або орган, які призначають експертизу, вказавши відповідні мотиви, можуть доручити її виконання експертам іншої установи.

Якщо необхідно провести експертизу на місці події або за місцезнаходженням об`єкта дослідження, особа або орган, які призначили експертизу, повинні забезпечити прибуття експерта, безперешкодний доступ до об`єкта дослідження і належні умови праці.

Розділ 2.
Процесуальні підстави та порядок призначення і проведення судових експертиз

2.1. Процесуальні суб'єкти, які мають право призначати судові експертизи

Як було зазначено вище, судові експертизи призначаються для дослідження обставин справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду.

Підставою для проведення судових експертиз в експертних установах є передбачений законом процесуальний документ про призначення експертизи (постанова, ухвала), складений уповноваженою на те особою (органом).

При проведенні **досудового слідства** принципово можливі **три ситуації призначення судових експертиз:**

- *обов'язкове призначення експертиз;*
- *призначення експертиз за розсудом осіб, що мають відношення до виробництва розслідування (слідчого, прокурора, прокурора-криміналіста й ін.);*
- *призначення експертиз за вимогою учасників процесу.*

В усіх цих ситуаціях проведення судової експертизи обумовлює потреба в спеціальних знаннях (наукових, технічних тощо) для вирішення певних питань при виробництві у справі, що передбачено ч. 1 ст. 75 КПК, ст. 143 ЦПК і ст. 41 ГПК, і відповідає визначенню судової експертизи, викладеному в ст. 1 Закону України «Про судову експертизу».

Порядок призначення експертизи в **кримінальному процесі** на стадії досудового слідства встановлений ст. 196 КПК, а також ст.ст. 75, 76 КПК (підстави для виробництва експертизи) і ст. 130 КПК (вимоги до постанови слідчого і прокурора).

Проведення експертизи призначає слідчий (прокурор), про що він складає мотивовану *постанову.*

У ст. 76 КПК передбачені випадки, коли слідчий зобов'язаний призначити судову експертизу. Таких випадків п'ять:

- для встановлення причин смерті;
- для установлення ваги і характеру тілесних ушкоджень;
- для визначення психічного стану підозрюваного чи обвинувачуваного при наявності в справі даних, що викликають сумнів щодо його осудності;
- для встановлення статевої зрілості потерпілої по справах, передбаченим ст. 155 КК;
- для встановлення віку підозрюваного чи обвинувачуваного, якщо це має значення для вирішення питання про можливість залучення його до кримінальної відповідальності і якщо про цьому немає відповідних документів і немає можливості їх одержати.

Тобто, усі ці випадки відносяться до компетенції судово-медичної, у т.ч. судово-психіатричної експертизи.

В інших випадках (а також у господарському або цивільному процесі, наприклад, коли є клопотання учасників процесу про призначення експертизи) рішення про призначення експертизи приймає особа, у провадженні якої знаходиться справа (суддя, слідчий, прокурор).

Так, відповідно до п.1 ст. 145 ЦПК призначення експертизи є обов'язковим у разі заявлення клопотання про призначення експертизи обома сторонами. Призначення експертизи є обов'язковим також за клопотанням хоча б однієї із сторін, якщо у справі необхідно встановити:

1) характер і ступінь ушкодження здоров'я;

2) психічний стан особи;

3) вік особи, якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати.

Об'єкти і матеріали справи, що направляються на експертизу, повинні бути належним чином оформлені. Так, слідчий зобов'язаний: упакувати об'єкти відповідно до спеціальних вимог, що забезпечують збереження як самих об'єктів, так і наявних на них слідів; супроводити пакування пояснювальними записками, проставити свій підпис, опечатати пакування. Матеріали справи, що направляються на експертизу, повинні бути прошиті, всі аркуші - пронумеровані.

Слід зазначити, що зразки для порівняння відбираються на підставі окремої постанови, а при їхньому направленні на експертизу вони повинні бути належним чином оформлені й описані в тій частині постанови про призначення експертизи, у якій приводиться перелік об'єктів, що направляються, і матеріалів справи.

Дотримання вимог КК та КПК України при призначенні експертиз обумовлене тим, що докази у справі, отримані з порушенням процесуальних вимог, не можуть бути прийняті як такі, а наявність істотних процесуальних порушень є однією з передбачених ст. 370, 374 КПК підстав для скасування чи зміни вироку.

Розглянемо **особливості призначення експертизи в *цивільному та господарському процесі*.**

Підстави й порядок призначення експертиз у цивільному процесі встановлює ст. 143 ЦПК. Також, слід зазначити, що ЦПК та ГПК містять норми, спрямовані на забезпечення доказів, тобто на нейтралізацію обставин, що можуть унеможливити або значно ускладнити подання доказів у суд (наприклад, унаслідок їхньої втрати, знищення тощо). При цьому, згідно із ст. 133 ЦПК та 43-1 ГПК особа, яка має підстави побоюватись, що подача потрібних для неї доказів стане згодом неможливою або ускладненою, а також підстави вважати, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення, має право звернутися до суду із заявою про вжиття запобіжних заходів до подання позову.

Одним із способів забезпечення доказів є призначення експертизи, про що виноситься відповідна ухвала (ст. 144 ЦПК). Таким чином, призначення експертизи можливо ще до прийняття позову до розгляду. Суддя також має право призначити експертизу в порядку підготовки до судового засідання, а суд – під час розгляду справи.

Відповідні підстави і порядок призначення експертиз у господарському процесі встановлені ст. 41 ГПК, згідно з якою експертиза призначається для роз'яснення питань, що виникають при вирішенні господарського спору і потребують спеціальних знань. При цьому учасники судового процесу мають право пропонувати господарському суду питання, що мають бути вирішені судовим експертом. Остаточне коло цих питань встановлюється господарським судом в ухвалі.

В статті 42 ГПК визначені вимоги до висновку судового експерта: він повинен містити докладний опис проведених до-

сліджень, їх висновки і обґрунтовані відповіді на поставлені господарським судом питання. Якщо під час проведення судової експертизи встановлюються обставини, що мають значення для правильного вирішення спору, з приводу яких судовому експерту не були поставлені питання, у висновку він викладає свої міркування стосовно цих обставин.

Висновок подається господарському суду в письмовій формі, його копія надсилається сторонам. У випадках недостатньої ясності чи неповноти висновку судового експерта, господарський суд може призначити додаткову судову експертизу. При необхідності господарський суд може призначити повторну судову експертизу і доручити її проведення іншому судовому експерту.

У кримінальному, цивільному або господарському процесі експертиза може провадитися як у судовому засіданні, так і поза судом.

Організаційне, матеріально-технічне забезпечення виконання експертиз, контроль за своєчасним їх проведенням та за дотриманням законів та інших нормативно-правових актів з питань експертизи покладаються на керівника експертної установи.

Керівник експертної установи (її структурного підрозділу) може виступати як експерт відповідно до присвоєної йому експертної спеціальності.

Терміни проведення експертиз встановлюються керівником експертної установи (її структурного підрозділу) в межах:

10 днів - щодо матеріалів з невеликою кількістю об'єктів і не складних за характером досліджень експертиз;

1-го місяця - щодо матеріалів з великою кількістю об'єктів або складних за характером досліджень.

Якщо експертиза не може бути виконана у зазначені терміни, більший строк встановлюється за домовленістю з органом чи особою, які призначили експертизу, після попереднього вивчення експертом наданих матеріалів. Попереднє вивчення не повинно перевищувати п'яти днів.

Термін проведення експертизи починається з робочого дня, наступного за днем надходження матеріалів до експертної установи, і закінчується у день направлення їх особі або органу, які призначили експертизу. Якщо закінчення встановленого стро-

ку проведення експертизи припадає на неробочий день, то днем закінчення строку вважається наступний за ним робочий день.

У термін проведення експертизи не включається строк виконання клопотань експерта, пов'язаних з витребуванням додаткових матеріалів або усуненням інших недоліків, допущених особою або органом, які призначили експертизу.

2.2. Ухвали та постанови про призначення судових експертиз, особливості їх структури

У постанові (ухвалі) про призначення експертизи вказуються такі дані: місце й дата винесення постанови чи ухвали; посада, звання та прізвище особи, назва суду, який виніс постанову (ухвалу); назва справи та її номер; обставини справи, які стосуються експертизи, підстави призначення експертизи, прізвище експерта або назва установи, експертам якої доручається проведення експертизи; питання, поставлені експертові; перелік об'єктів, що підлягають дослідженню, порівняльних матеріалів, а також матеріалів, направлених експертові для ознайомлення, або посилання на такі переліки, які є в матеріалах справи; інші дані, які мають значення для проведення експертизи.

У разі призначення додаткової або повторної експертизи крім матеріалів, зазначених в попередньому абзаці, експертові надсилаються також висновки попередніх експертиз з усіма додатками (фотознімками, порівняльними зразками тощо), а також додаткові матеріали, що стосуються предмету експертизи, які були зібрані після надання первинного висновку.

У постанові (ухвалі) про призначення додаткової та повторної експертизи зазначаються мотиви й підстави їх призначення.

У постанові (ухвалі) про призначення комплексної експертизи зазначаються її назва та установа (установи), експертам якої (яких) доручено її проведення, а у разі участі в її проведенні особи, яка не є співробітником експертної установи - також її прізвище, ім'я та по батькові.

У випадках, коли проведення комплексної експертизи доручено експертам декількох установ, у постанові (ухвалі) про її призначення зазначається, яка з них є провідною, тобто яка з них здійснює організацію проведення експертизи, зокрема, координацію роботи експертів і зв'язок з особою або органом, які призначили експертизу.

Якщо проведення комплексної експертизи доручено співробітникам експертної установи та особі, яка не є працівником цієї установи, провідною призначається експертна установа.

Постанова (ухвала) про призначення комплексної експертизи направляється в кожну з установ-співвиконавців, а також особі, яка не є працівником експертної установи. Об'єкти дослідження і матеріали справи направляються провідній установі.

Якщо у постанові (ухвалі) провідну установу не визначено, вона визначається за згодою між керівниками установ, а якщо між ними виникне суперечка – то особою чи органом, які призначили комплексну експертизу.

2.3. Процесуальні підстави підготовки, призначення та проведення судової експертизи в кримінальному процесі

Порядок призначення експертизи в кримінальному процесі на стадії досудового слідства встановлений ст. 196 КПК, а також ст.ст. 75, 76 КПК (підстави для проведення експертизи) і ст. 130 КПК (вимоги до постанови слідчого і прокурора).

При наявності підстав для проведення експертизи, слідчий (прокурор) складає мотивовану *постанову*, в якій вказано: місце і час її складання; посада і прізвище особи, що призначає експертизу; стисле найменування справи, у якій провадиться слідство; обставини справи, що мають значення для виробництва експертизи; обґрунтування в необхідності використання спеціальних пізнань для вирішення питань у справі; посилання на статті КПК, якими керувався слідчий при призначенні експертизи; назва експертної установи та/чи прізвище, ім'я, по батькові особи, якій доручається виробництво експертизи; питання, що підлягають вирішенню; перелік об'єктів і (при необхідності) матеріалів справи, що направляються на експертизу; попередження експертам про кримінальну відповідальність згідно зі статтями 384 та 385 КК. Постанова про призначення експертизи завіряється підписом. При винесенні постанови про призначення експертизи слідчий не може ставити питань юридичного характеру (наприклад, чи винний такий-то громадянин) або питань, що знаходяться поза межами компетенції експертів.

Слід зазначити, що при призначенні експертизи в експертну установу, слідчий попереджає експертів про кримінальну відповідальність лише за ст. 384 КК України, оскільки виробництво

експертиз є службовим обов'язком співробітників цих установ і за відмовлення від дачі висновку за ст. 385 КК їх попереджати не має сенсу.

2.4. Процесуальні підстави підготовки, призначення та проведення судової експертизи в цивільному і господарському процесі

Відповідно до ст.ст. 143 та 144 ЦПК в цивільному процесі для з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань в галузі науки, мистецтва, техніки або ремесла, суддя порядком забезпечення доказів та під час підготовки справи або суд під час розгляду справи може призначити експертизу, про що виноситься відповідна ухвала.

Відповідно до п.1 ст. 144 ЦПК в ухвалі зазначається:

1) підстави та строк для проведення експертизи;

2) з яких питань потрібні висновки експертів,

3) ім'я експерта або найменування експертної установи, експертам якої доручається проведення експертизи;

4) об'єкти, які мають бути досліджені;

5) перелік матеріалів, що передаються для дослідження;

6) попередження про відповідальність експерта за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Якщо експертизу призначено експертам кількох установ, в ухвалі про її призначення зазначається найменування провідної установи, на яку покладається проведення експертизи. Якщо проведення експертизи доручається експертній установі та особі, яка не є працівником цієї установи, провідною визнається експертна установа. Ухвала про призначення експертизи направляється в кожну установу - виконавцям, а також особі, яка не є працівником експертної установи. Об'єкти дослідження та матеріали справи направляються провідній установі.

При визначенні об'єктів та матеріалів, що підлягають направленню на експертизу, суд у необхідних випадках вирішує питання щодо відібрання відповідних зразків.

Якщо цього вимагають особливі обставини справи, суд може заслухати експерта щодо формулювання питання, яке по-

требує з'ясування, проінструктувати його про доручене завдання і за його клопотанням дати відповідні роз'яснення щодо сформульованих питань. Про проведення цих дій повідомляються особи, які беруть участь у справі і які мають право брати участь у їх виконанні.

Призначаючи експертизу та встановлюючи коло питань, що слід поставити перед експертами, суддя або суд повинен з цього приводу врахувати пропозиції сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Відхилення питань, запропонованих особами, які беруть участь у справі, суд зобов'язаний мотивувати.

Зміст ухвали господарського суду про призначення судової експертизи такий же, як і ухвали в цивільному процесі. Основні вимоги до неї визначені в ст. 86 ГПК.

Ухвала господарського суду має містити:

1) найменування господарського суду, номер справи і дату винесення ухвали, найменування сторін, ціну позову, вимогу позивача, прізвища судді (суддів), представників сторін, прокурора, інших осіб, які брали участь у засіданні (із зазначенням їх посад);

2) стислий виклад суті спору або зміст питання, з якого виноситься ухвала;

3) мотиви винесення ухвали з посиланням на законодавство;

4) питання, що потребують застосування спеціальних знань. Учасники судового процесу мають право пропонувати господарському суду питання, які мають бути роз'яснені судовим експертом. Остаточне коло цих питань встановлюється господарським судом в ухвалі.

5) проведення судової експертизи має бути доручено компетентним організаціям чи безпосередньо спеціалістам, які володіють необхідними для цього знаннями.

2.5. Права, обов'язки і відповідальність судового експерта та спеціаліста

Обов’язки та права судового експерта передбачені Законом України «Про судову експертизу», КПК, ЦПК, ГПК, Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз.

Загальні для усіх видів судочинства права та обов’язки судових експертів встановлені Законом України «Про судову експертизу» та Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз, затверджену наказом Міністра юстиції України 08.10.98 № 53/5.

Зокрема, на експерта покладаються такі **обов'язки:**

1. Прийняти до виконання доручену йому експертизу.

2. Повідомити в письмовій формі особу або орган, які призначили експертизу, про неможливість її проведення, якщо поставлене питання виходить за межі компетенції експерта (спеціаліста) або якщо надані йому матеріали недостатні для вирішення поставленого питання, а витребувані додаткові матеріали не були отримані.

3. З'явитися за викликом особи або органу, які призначили експертизу, для допиту з приводу проведеної експертизи чи повідомлення про неможливість її проведення.

4. Заявити самовідвід за наявності передбачених законом обставин.

5. З дозволу особи або органу, які призначили експертизу, проводити дослідження в присутності підозрюваного, обвинуваченого, підсудного чи сторін у цивільних та арбітражних справах.

Експерт має право:

1. Знайомитися з матеріалами справи, які стосуються експертизи.

2. Порушувати клопотання про надання додаткових та нових матеріалів, необхідних для вирішення поставлених питань.

3. З дозволу особи або органу, які призначили експертизу, бути присутнім під час проведення слідчих і судових дій, порушувати клопотання, що стосуються проведення експертизи, та задавати відповідні запитання особам, яких допитують.

4. Вказувати у висновку експертизи на факти, які мають значення для справи, про які йому не були поставлені питання.

5. У випадку незгоди з іншими членами експертної комісії складати окремий висновок експертизи.

6. Викладати письмово відповіді на питання, які ставляться перед ним під час допиту.

7. Оскаржувати в установленому порядку дії та рішення особи або органу, які призначили експертизу, що порушують права експерта або порядок проведення експертизи.

Слід зазначити, що Закон України “Про судову експертизу”, цивільне й кримінально-процесуальне законодавство та відомчі нормативно-правові акти наділяють експерта досить широким колом прав, спрямованих на виконання його основного обов’язку – дати об’єктивний висновок по суті справи, що досліджується. Серед них – і право на експертну ініціативу, тобто право вказувати у висновку експертизи на факти, що мають значення для справи, про які йому не були поставлені питання, а також право ставити їх самостійно, або об’єднати питання, що по суті дублюють одне одного, та викласти їх у редакції, яка є більш раціональною.

Експерту забороняється:

1. Проводити експертизу без письмової вказівки керівника експертної установи (її структурного підрозділу), за винятком експертиз, доручених йому безпосередньо після слідчого огляду, в якому він брав участь як спеціаліст, а також експертиз, які проводяться під час судового розгляду.

2. Самостійно збирати матеріали, які підлягають дослідженню, а також вибирати вихідні дані для проведення експертизи, якщо вони відображені у наданих йому матеріалах неоднозначно.

3. Розголошувати без дозволу прокурора, слідчого, особи, яка провадить дізнання, дані попереднього слідства чи дізнання.

4. Вступати в контакти, не передбачені порядком проведення експертизи, з будь-якими особами, якщо такі особи прямо чи побічно стосуються експертизи.

5. Зберігати кримінальні, цивільні та господарські справи, а також речові докази й документи, що є об'єктами експертизи, поза службовим приміщенням.

Експерт складає висновок експертизи від свого імені і несе особисту відповідальність за його правдивість. За надання завідомо неправдивого висновку, за відмову без поважних при-

чин від виконання покладених на нього обов'язків, а також за розголошення без дозволу прокурора, слідчого або особи, яка провадить дізнання, даних попереднього слідства чи дізнання експерт несе кримінальну відповідальність за статтями 384 - 387 КК України.

За злісне ухилення від явки до органів дізнання та попереднього слідства або суду експерт несе відповідальність за статтями Кодексу України про адміністративні правопорушення.

За допущені порушення при проведенні експертизи, що не призвели до кримінальної чи адміністративної відповідальності, штатний співробітник експертної установи може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності, а позаштатний – звільнений з посади позаштатного експерта.

Відповідно до ст. 14 Закону “Про судову експертизу”, у передбачених законодавством випадках, експерт може бути притягнутий до дисциплінарної, матеріальної, адміністративної чи кримінальної відповідальності.

Загальні підстави для дисциплінарної відповідальності експертів встановлені законодавством України про працю. Крім того, відповідно до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів (Додаток № 2 до наказу Міністра юстиції України від 15.07.1997 р. № 285/7-А "Про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів"), за порушення вимог Закону України “Про судову експертизу”, інших законодавства України, що регламентують судово-експертну діяльність, до судового експерта можуть бути застосовані такі види дисциплінарної відповідальності:

- попередження;
- зупинення дії свідоцтва про присвоєння кваліфікації судового експерта;
- анулювання свідоцтва про присвоєння кваліфікації судового експерта;
- зниження кваліфікаційного класу судового експерта.

Підставами для притягнення до дисциплінарної відповідальності можуть бути: подання Мін'юсту та його органів на місцях чи повідомлення керівників або заступників керівників державних органів, інших організацій або громадян; подання голови

Експертно-кваліфікаційної комісії експертної установи; повідомлення в засобах масової інформації.

Матеріальну відповідальність експерт несе за правилами, встановленими цивільним законодавством. Адміністративну - за злісне ухилення від явки в суд, в органи досудового слідства чи дізнання відповідно до ч. 2 статті 185-3 або за статтею 185-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Кримінальна відповідальність експертів передбачена ст. 384, ч. 1 ст. 385 та ч. 1 ст. 387 КК України, відповідно, за: 1) дачу завідомо неправдивого висновку; 2) відмову від дачі висновку без поважних причин; 3) за розголошення даних досудового слідства або дізнання, якщо експерт був попереджений в установленому законом порядку про обов'язок не розголошувати ці дані. У останньому випадку експерта можливо притягнути до кримінальної відповідальності тільки за умови документально оформленого попередження про нерозголошення.

Розділ 3.
Класифікація судових експертиз

3.1. Визначення виду судової експертизи, що призначається, та судово-експертної установи (експерта), що має її проводити

За підставами та порядком призначення експертизи поділяються на первинні, додаткові та повторні.

Якщо певне питання стосовно об'єкта дослідження вирішується вперше, то експертиза, у процесі якої провадиться дослідження для вирішення цього питання, називається **первинною**. Слід підкреслити, що стосовно тих самих об'єктів можуть вирішуватися різні питання з використанням різних за характером спеціальних знань і відповідні експертизи будуть первинними, хоча, звичайно, експертні дослідження проводяться послідовно або паралельно.

Так, стосовно листа паперу з рукописним текстом можуть бути поставлені такі питання: про авторство тексту, про те, чи є даний текст об’єктом авторського права, про наявність слідів папілярних візерунків пальців рук, про характеристики пишучого приладу, про виконавця рукописного тексту, про хімічний склад чорнил та паперу тощо. Відповідно, можуть бути призначені: авторознавча експертиза, експертиза з питань інтелектуальної власності, дактилоскопічна експертиза, судово-технічна експертиза документів, судово-почеркознавча і судово-хімічна експертизи, кожна з яких буде вирішувати питання відповідно своїй компетенції і кожна з цих експертиз буде первинною.

У деяких випадках, однак, висновки первинної експертизи за тими чи іншим підставами можуть не задовольнити особу (орган), що її призначила. Ці випадки передбачені ст. ст. 75, 203 КПК, ст. 150 ЦПК. В такому випадку призначаються додаткова і повторна експертизи.

Додаткова експертиза, згідно ст. 75 КПК призначається тоді, коли первинна експертиза визнана неповною чи недостатньо якісною. Відповідно до п. 1 ст. 150 ЦПК якщо висновок експерта буде визнано неповним або неясним, судом може бути призначена додаткова експертиза, яка доручається тому самому експерту, що проводив первинну експертизу, або іншому експер-

ту (експертам). Метою додаткової експертизи може бути усунення недоліків первинної експертизи, як то: нечіткість висновків, їх невідповідність обсягу завдання, визначеного в питаннях постанови (ухвали) про призначення експертизи, не використання всіх методів дослідження, передбачених певною методикою тощо. Також додаткова експертиза може провадитися у випадку, коли в межах тієї ж експертної спеціальності і стосовно того ж самого об'єкта дослідження виникли додаткові питання.

Неповнота, неясність або неякісність експертного висновку обумовлені одним чи сукупністю наступних факторів: недостатня кваліфікація експерта, відсутність у нього необхідного експертного досвіду, недостатня приборно-інструментальна база, недостатнє інформаційно-методичне забезпечення.

Підстави для призначення **повторної експертизи** передбачені п. 2 ст. 150 ЦПК: якщо висновок експерта буде визнано необґрунтованим або таким, що суперечить іншим матеріалам справи або викликає сумніви в його правильності, судом може бути призначена повторна експертиза, яка доручається іншому експертові (експертам).

Відповідно до ст. 75 КПК підставами для призначення повторної експертизи є:

1) необґрунтованість висновку;
2) наявність протиріччя між висновком та іншими матеріалами справи;
3) інший сумнів у правильності висновку.

Розглянемо ці підстави докладніше.

Необґрунтованість висновку – це випадок, коли висновки експертизи цілком або частково не підтверджуються ходом і результатами досліджень, наведеними в дослідницькій частині висновку. При цьому під «ходом дослідження» розуміються певні методичні вимоги, що мають бути витримані експертом при проведенні експертного дослідження. Порушення методичних вимог виражається в обранні неправильної чи спрощеної методичної схеми дослідження об’єктів. Проте, на практиці трапляються випадки, коли навіть при обранні невірних схем досліджень одержуються достовірні результати і формулюються правильні висновки. Таким чином, ця підстава для призначення повторної експертизи стосується *не правильності висновків, а їх* ***доведеності*** *в дослідницькій частині висновку*. Типовим випадком не-

обґрунтованості висновку, наприклад, в експертизі з питань інтелектуальної власності, є висновок про схожість до ступеню змішування певних позначень при відсутності в дослідницькій частині повного і докладного опису кожного з них та оцінки його суттєвих ознак.

Наявність протиріч між висновком експерта та іншими матеріалами справи – це наявність протиріч між фактами, встановленими експертизою, та іншими засобами доведення з тих самих питань. Наприклад, експерт зробив висновок про те, що певне словесне позначення не є загальновживаним стосовно 5 класу МКТП (лікарські засоби), для якого воно зареєстроване як знак для товарів і послуг. При цьому в матеріалах справи містяться документи, які прямо свідчать, що дане слово є узвичаєною назвою лікарських засобів певного виду, давно стало частиною медичної та фармакологічної термінології і навіть лексичною одиницею – частиною сучасної повсякденної мови. Наявність такого протиріччя вимагає більш детального дослідження обставин справи і обґрунтованості висновку, у тому числі – призначення і проведення повторної експертизи. Якщо повторна експертиза підтверджує висновки первинної, протиріччя залишається неусунутим. У такому випадку можна піти такими шляхами.

По-перше, *призначити ще одну повторну експертизу*, причому, якщо первинна експертиза завжди одна, то кількість повторних експертиз нічим (крім здорового глузду) не обмежена. На практиці траплялися випадки призначення до восьми повторних експертиз.

По-друге, *спробувати усунути протиріччя шляхом призначення первинної експертизи*, на розгляд якої поставити інші питання. Наприклад, “чи є позначення А видовою назвою хвороб, які виникають на тлі тривалого застосування лікарських засобів на основі діючої речовини А?”

По-третє, *не погодитися з висновками експертизи (експертиз), оформивши це мотивованою постановою (ухвалою).*

Остання з передбачених ст. 75 КПК підстав для призначення повторної експертизи – *інший сумнів у правильності висновку експерта*.

Нечіткість цього визначення дозволяє призначити повторну експертизу за будь-яким приводом, залежно від обставин даної справи, що досліджується судом. Найчастіше «інші сумніви в правильності висновку» висловлюються в клопотаннях сторін у

справі (яких зі зрозумілих причин не задовольняють висновки первинної (або, точніше, попередньої) експертизи) та їх представників про призначення повторних експертиз, підозрюваних, обвинувачуваних, підсудних та їх захисників.

Трохи інакше трактуються підстави для призначення додаткової і повторної експертиз у ГПК. Так, у ст. 42 ГПК як підстава для призначення додаткової експертизи приводиться недостатня ясність або неповнота висновку, а повторна експертиза призначається «у разі потреби».

Проведення додаткової експертизи доручається тому самому або іншому експерту. В останньому випадку йому повинні бути представлені ті ж об'єкти, матеріали і висновок первинної експертизи з усіма додатками. На вирішення додаткової експертизи виноситься уточнююче питання.

При призначенні повторної експертизи, що завжди доручається іншому експерту чи експертам, також необхідно представити ті ж об'єкти, матеріали і висновок первинної експертизи з усіма додатками. На вирішення повторної експертизи виноситься те ж саме питання (або ті ж самі питання), що вирішувались первинною експертизою. При цьому всі, передбачені відповідними методиками, дослідження необхідно провести заново в повному обсязі. Виробництво повторних експертиз, як правило, доручається комісії експертів з великим стажем роботи з відповідної спеціальності. Якщо висновки повторної і первинної експертиз не співпадають, у висновку повторної експертизи повинні бути роз’яснені причини розбіжності.

Часто в ході проведення експертизи об'єкти, що досліджувалися при виробництві первинної експертизи, повністю знищуються (наприклад, при дослідженні вмісту мікрокількостей наркотичних та інших речовин), або на момент призначення повторної експертизи втрачені чи змінили свої властивості. У таких випадках проведення ряду повторних експертиз стає практично неможливим, хоча на практиці такі експертизи і призначаються. Якщо ж об'єкти, втрачені з тих чи інших причинам на момент призначення повторної експертизи, яким-небудь чином зафіксовані (наприклад, у вигляді копій на дактилоплівках, зліпків, фотознімків, схем тощо) проведення повторних експертиз стає можливим. Іноді повторні експертизи проводяться за матеріалами справи (наприклад, повторні судово-автотехнічні).

На практиці в постанові (ухвалі) про призначення експертизи крім питань, що вирішувалися первинною експертизою, ставляться й інші питання. При цьому висновок експертизи набуває двоякого статусу: стосовно питань, що вирішувались раніше, нова експертиза є повторною. Що ж до питань, що поставлені вперше – первинною. При цьому в найменуванні експертизи вказується, що вона є повторною, але при поясненні причин розбіжностей у висновках, не відзначаються висновки, зроблені за питаннями, що були поставлені вперше.

Щодо оформлення матеріалів експертиз, то первинні експертизи, як правило, оформляються в 2-х екземплярах, повторні – в більшій кількості - у 4-х (один – особі або органу, що призначив експертизу, другий залишається в СЕУ, 3-й направляється в установу або експерту, що проводив первинну експертизу, 4-й, разом з особливою карткою, - в управління Міністерства юстиції).

3.2. Поняття комісійної і комплексної експертизи

Комісійна експертиза – це експертиза, у проведенні якої беруть участь два і більше експерти. Питання про створення комісії для вирішення експертного завдання може бути вирішено як особою (органом), що призначив експертизу (ст. 75 КПК), так і керівником експертної установи.

Ст. 148 ЦПК передбачено, що комісійна експертиза проводиться не менш як двома експертами одного напряму знань.

Якщо за результатами проведених досліджень думки експертів збігаються, вони підписують єдиний висновок. Експерт, не згодний з висновком іншого експерта (експертів), дає окремий висновок з усіх питань або з питань, які викликали розбіжності.

Комісії експертів створюються зазвичай для скорочення термінів проведення експертизи в зв'язку із складністю експертної задачі або великою кількістю об'єктів, що підлягають дослідженню. Можливо також створення комісій експертів у процесі підвищення кваліфікації молодих фахівців. У цих випадках рішення про створення комісії приймає керівник експертної установи, а контроль за ходом дослідження і правильністю оцінки отриманих результатів здійснюють досвідчені експерти, що поряд з молодими фахівцями входять до складу комісії.

Комплексні експертизи призначаються в тих випадках, коли для вирішення питання чи питань у справі необхідні спеціальні знання, що відносяться до різних галузей знань, у тому числі до різних експертних спеціальностей. Дослідження тих самих об'єктів експертами різних спеціальностей, що вирішують певні, різні за метою завдання, відповідно до своїх експертних спеціальностей, не є комплексним. Найчастіше комплексні експертизи провадяться комісіями експертів, однак, якщо один експерт має спеціальні пізнання, що відносяться до різних галузей і має відповідні допуски, він може виконати комплексну експертизу самостійно.

Ст. 149 ЦПК визначено, що комплексна експертиза проводиться не менш як двома експертами різних галузей знань або різних напрямів у межах однієї галузі знань.

У висновку експертів зазначається, які дослідження і в якому обсязі провів кожний експерт, які факти він встановив і яких висновків дійшов. Кожен експерт підписує ту частину висновку, яка містить опис здійснених ним досліджень, і несе за неї відповідальність.

Загальний висновок роблять експерти, компетентні в оцінці отриманих результатів і формулюванні єдиного висновку. У разі виникнення розбіжностей між експертами висновки оформлюються відповідно до частини другої статті 148 ЦПК.

Комплексні експертизи можуть бути як внутрішньовідомчими (наприклад, комплексна судово-балістична і судово-хімічна експертиза вирішує питання про дистанцію стрілянини за слідами пострілу), так і міжвідомчими (наприклад, медико-криміналістичними). Якщо при призначенні комплексної міжвідомчої експертизи в постановах (ухвалах) зазвичай міститься вказівка на необхідність проведення експертизи саме як комплексної, то при призначенні внутрішньовідомчих комплексних експертиз у постанові (ухвалі) таке уточнення може не вказуватися (наприклад, слідчий просто не знає, що питання відноситься до компетенції комплексної експертизи). У таких випадках рішення про проведення комплексного дослідження приймає керівник експертної установи.

У судово-експертних установах МЮ України організація виробництва комплексних експертиз полягає в наступному.

Організовуючи виконання комплексної експертизи, керівник установи доручає проведення досліджень відповідним підрозділам установи і визначає, хто з них є провідним.

Керівник провідного підрозділу за узгодженням з керівниками інших підрозділів формує комісію експертів і призначає голову експертної комісії.

Якщо комплексна експертиза виконується експертами декількох установ, комісія експертів формується керівником провідної установи разом з керівниками інших установ-співвиконавців. Голову комісії призначає керівник провідної установи.

Експерт, призначений головою комісії, не має переваг перед іншими співвиконавцями при рішенні поставлених питань. Як голова комісії він виконує лише організаційні функції, а саме:

- скликає нараду експертів, на якій знайомить їх з постановою (ухвалою) про призначення експертизи та матеріалами, що надійшли на дослідження, а також організовує розробку загальної програми досліджень;
- здійснює зв'язок з керівниками установ (підрозділів), співробітники яких є членами комісії, контролює терміни проведення окремих досліджень і координує виконання всієї програми досліджень;
- керує проміжними і підсумковими нарадами експертів;
- повідомляє керівнику експертної установи про дії членів комісії, що не узгоджуються з загальною програмою досліджень або порушують їх послідовність;
- складає проект висновків (повідомлення про неможливість провести експертизу) чи доручає це зробити кому-небудь із членів комісії.

Якщо експертиза призначена не як комплексна, але при її проведенні з'ясується, що вирішення поставлених питань чи деяких з них вимагає застосування знань, що належать до різних галузей науки і техніки, керівник експертної установи має право організувати її виконання за правилами проведення комплексної експертизи.

Якщо проведення комплексної експертизи не може бути здійснене силами експертів даної установи, то її керівник спові-

щає про це особу або орган, що призначили експертизу, і просить залучити до проведення експертизи експерта відповідної спеціальності. Залучення такого експерта проводиться з дотриманням вимог частини 3 статті 196 КПК України.

Якщо члени експертної комісії не прийшли до єдиної думки (до єдиних висновків), кожний з них вправі скласти власний висновок експертизи.

3.3. Структура, зміст та особливості висновку судової експертизи (спеціального дослідження)

Висновок експерта - докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, задані судом (ст. 66 ЦПК). Він складається з трьох частин – **вступу, дослідження та висновків**, зміст яких регламентує п. 33 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5.

У **вступній частині висновку** експертизи вказуються:

- назва експертизи, її номер, чи є вона додатковою, повторною, комісійною або комплексною;
- особа або орган, які призначили експертизу;
- дані про експерта (експертів): посада, прізвище, ім'я та по батькові, освіта, експертна спеціальність та стаж експертної роботи; науковий ступінь та вчене звання;
- дата надходження матеріалів до експертної установи і дата підписання висновку експертизи;
- де і ким винесена постанова або ухвала про призначення експертизи;
- питання, які належить вирішити експертові;
- найменування матеріалів, що надійшли на експертизу, спосіб доставки та вид упаковки досліджуваних об'єктів;
- клопотання експерта про подання додаткових матеріалів, наслідки їх розгляду;

- обставини справи, які мають значення для давання висновку, з обов'язковим зазначенням джерела їх отримання;
- відомості про осіб, які були присутні під час проведення досліджень (прізвище, ініціали, процесуальне положення);
- попередження експерта про кримінальну відповідальність за ст.178 КК України за надання завідомо неправдивого висновку;
- довідково-нормативні документи та методична література, які використовувались експертом при вирішенні поставлених питань (з зазначенням бібліографічних даних).

Питання вказуються у формулюванні постанови (ухвали) про призначення експертизи. Якщо поставлено декілька питань, експерт має право згрупувати їх і викласти в послідовності, яка забезпечує найбільш доцільний порядок дослідження. Якщо редакція питання в постанові (ухвалі) не відповідає Науково-методичним рекомендаціям з питань підготовки і призначення судових експертиз у науково-дослідних судово-експертних установах Міністерства юстиції України, але зміст завдання експертові зрозумілий, то після наведення питання в редакції постанови (ухвали) про призначення експертизи він може дати відповідні роз'яснення і викласти питання в редакції, що відповідає згаданим Рекомендаціям.

Питання, які поставлені експертом з власної ініціативи, вказуються після питань, зазначених у постанові (ухвалі) про призначення експертизи.

При проведенні повторної експертизи у вступній частині висновку експертизи викладаються відомості про первинні (попередні) експертизи: прізвища, ініціали експертів, назва експертної установи чи місце роботи експертів, номер і дата висновку експертизи, висновки досліджень попередніх експертиз із питань, які були поставлені перед експертом на повторне вирішення, а також мотиви призначення повторної експертизи, які зазначені у постанові (ухвалі) про її призначення.

У **досліджувальній частині висновку** експертизи описується процес дослідження та його результати, а також дається обґрунтування висновку експерта.

Кожному питанню, яке вирішується експертом, має відповідати певний розділ досліджувальної частини.

Якщо декілька питань тісно пов'язані між собою, хід їх вирішення може описуватись в одному розділі.

Досліджувальна частина повинна включати:

- відомості про стан об'єктів дослідження, застосовані методи дослідження, умови їх проведення;
- посилання на ілюстрації, додатки та необхідні роз'яснення до них;
- експертну оцінку результатів дослідження.

Опис результатів застосування інструментальних методів дослідження та проведення експериментів може обмежуватись викладенням кінцевих результатів. У зазначених випадках графіки, діаграми, таблиці, матеріали експертних досліджень мають зберігатись у наглядових експертних справах і на вимогу осіб, які мають право знайомитись з матеріалами експертизи, надаватись їм для вивчення.

У досліджувальній частині висновку повторної експертизи вказуються причини розбіжностей з результатами попередніх експертиз, якщо такі розбіжності мали місце.

В **заключній частині** висновки дослідження викладаються у вигляді відповідей на поставлені питання в тій послідовності, в якій вони викладені у його вступній частині.

На кожне з поставлених питань має бути дано відповідь по суті або вказано, з яких причин неможливо його вирішити.

Висновок експертизи підписується експертами, які проводили дослідження, та засвідчується печаткою експертної установи.

Якщо до висновку експертизи додаються фототаблиці, креслення, схеми, діаграми і т. ін., вони також підписуються експертами та засвідчуються печаткою експертної установи.

Для встановлення у судовому засіданні фактів, що мають значення для справи, судом досліджуються показання письмові та речові докази, у тому числі висновки експертів.

Згідно з статтею 189 ЦПК висновок експерта досліджується за такою схемою:

1. Висновок експерта оголошується в судовому засіданні.

2. Для роз'яснення і доповнення висновку експерту можуть бути поставлені питання. Першою ставить питання експертові особа, за заявою якої призначено експертизу, та її представник, а потім інші особи, які беруть участь у справі. Якщо експертизу призначено за клопотанням обох сторін, першим ставить питання експертові позивач і його представник.

3. Суд має право з'ясовувати суть відповіді експерта на питання осіб, які беруть участь у справі, а також ставити питання експерту після закінчення його допиту особами, які беруть участь у справі.

4. Викладені письмово і підписані експертом роз'яснення і доповнення висновку приєднуються до справи.

Статтею 190 ЦПК передбачено, що під час дослідження доказів суд може скористатися усними консультаціями або письмовими роз'ясненнями (висновками) спеціалістів.

Спеціалісту можуть бути поставлені питання по суті наданих усних консультацій чи письмових роз'яснень. Першою ставить питання особа, за клопотанням якої залучено спеціаліста, та її представник, а потім інші особи, які беруть участь у справі. Якщо спеціаліста залучено за клопотанням обох сторін або за ініціативою суду, першим ставить питання спеціалістові позивач і (або) його представник.

Суд має право з'ясовувати суть відповіді спеціаліста на питання осіб, які беруть участь у справі, а також ставити питання спеціалісту після закінчення його опитування особами, які беруть участь у справі.

Викладені письмово і підписані спеціалістом роз'яснення приєднуються до справи.

3.4. Дослідження та оцінка судом висновка експерта

Висновок експерта підлягає оцінці поряд із всіма іншими доказами, передбаченими процесуальним законодавством. Пленум Верховного Суду України у постанові від 30 травня 1997р. "Про судову експертизу по кримінальних і цивільних справах" відзначив, що "...при дослідженні висновку експерта суди повинні виходити з того, що згідно зі ст.62 ЦПК висновок експерта не має наперед установленої сили та переваги над іншими джерелами доказів, підлягає перевірці й оцінці за внутрішнім переконанням

суду, яке має грунтуватися на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи у сукупності".

Один з основних принципів оцінки судом висновку експерта - оцінка його за своїм внутрішнім переконанням. Чинне процесуальне законодавство відхиляє оцінку доказів за формальних підстав. Тобто жодний доказ, у тому числі і висновок експерта, не може заздалегідь вважатися достовірним або, навпаки, - недостовірним. У кожному окремому випадку суд повинен старанно перевірити і установити достовірність кожного доказу виходячи з конкретних обставин справи, що аналізується.

Верховний Суд України у керівних постановах, а також в ухвалах і постановах з конкретних справ неодноразово звертав увагу суддів на те, що фактичні дані, отримані за допомогою судової експертизи, підлягають обов'язковій перевірці й оцінці у сукупності з всіма іншими доказами, наявними у справі.

У теорії і практиці судової експертизи значне поширення має погляд, відповідно до якого висновок експерта не можна визнати достовірним, якщо він суперечить іншим доказам, наявним у справі.

Однак, з одного лише факту протиріччя висновка експерта іншим обставинам справи не можна робити висновок, що він є помилковим.

Протиріччя між висновком експерта й іншими доказами у справі можуть означати як помилковість висновка експерта, так і те, що обставини справи судом встановлені невірно. Суд зобов'язаний з'ясувати причину такого протиріччя й у залежності від цього визначити достовірність висновку експерта.

Заключним етапом оцінки експертизи є визначення ролі встановленого експертом факту у доведенні винності або невинуватості особи, у вирішенні питання про доведеність або недоведеність тих або інших обставин, що мають значення для справи. Нерідко помилки припускаються саме на цьому етапі, коли висновок, в цілому правильний й обгрунтований, невірно інтерпретується судом, що чревато судовими помилками.

Причиною неправильної оцінки висновку експерта іноді є помилкове тлумачення судом висновку експерта, неправильне розуміння значення доказової цінності його висновків.

Неправильне тлумачення висновка експерта у рішенні суду може проявлятися по-різному: в одному випадку експерт дає категоричний висновок, а суд надає йому інше значення; в іншому - експертом дано ймовірний висновок, а суд вважає, що це категоричний висновок; у третьому - висновком експерта визначається групова, родова, видова приналежність об'єкта, а суд вважає, що встановлена його індивідуальна ознака, і, нарешті, висновком експерта не встановлюється факт, а суд вважає його встановленим.

У юридичній літературі виділяють і такий засіб оцінки, як оцінку в безпосередньому процесі, тобто оцінка висновка експерта проводиться на кожній стадії процесу. У даному випадку рамки і межі оцінки джерел доказу, у тому числі, і висновка експерта, обмежуються специфікою стадії. Проте при оцінці окремих джерел доказів, і всієї сукупності наявних у судовій справі матеріалів суддя або суд керуються загальними принципами оцінки доказів.

Для встановлення достовірності висновка експерта необхідно не тільки провести його ретельну оцінку, але й оцінити цей висновок у сукупності з усіма матеріалами справи: лише тоді він може слугувати підставою для висновку суду про наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують позовні вимоги або заперечення сторін.

Верховний Суд України у керівних постановах, а також в ухвалах і постановах з конкретних справ неодноразово звертав увагу суддів на те, що фактичні дані, отримані за допомогою судової експертизи, підлягають обов'язковій перевірці й оцінці у сукупності з всіма іншими доказами, наявними у справі.

Як роз'яснив Пленум Верховного України у постанові від 30 квітня 1997р. «Про судову експертизу по кримінальних і цивільних справах», - у випадку незгоди з висновком експерта суд вправі у судовому засіданні призначити додаткову експертизу (якщо висновок експерта визнано недостатньо ясним або повним) або повторну (якщо висновок експерта є необгрунтованим або виникають сумніви у правильності висновків експерта).

Всебічна, повна й об'єктивна оцінка висновка експерта є важливою гарантією правильного розгляду і вирішенні судом справ, зокрема справ, предметом яких є об'єкти інтелектуальної власності.

Розділ 4.
Судова експертиза з питань інтелектуальної власності

Право інтелектуальної власності являє собою сукупність норм, що регулюють майнові та особисті немайнові відносини, що виникають у зв’язку зі створенням і використанням винаходів, корисних моделей, промислових зразків, об’єктів авторського права, знаків для товарів і послуг шляхом установлення правового режиму їх використання, морального і матеріального стимулювання і захисту прав авторів та патентовласників.

Статтею 41 Конституції України – акта вищої юридичної сили – визначено, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, а статтею 54 гарантується право на захист інтелектуальної власності, авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності.

Основні правові засади охорони прав інтелектуальної власності (що створюють підгрунтя для захисту прав) викладені в Цивільному та Господарському кодексах України та спеціальному законодавстві з охорони прав інтелектуальної власності. Як відомо, з 1 січня 2004 року набрали чинності Цивільний кодекс України (*ЦК*) та Господарський кодекс України (*ГК*). Слід зауважити, що при розгляді справ, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності, положення цих Кодексів повинні застосовуватись до відносин, що виникли після набрання ними чинності, або до тих прав і обов'язків, що продовжують існувати після набрання ними чинності.

Захист прав інтелектуальної власності – це ті заходи, що застосовуються у випадках, коли права на той чи інший об’єкт інтелектуальної власності *(ОІВ)* порушені чи оскаржені. Відповідно до норм чинного законодавства України він передбачає діяльність уповноважених державних органів із визнання, поновлення прав, а також усунення перешкод, що стають на заваді реалізації прав та законних інтересів суб’єктів права у сфері інтелектуальної власності. Ця діяльність здійснюється у встановленому законодавством порядку, тобто із застосуванням належної форми, засобів і способів захисту. Захист прав інтелектуаль-

ної власності в судовому порядку є найбільш дієвим і ефективним для встановлення істини.

Загальні способи захисту права інтелектуальної власності визначені ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України (*ЦК)*. Наведений в ній перелік способів захисту не є вичерпним з огляду на вміщений у цій же статті припис про те, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, ніж той, що встановлений договором або законом.

Частиною 1 ст. 432 ЦК передбачено, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 цього Кодексу.

Слід зазначити, що відповідно до ст. 124 Конституції України, судова юрисдикція поширюється на всі правовідносини в державі.

Тому, нині спори, що виникають у процесі створення й використання об'єктів інтелектуальної власності, розглядаються судами за загальними правилами судочинства, тобто правилами, встановленими Цивільним процесуальним кодексом України у редакції від 18 липня 1963 р. (на момент написання цього посібника ще не втратила силу) та у редакції від 18.03.2004р. № 1618-IV, що вступить у дію в 2005р. (*ЦПК*), Господарським процесуальним кодексом України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII (*ГПК*) і Кримінально-процесуальним кодексом України від 28 грудня 1960 р. (*КПК*).

Оскільки найчастіше сторонами у спорах з питань інтелектуальної власності виступають підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності - ці спори розглядаються в основному господарськими судами, у складі яких створені спеціалізовані колегії з питань інтелектуальної власності.

З метою однакового і правильного застосування законодавства у вирішенні спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності, Вищий господарський суд України 10 червня 2004 р. видав рекомендації "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності" (№ 04-5/1107).

Друга частина цих Рекомендацій включає основні способи захисту права інтелектуальної власності, визначені ч. 2 ст. 432 ЦК України. Так, суд у випадках та в порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про:

1) застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів;

2) зупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорт чи експорт яких здійснюється з порушенням права інтелектуальної власності;

3) вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності;

4) вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності;

5) застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об’єкта права інтелектуальної власності. Розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення;

6) опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення.

Законами України про охорону прав на конкретні об’єкти інтелектуальної власності також передбачено способи захисту відповідного права, зокрема, ст. 52 Закону України "Про авторське право і суміжні права", ст. 21 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", ст. 27 Закону України "Про охорону прав на промислові зразки", ст. 35 Закону України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі", ст. 25 Закону України "Про охорону прав на зазначення походження товарів", ст. 53 Закону України "Про охорону прав на сорти рослин", ст. 22 Закону України "Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем".

Невід’ємною складовою об’єктивного вирішення спору про порушення прав інтелектуальної власності є застосування

спеціальних знань, тобто експертне дослідження з питань інтелектуальної власності.

Як показала практика, ефективний захист прав інтелектуальної власності та судова експертиза – поняття неподільні. У вирішенні питань призначення судової експертизи господарські суди перш за все керуються Господарським процесуальним кодексом України, Законом України “Про судову експертизу” та роз’ясненнями президії Вищого арбітражного суду України від 11 листопада 1998 р. № 02-5/424 “Про деякі питання практики призначення судової експертизи”. Однак, правове регулювання захисту прав на об’єкти інтелектуальної власності має ряд особливостей. Тому, з метою правильного і однакового застосування господарськими судами норм чинного законодавства у вирішенні питань інтелектуальної власності, Вищий господарський суд України (далі – ВГСУ) розробив рекомендації «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах із спорів, пов’язаних із захистом прав на об’єкти інтелектуальної власності» від 29 березня 2005р. №04-5/76.

Формування інституту судових експертиз об’єктів інтелектуальної власності зумовило необхідність створення теоретичної основи цього виду досліджень, визначення понятійного апарату, створення загальних методів і методик досліджень ОІВ на основі існуючої методологічної основи судової експертизи.

Ситуація ускладнюється тим, що в даний час, у зв’язку з освоєнням СЕОІВ різними по своїй професійній приналежності фахівцями, існують різні уявлення про природу СЕОІВ, її об’єкти і методи, межі компетенції експертів тощо.

У зв’язку з цим необхідно розглянути питання про поняття судової експертизи ОІВ та її об’єкти.

Експерти державних судово-експертних установ керуються поняттям судової експертизи, визначеним ст. 1 Закону України «Про судову експертизу»: *«Судова експертиза – це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об’єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що знаходиться у провадженні органів дізнання, досудового і судового слідства»*.

Водночас деякі фахівці інших організацій, зокрема, спеціалісти права інтелектуальної власності, схильні розглядати ці експертизи як правові. Більш того, у відповідних частинах їх ви-

сновків прямо вказується: «висновок науково-правової експертизи».

У зв'язку з цим необхідно звернутися до постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 «Про судову експертизу по кримінальних і цивільних справах» (із змінами, внесеними згідно з ППВСУ від 25 травня 1998 р. № 15), в п. 2 якої прямо вказано на неприпустимість постановлення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесене законом до компетенції суду (зокрема, про вину, неосудність або недієздатність особи тощо). До категорії правових питань, які часто ставляться на вирішення експертизи об'єктів інтелектуальної власності, відносяться питання про те, чи мало місце правопорушення відносно прав інтелектуальної власності, чи порушені права конкретних осіб, про винність певних осіб тощо. Очевидно, що вирішення таких питань відноситься до компетенції суду і має здійснюватися з урахуванням всіх засобів доказування, а не тільки на підставі фактичних даних, встановлених судовою експертизою.

Представляється, що при визначенні поняття об'єкту інтелектуальної власності як об'єкту судово-експертного пізнання необхідно виходити із загальновизнаного постулату – будь-який об'єкт інтелектуальної власності має бути виражений (представлений, відображений) в об'єктивній, тобто матеріальній, формі.

Можна виділити три основні форми «відображення» таких об'єктів і, відповідно, три групи ОІВ.

В деяких випадках матеріальний носій і об'єкт інтелектуальної власності представляють настільки нерозривну, органічну єдність (живопис, фотографія та ін.), що розглядаються як єдине, нероздільне ціле. Більш того, іноді властивості носія можуть визначати властивості твору. Таким чином, першу групу ОІВ складають *предметні об'єкти.*

Разом з тим, немало випадків, коли матеріальний носій виконує лише роль "сховища" інформації про певний ОІВ. Ця обставина дозволяє виділити матеріальні (друга група) та ідеальні (третя група) моделі ОІВ.

Матеріальні (речовинні) моделі ОІВ – це матеріальні об'єкти, що відтворюють основні ознаки ОІВ в наочній формі. До них можуть бути віднесені, наприклад, фотографія картини, зразок (виріб) або його складові, в яких реалізовано винахід.

Ідеальні моделі ОІВ – це зафіксовані на матеріальному носієві знакові або інші системи, які є, по суті, інформаційними моделями ОІВ.

Викладене ми розглядаємо лише як окреслення такого підходу, який дозволяє встановити необхідну відповідність між поняттям ОІВ як об'єкту судової експертизи, поняттям судової експертизи, викладеному у вказаній статті Закону України «Про судову експертизу» і загальною методологією судово-експертного пізнання.

Насправді йдеться про більш складні питання: про загальний, родовий і безпосередній об'єкти судової експертизи ОІВ, про ідентифікацію і діагностику в дослідженнях ОІВ та інші питання, відповідь на які є важливою при створенні як загальної методології, так і конкретних методик судово-експертного дослідження ОІВ.

Можливості судових експертиз визначаються такими основними факторами:

– рівнем розвитку методології;

– рівнем кваліфікації експертів;

– рівнем апаратно-програмного забезпечення;

– рівнем організації взаємодії експертів різних спеціальностей.

Практика судово-експертних досліджень ОІВ показує, що для встановлення фактичних даних, необхідних для правильного вирішення кримінальної, цивільної або господарської справи, не завжди достатньо знань у сфері інтелектуальної власності. У багатьох випадках необхідне використання спеціальних знань, які відносяться до різних видів судових експертиз.

4.1. Властивості і специфіка об'єктів інтелектуальної власності та особливості процедури вирішення спорів, пов'язаних із правовідносинами, що виникають в процесі створення і використання цих об'єктів

Статтею 420 Цивільного кодексу України визначений перелік об'єктів права інтелектуальної власності: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми)

організацій мовлення; наукові відкриття; 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.

Як було зазначено вище, предметом судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності є фактичні дані, що відносяться до властивостей матеріальних та нематеріальних (інформаційних) об'єктів.

Основними об'єктами досліджень є об'єкти промислової власності та об'єкти авторського та суміжних прав.

До об'єктів промислової власності відносяться, зокрема, винаходи, корисні моделі, раціоналізаторські пропозиції, промислові зразки, торговельні марки, комерційні найменування, зазначення походження товарів, селекційні досягнення та ін.

До об'єктів авторського права відносяться твори науки, літератури та мистецтва, а до об'єктів суміжних прав – виконання творів (літературних, драматичних, музичних, музично-драматичних, хореографічних, фольклорних та інших), фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення.

Об'єкти права інтелектуальної власності (ОІВ) стосовно певної галузі промисловості мають свою специфіку. Так, наприклад, у фармацевтичній галузі можна виділити такі ОІВ:

1. Об'єкти авторського права: звіти про проведення науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт, спрямованих на пошук нових хімічних речовин, про доклінічне і клінічне вивчення лікарських засобів; розробка аналітичної нормативної документації (методів аналізу субстанцій і готових лікарських препаратів), проектів інструкцій на медичне застосування тощо;

2. Винаходи, об'єкти яких поділяються на п'ять категорій (дві основних та три підкатегорій):

2.1. Продукт:

2.1.1) Нова хімічна речовина (сполука) (чи група нових хімічних сполук, об'єднаних загальною структурною формулою), яка має певну біологічну активність та є активним початком фармацевтичного препарату;

2.1.2) Фармацевтична композиція (або склад лікарського препарату);

2.2. Процес:

2.2.1) Спосіб одержання нової (або новий спосіб одержання відомої) біологічно активної хімічної речовини (сполуки, або групи нових хімічних сполук), що є основою лікарського препарату, чи спосіб одержання фармацевтичної композиції;

2.2.2) Спосіб застосування – спосіб лікування (або діагностики) з використанням нової хімічної сполуки чи композиції на її основі;

2.2.3) Застосування відомих речовин, в яких вперше було виявлено фармакологічну активність, або відомих лікарських засобів **за новим медичним призначенням**.

3. Корисні моделі – устаткування для виробництва готових лікарських засобів;

4. Промислові зразки: зовнішній вигляд лікарського засобу (форма таблеток, упаковка тощо);

5. Комерційні позначення (denominations commercials) та торгові марки:

- фірмове найменування підприємства-виробника, його логотип;
- торгова назва лікарського засобу.

Останній вид «фармацевтичних» об'єктів найбільш специфічний: торгові назви лікарських засобів складаються за своєрідними, характерними лише для даної галузі правилами. До того ж у фармацевтичній галузі застосовується ще два види назв, що відносяться до одного об'єкта – конкретного лікарського препарату, це:

- **хімічні назви**, що є похідними від молекулярних формул діючих речовин і характеризують хімічну структуру молекули;
- **міжнародні непатентовані назви** – МНН (INN – International Nonproprietary Names), що мають відповідати спеціальним правилам і бути зареєстрованими Всесвітньою організацією охорони здоров'я (ВООЗ). Вони не підлягають реєстрації в національних патентних відомствах.

Ці групи назв незалежні і мають різне призначення, що обумовлено різними правовими вимогами і науковими потребами.

Торгові назви дозволяють споживачам відрізняти лікарські засоби одного виробника від аналогічних лікарських засобів іншого та, відповідно до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII (*далі – Закон про товарні знаки*) можуть бути зареєстровані як знаки для товарів і послуг. Основним завданням товарного знака є ідентифікація (лікарського засобу, його виробника, дистриб'ютора). У той же час торгові **назви ліків є частиною медичної термінології і слугують для того, щоб допомагати фахівцям (медичним і фармацевтичним працівникам) та пацієнтам (споживачам ліків) орієнтуватися в їх складі та терапевтичній дії**.

Таким чином, при вирішенні питань інтелектуальної власності стосовно об'єктів, що належать до певної галузі науки і техніки (наприклад, фармацевтики) крім знання права інтелектуальної власності необхідно застосування спеціальних знань у певній науково-технічній галузі (фармакології, хімії та медицини).

4.2. Предмет судової і досудової експертизи об'єктів інтелектуальної власності

Як було нами встановлено в попередніх розділах, проведення експертизи є опосередкованим (через експерта) пізнавальним процесом. Ця діяльність спрямована на певний об'єкт (частину об'єктивної дійсності, що досліджується) за допомогою предмета пізнання, що покликаний виділити в об'єкті ті його властивості й стани, які складають мету цієї діяльності. З багатьох фактичних даних до змісту предмета доказування закон (ст. 57 - 66 (27 – 30 старої редакції) ЦПК, ст. 32 – 34 ГПК і ст. 65 – 67 КПК) включає лише ті, які мають правове значення, тобто можуть впливати на остаточне вирішення справи.

Стосовно об'єктів інтелектуальної власності основним <u>предметом судової і досудової експертизи</u> є дослідження фактичних даних, що належать до властивостей матеріальних і нематеріальних (інформаційних) об'єктів, а також до охороноздатності конкретних об'єктів дослідження.

Питання, які найчастіше ставляться на розгляд судової експертизи, та приклади судової практики вирішення спорів з

питань інтелектуальної власності детально розглянуті у розділі 5 посібника.

4.3. Основні завдання судової і досудової експертизи в сфері інтелектуальної власності

Основними завданнями судової і досудової експертизи в сфері інтелектуальної власності є встановлення й оцінка властивостей об’єктів інтелектуальної власності, а саме: з’ясування того чи є даний об’єкт об’єктом інтелектуальної власності (відповідність досліджуваного об’єкта критеріям охороноздатності); визначення розмірів шкоди, нанесеної власнику авторських прав (патенту, свідоцтва на знак для товарів і послуг) у результаті незаконного використання його твору (винаходу, корисної моделі, промислового зразка, товарного знака); оцінка вартості прав на об’єкти інтелектуальної власності як нематеріальних активів підприємства тощо.

У багатьох випадках для вирішення завдань експертизи об’єктів інтелектуальної власності необхідно застосовувати методи інших видів експертиз. Це дозволяє вирішити ряд завдань щодо встановлення властивостей матеріальних об’єктів, які є результатами творчої діяльності.

Так, зокрема, при дослідженні властивостей об'єктів інтелектуальної власності використовуються методи криміналістичної експертизи речовин, виробів і матеріалів; трасологічної експертизи; судово-біологічної експертизи; судово-технічної експертизи документів, авторознавчої експертизи тощо.

Одними з найактуальніших сьогодні є судові експертизи у справах про контрафактну продукцію. Для вирішення питання про наявність або відсутність ознак контрафактності необхідно проводити комплекс досліджень, у тому числі поліграфічного оформлення продукції (судово-технічна експертиза документів), змісту інформації, представленої в цифровому вигляді, на оптичних і магнітних носіях (комп’ютерно-технічна експертиза), встановлювати ознаки устаткування, використаного для виготовлення матеріальних носіїв творів (трасологічна, фоноскопічна та інші експертизи).

У справах про порушення прав авторів літературних творів найчастіше необхідно провадити почеркознавчу і авторознавчу експертизи, а в деяких випадках – судово-технічну експерти-

зу документів для вирішення питання про абсолютну давність документів.

Не є виключенням залучення спеціальних знань різних видів судової експертизи і при провадженні судових експертиз з порушень прав промислової власності, наприклад, для встановлення виду шрифту, використаного для створення товарного знака, способу виготовлення оригіналу логотипа, порівняння конструкцій різних зразків зброї та ін. Тільки використання методів криміналістичних експертиз дозволяє вирішувати завдання щодо встановлення джерела походження контрафактної продукції й у такий спосіб доводити використання конкретного устаткування, що належать конкретним фізичним і юридичним особам для виготовлення контрафактної продукції, до числа яких відносяться не тільки аудіо- і відеопродукція, але й одяг, взуття, парфумерія, деталі транспортних засобів, сигарети і безліч інших об'єктів.

Наведемо деякі приклади.

4.3.1. Криміналістична експертиза речовин, виробів і матеріалів у дослідженні хімічних речовин і встановленні способів їх одержання.

При криміналістичному дослідженні хімічних речовин (або їх сумішей) найчастіше вирішуються діагностичні і ідентифікаційні задачі. З цією метою в даний час розроблений комплекс фізико-хімічних методів дослідження їх складу та способів одержання.

Ці методи дозволяють одержати дані про хімічну структуру і фізико-хімічні властивості, зокрема встановити константи, якими може бути охарактеризована хімічна сполука (температура плавлення, кипіння, молекулярна маса, густина і т. ін.). Такі ознаки іноді є єдино ідентифікуємими для характеристики речовин невстановленої структури.

Велике значення має ідентифікація синтезованих і виділених нових хімічних і біотехнологічних речовин. В аналітичній нормативній документації зазвичай представлені один – два методи аналізу речовини. Найбільш надійними результатами, що не викликають сумнівів в експертизи, є ті, котрі підкріплені декількома різними, у тому числі фізико-хімічними методами аналізу, зокрема методами спектроскопії, особливо інфрачервоного

(ІЧС), видимого (VIS) та ультрафіолетових (UV) спектрів, а також ядерного магнітного резонансу (ЯМР), мас-спектрометрії та інших. У сполученні з елементарним хімічним аналізом вони дозволяють зробити більш надійні висновки про вірогідність даних про спосіб синтезу нової сполуки та її структуру.

Найчастіше такі питання виникають при вирішенні спорів про порушення патенту на спосіб одержання речовини, при дослідженні речовин сумнівного походження, коли необхідно встановити приналежність порівнюваних об'єктів до якої-небудь групи (партії, серії) або визначити конкретне джерело походження (завод-виробник).

4.3.2. Можливості судово-технічної експертизи в дослідженні етикеток та упаковок товарів (промислових зразків).

Упакування є одним з основних критеріїв, на підставі яких у споживачів складається перше враження про товар. Схожість етикеток і оформлення упаковок може викликати помилковий вибір.

Судово-технічна експертиза має широкі можливості в дослідженні упакування, його походження, способів і часу його виготовлення, способів нанесення маркування, ідентифікації друкувальних пристроїв і т.д.

Наприклад, при високому друці друкуючі елементи покриваються фарбою. При контакті з папером (картоном) вони залишають злегка втиснені сліди з барвником (відбитки). Контакт може бути прямий і непрямий (офсетний). При непрямому контакті перенос шарів, покритих барвником, відбувається не з друкованих поверхонь, а з барвної стрічки, що знаходиться між рельєфними друкованими знаками і папером.

Весь тираж упаковок (або етикеток), видрукуваних у друкарні, супроводжується відповідними накладними, в яких зазначені: номер замовлення, тираж, назва друкарні і т.д.

Тому експертизі не складає труднощів визначити:

- яким способом видрукувана інструкція або маркування на даному упакуванні, або яким способом вона підроблена,

- чи видрукувані тексти на упакуваннях з того самого набору в одній друкарні,
- чи на одному і тому ж друкувальному пристрої видрукувані дані тексти.

Останнім часом в усьому світі для захисту від підробок стали використовувати голографічні зображення. Це пов'язано з тим, що голографічна технологія дозволяє як створювати візуально контрольовані елементи захисту, що важко підробити (об'ємні і плоскі голографічні зображення), так і записувати на окремих ділянках або по всій площі голограми невидимий голографічний код (чи декілька кодів), що неможливо виявити без спеціальних ключів (голографічних фільтрів-дешифраторів). Виготовлення голографічних елементів захисту включає ряд унікальних наукомістких технологій, у яких використовується складна лазерна, інтерференційна, високовакуумна, електрогальванічна техніка, прецизійна механіка і застосовуються унікальні матеріали.

З криміналістичної точки зору дуже важливо, що при несанкціонованому виготовленні голограм голограма-копія завжди буде відрізнятися від голограми-оригіналу і ці відмінності можуть бути встановлені візуально чи за допомогою лабораторних досліджень.

З іншого боку, при тиражуванні голограм з нікелевої матриці завжди повторюється той самий субмікронний рельєф. Це дозволяє гарантувати факсимильність тиражу голограм за умови вилучення нікелевої матриці, з якою йшло тиражування.

Маються й інші технологічні особливості, що дозволяють у перспективі вирішувати як діагностичні, так і ідентифікаційні задачі.

4.3.3. Можливості трасологічної експертизи у визначенні джерела походження товару.

У виробництві різних товарів (і їхнього упакування), як і в будь-якому серійному виробництві, задіяні машини і механізми, що оставляють на виготовлених екземплярах свої «автографи» – характерні ознаки взаємодії об'єктів: тиску, різання, тертя. Ці ознаки відображають технологічний процес виробництва виробу даного виду: сліди, що виникають на виробах від таких частин механізму, як штамп, прес-форма, пуансон, вирубний ніж, ніжрізка й ін. Подібні пристрої здатні відображати на поверхні більш м'якої, чим вони самі, ознаки свого зовнішнього рельєфу. Основ-

не завдання, що розв'язується при трасологічному дослідженні виробів масового виробництва - встановлення загального джерела походження товару.

Конкретизація цієї задачі здійснюється постановкою питань двох видів:

1) чи виготовлений даний виріб на даному виробничому механізмі,

2) чи належать вироби, виявлені в різних місцях, до однієї партії.

У першому випадку в якості идентифіцируємого об'єкта виступає відомий виробничий механізм. В другому – встановлюється факт виготовлення декількох виробів із застосуванням того самого механізму, що невідомий.

Установлюючи загальне джерело походження, використовують ознаки: вихідної сировини; виробничих механізмів; експлуатації (транспортування, збереження).

Розділ 5.
Основні питання інтелектуальної власності для вирішення яких призначається судова експертиза

Аналіз динаміки оновлення законодавчої бази України з права інтелектуальної власності та ряд заходів органів виконавчої влади (зокрема, Указ Президента України від 27 квітня 2001 р. „Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні”) свідчать про те, що головним завданням сьогодні є створення дієвої системи судово-експертного забезпечення потреб правоохоронних органів, судів, спеціалізованих підрозділів, новостворених у різних відомствах (зокрема у складі МВС, СБУ, Державного департаменту інтелектуальної власності), організацій та громадян у проведенні досліджень щодо об’єктів інтелектуальної власності.

Це також прямо випливає з Розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 червня 2002 р. № 321-р, яким затверджено **Концепцію розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності**. Перш за все, слід зазначити, що Розпорядження та Концепція орієнтують Мін’юст, МОН, Мінпромполітики, Мінекономіки, МЗС та інші заінтересовані центральні органи виконавчої влади на створення *координованими* зусиллями відповідних відомств ефективних механізмів захисту прав у сфері інтелектуальної власності.

Серед основних положень Концепції, що безпосередньо стосуються функцій судово-експертних установ України, на наш погляд, слід виділити такі:

- удосконалення нормативно-правової бази та системи захисту прав у сфері інтелектуальної власності;
- створення дієвого механізму боротьби з порушенням прав у сфері інтелектуальної власності, виготовленням і розповсюдженням контрафактної продукції;
- удосконалення системи оціночної діяльності у сфері інтелектуальної власності;
- інформаційне забезпечення діяльності у сфері інтелектуальної власності;
- розвиток міжнародного співробітництва.

Із передбачених Концепцією шляхів реалізації цих завдань важливо відмітити такі:

- проведення всебічного аналізу нормативно-правового забезпечення у сфері інтелектуальної власності та приведення його у відповідність з нормами міжнародного права;
- врегулювання питань щодо набуття прав інтелектуальної власності на об'єкти, створені за рахунок коштів державного бюджету та державних цільових фондів – відносно результатів НДДКР, що виконуються у СЕУ МЮ;
- нормативно-правове забезпечення оцінки прав на об'єкти інтелектуальної власності, обліку та використання цих об'єктів на ринкових засадах;
- удосконалення процедури розгляду спорів стосовно інтелектуальної власності;
- проведення комплексу заходів щодо боротьби з порушенням прав у сфері інтелектуальної власності, зокрема у сфері авторського права та суміжних прав;
- проведення наукових досліджень з питань, що стосуються забезпечення сприятливих умов для створення та використання об'єктів інтелектуальної власності;
- впровадження сучасних інформаційних технологій у процеси реєстрації та захисту об'єктів авторського права і суміжних прав, збору та розподілу винагороди за їх використання;
- удосконалення інформаційного забезпечення процедури експертизи заявок на об'єкти інтелектуальної власності;
- підготовка та перепідготовка кадрів національної системи правової охорони інтелектуальної власності.

Конкретизуючи положення Концепції стосовно функцій та повноважень судово-експертних установ Мін'юсту України, можна визначити основні проблеми судово-експертного забезпечення діяльності щодо захисту прав інтелектуальної власності. До них відносяться проблеми:

- нормативного забезпечення діяльності різних суб'єктів на ринку експертних послуг;
- організаційного забезпечення як у побудові спеціалізованих підрозділів, так і в організації взаємодії між відповідними підрозділами державних установ, а також іншими суб'єктами експертної діяльності;
- кадрового забезпечення. На наш погляд, найближчим часом необхідно запровадити систему підготовки та підвищення кваліфікації експертів та керівників судово-експертних установ, в тому числі – експертів у галузі досліджень об'єктів інтелектуальної власності, за єдиними навчальними програмами. Необхідно також вивчити питання щодо чисельності співробітників відповідних підрозділів;
- методичного забезпечення. Необхідно розробити та атестувати єдині, максимально об'єктивізовані методики досліджень об'єктів інтелектуальної власності;
- інформаційного забезпечення. Державні відомства, на які покладено забезпечення охорони об'єктів інтелектуальної власності та припинення правопорушень у цій сфері, мають створити єдиний інформаційний простір, який би охоплював відомості про об'єкти інтелектуальної власності та правовласників, про науково-методичні розробки, про слідчу, експертну та судову практику та ін.;
- апаратно-технічного забезпечення. Створення вказаних видів забезпечення у сучасних умовах можливе лише при використанні сучасної апаратно-технічної бази та програмного забезпечення.

Як було зазначено в четвертому розділі цього посібника, правове регулювання захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності має ряд особливостей.

Найбільш актуальними для судової практики є проблеми, пов'язані з постановкою питань для розгляду судової експертизи, методологією та організацією наукових досліджень.

Тому, з метою правильного і однакового застосування господарськими судами норм чинного законодавства у вирішенні питань інтелектуальної власності, Вищий господарський суд України видав рекомендації «Про деякі питання практики при-

значення судових експертиз у справах із спорів, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 29 березня 2005р. №04-5/76.

Більшість спорів, для розв'язання яких залучаються фахівці-експерти, пов'язана з порушенням прав власників охоронних документів чи авторських прав, або з визнанням недійсними патентів на винаходи (корисні моделі, промислові зразки) і свідоцтв на знаки для товарів і послуг.

Проте, призначаючи судову експертизу у справах, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності, суди іноді ставлять для роз'яснення судовим експертам питання про відповідність об'єкта інтелектуальної власності умовам правової охорони – тобто правове питання замість питання встановлення факту. Судовий експерт є носієм спеціальних знань, а суддя – правових, тому питання щодо тлумачення і застосування законодавчих норм є прерогативою останнього.

У своєму вступному слові на відкритті семінару, присвяченому обговоренню проекту рекомендацій ВГСУ «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах із спорів, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності», що відбувся 27–28 січня 2005р., заступник голови Вищого господарського суду України **Віктор Москаленко**, зокрема, наголосив на тому, що "*судова експертиза повинна призначатися тільки для встановлення даних, що входять до предмету доказування у справі, і не може стосуватися тлумачення і застосування правових норм. Отже, господарські суди не повинні порушувати перед експертом питання суто правового характеру*".

Також, питання, які виносяться на вирішення експертизи, повинні бути такими, що не припускають двозначного тлумачення.

Таким чином, на вирішення судової експертизи не повинні ставитися питання правового характеру, зокрема, про наявність правопорушення, винність тієї чи іншої особи у його скоєнні, та ін.

При формулюванні питань необхідно використовувати належну термінологію щодо найменувань об'єктів інтелектуальної власності, зокрема, визначену чинними нормативно-правовими актами.

Якщо вирішення питання, що ставиться перед експертизою, потребує використання різних за характером спеціальних знань, у справі може бути призначена комплексна експертиза. Така експертиза може бути проведена комісійно у випадку коли для її виконання залучаються два і більше фахівців, або одноособово, якщо один фахівець має відповідні допуски по різних експертних спеціальностях.

5.1. Питання судової експертизи, пов'язані із захистом прав власників патентів на винаходи (корисні моделі, промислові зразки)

Нормами патентного права захист виключних прав власності надається проти будь-якого несанкціонованого використання іншою особою об'єкта патентної охорони, зокрема промислового зразка, корисної моделі, винаходу (крім передбачених законом випадків вільного використання чужих охоронюваних об'єктів) незалежно від того, чи був цей охоронюваний зразок, модель, винахід свідомо використаний іншою особою або ці об'єкти були створені іншою особою в результаті її власної творчої діяльності, але вже після публікації відомостей про видачу відповідного патенту про їх охорону.

Тому будь-яке несанкціоноване використання прав інтелектуальної власності на зазначені об'єкти іншими особами є встановленим фактом позадоговірного порушення патентних прав, яке відповідно до закону не доводиться при розгляді справи.

5.1.1. Особливістю процесу доказування у справах про порушення прав інтелектуальної власності на **винахід** є правова презумпція, встановлена у частині другій статті 28 Закону України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», згідно з якою будь-який продукт, процес виготовлення якого охороняється патентом, за відсутності доказів протилежного вважається виготовленим із застосуванням цього процесу за умови виконання принаймні однієї з двох вимог: продукт, виготовлений із застосуванням процесу, що охороняється патентом, є новим; існують підстави вважати, що зазначений продукт виготовлено із застосуванням даного процесу і власник патенту не в змозі шляхом прийнятних зусиль визначити процес, що застосовувався при виготовленні цього продукту.

В такому разі обов'язок доведення того, що процес виготовлення продукту, ідентичного тому, що виготовляється із за-

стосуванням процесу, який охороняється патентом, відрізняється від останнього, покладається на особу, стосовно якої є достатні підстави вважати, що вона порушує права власника патенту.

Отже, за цією нормою патентовласника звільнено від доказування факту виготовлення нового продукту іншою особою із застосуванням запатентованого процесу.

Слід зазначити, що відповідно до частини п'ятої статті 35 ГПК факти, які відповідно до закону вважаються встановленими, не доводяться при розгляді справи. Таке припущення може бути спростовано в загальному порядку. Тому тягар доказування протилежного покладається на іншу особу, яка виготовила цей продукт.

Зазвичай в процесі вирішення спорів, предметом яких є питання охороноздатності певних об'єктів винаходів та корисних моделей, можуть виникнути такі питання:

- чи відповідає запатентований об'єкт публічному порядку (суспільним інтересам), принципам гуманності й моралі;
- чи відповідає запатентований об'єкт умовам надання правової охорони (ч.1 ст.6 та ст. 7 Закону України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі"), а саме: новизні, винахідницькому рівню (винахід), промисловій придатності.

Для встановлення фактичних даних про новизну, промислову придатність винаходу або корисної моделі та наявність у об'єкта винаходу винахідницького рівня призначається судова експертиза. У ході експертного дослідження експерту необхідно:

- детально проаналізувати відомий рівень техніки на дату подання заявки;
- виявити мету винаходу;
- з'ясувати, наскільки точно мета винаходу, її досягнення й винахідницький задум відображені в самому описі до патенту і, насамперед, у формулі винаходу;
- оцінити, наскільки точно формула відображає сутність винаходу та чи відповідає вона опису до нього, встановити наявність ознак винаходу у формулі;

- визначити, в чому полягає внесок, що створив підстави для видачі патенту;
- оцінити істотність кожної з ознак винаходу з огляду на результат, що досягається, та її вплив на обсяг охорони.

У справах про захист прав на винахід (корисну модель) встановлюються такі факти:

1) Факт використання винаходу (корисної моделі). Під використанням розуміють введення до господарського обігу продукту, створеного із застосуванням винаходу (корисної моделі), а також застосуванням способу, що охороняється патентом на винахід. При цьому продукт (виріб) визнається виготовленим із використанням запатентованого винаходу (корисної моделі), а спосіб, що охороняється патентом на винахід, – застосованим, якщо в ньому використана кожна ознака винаходу (корисної моделі), що включена до незалежного пункту формули, чи еквівалентна їй ознака.

Таким чином, для визнання винаходу використаним у тому чи іншому об'єкті техніки необхідно встановити наявність у ньому всіх ознак винаходу (корисної моделі), які визначені в незалежному пункті його формули. Крім того, визначається обсяг правової охорони, наданої патентом, шляхом однозначного тлумачення формули винаходу (корисної моделі).

2) Встановлюється, чи мав місце факт попереднього користування.

Вітчизняна практика вирішення спорів про порушення прав на винаходи ще небагата. Проте, розглядаючи правозастосовчу практику інших країн, можна виділити патентні спори, що не тільки свідчать про ефективність грамотного застосування норм патентного законодавства, а й сприяють його удосконаленню та розвитку.

Наприклад, майже три роки фахівці з хімії, фармації та права інтелектуальної власності багатьох країн пильно спостерігали за розвитком судового процесу МЕРК проти КРКА, який розглядав Арбітражний суд м. Москви. Ця справа була порушена за позовом компанії Мерк енд Ко, Інк. (США) до компанії КРКА Р.О. (Словенія) «*Про порушення патенту та заборону ввозу в Росію, продажу та іншого введення до комерційного обігу лікарського препарату ЕНАП».*

Позивач був власником патенту СРСР (зараз патент РФ) № 1 297 756 з пріоритетом у СРСР від 10 грудня 1979 р. (термін дії до 9 грудня 1999 р.) на спосіб одержання органічної речовини, яка має міжнародну непатентовану назву ЕНАЛАПРИЛ. Як відомо, обсяг охорони, що надається патентом, визначається формулою винаходу (п. 4 ст. 3 Патентного закону РФ). Тобто, претензії компанії Мерк до фірми КРКА могли бути обмежені лише способом одержання ЕНАЛАПРИЛУ. Діючою речовиною ж препарату ЕНАП компанії КРКА, що забезпечує його фармакологічні властивості, є ЕНАЛАПРИЛУ МАЛЕАТ, на спосіб одержання якого (оминаючи стадію виділення ЕНАЛАПРИЛУ) ця фірма теж має патент РФ № 1 757 471 з пріоритетом у СРСР від 12 липня 1989 р.

Протягом понад 30 місяців суд ретельно розглядав усі обставини справи й надані сторонами докази (вага матеріалів справи перевищила 1 пуд), і призначив проведення судово-хімічної експертизи в провідних російських інститутах АН РФ. Він також проаналізував три системи спеціального законодавства, що діяло в країні у цій сфері в період виникнення та здійснення сторонами своїх прав та дійшов висновку про необґрунтованість позовних вимог фірми Мерк. В ході процесу було розглянуто й конкретизовано цілий ряд норм матеріального й процесуального права, що сприятиме подальшому розвитку і вдосконаленню правозастосовчої практики в цій складній та специфічній категорії справ.

Ця справа є однією з найгучніших у світовій судовій практиці з патентних спорів й показова такими моментами:

а) сторонами з розглянутої російським арбітражним судом справи були дві іноземні компанії, патентні й комерційні інтереси яких зіштовхнулися на російському ринку;

б) порівняно невелика компанія КРКА, яка, однак, давно й добре зарекомендувала себе на російському фармацевтичному ринку, протистояла одній з найбільших транснаціональних компаній і захистила свої права, комерційні інтереси й ділову репутацію, незважаючи на те, що інтереси компанії МЕРК захищала на різних етапах бригада в складі 14 найвідоміших патентних повірених і адвокатів з різних юридичних компаній;

в) процес, що відбувся, й прийняті судові рішення стали серйозною протидією завзято поширюваним деякими фахівцями й підтримуваним рядом інофірм версіям про неефективність за-

конодавства наших країн і правозастосовчої практики в галузі інтелектуальної власності взагалі й патентів зокрема. Доведено, що ці версії засновані як на недостатньому знанні чинного законодавства, так і на певних невиправданих амбіціях деяких іноземних партнерів (Клименко Л. «МЕРК начинает и проигрывает»//М.: ПРАВО И ЭКОНОМИКА. – 1999. – № 7)

5.1.2. Відповідно до пункту 3 статті 22 Закону України "Про охорону прав на **промислові зразки**" не визнається порушенням прав, що надаються патентом, введення в цивільний оборот виробу, виготовленого із застосуванням запатентованого промислового зразка, після введення цього виробу в цивільний оборот власником патенту чи з його спеціального дозволу. У наведеній нормі йдеться про подальші операції з продажу і перепродажу саме конкретного виробу або партії виробів, виготовлених із застосуванням запатентованого промислового зразка і вперше введеного в оборот власником цього патенту чи з його спеціального дозволу (принцип вичерпання прав). Тому виключні права власника патенту, визначені статтею 20 Закону України "Про охорону прав на промислові зразки", порушуються, якщо особа, не маючи патенту або дозволу (ліцензії) на використання промислового зразка на підставі ліцензійного договору, вперше вводить в цивільний оборот конкретний виріб або партію виробів, виготовлених із застосуванням цього промислового зразка, навіть у разі коли до моменту цього введення в оборот власником патенту вже здійснювались операції з аналогічними партіями товару.

У вирішенні спорів про захист права інтелектуальної власності на промисловий зразок, залежно від обставин справи та суті спору, судом за допомогою експертного дослідження можуть бути встановлені фактичні дані про:

- новизну промислового зразка на дату подання заявки на видачу патенту;
- виготовлення конкретного виробу з використанням усіх суттєвих ознак промислового зразка;
- включення до сукупності суттєвих ознак промислового зразка інших охоронюваних ОІВ (торгових марок, комерційних найменувань, географічних зазначень походження товарів, творів авторського права тощо).

Серед справ про порушення патентів на промислові зразки слід виділити конфлікт, що розглядався обласним господар-

ським судом України. Позов про порушення своїх виключних прав іншим підприємством подав патентовласник промислового зразка, об'єктом якого є етикетка для лікарського препарату під загальновживаною назвою (яка не може бути відмітною ознакою промислового зразка, а також зареєстрованою як товарний знак).

Свої позовні вимоги позивач обґрунтував тим, що в упакуванні відповідного лікарського засобу відповідача використані всі суттєві ознаки промислового зразка по патенту України № XXXX, зазначені в описі до нього, а саме:

- *«Виконання промислового зразка прямокутної форми з листового матеріалу.*
- *Наявність на пакувальному матеріалі центрального поля прозорого чи білого кольору.*
- *Наявність бічних смужок червоного кольору, симетрично розташованих уздовж бічних сторін пакувального матеріалу.*
- *Наявність напису на центральному полі пакувального матеріалу назви вмісту упакування: "…"...*
- *Наявність інформаційних елементів, що ідентифікують виробника продукції."*

Напевно, досить складно знайти етикетку для лікарського засобу, що була б зроблена не з листового матеріалу і не мала б прямокутної форми, а її фоновим кольором був би не білий (що особливо важливо для сприйняття пацієнтом нанесеної на неї інформації про ліки). Крім того, згідно ст. 12 Закону України "Про лікарські засоби" на етикетку лікарського засобу наноситься маркування, що повинно містити такі відомості: "*назву лікарського засобу; назву й адресу його виробника; реєстраційний номер; номер серії; способи застосування; дозу діючої речовини в кожній одиниці та їх кількість в упакуванні; термін придатності; умови зберігання; запобіжні заходи*".

Вимоги зазначеної статті деталізовані наказом МОЗ України № 163 від 03.05.2001 р. «Про затвердження Вимог до інформації про застосування лікарського засобу", пункт 3.4 якого присвячений інформації, що наноситься на пакування (етикетки) лікарських засобів, і містить «суттєві» (тобто відмітні) ознаки №№ 4-5 даного промислового зразка.

Відповідач не тільки не визнав пред'явлений йому позов, але відразу ж подав зустрічний позов про визнання патенту на промисловий зразок № XXXX недійсним.

У ході розгляду справи третьою особою були представлені у суд письмові пояснення, змістом яких був аналіз відповідності конфліктного промислового зразка умовам надання правової охорони (критерію “новизна”), основні тези якого розглянемо докладніше.

Відповідно до визначення ст. 1 Закону України “Про охорону прав на промислові зразки” (у редакції, що була чинною на дату подання заявки на видачу патенту) “*промисловий зразок - результат творчої діяльності людини у галузі художнього конструювання»*. Згідно із п. 2 ст. 5 цього Закону «*об'єктом промислового зразка може бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб».*

У першому пункті ст. 5 Закону (умови надання правової охорони) зазначено, що «*правова охорона надається промисловому зразку, що не суперечить суспільним інтересам, принципам гуманності і моралі та відповідає умовам патентоспроможності*».

Умови патентоздатності промислового зразка визначені у ст. 6 Закону: «*1. Промисловий зразок відповідає умовам патентоспроможності, якщо він є* ***новим*** *і промислово придатним*».

У даному випадку об'єктом промислового зразка за патентом України XXXX є “пакувальний матеріал для таблеток X”, що використовується його власником як етикетка для пакування відповідного препарату, що виробляється ним у промислових обсягах – тобто промислова придатність промислового зразка за патентом України № XXXX не підлягає сумніву. Слід також зазначити, що чинна на момент написання цього посібника редакція Закону (із змінами, внесеними Законом України № 850-IV від 22.05.2003, ВВР, 2003, N 35, ст.271) визначає лише один критерій патентоздатності промислового зразка - новизну.

Цей критерій як у новій, так і в попередній редакціях Закону визначений таким чином:

«2. Промисловий зразок визнається новим, якщо сукупність його суттєвих ознак не стала загальнодоступною у

світі до дати подання заявки до Установи або, якщо заявлено пріоритет, до дати її пріоритету. Крім того, у процесі встановлення новизни промислового зразка береться до уваги зміст усіх заявок, що раніше надійшли до Установи…».

Слід зазначити, що у ст. 25(1) Угоди ТРИПС визначені такі критерії патентоздатності промислових зразків:

«Країни — учасниці Угоди забезпечують правову охорону незалежно створених промислових зразків, що відповідають ***критеріям новизни й оригінальності****. Країни — учасниці Угоди можуть вважати, що зразки не є новими чи оригінальними, якщо вони не суттєво відрізняються від відомих чи зразків комбінацій відомих елементів».*

Оскільки **оригінальність** може виражатися в **новій формі** виробу, його **новій ідеї, новій концепції** тощо, можна вважати, що даний термін є більш вузьким за обсягом ніж поняття “новизна” в самому широкому його розумінні, що включає в себе поняття “оригінальність”.

У ґрунтовній роботі [9], підготовленій Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (ВОІВ) вказано: *«промисловий зразок являє собою нематеріальне благо, результат розумової діяльності, що може бути втілений у конкретних матеріальних об'єктах… промисловим зразком визнається рішення зовнішнього вигляду виробу, тобто дизайнерське рішення задачі.*

Родова ознака промислового зразка — дизайнерське рішення — означає, що в рішенні містяться вказівки на конкретні засоби і шляхи реалізації творчого задуму дизайнера…

<u>Зовнішній вигляд виробу може включати різні ознаки, але в кінцевому рахунку він визначається виразністю і взаємним розташуванням основних композиційних елементів, формою і кольоровим виконанням</u>.

Рішення зовнішнього вигляду виробу повинно носити художньо-конструкторський характер. Іншими словами, <u>у зовнішньому вигляді виробу повинні сполучатися художні і конструкторські елементи</u>.

Отже, промисловим зразком у широкому розумінні є будь-яке художньо-конструкторське рішення виробу, що визначає його зовнішній вигляд.

Промисловий зразок визнається новим, якщо сукупність його суттєвих ознак, що визначають естетичні та ергономічні особливості виробу, невідома і відомостей, що стали загальнодоступними у світі до дати пріоритету промислового зразка.

При цьому під ***суттєвими ознаками промислового зразка*** *розуміються ознаки, що об'єктивно властиві художньо-конструкторському рішенню виробу, кожна з яких необхідна, а усі разом достатні для створення зорового образу виробу.*

Промисловий зразок визнається оригінальним, якщо його суттєві ознаки обумовлюють творчий характер естетичних особливостей виробів. За допомогою даної ознаки охороноздатні промислові зразки як творчі художньо-конструкторські рішення відмежовуються від результатів звичайної дизайнерської роботи. Правовій охороні підлягають лише ті рішення, що, виходячи з рамок звичайного проектування, сприймаються як несподівані, несхожі з відомими художньо-конструкторськими розробками".

Відповідно до зображення промислового зразка за патентом № XXXX– це звичайна упаковка таблеток, що містить певну інформацію, зміст та обсяг якої визначені ст. 12 Закону України «Про лікарські засоби» та Наказом МОЗ України від 03.05.2001 р. № 163.

Перша ознака «пакувального матеріалу для таблеток Х» за патентом на промисловий зразок № XXXXX – листовий матеріал прямокутної форми - обумовлена його функціональним призначенням і не може виконувати відрізняльну функцію, оскільки здавна використовується майже всіма виробниками лікарських засобів, і є єдино можливою для пакування стовпчика таблеток у вигляді цукерки.

Те ж саме стосується другої ознаки «пакувального матеріалу для таблеток …» (наявність на пакувальному матеріалі центрального поля білого кольору або прозорого), оскільки для кращого сприйняття споживачем інформації про лікарський засіб фон, на якому вона розташовується, повинен бути білим або ледь забарвленим чи прозорим (оскільки вміст упаковки – таблетки - є білим).

Третя ознака промислового зразка за патентом України № XXXX (бічні смужки червоного кольору) являє собою схематичне зображення найпоширенішої лікарської форми лікарських

засобів - таблеток – не оригінально, добре відомо і, відповідно, не може бути результатом творчої діяльності людини.

Їх виконання у червоному кольорі теж не є новим і охороноздатним.

Четверта та п'ята ознаки є обов'язковою для всіх виробників лікарських засобів інформацією, передбаченою ст. 12 Закону України «Про лікарські засоби» та п. 3.4 наказу МОЗ України № 163 від 03.05.2001 р. «Про затвердження Вимог до інформації про застосування лікарського засобу", виконану звичайним шрифтом синього кольору. При чому в якості "назви вмісту упаковки" (ознака 4) використовується міжнародна непатентована назва певного лікарського засобу, яка не може бути об'єктом приватної власності (наприклад, зареєстрована як товарний знак), оскільки не має розрізняльної здатності, і, відповідно, не може виконувати функцію ідентифікації щодо відповідного товару та особи, яка його виготовила.

Слід також зазначити, що ст. 12 Закону України «Про лікарські засоби» та п. 3.4 наказу МОЗ України № 163 від 03.05.2001 р. «Про затвердження Вимог до інформації про застосування лікарського засобу" є нормами національних законодавчих актів, що гармонізовані з міжнародними правовими актами, зокрема з Директивою Ради ЄС від 31.03.1992р. № 92/27/ЄЄС «Про маркування лікарських препаратів для людини та про аннотації-вкладиші в упаковки". Зазначені норми відповідають вимогам статей 2-5 Директиви № 92/27/ЄЄС, що замінила ст. 13 – 20 Директиви Ради ЄС від 26.01.1965р. № 65/65/ЄЄС «Про зближення законодавчих положень, правил та адміністративних заходів щодо лікарських препаратів».

Тобто четверта та п'ята суттєві ознаки промислового зразка за патентом № XXXX "пакувальний матеріал для таблеток X" є обов'язковими принаймні з 26.01.1965р. для всіх виробників лікарських засобів світу інформаційними елементами маркування первинної упаковки препаратів, встановленими міжнародними правовими актами з лікарських засобів.

Таким чином, сукупність суттєвих ознак промислового зразка "пакувальний матеріал для таблеток X", зазначених в описі промислового зразка до патенту України № XXXX, не відповідає умові патентоздатності промислових зразків "новизна", оскільки ці ознаки є загальновідомими у світі принаймні з

26.01.1965р. і були відомими в Україні на момент подачі заявки на патент України №XXXX.

5.2. Питання, що виникають у процесі розгляду спорів, пов'язаних із захистом прав на знаки для товарів і послуг.

Правова охорона надається знаку для товарів і послуг на підставі державної або міжнародної реєстрації, а також здійснюється згідно зі статтею 6bis Паризької конвенції про охорону промислової власності і статтею 25 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" на підставі визнання Апеляційною палатою Державного департаменту інтелектуальної власності або судом знака добре відомим.

Тому одним з питань, що може бути поставлено на розгляд судової експертизи є встановлення факторів відомості в Україні певної торгової марки.

У ч. 2 ст. 25 Закону про товарні знаки наведений перелік факторів, що можуть розглядатися як доречні для визначення того, чи є знак добре відомим в Україні. До кола таких факторів, зокрема, належать:

- ступінь відомості чи визнання знака у відповідному секторі суспільства;
- тривалість, обсяг та географічний район будь-якого використання знака;
- тривалість, обсяг та географічний район будь-якого просування знака, включаючи рекламування чи оприлюднення та представлення на ярмарках чи виставках товарів та/або послуг, щодо яких знак застосовується;
- тривалість та географічний район будь-яких реєстрацій та/або заявок на реєстрацію знака за умови, що знак використовується чи є визнаним;
- свідчення успішного відстоювання прав на знак, зокрема територія, на якій знак визнано добре відомим компетентними органами;
- цінність, що асоціюється зі знаком.

Однак, більшість питань, що ставляться на роз'яснення судової експертизи виникає під час розгляду спорів стосовно правомірності використання певної торгової марки.

При постановленні таких питань суду слід враховувати, що згідно з частиною 1 статті 500 Цивільного кодексу будь-яка особа, яка до дати подання заявки на торговельну марку або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки в інтересах своєї діяльності добросовісно використовувала торговельну марку в Україні або здійснювала значну і серйозну підготовку для такого використання, має право на безоплатне продовження такого використання або використання, яке передбачалося зазначеною підготовкою (право попереднього користування).

Отже, використання попереднім користувачем незареєстрованого знака, не визнаного добре відомим, до дати подання заявки іншою особою або, якщо було заявлено пріоритет, - до дати пріоритету заявки іншої особи, не дає попередньому користувачеві виключних прав забороняти іншим особам, включаючи тих, що подали заявку або заявили про пріоритет, використовувати без його згоди незареєстрований знак. Проте попереднього користувача не позбавлено права подати до закладу експертизи мотивоване заперечення проти заявки щодо невідповідності наведеного в ній позначення умовам надання правової охорони відповідно до вимог частини 8 статті 10 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг".

Відповідність зареєстрованих позначень умовам надання правової охорони необхідно оцінювати згідно із законодавством, що було чинним на дату подання заявки. Відповідно до абзацу п'ятого пункту 3 Постанови Верховної Ради України від 23.12.1993 № 3771-XII "Про введення в дію Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" свідоцтво України може бути визнано недійсним у разі невідповідності знака умовам його реєстрації, визначеним законодавством, що діяло на дату подання заявки.

Відповідно до ч. 1 статті 5 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", правова охорона надається знаку, який не суперечить публічному порядку (в попередній редакції - суспільним інтересам), принципам гуманності і моралі та на який не поширюються підстави для відмови в наданні правової охорони.

Підстави для відмови в наданні правової охорони, як і для висновку про невідповідність вже зареєстрованих знаків умовам надання правової охорони визначені статтею 6 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг". Розкриття змісту окремих підстав для відмови у наданні правової охорони наводиться у Правилах складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, затверджених наказом Державного патентного відомства України від 28.07.1995 № 116 (остання редакція - наказу від 20.08.1997 № 72).

Слід зазначити, що у разі подання позову про припинення порушення прав на зареєстрований знак, суд не може з власної ініціативи визнати свідоцтво на зареєстрований знак недійсним. Однак відповідач має право подати зустрічний позов про визнання свідоцтва на зареєстрований знак недійсним для спільного розгляду з первісним позовом (стаття 60 ГПК).

Суди залежно від обставин справи за допомогою експертного дослідження мають з’ясовувати фактичні дані щодо наявності чи відсутності підстав для відмови у наданні знаку правової охорони. З метою такого з’ясування можуть вирішуватися, зокрема, питання про те, чи знак:

- є зображенням чи імітацією державного гербу, прапору чи іншого державного символу (емблеми); офіційної назви держави; емблеми, скороченого або повного найменування міжнародних міжурядових організацій; офіційного контрольного, гарантійного та пробірного клейма, печатки; нагороди та іншої відзнаки;
- має розрізняльну здатність, або чи набув розрізняльну здатність внаслідок використання;
- складається лише з позначень, що є загальновживаними як позначення товарів і послуг певного виду;
- складається лише з позначень чи даних, що є описовими у використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними, зокрема вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг;

- є оманливим або таким, що може ввести в оману щодо товару, послуги або особи, яка виробляє товар або надає послуги, зокрема, чи є конкуруючі позначення тотожними або схожими настільки, що їх можна сплутати;
- складається лише з позначень, що є загальновживаними символами і термінами;
- відображає лише форму, що обумовлена природним станом товару чи необхідністю отримання технічного результату, або яка надає товарові істотної цінності;
- збігається з кваліфікованим зазначенням походження товару;
- збігається з комерційним (фірмовим) найменуванням або промисловим зразком іншої особи;
- збігається з назвою відомого в Україні твору науки, літератури і мистецтва або цитати і персонажі з нього, твору мистецтва та його фрагменту;
- збігається з прізвищем, іменем, псевдонімом та похідних від них, портретом і факсиміле відомої в Україні особи.

У розгляді спору про правомірність рішення Державного департаменту інтелектуальної власності щодо реєстрації знаку можливе також проведення експертного дослідження про домінуюче положення в зображенні знаку елементів, що становлять склад підстави для відмови у наданні знаку правової охорони.

У спорі про визнання свідоцтва на товарний знак недійсним на роз'яснення судового експерта залежно від обставин справи може бути поставлено питання про наявність у свідоцтві елементів зображення знака, які відсутні у поданій заявці.

Також у справі про захист права власності на знак для товарів і послуг можуть виникнути питання про спорідненість товарів, послуг (ч. 5 ст.6, ч.5 ст. 16, ч.4 ст. 25 Закону про товарні знаки).

Для роз'яснення питання про належність товарів і послуг до конкретного класу за Міжнародною класифікацією товарів і послуг для реєстрування знаків (Ніццька угода), або про їх спорідненість, судам слід призначати судову експертизу, доручаючи її

проведення компетентним установам та спеціалістам у сфері інтелектуальної власності.

Крім того, порушенням прав на знак, зокрема, визнається введення в цивільний оборот позначень, які є тотожними або схожими настільки, що їх можна сплутати із:

- знаками, раніше зареєстрованими чи заявленими на реєстрацію в Україні на ім'я іншої особи для таких самих або споріднених з ними товарів і послуг;
- знаками інших осіб, якщо ці знаки охороняються без реєстрації на підставі міжнародних договорів, учасником яких є Україна, зокрема знаками, визнаними добре відомими відповідно до статті 6bis Паризької конвенції про охорону промислової власності;
- фірмовими найменуваннями, що відомі в Україні і належать іншим особам, які одержали право на них до дати подання заявки щодо таких же або споріднених з ними товарів і послуг;
- кваліфікованими зазначеннями походження товарів.

У процесі встановлення ступеня схожості конфліктних позначень визначається однорідність товарів і послуг, стосовно яких вони використовуються.

Використання особою запатентованого нею промислового зразка - етикетки, яка є тотожною або схожою настільки, що її можна сплутати з зареєстрованим знаком іншої особи, для позначення наведених у свідоцтві товарів або споріднених з наведеними у свідоцтві товарами, не є порушенням прав власника свідоцтва на знак для товарів і послуг. Однак власник такого знака не позбавлений права подати позов про визнання патенту на промисловий зразок - етикетку недійсним на підставі підпункту "в" ч. 1 статті 25 Закону України "Про охорону прав на промислові зразки". У разі задоволення такого позову використання на підставі відповідного патенту промислового зразка-етикетки вважатиметься неправомірним з тієї дати, з якої розпочато його використання, якщо знак для товарів і послуг на зазначену дату отримав правову охорону.

Господарські суди не повинні на власний розсуд встановлювати ступінь схожості знаків для товарів і послуг. Для вирішення даних питань необхідно призначати експертизу. Ця позиція знайшла своє відображення в зазначених вище рекомендаці-

ях президії ВГСУ від 10 червня 2004 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом інтелектуальної власності». Якщо в процесі розгляду ВГСУ касаційної скарги з'ясується, що судами нижчих інстанцій допущене відповідне порушення, судове рішення буде скасоване, а справа передана на новий розгляд.

Так, Вищий господарський суд України з цієї причини вже неодноразово скасовував рішення попередніх судових інстанцій. Підтвердженням цього є постанови ВГСУ у справах по товарним знакам «Львовские дрожжи» та «Львовский энзим»; «Бордо» та "BORDO" тощо.

Питання про наявність або відсутність подібності до ступеня змішування між товарним знаком і введеним до господарського обігу іншим позначенням є одним з тих, що найчастіше ставляться на розгляд судової експертизи.

5.2.1 Наявність або відсутність подібності до ступеня змішування між словесними позначеннями (товарними знаками)

Товарний знак - це позначення, здатне відрізняти однорідні товари (послуги) різних осіб. Тому він нерозривно пов'язаний з тими товарами, що зазначені у свідоцтві. Порушенням буде несанкціоноване використання зареєстрованого товарного знака в тому випадку, якщо воно відбувається у відношенні однорідних товарів.

Також порушенням прав власника свідоцтва на товарний знак буде використання без його дозволу не тільки тотожного (такого ж точно) позначення, але і схожого з ним до ступеня змішування. Позначення вважається схожим до ступеня змішання з іншим позначенням, якщо воно асоціюється з ним у цілому, незважаючи на відмінність окремих елементів. У ході розгляду таких спорів необхідно встановити ступінь подібності конфліктного позначення і товарного знака.

Слід зазначити, що відповідно до абзацу другого частини 2 статті 20 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" власник свідоцтва може вимагати усунення з товару, його упаковки незаконно використаного знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати, або знищення виготовлених зображень знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати. Якщо усунення з товару, його

упаковки незаконно використаного знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати, неможливе без заподіяння істотної шкоди самому товару, суд згідно з пунктом 3 частини другої статті 432 Цивільного кодексу може прийняти рішення про вилучення товару з цивільного обороту.

Найбільш розповсюдженими є знаки, що складаються з словесних позначень. Такі позначення визнаються схожими, якщо фонетична (звукова), візуальна (графічна) чи семантична (смислова) схожість, встановлені на підставі аналізу відрізняльних ознак, створюють передумову до того, що споживач, знаючи один знак, буде сприймати його як інше позначення (тобто, виникнення асоціації з іншим позначенням). Зазвичай в таких випадках призначається судова експертиза, в ході якої вивчається семантичне навантаження слів, особливості їх звучання та графічного виконання.

Слід особливо відзначити, що жоден із зазначених критеріїв схожості не має уперед установленої сили. Крім того, на цей час не існує універсальної методики, норми якої б дозволяли з точністю до 100% встановити, чи схожі порівнювані позначення до ступеню змішування, чи ні. Те ж саме стосується й методологічного забезпечення інших країн і підтверджується практикою зарубіжних спеціалізованих судів, що нерідко переглядають рішення відомств. Тому критерії схожості словесних позначень іноді називають “каучуковими”, а їх застосування не може не носити трохи суб'єктивний характер (Мельников В.В. Критерии установления сходства знаков и их применение// Интеллектуальная собственность. - № 5. – 1999.- С.18-24). Численні приклади правозастосовчої практики зарубіжних країн, що ілюструють дане положення, наведені у книзі відомого російського ученого В.В. Мельникова «Товарные знаки за рубежом. Практика ведомств и судов».

Тому в кожному конкретному випадку питання про те, яка подібність (фонетична, графічна або семантична) створює передумову для визнання знаків (не) схожими до ступеню змішування, вирішується індивідуально, враховуючи всі обставини та умови використання позначень, що порівнюються.

Етап 1.
Дослідження фонетичної схожості

Для словесних позначень фонетична (звукова) схожість встановлюється на підставі таких ознак:

- наявність близьких чи співпадаючих звуків в позначеннях, що порівнюються;
- близькість звуків, що складають позначення, які порівнюються;
- розташування близьких звуків та звукосполучень одне відносно другого;
- наявність співпадаючих складів та їх розташування;
- кількість складів в позначеннях;
- місця співпадаючих звукосполучень у позначенні;
- близькість складу голосних;
- близькість складу приголосних;
- характер співпадаючих частин позначень;
- входження одного позначення в інше;
- наголос.

Результати досліджень фонетичної схожості словесних позначень представляються у вигляді табл. 1.

Таблиця 1

Аналіз фонетичної (звукової) схожості

№ п/п	Ознака позначення	Конфліктні знаки або позначення		**Результат порівняння ознак фонетичної схожості ("+" – співпадає, "-" – відрізняється)**
		Товарний знак 1	Товарний знак 2	
1	Звуковий склад позначення			
2	Кількість звуків			
3	Склад та кількість голосних			
4	Склад та кількість приголосних			
5	Кількість складів			
6	Взаємне розташування приголосних та голосних			
7	Наголос			
8	Ударний склад			
	Результат порівняння			

Етап 2.
Дослідження візуальної схожості

Візуальна схожість словесних позначень встановлюється на підставі таких ознак:

- загальне зорове враження;
- вид шрифту;
- графічне написання з урахуванням характеру букв (друковані чи письмові, заголовкові чи строкові);
- розташування букв одна відносно одної;
- алфавіт, буквами якого написане слово;
- колір чи поєднання кольорів.

Результати досліджень візуальної схожості позначень представляються у вигляді табл. 2.

Таблиця 2

Аналіз візуальної схожості позначень

№ п/п	Ознака позначення	Конфліктні позначення		**Результат порівняння ознак візуальної схожості (“+” – співпадає, “-“ – відрізняється)**
		Товарний знак 1	Товарний знак 2	
1.	Кількість букв в позначенні			
2.	Склад букв			
3.	Вид шрифту			
4.	Алфавіт			
5.	Розташування букв			
6.	Наявність зображувальних елементів			
7	Загальне зорове враження			

Етап 3.
Дослідження семантичної схожості словесних позначень

Смислова (семантична) схожість словесних позначень визначається на підставі наступних ознак:

- подібності закладених у позначеннях понять, ідей;
- збігу одного з елементів позначень, на який падає логічний наголос і який має самостійне значення.

Наведемо приклад розгляду питання даної категорії у фармацевтичній галузі - рішення Апеляційної ради при Держпатенті Республіки Бєларусь, - яка розглянувши заперечення власника відомого товарного знака «ZANTAK» - фірми Glaxo Group Limited London (Великобританія) проти реєстрації товарного знака N 9880 «RANTAC» на ім'я фірми J.B. CHEMICALS & PHARMACEUTICALS LTD (Індія) не знайшла між цими знаками схожості до ступеня змішування.

Твердженню власника товарного знака «ZANTAK» про те, що позначення, які порівнюються, майже цілком збігаються за графічним, семантичним і фонетичним критеріями, було протиставлене заперечення власника знака «RANTAC», обґрунтоване такими аргументами. Товарний знак «RANTAC» складається з двох частин: три перші букви - від назви діючої речовини препарату RANitidine, а останні три букви - закінчення «TAC» (таке, що досить широко застосовується в назвах лікарських препаратів, наприклад SUSTAC, OPTAC, EPIGASTAC, YUTAC, CONTAC, OSTAC, PROTAC) - так званий «слабкий елемент знака».

Таким чином, товарні знаки – торгові назви лікарських засобів мають свою специфіку і не розраховані на сприйняття пересічним споживачем (оскільки їх застосування можливе лише за призначенням лікаря або рекомендацією фахівця). Тому вирішення питання про схожість торгових назв певних лікарських засобів потребує застосування не тільки знань права інтелектуальної власності, але й спеціальних знань у галузі хімії, фармакології та медицини.

Ця теза наочно ілюструється прикладом судового спору стосовно подібності торгових назв препаратів на основі діючої речовини **еналаприлу малеату**, а саме: стосовно схожості товарних знаків «ENAP» і «ENAM».

Характерною особливістю близьких за складом і фармакологічними властивостями препаратів є використання в їх назвах спільної основи, яка вказує на приналежність відповідних лікарських засобів до одного виду – хімічної і/чи фармакологічної групи. Це значно полегшує роботу лікарів щодо призначення однакових за складом діючих речовин лікарських засобів, дозволяючи при цьому зробити компетентний вибір між препаратами однієї фармакотерапевтичної групи.

Лікарські препарати «Енап» та «Енам», стосовно подібності назв яких і виник спір, що вирішувався у судовому порядку, належать до фармакотерапевтичної групи «Засоби, що діють на ренін-ангіотензивну систему. Інгібітори АПФ", а їх діючою речовиною є "**ена**лаприлу **м**алеат" (**ena**l**apr**il) - тобто, обидва досліджувані позначення створені від МНН цієї хімічної речовини. Також частина "ена" присутня в торгових назвах багатьох інших лікарських засобів на основі еналаприлу **(ЕНА**ЗИЛ**, ЕНА**РЕНАЛ**, ЕНА**ПРИЛ**, ЕНА**ДИПІН**, ЕНА**ФРІЛ, **ЕНА**Л**).**

Таким чином, частина "ЕНА" в назвах лікарських засобів на основі еналаприлу та його похідних виконує роль стему, що покликаний допомогати спеціалістам (лікарям та провізорам) орієнтуватися у розмаїтті сучасних лікарських засобів, що продовжує стрімко поповнюватись новими препаратами на основі як нових, так і добре відомих діючих речовин та їх комбінацій.

У той же час, з точки зору теорії товарних знаків, частина "ЕНА" - так званий "слабкий елемент" знака, що не може виконувати розрізняльної функції, а тому товарні знаки «ENAP» і «ЕНАМ» не є схожими до ступеню змішування.

5.2.2. Предмет спору - відповідність зареєстрованого позначення критеріям надання правової охорони, необхідним для його реєстрації як знака для товарів і послуг

Прикладом об'єкту такого спору може слугувати словесний товарний знак – торгова назва біологічно-активної добавки (БАД) «АНТИСТРЕС». Семантика цього слова зрозуміла навіть пересічному споживачу і означає протидію будь-яким негативним впливам на організм людини або тварини. Дана назва є не просто посиланням на фармакологічну дію відповідної БАД (яка клінічно не доведена), а родовим терміном, який охоплює лікарські

засоби більшості фармакологічних груп (тобто видових понять), лікарські рослини, фізіотерапевтичні процедури тощо. Обсяг цього поняття наочно ілюструє навіть перелік товарів і послуг, наведених у Свідоцтві № * на знак для товарів і послуг «АНТИ-СТРЕС». Цей перелік (що складається із 355 слів лише за п'ятим класом МКТП) поряд із загальноприйнятими назвами певних лікарських рослин та речовин (м'ята на фармацевтичні потреби, гематоген) включає родові та видові назви товарів і послуг, які входять до 5 класу Міжнародної класифікації товарів і послуг (МКТП).

Зокрема в свідоцтві зазначено:

- бальзамічні препарати;
- бальзами медичні;
- біологічні препарати на медичні потреби;
- біологічні харчові домішки та лікувальні препарати на медичні потреби;
- фармацевтичні препарати;
- хіміко-фармацевтичні препарати;
- хімічні препарати на лікарські потреби;
- хімічні препарати на фармацевтичні потреби;
- лікарські препарати на медичні потреби;
- збори лікарських трав.

Тобто наведений перелік охоплює не лише такий рід товарів як «фармацевтичні препарати», а й «хіміко-фармацевтичні препарати», «хімічні препарати на лікарські потреби», «хімічні препарати на фармацевтичні потреби», «лікарські препарати на медичні потреби», «ліки ветеринарні», що в принципі і так власне входять в обсяг поняття «фармацевтичні препарати». Причому, поряд із родовими назвами товарів наведені видові (назви фармакотерапевтичних груп): «вітамінні препарати», «снотворні засоби», «заспокоївники (транквілізатори)», «заспокоювальні препарати», «бадьорівники (тонізівники)» тощо.

Теж саме відноситься і до харчових продуктів («продукти для дитячого харчування»; «дієтичні напої для харчування діабетиків»), а також біологічно активних добавок, які чомусь зазначені у свідоцтві як «домішки». «Домішка» (рос. «примесь») – чу-

жорідна речовина і не може бути присутня у харчових продуктах, і тим більше виконувати лікувальні функції.

Для встановлення того, чи відповідає позначення “АНТИСТРЕС” умовам надання правової охорони на розгляд експертизи були поставлені такі питання:

“1. Чи є слово „антистрес” (російською – „антистресс”, англійською „anti-stress”) загальновживаним як позначення товарів (послуг) певного виду?

2. Чи є словесне позначення „АНТИСТРЕС” таким, що вказує на властивості та призначення БАД виробництва ТОВ „Х”?

3. Чи має словесне позначення „АНТИСТРЕС”, виконане кирилицею стандартним шрифтом, розрізняльну здатність?

4. Чи можна розглядати словесне позначення „АНТИСТРЕС”, що застосовується для маркування БАД виробництва ТОВ „Х”, як оманливе або таке, що може ввести в оману щодо товару або особи, яка виробляє товар?”

Не удаючись в деталі відповідного експертного дослідження, зазначимо, що в комплексній терапії будь-якого захворювання використовуються лікарські засоби різних фармакотерапевтичних груп. Тому поняття типу «антигрип», «антипсоріаз», «антиартрит» та їм подібні є родовими термінами, які не можуть бути зареєстровані як назви певних лікарських засобів. До того ж такі назви є оманливими, оскільки жоден препарат не може бути панацеєю від тієї чи іншої хвороби та усіх симптомів, що її супроводжують (наприклад, жоден препарат безпосередньо не впливає на вірус грипа, тому лікарські засоби, що використовуються в терапії цього захворювання, є або симптоматичними (долають деякі його симптоми: знижують температуру тощо), або профілактичними (вакцини, що запобігають виникненню хвороби), або такими, що підвищують резістентність (опірність) організму). З погляду законодавства про товарні знаки такі назви не тільки не мають **розрізняльної здатності**, а ще й є оманливими - а тому ні в якому разі не повинні бути зареєстровані як знаки для товарів і послуг.

Результатом проведеного експертного дослідження стали такі висновки:

“1, 2. Слово “антистрес” (російською – “антистресс”, англійською “anti-stress”) є загальновживаним як позначення товарів

(послуг), призначених для попередження та подолання стресу та його наслідків, та прямо вказує у досліджуваному випадку на властивості та призначення товару, зокрема БАД виробництва ТОВ “Х”.

3. Словесне позначення “АНТИСТРЕС”, виконане кирилицею стандартним шрифтом, не має розрізняльної здатності щодо товарів, об’єднаних за способом своєї дії в групу товарів для попередження та подолання стресу та його наслідків.

4. Виконане кирилицею стандартним шрифтом словесне позначення “АНТИСТРЕС”, що застосовується для маркування БАД виробництва ТОВ “Х”, можна розглядати як оманливе або таке, що може ввести в оману щодо товару або особи, яка виробляє товар”.

5.2.3. Невикористання знака для товарів і послуг в Україні як підстава для скасування його реєстрації

Іншою підставою для визнання недійсним свідоцтва на торгову марку є невикористання товарного знаку в Україні протягом 3 років.

Наприклад, у господарській справі № 39/63 за позовом Бадаро Інвестментс Бі Ві (Нідерланди) до Державного департаменту інтелектуальної власності МОН України та фірми «Гексал Акцієнгезелльшафт» (Німеччина) про дострокове припинення дії міжнародної реєстрації на знак для товарів і послуг та про зобов’язання Державного департаменту повідомити Міжнародне Бюро Всесвітньої Організації Інтелектуальної власності про припинення дії міжнародної реєстрації.

Рішенням господарського суду м. Києва від 04.07.2003 року, залишеного без змін постановою Київського апеляційного господарського суду від 28.10.2003 року, позов задоволено: достроково припинено дію на території України міжнародної реєстрації 1R 653341 на ім’я «Гексал Акцієнгезелльшафт» на товарний знак “GRIPPEX”; Державний департамент зобов’язано повідомити Міжнародне Бюро Всесвітньої Організації Інтелектуальної власності про припинення дії міжнародної реєстрації 1R 653341 на ім’я «Гексал Акцієнгезелльшафт» на товарний знак “GRIPPEX”.

Судовими інстанціями у справі встановлено, що:

«Гексал Акцієнгезелльшафт» є власником міжнародної реєстрації 1R 653341 на товарний знак “GRIPPEX” щодо товарів 5 класу Міжнародної класифікації товарів і послуг (лікарські засоби). Ця міжнародна реєстрація діє на території України в повному обсязі з 09.05.1997 року;

знак для товарів і послуг “GRIPPEX” не використовується на території України протягом останніх трьох років.

Також слід зазначити, що для застосування лікарського засобу на території України він має бути зареєстрований МОЗ України і внесений до Державного реєстру лікарських засобів з обов’язковим зазначенням виробника такого засобу, без відповідної реєстрації лікарські засоби не можуть використовуватися на території України. За повідомленням Державного фармакологічного центру Міністерства охорони здоров’я України лікарський засіб під торговою назвою “GRIPPEX” виробництва «Гексал Акцієнгезелльшафт» в Україні не зареєстровано;

Відповідач не подав суду доказів на спростування обставин повідомлених позивачем.

Відповідно до статті 17 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (у редакції, що була чинною на час розгляду даної справи судом першої інстанції) власник свідоцтва повинен добросовісно користуватися виключним правом, що випливає із свідоцтва. Якщо знак не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від дати, коли використання знака було припинено, будь-яка особа має право звернутися до суду із заявою про дострокове припинення дії свідоцтва.

З такими висновками Вищий господарський суд України погодився і постановою від 21.01.2004 року залишив без змін рішення судів попередніх інстанцій з даної справи.

5.2.4. Чи може товарний знак замінити ліки? Історія однієї справи

Із усіх «фармацевтичних» процесів останніх років нова «аспіринова» справа залишається не тільки найгучнішою, але й такою, що найбільш повно виявила необхідність комплексного підходу для об’єктивного вирішення спорів щодо «медичних» торгових марок та можливі наслідки поверхневого розгляду та-

ких справ, а також поставила нову планку вимог до рівня підготовки представників учасників процесу.

Коротка історія: справа № 39/311 розглядалася господарськими судами України у вересні 2003 р. – травні 2004 р. за позовом компанії Байєр Акцієнгезельшафт до Міністерства охорони здоров'я України про визнання недійсним наказу Мінздраву України від 3 лютого 2003 р. № 38 у частині перереєстрації лікарського засобу Відкритого акціонерного товариства "Концерн Стирол" під назвою "АСПІРИН 325 мг", а також про внесення змін до Державного реєстру лікарських засобів України щодо перереєстрації цього лікарського засобу; визнання недійсним реєстраційного посвідчення ВАТ "Концерн Стирол" на лікарський засіб "АСПІРИН 325 мг", що є дозволом до медичного застосування лікарського засобу "АСПІРИН 325 мг" в Україні; недопущення використання позначення "АСПИРИН" як загальної назви лікарських засобів в інструкціях із застосування лікарських засобів, листках-вкладишах для лікарських засобів, іншої документації; про визнання недійсними наказів Мінздраву України № 8 від 15 січня 2003 р. і № 137 від 9 червня 2000 р. в частині застосування знака для товарів і послуг "АСПІРИН", а також зобов'язання МОЗ України внести зміни до наказів № 8 від 15 січня 2003 р. і № 137 від 9 червня 2000 р. й в інструкції з застосування лікарських засобів "НО-СПАЗМА", "Дитячий ТАЙЛЕНОЛ з вишневим смаком", "ТАЙЛЕНОЛ", "ТАЙЛЕНОЛ для грудних немовлят із фруктовим смаком", у яких зазначені в них позначення "аспірин" замінити на слова "ацетилсаліцилова кислота".

Рішенням Господарського суду м. Києва від 21 листопада 2003 р., залишеним без змін постановою Київського апеляційного господарського суду від 3 лютого 2004 р., *позов був задоволений частково*: визнаний недійсним наказ Міністерства охорони здоров'я України № 8 від 15 січня 2003 р. в частині застосування знака для товарів і послуг "АСПИРИН" та зобов'язано відповідача внести зміни до зазначеного наказу, згідно з якими змінити вказані в них позначення "аспірин" на слова "ацетилсаліцилова кислота".

Постановою Вищого господарського суду України від 25 травня 2004 р. постанова Київського апеляційного господарського суду від 3 лютого 2004 р. і рішення Господарського суду м. Києва від 21 листопада 2003 р. змінені. *У задоволенні позовних вимог щодо визнання недійсним наказу МОЗ України № 8 від 15 січня 2003 р. в частині використання знака для товарів і послуг "АСПИРИН" відмовлено*.

Постанова Вищого господарського суду України мотивована тим, що суди першої та апеляційної інстанцій порушили абзац 6 ст. 3 Закону України "Про захист прав споживачів", в якому зазначено, що споживачі мають право на необхідну, **доступну**, достовірну і своєчасну інформацію про товари (роботи, послуги), їхню кількість, якість, асортимент, про їх виробника (виконавця, продавця), а заміна в тексті наказу МОЗ України № 8 від 15 січня 2003 р. загальновживаного поняття "аспірин" на термін "ацетилсаліцилова кислота", що відомий лише вузькому колу фахівців, може завдати шкоду здоров'ю населення, що порушуватиме ст. 3 Конституції України.

Слід зазначити, що саме цю точку зору на всіх етапах розгляду справи № 39/311 відстоював Державний фармакологічний центр України (*далі – ДФЦ*) – третя особа на стороні відповідача без самостійних вимог на предмет спору.

Зокрема, ДФЦ МОЗ України на підставі численних документальних доказів (загальний обсяг представлених ДФЦ матеріалів склав більш 400 сторінок) було доведено, що **слово «аспірин» є частиною медичної термінології, функціональним призначенням якої є допомагати фахівцям (медичним і фармацевтичним працівникам) і споживачам орієнтуватися в складі лікарських засобів, їх дії, побічних ефектах і протипоказаннях.**

Текст наказу Міністерства охорони здоров'я України № 8, що оскаржувався, як і будь-якого іншого нормативного акту, базувався на поняттях і термінології, прийнятих у даній галузі, зокрема в медичній і фармацевтичній. Використані в ньому терміни мають бути строго регламентовані і зрозумілі як медичному персоналу, так і пацієнтам. У протилежному випадку, може виникнути невизначеність і, відповідно, заподіяна шкода здоров'ю споживачам певних лікарських засобів.

Таким чином, використання в оскарженому наказі Міністерства охорони здоров'я України замість поняття "аспірин" нормативно невизначених термінів, невідомих широкому колу споживачів, створило б загрозу для здоров'я і життя населення України, тому що могли постраждати пацієнти з підвищеною чутливістю до аспірину, що завчасно не одержать життєво необхідну їм інформацію – тобто, *наслідком задоволення позовних вимог компанії "Байєр Акцієнгезельшафт" (ФРН) могло бути нанесення шкоди здоров'ю населення України*, що й було встанов-

лено Вищим господарським судом України (Постанова ВГСУ від 25.05.2004р):

"Відповідно до ч. 4 ст. 16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" використанням знака визнається:

- *нанесення його на будь-який товар, для якого знак зареєстровано, упаковку, в якій міститься такий товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару із зазначеним нанесенням знака з метою пропонування для продажу, продаж, імпорт (ввезення) та експорт (вивезення);*
- *застосування його під час пропонування та надання будь-якої послуги, для якої знак зареєстровано;*
- *застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет, у тому числі в доменних іменах.*

Одже, згадування препарату "АСПІРИН" у листку-вкладиші не є використанням товарного знаку у розумінні ч. 4 ст. 16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" і не є порушенням ст. 20 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", як зазначив суд першої інстанції.

Посилання позивача на те, що оспорюваний наказ відноситься до ділової документації є безпідставними, оскільки акти державних органів завжди відносилися до нормативних актів. Нормативні акти поділяються на закони, підзаконні акти та відомчі. Накази Міністерства охорони здоров'я України належать до підзаконних актів. Тобто, при вирішенні даної справи суди невірно ототожнюють видання оспорюваного наказу з використанням знаку "АСПІРИН".

Стаття 6quinquies Паризької конвенції про охорону промислової власності передбачає, що товарний знак охороняється "таким, яким він є" (принцип telle quelle).

В українському законодавстві цьому принципу кореспондується п. 4 ст. 5 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", згідно якого обсяг правової охорони, що надається, визначається зображенням знака та переліком товарів і послуг, внесеними до Реєстру, І засвідчується свідоцт-

вом з наведеними у ньому копією внесеного до Реєстру зображення знака та переліком товарів і послуг.

Свідоцтва №№ 6456-6458 на знаки для товарів і послуг видані Байер АГ на позначення "АСПИРИН" та "ASPIRINUM" кирилицею та латиницею. Предметом позову є позначення "АСПІРИН" українською мовою. Таким чином ні у Байер АГ, ні у Байер Акціенгезельшафт немає свідоцтва на позначення "АСПІРИН"…

Метою наказу Міністерства охорони здоров'я України від 15.01.2003 № 8 є застереження хворих на алергію до аспірину та інших препаратів на основі ацетилсаліцилової кислоти про те, що вживання будь-яких ліків, які містять в своєму складі зазначені у наказі допоміжні речовини, може завдати шкоду їхньому здоров'ю.

Всі препарати на основі аспірину по всьому світу мають однакові властивості та побічні ефекти, що підтверджено достовірними фактичними даними і описано в спеціальній літературі багатьох країн світу. Тобто, суду не доведено позивачем, чому вживання позначення "АСПІРИН" в негативному значенні може призвести до заподіяння шкоди діловій репутації позивача, отже не виникає ніякого сумніву те, що препарати під торговою маркою "АСПИРИН" та "ASPIRINUM", які належать позивачу мають такі самі протипоказання.

Позначення "аспірин" ("аспирин") є загальноприйнятою назвою ацетилсаліцилової кислоти та препаратів на її основі, а також видовою назвою хвороб, що виникають на фоні їх тривалого використання. В свою чергу "ацетилсаліцилова кислота" - це хімічно - фармакологічна назва, яка невідома широкому колу споживачів, як синонім "аспірин".

Таким чином, суди першої та апеляційної інстанції порушили абзац 6 ст. 3 Закону України "Про захист прав споживачів" в якому зазначено, що споживачі мають право на необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про товари (роботи, послуги), їх кількість, якість, асортимент, а також про їх виробника (виконавця, продавця).

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку про те, що заміна в тексті наказу Міністерства охорони здоров'я від 15.01.2003 № 8 загальновживаного поняття "аспірин" на термін "ацетилсаліцилова кислота", що відомий лише вузькому колу фахівців, може призвести до того, що постраждають па-

цієнти з підвищеною чутливістю до аспірину, які завчасно не одержать доступну життєво необхідну їм інформацію, тобто наслідком задоволення позовних вимог позивача буде завдання шкоди здоров'ю населення України, що буде порушувати ст. 3 Конституції України.

Виходячи з викладеного, керуючись вимогами ст. ст. 107, п.2 ст.111-9, 111-10,111-11, 111-12, 111-3 ГПК України,

Вищий господарський суд України постановив:

Касаційні скарги Державного фармакологічного центру МОЗ України та Міністерства охорони здоров`я України задовольнити.

Постанову Київського апеляційного господарського суду від 03.02.2004 по справі № 39/311 та рішення господарського суду м. Києва по цій справі змінити.

На задоволення, позовних вимог щодо визнання недійсним наказу Міністерства охорони здоров'я від 15.01.2003 №8 у частині застосування знака для товарів і послуг "АСПИРИН" відмовити.

Витрати по сплаті державного мита, в т.ч. за перегляд у касаційній інстанції віднести на позивача.

Доручити господарському суду м. Києва видати відповідний наказ".

(Постанова Вищого господарського суду України від 25.05.2004р. у справі № 39/311 у складі колегії суддів: В. Овечкіна – головуючого, Є. Чернова, В. Цвігун).

Однак, не погодившись з такими висновками ВГСУ, компанія «Байєр Акцієнгезельшафт» подала до Верховного Суду України касаційну скаргу на зазначену Постанову ВГСУ, мотивуючи її "*порушенням Вищим господарським судом України при вирішенні справи норм процесуального і неправильним застосуванням норм матеріального права, невідповідністю постанови рішенням Верховного Суду України і Вищого господарського суду України з питань застосування норм матеріального права, різним застосуванням того самого положення закону в аналогічних справах, невідповідністю постанови міжнародному договору України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України*".

Зокрема, компанія наполягала на тому, що:

– позначення "АСПИРИН", "ASPIRIN", "АСПИРИН, зображення" і "ASPIRIN, зображення" є товарними знаками, а не лікарськими засобами;

– ВГСУ нібито зробив неправильний висновок про те, що наказ Міністерства охорони здоров'я України № 8 від 15 січня 2003 р. є нормативним актом, а не діловою документацією;

– поняття «аспірин» не асоціюється у споживачів з ацетилсаліциловою кислотою *(у цьому з компанією "Байєр" важко не погодитися, саме тому такою небезпечною є заміна першого поняття на друге – **Авт.**)*.

Уважно вивчивши доводи касаційної скарги компанії "Байєр", Державний фармакологічний центр МОЗ України негайно підготував і представив у Верховний Суд України відзив на цю скаргу, в якому детально проаналізував обґрунтованість її вимог та правові підстави на яких вони базуються, і, спираючись на документи, що містились у справі, довів, що усі твердження скаржника щодо порушення і неправильного застосування Вищим господарським судом України норм процесуального і матеріального права і невідповідності постанови ВГСУ від 25 травня 2004 р. у справі № 39/311 іншим рішенням ВСУ і ВГСУ, а також міжнародним договорам України є необґрунтованими: у процесі касаційного розгляду справи № 39/311 **ВГСУ була правильно застосована система законодавчих актів України в порядку їхньої ієрархії**.

Слово "аспирин" (аспірин) є загальноприйнятою назвою одного з найстаріших лікарських засобів і загальновживаним позначенням для лікарських засобів певного виду. Саме такі визначення цього поняття містяться в словниках та енциклопедіях немедичного напряму, зокрема, у загальновідомому словнику сучасної російської літературної мови С. Ожегова, де вказано, що «*аспирин – жаропонижающее и болеутоляющее лекарство*». Відповідні визначення містяться у «Словаре русского языка» А.П. Евгеньевой, «Новому тлумачному словнику української мови» В. Яременко та О. Слепушко, «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» В.Т. Бусел тощо.

Словосполучення "ацетилсаліцилова кислота" (на використанні якого замість слова "аспірин" наполягав скаржник) є однією з наукових (хімічних) назв відповідної субстанції, а *обсяг поняття "аспірин" є значно ширшим*: це не тільки скорочення

від латинської назви ацетилсаліцилової кислоти (А – ацетил, SPIR – саліцилова (спіраєва) кислота, IN – розповсюджений у фармацевтиці суфікс, що вказує на анальгетичні властивості відповідного лікарського засобу), а й видова назва групи протизапальних лікарських засобів на її основі та захворювань, що виникають на тлі їх тривалого застосування (аспіринової астми й аспіринової виразки).

Таким чином, **використання в наказі МОЗ України № 8 замість поняття «аспірин» нормативно невизначених термінів, які невідомі широкому загалу споживачів, створило б загрозу для здоров'я та життя населення України.**

Нормативний акт (зокрема, наказ МОЗ України № 8) повинен відповідати чинному законодавству України і видаватися у межах компетенції органу державної виконавчої влади (МОЗ України). Видавши наказ № 8, Міністерство охорони здоров'я України здійснило владні державні повноваження в галузі охорони здоров'я громадян України. Згідно з ст.19 Конституції України, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Статтею 3 Конституції України (акту найвищої юридичної сили) визначено, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави». Тобто в ієрархії норм права конституційні норми, що закріплюють природні та соціальні права людини, мають найвищу силу.

Також Україна ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав та основних свобод людини від 4 листопада 1950 р., ст. 2 якої визначає основним правом людини право на життя, а ст. 17 забороняє зловживання правами та свободами людей.

Тому Вищим господарським судом на підставі всебічного та об'єктивного вивчення справи № 39/311 було встановлено, що "наслідком задоволення позовних вимог позивача буде завдання шкоди здоров'ю населення України, що буде порушувати ст. 3 Конституції України".

У свою чергу, заслухавши на засіданнях від 19 жовтня і 9 листопада 2004 р. суддю-доповідача і пояснення представників сторін, уважно розглянувши й обговоривши доводи касаційної

скарги, перевіривши матеріали справи, Судова палата в господарських справах Верховного Суду України 9 листопада 2004 р. дійшла висновку про те, що касаційна скарга не підлягає задоволенню з таких підстав:

“Скасовуючи в частині рішення судів першої і апеляційної інстанції, Вищий господарський суд України обґрунтовано виходив з того, що наказом МОЗ України від 15 січня 2003 р. № 8 право власності позивача на знак для товарів і послуг порушено не було.

МОЗ України не є господарюючим суб’єктом, який на фармацевтичному ринку України конкурує з Товариством (компанією “Байєр Акцієнгезельшафт”- Авт). При виданні оскаржуваного наказу МОЗ України діяло в межах наданих йому повноважень та відповідно до ст. 11 Закону України "Про лікарські засоби". Метою цього наказу є затвердження переліку допоміжних речовин та барвників, дозволених для застосування у виробництві лікарських засобів. Застереження хворих на алергію до аспірину, яке міститься у додатку до наказу про те, що вживання будь-яких ліків, які містять в своєму складі відповідний перелік барвників може завдати шкоду їхньому здоров’ю зроблено у відповідності до положень ст. 3 Конституції України, ч. 3 ст. 4 Закону України "Про лікарські засоби", Закону України "Про захист прав споживачів".

Вживання слова аспірин у наказі МОЗ України не може вважатися використанням товарного знаку у розумінні ч. 4 ст. 16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" і не є порушенням прав позивача – власника свідоцтва на знак для товарів і послуг, які б підлягали захисту відповідно до ст. 20 цього Закону.

За таких обставин доводи касаційної скарги Товариства про незаконність постанови Вищого господарського суду України не можуть бути прийняті до уваги.

Виходячи з викладеного та керуючись статтями 111-17 – 111-20 ГПК України, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України

постановила:

Касаційну скаргу акціонерного товариства Байєр Акціенгезельшафт залишити без задоволення, а постанову Вищого господарського суду України від 25 травня 2004 р. без змін.

Постанова остаточна і оскарженню не підлягає”.

Таким чином, справа про визнання пріоритету права власності на товарний знак над безпекою і здоров’ям українського народу досягла свого логічного завершення: звичайно, визнання законності монополії власника торгової марки на частину медичної термінології для правової держави з традиційною системою цінностей представляється малоймовірною. Тому спочатку Вищий господарський суд, а потім і Верховний Суд України довели, що ієрархія державних пріоритетів в Україні не відрізняється від загальновизнаної у світі, а вітчизняна система судочинства по ефективності, компетентності й об’єктивності не поступається системам спеціалізованих патентних судів провідних країн світу.

Цей спір був одним з найбільш яскравих судових процесів щодо товарних знаків – назв лікарських засобів, що, безперечно, збагатили вітчизняну правозастосовчу практику, і на сьогодні є одним із небагатьох судових спорів, у ході розгляду яких була застосована **система законодавчих актів України** (включаючи спеціальне законодавство про лікарські засоби) у порядку їхньої ієрархії і наочно доведена дієвість принципу верховенства права. Також ця справа показова тим, що в ній був розглянутий і конкретизований цілий ряд положень матеріального і процесуального права.

Розглянутий приклад наочно показує, що розширювальне тлумачення обсягу правомочностей власника товарного знака може призвести до порушення балансу інтересів у праві інтелектуальної власності - тому так важливе застосування спеціальних знань у розгляді відповідних справ.

5.2.5. Інші види судових спорів, пов’язаних із захистом прав на знаки для товарів і послуг

Розглянемо досить неординарний приклад із судової практики. Підприємство-виробник взуття має Свідоцтво України на знак для товарів і послуг «Х», який був зареєстрований для товарів класу 25 МКТП, а саме:

«*взуття; взуття спортивне; гімнастичні туфлі; пантофлі; підошви; пляжне взуття; сандалі; туфлі; буци; устілки (до взуття); черевики; черевики із шнурками; чоботи*».

Як видно з наведеного переліку, поряд із загальною категорією «взуття» (тобто взуття всіх видів) знак «Х» зареєстрований для таких видів взуття як «взуття спортивне; гімнастичні туфлі; пантофлі; пляжне взуття; сандалі; туфлі; буци; черевики; черевики із шнурками; чоботи» та окремих його елементів: «підошви; устілки (до взуття)». Тобто це підприємство може виробляти та продавати вказані товари, маркуючи їх своїм товарним знаком.

Але через відсутність технологічних ліній з пошиття готового взуття, зазначене підприємство виготовляло лише окремі його елементи (підошви, устілки), які (марковані товарним знаком «Х») потім передавались на інші взуттєві фабрики. З однією з останніх у нього і виник спір, вирішити який вдалося лише в судовому порядку. Предмет цього спору був далекий від сфери інтелектуальної власності, але суть спору стосувалась питання: чи мали право фабрики-виробники готового взуття, підошви та устілки якого були марковані товарним знаком «Х», продавати його без офіційної згоди власника свідоцтва на цей знак?

Для вирішення цього питання, враховуючи, що в зазначеному свідоцтві перелічені як родові, так і видові назви товарів різного функціонального призначення, розглянемо поняття «товар» докладніше.

Спеціальне законодавство України про товарні знаки не лише не поділяє товари за їх призначенням, а навіть не містить загального визначення цього терміну. В інших нормативних актах чинного законодавства поняття «товар» увійшло в нову редакцію Закону «Про рекламу», а згідно із ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-XII, «Товар – будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі)».

Згідно з п. 1.1 «Положення про штрихове кодування товарів», затвердженого наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 27 серпня 1996 р. № 530, «товар – продукт праці, що виробляється та/або реалізується суб'єктами підприємницької діяльності через оптову та роздрібну торгівлю».

Досліджуючи зміст цього поняття в процесі проведення експертного дослідження, звернемось до Енциклопедії Воєводіна:

«Товар – продукт праці, який задовольняє певні потреби людини і виготовляється для продажу, обміну. Має дві властивості: споживну вартість – здатність задовольняти певні споживчі потреби людини (фізичні, фізіологічні, побутові, естетичні тощо); і вартість, яка встановлюється у процесі обміну товару на інші товари, тобто визначається кількістю і якістю суспільно необхідної праці, втіленої в товарі при його виготовленні. Бувають товари споживчі – призначені для власного (особистого чи колективного споживання громадян) і виробничого призначення – для виробничого споживання.

Товари виробничого призначення – товари, призначені для споживання підприємствами, фірмами (технологічне обладнання, будівельно-дорожна техніка, транспортні машини загального користування, паливно-сировинні товари тощо).

Товари споживчого призначення – товари, що задовольняють особисті і суспільні потреби людей, їх попит (товари кінцевого споживання)».

Згідно з наведеною класифікацією, зазначені в Свідоцтві на знак для товарів і послуг «Х» товари поділяються на вказані класи залежно від їх призначення таким чином:

1) товари виробничого призначення: підошви; устілки (до взуття).

2) товари споживчого призначення: взуття; взуття спортивне; гімнастичні туфлі; пантофлі; пляжне взуття; сандалі; буци; спортивні туфлі; туфлі; черевики; черевики із шнурками; чоботи.

Таким чином, підприємство-правовласник товарного знака «Х», яке продавало іншим виробникам взуття окремі його елементи (підошви; устілки), повністю вичерпувало свої права на ці вироби і не мало змогу заперечувати проти введення в цивільний оборот взуття, окремі елементи якого містили товарний знак «Х». В свою чергу, взуттєві фабрики не повинні були просити у нього офіційної згоди на реалізацію цього взуття, зокрема у вигляді ліцензійного договору. Зауважимо, що одна з фабрик посилалася на його відсутність як на доказ неможливості продажу взуття із товарним знаком «Х».

Слід зауважити, що тільки у редакції Закону про товарні знаки від 22.05.2003р. був нарешті проголошений так званий «принцип вичерпання прав» на знак для товарів і послуг (ч. 6 ст. 16) - тобто обмеження можливостей власника виключних

прав введенням виробів (товарів) в цивільний оборот, який в наступному відбуватиметься без його контролю:

«Виключне право власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстрований знак не поширюється на: використання знака для товару, введеного під цим знаком в цивільний оборот власником свідоцтва чи за його згодою, за умови, що власник свідоцтва не має вагомих підстав забороняти таке використання у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема у разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний оборот».

Важко собі уявити, що компанії «Найк» або «Адідас» вільно продаватимуть підошви та устілки із своїм товарним знаком всім бажаючим, а потім заборонятимуть їм продавати готове взуття як контрафактне. Але товарний знак «Х» не такий відомий широкому колу споживачів, тому вирішення справи, пов'язаної з його використанням, на фоні невизначеності суттєвих понять в Законі про товарні знаки, забрало в суду багато часу і зусиль. Тепер, завдяки введенню в цей Закон принципу вичерпання прав, з'явилась можливість швидко і однозначно вирішувати питання, пов'язані із правомірністю використання одним виробником товарів, маркованих товарним знаком іншого.

Принцип вичерпання прав передбачений міжнародними нормами права інтелектуальної власності, тому вже давно існує в спеціальному законодавстві багатьох країн, зокрема у Законі Російської Федерації «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» від 23 вересня 1992 р. № 3520-І, ст. 23 якого має назву: «Исчерпание прав, основанных на регистрации товарного знака».

Ця стаття передбачає, що:

«Регистрация товарного знака не дает права его владельцу запретить использование этого товарного знака другим лицам в отношении товаров, которые были введены в хозяйственный оборот непосредственно владельцем товарного знака или с его согласия».

5.2.6. Експертиза у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права на комерційне (фірмове) найменування

У вирішенні спорів, пов'язаних із захистом права на комерційне найменування, судам необхідно виходити зі змісту статей 489, 490 ЦК України та статті 159 ГК України, відповідно до яких охорона надається власнику фірмового найменування виключно проти використання іншими особами однакового, тобто тотожного комерційного (фірмового) найменування. Тому у спорах про захист прав на комерційне найменування суди не повинні ставити на розгляд судової експертизи питання про наявність чи відсутність схожості між комерційними найменуваннями до ступеня змішування. Проте, у разі необхідності, може бути поставлене питання про наявність чи відсутність тотожності між комерційними позначеннями.

Слід також зазначити, що одне з конфліктних комерційних позначень може бути зареєстрованим як товарний знак. При цьому слід враховувати, що однозначного алгоритму вирішення спору про порушення (зіткнення) прав на фірмове найменування і товарний знак наше законодавство не містить. У Законі про товарні знаки лише вказується, що не реєструються як товарні знаки відомі на території України фірмові найменування (чи їх частина), що належать іншим особам, які одержали право на ці найменування раніше дати надходження заявки на товарний знак. А оскільки єдиного Реєстру фірмових найменувань у нас немає, то під "відомістю" в даному випадку необхідно розуміти загальновідомість (або "добре відомість" – ст. 25 Закону України про товарні знаки), тобто те, що це фірмове найменування є добре відомим знаком, який охороняється без реєстрації. Але це ще необхідно довести.

Те саме стосується і відносно нової категорії спорів - вирішення конфлікту між власником товарного знака і власником доменного імені (адреси сайту).

У загальному випадку порушення виключних прав на товарний знак відбувається шляхом реєстрації і використання третьою особою доменного імені, тотожного із зареєстрованим товарним знаком.

Першопрохідником у цьому напрямку стала компанія "Кодак", що заборонила використовувати свій знак як адресу сайту.

Їм це вдалося, але далеко не відразу. Набагато частіше судами виносяться протилежні рішення. При виникненні такої колізії важливо розуміти, що, як було встановлено нами в п. 3, порушенням прав на товарний знак є не просте введення в господарський оборот аналогічного позначення, а введення його в господарський оборот у відношенні однорідних товарів і послуг. Якщо дана дія відбувається у відношенні товарів і послуг, неоднорідних із зазначеними у свідоцтві на товарний знак, то довести факт порушення дуже важко. Тому навряд чи можна, наприклад, визнати саму реєстрацію доменного імені порушенням прав на товарний знак, хоча й існують подібні рішення судів. Варто підкреслити, що вони були винесені, в основному, у відношенні так званих «загальновідомих знаків» (які можуть охоронятися і без реєстрації).

5.3. Експертиза у справах зі спорів, пов'язаних із захистом об'єктів авторського права і суміжних прав

Однією із важливих передумов розвитку науки, літератури і мистецтва є не тільки визнання за їх авторами або особами, яким це право належить за законом, сукупності особистих немайнових та майнових прав, а й забезпечення цих прав можливістю надійного правового захисту.

Об'єкти авторського права, що підлягають правовій охороні, визначені статтею 8 Закону України "Про авторське право і суміжні права".

Призначаючи експертизи у справах про порушення прав авторів, суди повинні визначити які саме об'єкти авторського права та з яких питань повинні бути досліджені при проведенні судової експертизи.

При визначенні належності об'єкта інтелектуальної власності до об'єктів авторського права необхідно керуватися ст. 433, 433 Цивільного кодексу України, а також ст. ст. 8, 9, 10 Закону країни „Про авторське право і суміжні права".

У випадках, коли належність певного об'єкту до об'єктів авторського права не є безсумнівною, в тому числі якщо між сторонами наявний спір з питання про те, чи є продукт творчої діяльності таким, що не охороняється авторським правом (стаття 10 Закону України "Про авторське право і суміжні права"), суд має призначити судову експертизу.

При призначенні експертиз щодо об’єктів авторського права суди повинні враховувати, що Свідоцтво прав автора на твір, видане фізичній особі у встановленому порядку, не є безсумнівним доказом авторства і при наявності суперечки між сторонами щодо факту авторства повинні призначатися відповідні судові експертизи.

5.3.1. Експертиза щодо авторства на той чи інший об'єкт інтелектуальної власності та можливість його самостійного використання

Це найбільш розповсюджений вид спорів між правовласниками, що стосується усіх видів об'єктів інтелектуальної власності, включаючи товарні знаки.

Найбільш складними й суперечливими є справи з вирішення спорів, пов’язаних з об’єктами, що можуть виступати як різні об’єкти інтелектуальної власності одночасно. Наприклад, пляшка оригінальної форми може бути зареєстрована як промисловий зразок, або об’ємний товарний знак. Такий об’єкт авторського права як фотографія може бути визначальною ознакою запатентованого промислового зразка і, відповідно, охоронятися згідно з нормами Закону «Про охорону прав на промислові зразки».

Але найбільш часто перетинаються норми авторського права з нормами закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII, оскільки логотип, зареєстрований як знак для товарів і послуг, може виявитися об’єктом авторського права, що не міг одержати реєстрацію без згоди автора.

Так, у судовому порядку недавно розглядався спір між власником товарного знака – назвою відомого лікарського препарату і власником авторських прав на неї. У даному випадку ця торгова назва була результатом творчої діяльності автора препарату, і, відповідно, у відношенні неї діяли авторські права його творця. Слід зазначити, що взагалі власник авторських прав має виключне право використовувати свій твір у будь-яких формах і будь-яким способом і, відповідно має право на захист від несанкціонованого використання свого твору.

Необхідно підкреслити, що за авторсько-правовою системою охорони об'єктів авторських прав захист авторам та ін-

шим суб'єктам авторського права надається лише проти будь-якого свідомого несанкціонованого використання іншою особою охоронюваного об'єкту (крім передбачених законом випадків вільного використання творів). Тому факт позадоговірного порушення авторських прав вважається встановленим лише у разі доведення автором чи іншою особою, якій належить авторське право, відомостей про копіювання або запозичення іншою особою істотних рис або цілого твору, що був раніше введений автором у цивільний оборот.

Відповідно до статті 9 названого Закону України "Про авторське право і суміжні права" частина твору, яка може використовуватися самостійно, у тому числі й оригінальна назва твору, розглядається як твір і охороняється відповідно до цього Закону. Таким чином, назва твору підлягає охороні як об'єкт авторського права тільки у тому випадку, коли вона є результатом творчої діяльності автора (є оригінальною) і може використовуватися самостійно.

Найбільш відомі конфлікти цього типу між автором “Чебурашки” – Е.Успенським і кондитерськими фабриками, що зареєстрували ім'я цього казкового персонажа для своїх цукерок. Інший приклад: для реєстрації відомого товарного знака для молока "33 корови" був укладений авторський договір з автором цієї популярної пісеньки.

Вирішення питання щодо можливості самостійного використання частини твору потребує спеціальних знань, тому з цією метою суд призначає відповідну судову експертизу.

Призначаючи судову експертизу з питання щодо того, чи може частина літературного письмового твору (у тому числі й оригінальна назва твору) використовуватися самостійно суд має точно сформулювати уривки з твору, які за доводами заінтересованої сторони спору можуть використовуватись самостійно, наприклад, у передачах (програмах) організацій мовлення.

Розглянемо приклад вітчизняної практики вирішення спорів щодо можливості самостійного використання частини твору.

До місцевого суду м. Києва була подана позовна заява гр. З. до радіокомпанії “Р.О” про захист авторського права на назву спортивно-розважальної телевізійної програми “П’ять з п’яти” та про стягнення грошової компенсації. В ній, зокрема, зазначено, що “дана назва являється оригінальною назвою авторського

аудіовізуального твору – спортивно-розважальної телевізійної програми “П’ять з п’яти”.

На вирішення експертизи в справі за позовом гр. З (*далі – Позивач*) до радіокомпанії «О» (*далі – Відповідач*) про захист авторського права на назву сценарію спортивно-розважальної телевізійної програми «П’ять з п’яти» та про стягнення грошової компенсації були поставлені такі питання:

«1. Чи є назва сценарію спортивно-розважальної телевізійної програми «П’ять з п’яти» оригінальною назвою даного сценарію, тобто спеціально вигаданою для цього аудіовізуального твору?

Чи є поняття «П’ять з п’яти» звичайним, тобто таким, що використовується в загальному вживанні, чи є ідеєю, чи процедурою, чи концепцією тощо?

Якщо поняття «П’ять з п’яти» використовується в загальному вживанні, то чи може воно бути спеціально створеною (вигаданою) для аудіовізуального твору назвою?»

Приймаючи за ініціативою Відповідача рішення про необхідність проведення судової експертизи, суд, однак, поставив наведені запитання, виходячи з презумпції авторства гр. З., а також ґрунтуючись на основній тезі його позовної заяви:

«Дана назва є оригінальною назвою авторського аудіовізуального твору – спортивно-розважальної телевізійної програми «П’ять з п’яти».

Радіокомпанія «О» використовувала аналогічну назву для своєї радіопрограми.

Для того, щоб відповісти на поставлені судом питання, експертам необхідно було визначити зміст об’єкта авторського права – спортивно-розважальної телевізійної програми «П’ять з п’яти».

Серед наданих на дослідження матеріалів справи стосувалися об’єкта дослідження лише такі документи:

- позовна заява гр. З., в якій він стверджує, що має відеокасету із записом однієї зі спортивно-розважальних передач «П’ять з п’яти», яку надасть у судовому засіданні;

- свідоцтво ПА № ХХХ про Державну реєстрацію прав автора на твір, видане гр. З. Державним агентством України з авторських і суміжних прав **. **** 1998 р., в якому зазначено, що гр. З. належить право автора на сценарій спортивно-розважальної телевізійної програми під назвою «П'ять з п'яти»;
- довідка від 11.09.2001р. гр. З. про принципи продюсерської стратегії та вибору й створення назви телевізійної спортивно-розважальної телепрограми «П'ять з п'яти».

Крім того, в інших матеріалах справи містилися посилання на те, що цю програму транслював у ефірі телеканал «Г», але вона мала практично нульовий рейтинг (про це свідчить довідка про результати моніторингу аудиторії телепрограми «П'ять з п'яти», проведеного за замовленням Відповідача певною комерційною фірмою, яка не мала відношення до телеканалу «Г»). Слід зазначити, що останній документ Позивач надалі активно використовував як доказ того, що телепрограма «П'ять з п'яти» взагалі існувала.

Як відомо, телевізійні програми – це аудіовізуальні твори, що спеціально створені для показу по телебаченню. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 11 липня 2001 р. № 2627-III **аудіовізуальний твір** – це «твір, що фіксується на певному матеріальному носії (кіноплівці, магнітній плівці чи магнітному диску, компакт-диску тощо) **у вигляді серії послідовних кадрів (зображень)** чи аналогових або дискретних сигналів, які відображають (закодовують) рухомі зображення (**як із звуковим супроводом, так і без нього**), і сприйняття якого є можливим виключно за допомогою того чи іншого виду екрана (кіноекрана, телевізійного екрана тощо), на якому рухомі зображення візуально відображаються за допомогою певних технічних засобів. Видами аудіовізуального твору є кінофільми, телефільми, відеофільми, діафільми, слайдофільми тощо, які можуть бути ігровими, анімаційними (мультиплікаційними), неігровими чи іншими».

Таким чином, аудіовізуальні твори охоплюють широке коло кіно-, теле- й відеотворів, які розраховані на зорове (та слухове) сприйняття аудиторією.

Згідно із Законом України «Про телебачення і радіомовлення» від 21 грудня 1993 р. № 3759-XII «телерадіопрограма – сукупність телерадіопередач, що транслюються безпосередньо або в запису» («телебачення – виробництво і розповсюдження аудіовізуальних передач та програм; мовлення (телебачення і радіомовлення) – передача на відстань звукової або зорової інформації за допомогою електромагнітних хвиль, що розповсюджуються передавальними пристроями і приймаються будь-якою кількістю телерадіоприймачів»).

Крім того, як зазначає відомий фахівець у сфері авторського права й суміжних прав І.А.Сілонов у книзі «Авторское право в шоу-бизнесе» (М.: «Интеллектуальная собственность (Авторское право)». – № 10. – 2001) «под передачей телерадиовещания понимается передача, созданная самой организацией эфирного вещания или кабельного вещания, а также по ее заказу».

Виходячи зі змісту наведених понять для встановлення ознак об’єкта авторського права під назвою «Сценарій спортивно-розважальної телевізійної програми «П’ять з п’яти» до суду були направлені клопотання про надання додаткових матеріалів, а саме: матеріалів заявки на державну реєстрацію прав автора на твір «Сценарій спортивно-розважальної телевізійної програми «П’ять з п’яти», що містять сценарій твору; а також копії авторського договору про передачу права на використання цього твору.

У відповідь на клопотання надійшли такі матеріали:

- заявка на державну реєстрацію прав автора на твори науки, літератури та мистецтва № XXX від **. **** 1998 р.;
- повідомлення ТОВ «Г» № 7 від **. **** 2002 р.;
- повідомлення Українського агентства з авторських та суміжних прав № X та № У від **. **** 2002 р. з додатками.

Як зазначалось, у свідоцтві ПА № XXX від **.**** 1998 р. про Державну реєстрацію прав автора на твір, виданому гр. З. Державним агентством України з авторських і суміжних прав **. **** 1998 р., було вказано, що гр. З. належить право автора на сценарій спортивно-розважальної телевізійної програми під назвою «П’ять з п’яти».

Зміст цього права конкретизували матеріали заявки на державну реєстрацію прав автора на твори науки, літератури й

мистецтва № XXX від **. **** 1998 р. та листі № X від **. **** 2002 р. Українського агентства з авторських та суміжних прав до суду.

В першому й другому пунктах заявки № XXX від **. **** 1998 р. зазначено:

«1. До якого виду творчої діяльності належить твір: науки, літератури чи мистецтва – телебачення (сценарій).

2. Назва твору (повна і скорочена) – спортивно-розважальна телевізійна програма «П'ять з п'яти»

В п. 6.5 тієї ж заявки автор визначає суть його авторства

«6.5. Суть авторства (стисло описати характер створеного автором твору або тієї його частини, на яку заявляються права автора):

ідея, правила проведення та концепція спортивно-розважальної ТБ-програми «П'ять з п'яти».

Необхідно зауважити, що згідно зі ст. 7 («Об'єкти, що не охороняються») Закону України «Про авторське право та суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII (далі – Закон про авторське право 1993 р.) (правовідносини із створення та використання об'єктів дослідження складалися до прийняття нової редакції Закону), «…за цим Законом охорона не поширюється на будь-які ідею, процедуру, метод, процес, концепцію, відкриття…, звичайні дані, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі тощо».

Те саме можна сказати й про правила проведення, оскільки, як визначено в словнику С.Н.Ожегова (Словарь русского языка, 22-е издание. АН СССР, Институт русского языка. М., Русский язык, 1990), «правило: 1) положение, в котором отражена закономерность, постоянное соотношение каких-нибудь явлений; 2) постановление, предписание, устанавливающее порядок чего-нибудь; 3) образ мыслей, норма поведения, обыкновение, привычка».

У повідомленні (лист № X від **.**** 2002 р.) Українського агентства з авторських та суміжних прав зазначено, що:

«На **.**** 2001 р. агентством не здійснювалась реєстрація спортивно-розважальної телевізійної програми «П'ять з п'яти» як аудіовізуального твору.

Агентством було здійснено реєстрацію сценарію спортивно-розважальної телевізійної програми «П'ять з п'яти» і видано свідоцтво ПА № 942 від 13 лютого 1998 р., автором якого є гр. З.».

У повідомленні (лист № 7 від **. **** 2002 р.) ТОВ «Г» до суду повідомлялося, що «ТОВ «Г» не вступало у фінансово-договірні відносини з гр. З. Документи на авторство програми «П'ять з п'яти» не пред'являлися. В зв'язку з тим, що гр. З і керівництво каналу не знайшли консенсусу щодо трансляції вищезазначеної програми, вона не транслювалася в ефірі на каналі «Г».

Виходячи з фактичних даних і керуючись ст. 60 ЦПК питання 1 та 3 ухвали про призначення експертизи експерти в межах своєї компетенції об'єднали й вирішували у такій редакції:

«1,3. Чи є назва сценарію спортивно-розважальної телевізійної програми «П'ять з п'яти» оригінальною назвою даного сценарію, тобто спеціально вигаданою для цього сценарію назвою?».

На підставі ст. 60 ЦПК експерти за власною ініціативою вирішували також питання:

«4. Чи співпадає назва радіогри «5 из 5» в письмовій формі з назвою письмового твору, а саме, сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П'ять з п'яти»?»

Питання, поставлені на вирішення експертизи, експерти вирішували в такій послідовності:

1(2). Чи є поняття «П'ять з п'яти» звичайним, тобто таким, що використовується в загальному вживанні, чи є ідеєю, чи процедурою, чи концепцією тощо?

2(1,3). «Чи є назва сценарію спортивно-розважальної телевізійної програми «П'ять з п'яти» оригінальною назвою даного сценарію, тобто спеціально вигаданою для цього сценарію назвою?».

3 (4). «Чи співпадає назва радіогри «5 из 5» в письмовій формі з назвою письмового твору, а саме, сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П'ять з п'яти»?»

По-перше, для того, щоб з'ясувати чи може поняття «П'ять з п'яти» бути ідеєю, концепцією чи процедурою, були проаналізовані визначення цих понять із різних словників. Аналіз указаних визначень дозволив зробити висновок, що при наявно-

сті уточнюючих слів словосполучення «П’ять з п’яти» можна віднести до поняття «провідний задум, конструктивний принцип різних видів діяльності», яким є концепція.

Слід зазначити, що й сам автор сценарію в п. 6.5 заявки на реєстрацію авторських прав визначив суть свого авторства як “ідею, правила проведення та концепцію спортивно-розважальної ТБ-програми «П’ять з п’яти»”.

В загальному розумінні словосполучення «п’ять з п’яти» без конкретизуючих і уточнюючих слів (наприклад, «п’ять балів з п’яти можливих») має дуже широке застосування й може використовуватись у різноманітних випадках для характеристики необхідної кількості позитивних результатів, які потрібно отримати для досягнення певної мети при обмеженій кількості спроб щодо її досягнення при визначених умовах. Наприклад, можна сказати що студент розв’язав усі «п’ять з п’яти» завдань екзаменаційного білета й отримав «п’ять з п’яти» можливих балів, які необхідні йому для одержання диплому, стипендії тощо.

Результати пошуку в мережі Інтернет (звіт ПП «Компанія С» про результати пошуку в Інтернет HTML-документів з метою визначити частоту фраз «5 з 5», «п’ять з п’яти», «5 of 5», 5*5», та їх значення на 73 арк. від 21 лютого 2002 р.) підтверджують цей висновок: словосполучення «П’ять з п’яти» («5 з 5») може стосуватися сторінок, глав книги, результатів змагання, може використовуватися як назва ігор, конкурсів, доменів, зустрічатися в текстах творів тощо.

Тобто, без конкретизуючих слів словосполучення «П’ять з п’яти» є загальновживаним поняттям, тобто таким, що широко використовується в повсякденній мові. Як категорія логіки таке поняття характеризується великим обсягом і малим змістом.

Таким чином, поняття «П’ять з п’яти» є звичайним загальновживаним поняттям.

По-друге, для вирішення питання про оригінальність назви «П’ять з п’яти» стосовно сценарію ТБ-програми, експертам необхідно було в першу чергу визначити, до якого виду творів «науки, літератури й мистецтва» належить твір, назва якого досліджувалася.

Як було вказано, в своїй позовній заяві від **. **** 2001 р. гр. 3. зазначає, що «Дана назва є оригінальною назвою авторсь-

кого аудіовізуального твору – спортивно-розважальної телевізійної програми «П’ять з п’яти».

В ухвалі суду про призначення експертизи також відзначалося, що ця назва належить до аудіовізуального твору (питання 1, 3 ухвали).

В процесі дослідження свідоцтва ПА № ХХХ про Державну реєстрацію прав автора на твір встановлено що гр. З. належить право автора на сценарій спортивно-розважальної телевізійної програми під назвою «П’ять з п’яти».

Наданий на дослідження рукописний текст, який містився в матеріалах заявки на державну реєстрацію прав автора на твори науки, літератури й мистецтва № ХХХ від **. **** 1998 р., займав 1 стор. (1 аркуш паперу) та мав назву «П’ять з п’яти». Спортивно-розважальна телепрограма». Він складався з анотації (*Умови створення. (Анотація)*), в якій вказувалося, що «пропонована програма використовує елементи найбільш популярних на Україні видів спорту…», а також включав її концептуальні положення, зокрема: «Спортивно-розважальна програма «П’ять з п’яти» будується на низці конкурсів, в основі яких лежить виконання п’яти елементів з різних видів спорту…» (п’яти елементів з шести різних видів спорту та відповідь на п’ять запитань з історії спорту).

Таким чином, досліджуваний об’єкт можна було визначити як письмовий (літературний) твір, що за вищевказаними ознаками відповідає змісту поняття «сценарій спортивно-розважальної телевізійної програми».

Щодо охорони назви твору в ст. 6 Закону про авторське право 1993 р. зазначається: «Частина твору, яка може використовуватися самостійно, включаючи й оригінальну назву твору, розглядається як твір і охороняється цим Законом».

Таким чином, назва твору користується правовою охороною лише в тому випадку, якщо вона є оригінальною, тобто відображає творчу самобутність автора. В іншому випадку назва твору належить до змісту твору, що не захищається нормами авторського права.

Назва даного твору не відрізняється новою формою – вона складається зі звичайних слів, що об’єктивно існують в мові незалежно від автора, а комбінація слів «П’ять з п’яти» не має

фантазійного характеру, не відрізняється оригінальністю й широко використовується в загальному вживанні.

Однак творчою знахідкою автора може бути не створення нового слова, а використання існуючого слова в якості назви для твору певної тематики та ідейної спрямованості. В даному випадку це сценарій спортивно-розважальної програми.

Стосовно спортивних ігор словосполучення «п'ять з п'яти» може характеризувати результат чийогось виступу в якомусь змаганні, наприклад, у стрільбі по мішеням. Це може бути результатом майстерної гри воротаря, який зумів зловити всі п'ять м'ячів, що їх послали до його воріт.

Як випливає з Довідки гр. З. «про принципи продюсерської стратегії та вибору і створення назви телевізійної спортивно-розважальної телепрограми «П'ять з п'яти» від **. **** 2001 р., назва спортивно-розважальної програми «П'ять з п'яти» створювалася саме за такими принципами. В цьому випадку неоригінальність такої назви є очевидною, оскільки ця назва прямо вказує на концепцію, за якою створюється кожен твір у жанрі змагання, а згідно зі ст. 7 Закону про авторське право 1993 р. концепція належить до об'єктів, що не охороняються Законом.

Проте в самому сценарії спортивно-розважальної телевізійної програми «П'ять з п'яти» (матеріали заявки на державну реєстрацію прав автора на твори науки, літератури й мистецтва № XXX від **. **** 1998 р.) викладені її «концептуальні положення», а саме:

- виконання п'яти елементів з шести різних видів спорту та відповідь на п'ять запитань з історії спорту;
- участь двох команд по п'ять гравців у кожній;
- кожна команда має здобути 25 залікових очків, а кожний гравець – виконати 5 завдань.

Таким чином, назва «П'ять з п'яти» не індивідуалізує конкретний твір, а саме сценарій спортивно-розважальної телевізійної програми «П'ять з п'яти», змістом якого є змагання двох команд по п'ять гравців у кожній, метою кожної команди – здобуття 25 очків, а гравця – виконання 5 завдань, тобто 5 х 5 = 25.

Однак творчість у створенні назви твору не так важлива, як закріплення даного словосполучення за популярним авторським твором, відомість самого твору.

Так, в історії мистецтва існують приклади, коли назви-числівники чітко асоціюються з конкретними аудіовізуальними творами. Наприклад, відомий фільм італійського режисера Федеріко Феліні «8 ½». Але це трапилося завдяки великій популярності даного твору, обумовленій його художніми достоїнствами та неповторністю. Ця назва настільки міцно пов'язана саме з цим твором, що назви інших художніх творів, створених за схожими принципами, також асоціюються з вищеназваним фільмом. Наприклад, назва іншого всесвітньо відомого американського фільму – «9 ½ тижнів», назва плаката-переможця конкурсу до 850-річчя м. Москви – «Москва: 8 ½ веков».

Однак, матеріали справи не містили даних, які свідчили б не тільки про відомість сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П'ять з п'яти», а й взагалі про факт оприлюднення цього твору. При цьому слід виходити з того, що згідно з новою редакцією Закону про авторське право:

«оприлюднення (розкриття публіці) твору – здійснена за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав дія, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення тощо».

Таким чином, застосування загальновживаного поняття «П'ять з п'яти» в якості назви сценарію будь-якої спортивно-розважальної програми, в основу якої покладено принцип змагання, не є оригінальним, тому що ця назва прямо вказує на «ведучий задум, конструктивний принцип» – концепцію, за якою будується кожний твір у жанрі змагання, а саме: одержання необхідної кількості позитивних результатів, які необхідно отримати для досягнення певної мети при визначених умовах, при обмеженій кількості спроб для її досягнення.

Назва «П'ять з п'яти» не індивідуалізує конкретний твір, а саме сценарій спортивно-розважальної телепрограми «П'ять з п'яти», змістом якого є низка конкурсів, в основу яких покладено виконання п'яти елементів з шести різних видів спорту та відповідь на п'ять запитань з історії спорту (один предмет). Участь у цих конкурсах беруть дві команди по п'ять гравців у кожній, метою кожної команди є здобуття 25 очків, а метою гравця – виконання 5 завдань, тобто 5 х 5 = 25. Таким чином, назву «П'ять з п'яти» не можна вважати спеціально вигаданою для цього сценарію назвою.

По-третє, як зазначалося, назва сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П’ять з п’яти» не є оригінальною і не індивідуалізує конкретний письмовий твір. Крім того, як теж відзначалося, немає відомостей про факт оприлюднення або відтворення в будь-якій формі сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П’ять з п’яти».

Виходячи з того, що авторське право охороняє тільки форму втілення твору, в даному випадку можна було порівнювати лише офіційну назву інтерактивної радіогри «5 из 5» (тобто, її письмову форму) з назвою сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П’ять з п’яти», який згідно з матеріалами справи не оприлюднювався й не відтворювався та існує тільки у вигляді рукописного тексту.

В процесі цього порівняння було встановлено, що назва радіогри «5 из 5» складається з цифри «5», що двічі повторюється, та прийменника «из».

Назва сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П’ять з п’яти» складається з числівника «п’ять», що двічі повторюється, та прийменника «з».

Таким чином, письмова форма назви радіогри «5 из 5» не співпадає з письмовою формою назви сценарію спортивно-розважальної телепрограми «П’ять з п’яти».

Враховуючи фактичні дані та висновок судової експертизи, суд відмовив Позивачу в задоволенні його позовних вимог.

5.3.2. Особливості доведення у справах, предметом яких є складені твори

Наявність у суб'єкта підприємницької діяльності — друкованого засобу масової інформації авторського права на складений твір у цілому не має потреби в доведенні ним відсутності порушень з його боку авторських прав на статті, включені в цей складений твір, і (чи) доказу того, що ці статті створені як службові твори.

Рішенням місцевого господарського суду, залишеним без змін постановою апеляційного господарського суду, відмовлено в задоволенні позову товариства з обмеженою відповідальністю «Редакція газети «В» (ТОВ «Редакція газети «В») до приватного підприємства «Б» (ПП «Б») про припинення порушення авторських прав, стягненні компенсації за їх порушення в сумі 16 500 грн

і відшкодуванні моральної шкоди в сумі 825 грн. У рішенні суду першої інстанції по цьому справі з посиланням на статтю 23 Закону така відмова в задоволенні позовних вимог мотивована тим, що допускається без згоди автора чи іншої особи, що має авторське право, відтворення твору, що є одиничним випадком і не має систематичного характеру. У постанові апеляційної інстанції з посиланням на статтю 19 Закону відмовлення в задоволенні позову мотивується тим, що позивачем як укладачем збірника не представлені докази, що підтверджують одержання ним майнових прав авторів кожного з творів, включених у газету як складений твір, чи включення в газету службових творів.

ТОВ «Редакція газети «В» звернулося у Вищий господарський суд України з касаційною скаргою, в якій просило скасувати рішення судових інстанцій по цій справі і прийняти нове рішення, яким задовольнити позов. Скарга мотивована тим, що судовими інстанціями в справі допущене неправильне застосування статей 16 і 19 Закону.

Перевіривши повноту встановлення обставин справи і правильність застосування апеляційною інстанцією норм матеріального і процесуального права, Вищий господарський суд України прийшов до висновку про наявність основ для скасування судових рішень і передачі справи на новий розгляд.

Судові інстанції дали неправильну юридичну оцінку встановленим у справі обставинам.

У рішенні суду першої інстанції по цій справі відмова в позові мотивована тим, що допускається без згоди автора або іншої особи, що має авторське право, відтворення твору, що є одиничним випадком і не має систематичного характеру, з посиланням на статтю 23 Закону. Однак місцевим господарським судом не приведені доводи на користь того, що по встановлених обставинах справи тиражування відповідачем екземплярів газети «В» за липень 2002 року було одиничним випадком і не мало систематичного характеру. Відповідно до частини 6 статті 15 Закону, обмеження майнових прав, встановлені статтями 21-25 цього Закону, здійснюються за умови, що вони не будуть завдавати шкоди використанню твору і не будуть безпідставно обмежувати законні інтереси автора.

У постанові апеляційної інстанції відмова в задоволенні позову мотивується тим, що позивачем як укладачем збірника не

представлені докази, що підтверджують наявність у нього майнових прав авторів кожного з творів, включених у газету як складений твір, і включення в газету службових творів з посиланням на положення статті 19 Закону.

Відповідно до пункту 15 частини 1 статті 8 Закону, об'єктом авторського права є, зокрема, збірники творів, збірники обробок фольклору, енциклопедії й антології, збірники звичайних даних, інші складені твори за умови, що вони є результатом творчої роботи з добору, координації або упорядкуванню вмісту збірників без порушення авторських прав на твори, що входять у них як складові. Судові інстанції в справі здійснили виділення таких різних об'єктів авторського права, як складений твір у цілому, носієм авторського права на який є визначений у законі суб'єкт діяльності друкованого засобу масової інформації, і статті, включені в цей складений твір, авторами яких є журналісти й інші фізичні особи. Однак вони неправильно зрозуміли правовий режим авторського права на складений твір у цілому, визначений у частині 2 статті 19 Закону. Відповідно до цієї норми, видавцям енциклопедій, енциклопедичних словників, періодичних збірників, збірників наукових праць, газет, журналів і інших періодичних видань належать виключні права на використання таких видань у цілому. Видавець має право при будь-якому використанні таких видань вказувати в них своє ім'я чи вимагати такої вказівки. Автори творів, включених у такі видання, зберігають виключні права на використання своїх творів незалежно від видання в цілому, якщо інше не передбачено авторським договором. За змістом припису даної норми наявність у суб'єкта діяльності друкованого засобу масової інформації авторського права на складений твір у цілому не має потреби в доведенні ним відсутності порушень з його боку авторських прав на статті, включені в цей складений твір, і (чи) доказів, що зазначені статті створені як службові твори відповідно до вимог статті 16 Закону. Зазначені факти презюмуються і не доводяться суб'єктами авторського права на складений твір у цілому при розгляді справи відповідно до правила частини п'ятої статті 35 ГПК України. Відповідно до цієї норми, факти, що відповідно до закону вважаються встановленими, не доводяться при розгляді справи. Таке припущення може бути спростоване в загальному порядку. Отже, неправильне розуміння судовими інстанціями положень частини 2 статті 19 Закону призвело до порушення ними правил ГПК України про розподіл обов'язку доведення між сторонами в справі.

Фактичні дані про особистість видавця друкованого засобу масової інформації входять у предмет доведення в цій справі, оскільки саме видавцю, а не редакції газети, відповідно до частини 2 статті 19 Закону, належать виключні права на використання такого видання в цілому. Відповідно до статті 7 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», редакція має право виступати засновником (співзасновником), видавцем, розповсюджувачем. Однак судовими інстанціями в справі не встановлено, чи виступає редакція газети «В» одночасно видавцем цього друкованого засобу масової інформації, а тому і носієм майнових прав, що випливають з авторського права на складений твір. Виняткові майнові права автора визначені в статті 15 Закону. За змістом даної норми до майнових прав автора (чи іншої особи, що має авторське право) відносяться: а) виключне право на використання твору; б) виключне право на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами. Виключне право автора (чи іншої особи, що має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право, зокрема, дозволяти або забороняти відтворення творів; поширення творів шляхом першого продажу, відчуження іншим способом.

Установлення фактичних даних щодо особи видавця газети «В» буде здійснене при новому розгляді справи в суді першої інстанції.

5.3.3. Експертиза у справах зі спорів, пов’язаних із захистом права на об’єкти суміжних прав

Згідно Закону України „Про авторське право і суміжні права”, до суміжних прав відносяться права виконавців, виробників фонограм і відеограм та організацій мовлення.

Найбільш поширеним порушенням прав зазначених фізичних та юридичних осіб є контрафакція, тобто введення у господарський обіг носіїв творів без відповідного дозволу правовласників.

5.3.3.1. Дослідження, що пов’язані з контрафактним виготовленням відео- та аудіокасет і компакт-дисків

Найбільш розповсюдженою категорією правопорушень в сфері авторського права та суміжних прав є контрафактне виготовлення відео- та аудіокасет і компакт-дисків.

Відповідно до пункту "б" частини першої статті 50 Закону України "Про авторське право і суміжні права" розповсюдження контрафактних примірників творів є порушенням авторського права, що дає підстави для судового захисту. Стаття 1 названого Закону дає визначення контрафактного примірника твору, яким є примірник твору, відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права і (або) суміжних прав.

Особа, яка розповсюджує об'єкти авторського права без дозволу суб'єкта такого права, несе відповідальність за порушення виключних прав на цей твір і в тому випадку, коли контрафактну продукцію нею отримано за договорами з третіми особами.

Відповідно до частини четвертої статті 52 Закону України "Про авторське право і суміжні права" суд може постановити рішення про вилучення чи конфіскацію всіх контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм чи програм мовлення, щодо яких встановлено, що вони були виготовлені або розповсюджені з порушенням авторського права і (або) суміжних прав. За рішенням суду, вилучені контрафактні примірники творів, фонограм, відеограм, програм мовлення підлягають знищенню за винятком випадків їх передачі суб'єкту авторського права і (або) суміжних прав, права якого порушено, на його вимогу.

Для виявлення ознак контрафактності призначається комплекс експертиз, зокрема, криміналістичних та судова експертиза об’єктів інтелектуальної власності, яка звичайно проводиться після проведення криміналістичних експертиз.

Як приклад розглянемо просте, на перший погляд, питання щодо контрафактності відеокасет. Для вирішення цього питання, зокрема, необхідно: встановити спосіб целофанування і виготовлення футляру (компетенція судово-трасологічної експертизи); вирішити питання про достовірність контрольної марки і спосіб поліграфічного оформлення футляра (компетенція судово-технічної експертизи документів); а також вирішити питання

про відповідність якості відеозапису вилученої відеокасети якості запису на ліцензійних касетах (компетенція судової експертизи засобів і матеріалів аудіо- та відеозапису). Отже, такі експертні дослідження мають проводитися фахівцями відповідних експертних спеціальностей з використанням адекватних методик та апаратури.

Згідно ст. 4 Закону України від 17 січня 2002 року № 2953-III „Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування”, виробник, який отримав ліцензію на виробництво дисків для лазерних систем зчитування, зобов'язаний виробляти диски для лазерних систем зчитування, що містять об'єкти авторського права та/або суміжних прав, лише за наявності дозволу осіб, яким належить авторське право чи суміжні права. У разі письмового звернення до органу ліцензування суб’єктів авторського права та/або суміжних прав орган ліцензування зобов’язаний надавати письмову відповідь на запит щодо виробництва, експорту, імпорту дисків для лазерних систем зчитування, які містять відповідні об'єкти авторського права та/або суміжних прав.

При цьому виробництво дисків - це діяльність, що пов’язана як із застосуванням технологічного процесу по переробці сировини в оптичні носії інформації у формі диску для лазерних систем зчитування, так і з реалізацією дисків власного виробництва, а диск для лазерних систем зчитування - будь-який оптичний диск для лазерних систем зчитування із записом, що відображає об'єкти авторського права чи суміжних прав.

Суб’єкт господарювання, який отримав ліцензію на виробництво дисків для лазерних систем зчитування, зобов’язаний виробляти диски для лазерних систем зчитування, що містять об’єкти авторського права та/або суміжних прав, лише за наявності дозволу осіб, яким належить авторське право чи суміжні права. За Законом України „Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов’язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування” відповідальність наступає за незаконний обіг дисків - будь які дії під час виробництва, експорту, імпорту, зберігання, реалізації на території України дисків для лазерних систем зчитування, зокрема за:

– експорт, імпорт та виробництво дисків без спеціальних ідентифікаційних кодів;

- недотримання виробником дисків технічних умов нанесення спеціальних ідентифікаційних кодів;
- експорт, імпорт та виробництво дисків без спеціальних дозволів ліцензій;
- виробництво дисків для лазерних систем зчитування без дозволу осіб, яким належить авторське право та/або суміжні права.

Виробник дисків зобов'язаний проставляти на кожному виготовленому диску для лазерних систем зчитування із записом інформації - спеціальний ідентифікаційний код, а на кожному виготовленому диску для лазерних систем зчитування без запису інформації - код матриці, з якої його було виготовлено (ст. 4), а експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування здійснюється лише за наявності на них спеціальних ідентифікаційних кодів (ст. 5).

Відповідальність за технологічне забезпечення нанесення на диски для лазерних систем зчитування спеціального ідентифікаційного коду покладається на виробника дисків (ст. 4).

Законом України від 23 березня 2000 року № 1587-III „Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм" встановлено (ст. 3), що законність та правомірність використання аудіовізуальних творів чи фонограм відповідно до набутих авторських чи суміжних прав засвідчується наклеюванням у передбачених випадках на упаковку кожного примірника аудіовізуального твору чи фонограми, які імпортуються в Україну чи експортуються з України, або відтворюються та розповсюджуються в Україні, контрольної марки. Примірники аудіовізуального твору чи фонограми маркуються контрольними марками перед їх випуском в обіг (ст. 4).

Для одержання контрольних марок імпортери, експортери та відтворювачі примірників аудіовізуальних творів чи фонограм подають до спеціально уповноваженого органу (ст. 7) авторські договори, ліцензійні угоди чи договори (контракти) або інші правоустановчі документи, якими підтверджується наявність у заявника авторських чи суміжних прав на аудіовізуальні твори чи фонограми та в яких зазначаються дозволені способи використання аудіовізуальних творів чи фонограм.

Таким чином, порушенням правовідносин, що виникають у процесі розповсюдження, у тому числі шляхом імпорту, оптової

та роздрібної торгівлі, на території України примірників аудіовізуальних творів та фонограм та їх експорту є випуск в обіг:

- немаркованих примірників аудіовізуальних творів чи фонограм;
- примірників аудіовізуальних творів чи фонограм, маркованих підробленими контрольними марками.

„Правила роздрібної торгівлі примірниками аудіовізуальних творів і фонограм”, що затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 4 листопада 1997 р. № 1209,Є та визначають основні вимоги до роздрібної торгівлі примірниками аудіовізуальних творів та фонограм (далі примірники творів і фонограм) і спрямовані на забезпечення прав споживачів щодо їх належної якості та правомірного користування ними.

Затверджені цією постановою правила поширюються на всі суб’єкти підприємницької діяльності на території України, що здійснюють торгівлю примірниками аудіовізуальними творами та фонограмами на будь-яких носіях, незалежно від форм власності. Суб’єкти підприємницької діяльності повинні оснащувати торгівельні приміщення спеціальним торгівельно-технологічним обладнанням та інвентарем для забезпечення вимог до демонстрації та продажу примірників аудіовізуальних творів та фонограм.

Правила встановлюють, що:

- роздрібна торгівля примірниками творів і фонограм здійснюється виключно за умови маркування контрольними марками примірників цих творів чи фонограм (п. 4);
- індивідуальна упаковка примірника твору і фонограми повинна містити на етикетці маркувальні дані: назву твору, штриховий код, час демонстрування, ім'я сценариста, режисера, оператора, художника-постановника, авторів музики, спеціально створеної для аудіовізуального твору, продюсера (виробника) аудіовізуального твору, знак охорони авторського права (латинська літера С у колі (С), ім'я (найменування) особи, яка має авторське право, рік першої публікації твору), імена головних виконавців, номер прокатного посвідчення Мінкультури, дату випуску твору, дату відтворення примірників твору (для аудіовізуальних творів); назву твору, штриховий код, час звучання,

ім'я автора музики, автора тексту, знак охорони суміжних прав (латинська літера Р у колі (Р), ім'я (найменування) особи, якій належать суміжні права (виробник фонограми, виконавець), рік першої публікації фонограми), найменування виробника примірника фонограми, його адресу, товарний (фірмовий) знак, дату випуску, дату відтворення примірників фонограм (для фонограм).

Роздрібна торгівля примірниками творів і фонограм забороняється (ст. 24), якщо примірники творів і фонограм:

- є контрафактними або містять фальсифікований знак для товарів і послуг;
- не марковані контрольними марками в терміни, визначені законодавством.

Таким чином, **ознаки нелегальної фонограми** полягають в тому, що відмінність оригіналів від нелегальних копій укладається не тільки в якості звукозапису, але також може визначатися візуально по ряду зовнішніх відмітних ознак футлярів, компакт-дисків і аудіокасет, поліграфічного виконання вкладних буклетів і оформлення самих компакт-дисків і аудіокасет.

Розглянемо окремо ознаки відмінності кожного з перерахованих предметів.

Компакт-диск

1. Футляр компакт-диску:

а. Деякі фірмові компакт-диски мають барвистий картонний футляр, оформлений поліграфічним способом.

б. Деякі фірмові компакт-диски мають картонну коробку, виконану поліграфічним способом.

в. "Піратські" компакт-диски, як правило, мають тільки звичайний пластмасовий футляр.

2. Оформлення вкладних буклетів компакт-дисків:

а. У справжніх компакт-дисків вкладні буклети являють собою багатосторінкові, барвисто оформлені мінікнижки чи книжки "розкладачки".

б. У "піратських" компакт-дисків вкладні буклети прості, як правило, двосторінкові.

в. У деяких підроблених компакт-дисків вкладні буклети з внутрішніх сторін незапечатані, відсутні назви музичних творів і інша інформація.

г. Поліграфічне оформлення вкладних буклетів справжніх компакт-дисків характеризується чіткими контрастними ілюстраціями.

д. Поліграфічне оформлення вкладних буклетів "піратських" компакт-дисків характеризується низькою якістю, нечіткими ілюстраціями, непродрукованими штрихами, спрощеними зображеннями і крапками "мурашками".

3. Оформлення компакт-дисків:

а. Поліграфічне оформлення лицьової сторони "піратських" компакт-дисків низької якості: нечіткі ілюстрації (іноді іншого кольору), шрифт іншого розміру і накреслення, багато непродрукованих і спрощених зображень. У той час як справжні компакт-диски характеризуються чіткими, контрастними ілюстраціями.

б. На зворотному боці в більшості справжніх компакт-дисків у центрі, уздовж концентричних кілець, нанесене спеціальне маркування заводу-виробника: внутрішній код для позначення КД, код джерела ідентифікації виробника, код розробки КД-оригінала, назва заводу-виробника.

в. На зворотному боці "піратських" компакт-дисків мається усього лише один номер без яких-небудь інших зображень. Штрихові коди відсутні.

Аудіокасета

1. Футляр аудіокассет.

"Піратські" аудіокасети можуть виготовлятися як на вітчизняному, так і на імпортному матеріалі, тому у футлярі оригіналу "піратських" аудіокасет важко установити які-небудь закономірності, тому що поряд з ознаками розходження мається багато ознак подібності.

2. Оформлення вкладних буклетів аудіокасет.

а. У справжніх аудіокасет вкладні буклети іноді являють собою книжки-"розкладачки", або є внески з рекламою.

б. У "піратських" аудіокасет вкладні буклети, як правило, односторінкові, прості, на зворотному боці видрукувані тільки назви музичних творів. Кольорових ілюстрацій немає.

в. У "піратських" аудіокасет іноді немає вкладного буклету, а назви музичних творів іноземною мовою виконані машинописно на окремому листі білого папера.

г. Поліграфічне оформлення вкладних буклетів справжніх аудіокасет характеризується чіткими контрастними ілюстраціями, відсутністю браку, непропечаток і спрощених зображень.

д. Поліграфічне оформлення вкладних буклетів "піратських" аудіокасет низької якості: нечіткі ілюстрації, багато непропечаток, повторних і спрощених зображень. Не зовсім точно зазначені назви деяких музичних творів.

3. Оформлення аудіокасет.

Поліграфічне оформлення "піратських" аудіокасет або зовсім відсутнє, або низької якості: нечіткий шрифт, іноді іншого розміру і накреслення, відсутнє спеціальне маркування, багато непропечаток і спрощених зображень.

У той час як справжні аудіокасети характеризуються чіткими контрастними текстами і відповідною маркуванням.

Таким чином, первинними ознаками контрафактності компакт-дисків і аудіокасет можуть бути:

1) Вкладний буклет простий, складається з однієї, двох сторінок. Іноді внутрішні сторони буклету незапечатані. Поліграфічне оформлення буклетів низької якості - нечіткість і нерізкість зображення. Іноді вкладний буклет скопійований на ксероксі (чорно-білий) або виконаний на машинці чи від руки.

2) Оформлення компакт-диску й аудіокасети низької якості: нечіткість у зображеннях і текстах.

Більш категоричні ознаки можуть бути виявлені при наявності самих справжніх компакт-дисків і аудіокасет і їхньому порівнянні з контрафактними методами товарознавчої експертизи та криміналістичних (зокрема, трасологічною) експертиз.

Наприклад:

Картонні футляри відеокасет досліджуваної групи відзначаються низькою якістю зображень, зокрема, незначним діапазоном кольорової гами, неповнотою відтворення півтонів, маску-

ванням дрібних деталей зображень (за рахунок растру і задруковування темних ділянок зображень, нечіткістю і нерівністю країв зображень і ряду літерних позначень, відсутністю чи нечітким відтворенням логотипів правовласників, їх неправильним найменуванням (наприклад, “TriStar Pictures” замість “TriStar Pictures Inc.”), відсутністю посилань на реквізити ліцензійних угод (номер, дату), відсутністю контрольних марок і голографічних наклейок.

Картонні футляри відеокасет групи порівняння відзначаються гарною якістю зображень (візуально сприймані елементи растра майже відсутні), використанням колірної гами значного діапазону, гарним відтворенням півтонів, чіткістю країв зображень і літерних позначень, наявністю і чітким відтворенням логотипів правоволодільців, їхніми правильними найменуваннями, наявністю посилань на реквізити ліцензійних угод, наявністю контрольних марок і голографічних наклейок (голопломб).

5.3.3.2. Дослідження, що пов’язані з порушенням прав на комп’ютерні програми

Темпи комп’ютеризації суспільства на рубежі тисячоліть призвели до того, що сьогодні це не просто факт науково-технічного прогресу, а й знаряддя професійної діяльності у сфері науки, освіти, культури тощо. Навряд чи знайдеться сфера життя і діяльності людини, де б не використовувався комп’ютер.

Невід’ємною частиною кожного комп’ютера є його програмне забезпечення, тобто сукупність програм, що забезпечує доцільне використання електронно-обчислювальної машини. Постановою КМ України „Про затвердження Положення про порядок державного контролю за міжнародними передачами товарів військового призначення” від 8 грудня 1997 року № 1358 програмним забезпеченням визнано збірник однієї чи більше програм, чи мікропрограм, зафіксованих на будь-якому матеріальному носієві.

Відповідно до ст. 18 Закону України „Про авторське право і суміжні права” від 23 грудня 1993 року № 3792 в редакції Закону від 11 червня 2001 року № 2627, та частиною четвертою статті 433 Цивільного кодексу, комп'ютерні програми охороняються як літературні твори.

Відповідно до статті 4 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності (1996) про авторське право, комп'юте-

рні програми охороняються як літературні твори в розумінні статті 2 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів. Така охорона застосовується до комп'ютерних програм незалежно від способу або форми їх вираження.

Проблема захисту авторського права у сфері програмного забезпечення для України є нагальною. Згідно з опублікованим 21 травня 2001 року шостим щорічним дослідженням Business Software Alliance (Sixth Annual BSA Global Software Piracy Study), що є міжнародною асоціацією і захищає інтереси виробників програмного забезпечення, відстоює їх позиції перед урядами та взаємодіє із споживачами на міжнародному ринку, рівень так званого “комп’ютерного піратства” у Східній Європі у 2000 р. становив 63 %, що майже удвічі вище, ніж аналогічний показник для країн Західної Європи (34 %). При цьому позицію лідера у Східній Європі за рівнем “комп’ютерного піратства” займали Україна (89 %) і Росія (88 %).

Неправомірне використання комп’ютерних програм в Україні є великою загрозою для її соціально-економічного розвитку, оскільки:

- по-перше, піратська продукція не дає змоги розвиватися легальному вітчизняному виробництву програмного забезпечення;
- по-друге, зменшує інвестиційну привабливість для міжнародних фінансових інвесторів;
- по-третє, стимулює виїзд творчої еліти за кордон;
- по-четверте, наносить економічні збитки.

Так в Україні, за оцінками експертів того ж Business Software Alliance, у 2000 р. при рівні використання неліцензійного програмного забезпечення 89 % втрати валового внутрішнього продукту (ВВП) становили приблизно 263 млн. дол. США, а сума недоотриманих податкових надходжень - приблизно 93 млн. дол. США. І якщо рівень неправомірного використання програмного продукту в Україні не зміниться, то у 2004 р. втрати ВВП сягнуть 447 млн. дол. США, а до бюджету не надійде 165 млн. дол. США податкових зборів.

Правове регулювання питань охорони особистих немайнових і майнових прав авторів та їх правонаступників, пов’язаних із створенням та використанням програмного забезпечення (незалежно від способу чи форми його вираження), а також правовідносин у сфері відтворення (виробництва) та розповсюдження

програмного забезпечення здійснюється Законом України „Про авторське право і суміжні права” та Закон України „Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов’язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування” від 17 січня 2002 року № 2953-III.

В практиці продажу примірників комп'ютерних програм застосовується декілька видів ліцензій та ліцензійних договорів для надання користувачам цих програм певного обсягу прав щодо їх використання. Такі договори, за загальним правилом, є договорами приєднання (стаття 634 Цивільного кодексу, тобто договорами, умови яких встановлені однією із сторін у стандартних формах, які можуть бути укладені лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Інша сторона не може запропонувати свої умови договору. Договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналася, лише на підставах, передбачених законом.

Таким чином, в практиці роздрібного продажу примірників комп'ютерних програм, пропозиція укласти ліцензійний договір, як правило, надходить від суб'єкта авторського права. Це, зокрема, означає, що коли в цьому договорі не зазначено місце його укладення і він є зовнішньоекономічним, до його форми підлягає застосуванню право країни місця проживання суб'єкта авторського права - фізичної особи або право країни місцезнаходження суб'єкта авторського права - юридичної особи.

Об’єктивна сторона правопорушення, що пов’язане з комп’ютерними програмами, як злочину може складатися з однієї або кількох дій, що підпадають під ст. 176 Карного кодексу України, тобто полягати в здійсненні будь-якої дії, пов’язаної з незаконним використанням об’єктів авторських і (або) суміжних прав.

Склад цього злочину має носити матеріальний характер, тобто сам факт здійснення зазначених вище дій ще не складає собою остаточного злочину. Лише при дійсному заподіянні цими діями матеріальної шкоди у великому розмірі злочин вважається здійсненим. Тому протиправні дії, які ще не призвели до матеріальної шкоди у великому розмірі, але могли її спричинити, утворюють замах на злочин. Здійснення тих же дій, однак якщо вони не призвели і не могли призвести до матеріальної шкоди у великому розмірі, карним злочином не визнається.

Особливістю розслідування даної категорії злочинів є необхідність у використанні спеціальних знань шляхом призначення експертизи до порушення кримінальної справи, в тому числі під час попередньої перевірки, з метою виявлення матеріальних носіїв програмного забезпечення та встановлення як самого факту порушення авторських і (або) суміжних прав, так і розмірів заподіяної шкоди. Органи дізнання, досудового слідства чи суд, у провадженні яких знаходиться справа, у випадках виникнення необхідності у спеціальних знаннях, мають право призначити судову експертизу, тобто дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ та процесів, що утримують інформацію про обставини справи. І хоча Кодексом України про адміністративні правопорушення чітко не регламентовано порядок призначення експертизи, він, на відміну від Кримінально-процесуального кодексу України, у ст. 273 дає можливість залучити експерта до адміністративного провадження ще до порушення кримінальної справи. Разом з іншими матеріалами справи висновок експерта впливає на перспективу провадження у справі та вид відповідальності.

Так наприклад, при виявленні та вилученні електронно-обчислювальної техніки як матеріальних носіїв програмного забезпечення або самого програмного забезпечення, можуть вирішуватися наступні експертні задачі:

- ідентифікація записів даної електронно-обчислювальної техніки та вилучених носіїв інформації тощо;
- встановлення придатності засобів електронно-обчислювальної техніки до експлуатації;
- аналіз програмного забезпечення з метою встановлення його відповідності тим завданням, для вирішення яких воно придбалося;
- оцінка завершеності програмного забезпечення та його придатність до експлуатації;
- встановлення, чи є програмне забезпечення оригінальною розробкою, чи копією ліцензійного продукту.

Для вирішення поставлених задач можливі варіанти питань при призначенні експертизи:

– чи придатна електронно-обчислювальна техніка, що направлена на експертизу, до експлуатації?
– чи існує на носіях наданої для дослідження електронно-обчислювальної техніки будь-яка інформація?
– яка інформація існує на носіях електронно-обчислювальної техніки, що надана для дослідження?
– чи можлива експлуатація наданого для дослідження пристрою у складі певної робочої станції?
– на електронно-обчислювальної техніки якого класу міг бути здійснений запис на представлений для дослідження носій?
– чи на даній електронно-обчислювальної техніці було здійснено запис на представлений для дослідження носій?
– чи відповідає представлене програмне забезпечення технічному завданню?
– чи є представлене програмне забезпечення копією (аналогом) існуючого продукту і якого?
– які умови ліцензійного договору порушені?
– чи можливий аналіз програмного забезпечення на відповідність аналогічним програмам?
– чи можливе відновлення початкових текстів програмного забезпечення?
– чи можливе виявлення навмисних виправлень у програмному забезпечені?
– чи можна встановити кількість копій, що були зроблені і за який час?
– з якого часу експлуатується дане програмне забезпечення?
– чи можливе відновлення навмисно втраченого програмного забезпечення?
– чи підлягає відновленню дане програмне забезпечення?

Встановлення розміру матеріальної шкоди при розслідуванні порушень авторських прав і (або) суміжних прав впливає на можливість залучення до кримінальної відповідальності взагалі, тому що тільки у разі заподіяння великого та особливо ве-

ликого розміру шкоди наступає кримінальна відповідальність. Матеріальна шкода вважається завданою у великому розмірі, якщо вартість примірників матеріальних носіїв комп'ютерних програм, баз даних або сума доходу, отриманого в результаті показу чи публічного оприлюднення комп'ютерних програм, чи баз даних у сто і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян, а завданою в особливо великому розмірі, якщо їх вартість або сума доходу у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Для визначення розміру матеріальної шкоди та інших завдань призначаються судово-бухгалтерська та товарознавча експертизи. Під час їх проведення необхідно встановити вартість відтворених чи розповсюджених матеріальних носіїв комп'ютерних програм і баз даних, накопичувачів, дискет та інших носіїв інформації або суми доходу, отриманого в результаті виконання, показу чи публічного оприлюднення комп'ютерних програм і баз даних.

Особливістю розслідування правопорушень у цій сфері також є встановлення суб'єктів авторських прав та отримання підтвердження їх прав.

Як уже відмічалось, захисту у кримінальному порядку підлягають тільки сукупність майнових права авторів комп'ютерних програм, їх спадкоємців та осіб, яким автори чи їх спадкоємці передали ці майнові права і які відносяться до наступних категорій:

- які є громадянами України або не є громадянами України, але мають постійне місце проживання на території України (для юридичних осіб - місцезнаходження на території України), незалежно від того, на якій території вперше були оприлюднені їх твори чи об'єкти;
- незалежно від їх громадянства і постійного місця проживання (для юридичних осіб - їх місцезнаходження), твори яких вперше оприлюднені на території України або не оприлюднені, але знаходяться в об'єктивній формі на території України;
- незалежно від їх громадянства і постійного місця проживання, твори яких вперше оприлюднені в іншій країні та протягом 30 днів після цього оприлюднені на території України;

– інші особи, які мають авторське право.

Суб'єкти, яким автори чи їх спадкоємці передали свої авторські майнові права, поділяються на дві групи:

– повірені юридичні та фізичні особи, що мають доручення від суб'єктів авторського права і суміжних прав на управління їх майновими правами та діють на підставі укладеного договору-доручення;
– організації колективного управління, що створюються суб'єктами авторського права і суміжних прав та мають статус юридичних осіб.

Підтвердженням авторського права і (або) суміжних прав є документи встановленої форми: договори-доручення, ліцензії, статути організацій колективного управління тощо.

Складність полягає у тому, що на території України використовуються сотні комп'ютерних програм, автори яких, їх спадкоємці або особи, яким автори чи їх спадкоємці передали свої авторські права, не мають своїх офіційних представників в Україні або не бажають захищати свої права з різних підстав. Можуть виникнути ситуації, коли порушення встановлено, а встановити автора неможливо з різних причин, або сам автор не визнає порушення та нанесених збитків, що значно ускладнює розгляд справи і прийняття об'єктивного рішення.

Порушення авторського права і (або) суміжних прав у сфері програмного забезпечення також вимагає встановлення безпосередніх користувачів програмного забезпечення для отримання попередньої інформації про виробників і розповсюджувачів електронно-обчислювальної техніки та програмного забезпечення. Зокрема явно можна виділити наступні групи користувачів програмних засобів:

– приватні підприємці, фізичні особи та посадові особи підприємств, які займаються збиранням комп'ютерної (електронно-обчислювальної) техніки;
– приватні підприємці, фізичні особи та посадові особи підприємств, які здійснюють реалізацію програмних засобів, комп'ютерів та інших носіїв інформації;
– приватні підприємці, фізичні особи та посадові особи підприємств, які використовують програмні засоби в основній діяльності для одержання прибутку (наприклад, інтернет-кафе, інтернет-клуби, ігротеки тощо);

– приватні підприємці, фізичні особи та посадові особи підприємств, які використовують програмні засоби для інформаційного, бухгалтерського та облікового забезпечення своєї діяльності;

Таким чином, діяльність пов'язана з порушенням авторського і (або) суміжного права у сфері комп'ютерних програм залишає специфічні сліди, і головне завдання судової експертизи - це їх виявити і закріпити. Зокрема до слідів-ознак порушення прав інтелектуальної власності у цій сфері слід віднести:

– електронно-обчислювальна техніка як носій неліцензійного програмного забезпечення;
– факти несанкціонованого вторгнення в програмне забезпечення;
– бухгалтерська документація щодо придбання, виготовлення та розповсюдження програмних засобів та електронно-обчислювальної техніки;
– документи, буклети рекламного характеру тощо.

Для підтвердження фактів відтворення, розповсюдження та використання комп'ютерних програм без дозволу осіб, які мають (є правовласниками) авторське право або суміжні права, а також визначення розмірів завданої матеріальної шкоди, необхідно здійснити ряд заходів, серед яких: огляд електронно-обчислювальної техніки та програмного забезпечення за участю експерта; різні види судової експертизи стосовно визначення розмірів завданої шкоди тощо.

Підсумки

«*Crede experto!*» (вір досвідченому) – сказав Овідій. Сьогодні, коли нагальним завданням є відновленням ділової репутації нашої країни та створення позитивного іміджу України як правової європейської держави, актуальність цього вислову зростає з кожним днем.

Новий Цивільний кодекс проголосив загальними засадами цивільного законодавства України розумність, добросовісність та справедливість (ст. 3 ЦКУ). Це відповідає правовим нормам європейських країн, де ці категорії є загальноприйнятими принципами. Згідно з ст. 20 Господарського кодексу України держава забезпечує захист прав і законних інтересів суб'єктів господарювання та споживачів.

Відповідно до положень обох кодексів, суб'єкт правовідносин шляхом здійснення певної поведінки задовольняє свої потреби та інтереси. Це супроводжується зверненням суб'єктів права до норм, відповідно, цивільного або господарського кодексів. Слід зазначити, що обидва кодекси містять низку положень щодо охорони та здійснення прав інтелектуальної власності.

Правовою основою захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання та споживачів є положення, відповідно до якого кожна особа має право на захист свого права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Захист прав інтелектуальної власності є діяльністю уповноважених державних органів із визнання, поновлення прав, а також усунення перешкод, що стають на заваді реалізації прав та законних інтересів суб'єктів права у сфері інтелектуальної власності. Ця діяльність здійснюється у встановленому законодавством порядку, тобто із застосуванням належної форми, засобів і способів захисту. Новий ЦКУ передбачив широке коло способів такого захисту, установивши, що право на захист (отже, і вибір його способу) особа здійснює на власний розсуд. Зокрема, стаття 16 ЦК України передбачає 10 способів захисту цивільних прав і інтересів. Ці ж способи знайшли своє відображення і в ГКУ, стаття 20 якого встановлює, що права та законні інтереси зазначених суб'єктів захищаються крім того шляхом: застосування штрафних, оперативно-господарських та адміністративно-господарських санкцій.

Як свідчить правозастосовча практика, зберігається стійка тенденція росту кількості справ, предметом яких є питання,

пов’язані з захистом прав на об’єкти інтелектуальної власності. Тому ефективний захист прав інтелектуальної власності та судова експертиза – поняття неподільні. Отже, застосування спеціальних знань - експертне дослідження з питань інтелектуальної власності - є невід’ємною складовою об’єктивного вирішення спору про порушення прав інтелектуальної власності.

Активне й кваліфіковане застосування спеціальних знань у судочинстві значно розширює пізнавальні можливості в процесі збирання, дослідження й оцінки доказів, сприяє підвищенню якості доказування. Для того, щоб судові спори в сфері інтелектуальної власності не розтягувалися на роки й не занурювалися в прірву численних і часто взаємовиключних експертиз, необхідна безпосередня взаємодія суб’єктів доказування – кваліфікованих суддів і фахівців-експертів.

Таким чином, без проведення спеціальних досліджень висновок суду, наприклад, про відсутність імітації товарного знака позивача в позначенні відповідача і, як наслідок, про відсутність порушення виключного права позивача на його товарний знак, може виявитися хоч і правильним, але необґрунтованим, тому що він зроблений за неповно з’ясованими обставинами й матеріалами справи. Крім того, ненадання сторонам можливості використовувати своє право пропонувати суду питання, що повинні бути роз'яснені експертом, є порушенням вимог частини 2 статті 41 ГПК і підставою для скасування або зміни судового рішення.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що найважливішим завданням у сфері охорони та захисту прав інтелектуальної власності сьогодні є вирішення організаційних, методичних та правових питань, пов'язаних із призначенням і проведенням судових експертиз.

Процес пізнання в судовому спорі є водночас і процесом обґрунтування правильності зроблених висновків, він невіддільний від того, що складає зміст понять «доказування – обґрунтування». Доказ – це «аргумент, що підтверджує й обґрунтовує існування факту, який підлягає доведенню» [Пашин С.А. Проблемы доказательственного права / В кн.: Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссии. – М., 1995]. Однак цей аргумент має свою форму й свій зміст. Форма визначає таку необхідну властивість доказів, як їхню допустимість, а зміст – їхню належність. Оцінка допустимості, належності і вірогідності доказів – це процес три-

валий, не обмежений лише етапом збирання доказів, внаслідок чого первинна оцінка може змінитися.

Водночас суд зобов'язаний провести ретельну перевірку й оцінку проведеного експертом дослідження, в ході якої мають бути з'ясовані такі питання:

- чи враховані усі вимоги законодавства при призначенні і проведенні експертизи;
- чи не було обставин, що виключали б участь даного експерта в розглянутій справі;
- компетентність експерта, й чи не вийшов він за межі своїх повноважень;
- повнота відповідей на поставлені питання та їхня відповідність іншим фактичним даним;
- відповідність між дослідницькою частиною і заключним висновком [Харченко В.М. Особливості судової процедури щодо охорони прав на об'єкти промислової власності // Юридичний журнал. — № 1. — 2002].

Повнота, правильність, обґрунтованість і правдивість висновку експерта, а також його незалежність і збереження конфіденційності забезпечуються цілим рядом процесуальних норм і так званою «клятвою експерта» – попередженням про те, що він несе кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивого висновку й відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків, а також можливістю призначення повторної судової експертизи:

Незалежність судового експерта та правильність його висновку забезпечуються:

- процесуальним порядком призначення судового експерта;
- забороною під загрозою передбаченої законом відповідальності втручатися будь-кому в проведення судової експертизи;
- існуванням установ судових експертиз, незалежних від органів дізнання та попереднього слідства;

– створенням необхідних умов для діяльності судового експерта, його матеріальним і соціальним забезпеченням;

– кримінальною відповідальністю судового експерта за дачу завідомо неправдивого висновку та відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків;

– можливістю призначення повторної судової експертизи;

– присутністю учасників процесу в передбачених законом випадках під час проведення судової експертизи [Стаття 4 "Гарантії незалежності судового експерта та правильності його висновку" Закону України «Про судову експертизу» від 25 лютого 1994 р. № 4038-XII].

Наведене положення доповнює п. 12 Інструкції про проведення судових експертиз: «Експерт складає висновок експертизи від свого імені і несе особисту відповідальність за його правдивість. За надання завідомо неправдивого висновку, за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків, а також за розголошення без дозволу прокурора, слідчого або особи, яка провадить дізнання, даних попереднього слідства чи дізнання експерт несе кримінальну відповідальність за статтями КК України».

У даному посібнику на прикладах судової практики також показана необхідність при призначенні судових експертиз і проведенні експертних досліджень застосування спеціальних знань не тільки з права інтелектуальної власності, але й інших галузей науки і техніки. Так, аналізуючи найбільш яскраві приклади вітчизняної практики правозастосування у фармацевтичній галузі, слід зазначити, що ці справи є дуже різними за своїми обставинами та змістом позовних вимог. Проте їх поєднує те, що у ході їх розгляду було наочно доведено: "фармацевтичні" продукти та їх торгові назви мають певну специфіку і, відповідно, їх правова охорона та захист як об'єктів інтелектуальної власності вимагають адекватного підходу, заснованого на спеціальних знаннях в області хімії, фармакології та медицини. Тому, для об'єктивного вирішення спору стосовно використання "фармацевтичних" ОІВ необхідно застосування спеціальних знань перш за все саме в

цих галузях, і, крім норм законодавства про інтелектуальну власність – спеціального законодавства про лікарські засоби.

Сподіваємось, що викладені в цьому посібнику теоретичні положення СЕОІВ та розглянуті приклади правозастосовчої практики сприятимуть розв'язанню практичних проблем охорони та захисту прав інтелектуальної власності, а здобуті знання та навички проведення експертних досліджень читачі посібника зможуть реалізувати на практиці.

І на завершення хотілося б згадати ще один найсучасніший вислів:

Я чую і забуваю.

Я бачу і запам'ятовую.

Я роблю і розумію.

(Конфуцій)

Нормативні акти та література

Нормативні акти

1. Конституція України. Прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. -1996.- № 30.-Ст. 141.
2. Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV.
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004р. № 1618-IV.
4. Кримінальний кодекс України. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2001, N 25-26, ст.131.
5. Кримінально-процесуальний кодекс України від від 28 грудня 1960 р.
6. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII.
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення. // Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР)1984, додаток до N 51, ст.1122.
8. Митний кодекс України. // Відомості Верховної Ради (ВВР) 1992, N 16, ст.203.
9. Закон України “Про судову експертизу”// Відомості Верховної Ради (ВВР) 1994, N 28, ст.232.
10. Закон України “Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (із змінами і доповненнями, внесеними Законами України від 1 червня 2000 року N 1771-III та № 850-IV від 22.05.2003 р.).
11. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (із змінами і доповненнями, внесеними Законами України N 751-XIV від 16.06.99, N 2188-III від 21.12.2000, N 2783-III від 15.11.2001, N 2921-III від 10.01.2002, N 34-IV від 04.07.2002 та № 850-IV від 22.05.2003 р.).
12. Закон України «Про внесення змін до Закону України "Про авторське право і суміжні права"” (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2001, N 43, ст.214).

13. Закон України “Про охорону прав на зазначення походження товарів” від 16 червня 1999 р; //Відомості Верховної Ради (ВВР), 1999, N 32, ст.267. Із змінами, внесеними згідно із Законами N 2188-III від 21.12.2000, ВВР, 2001, N 8, ст.37 N 2921-III від 10.01.2002, ВВР, 2002, N 16, ст.114.

14. Закон України «Про лікарські засоби» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 1996, N 22, ст. 86).

15. Закон України “Про власність” від 7 лютого 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1991. - № 20. - Ст. 249.

16. Закон України «Про внесення змін у Закон України «Про рекламу» ” № 1121-IV від 11.07.2003 р.

17. Закон України “Про інформацію” від 2 жовтня 1992 р. //Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 48. - ст. 650.

18. Закон України “Про науково-технічну інформацію” від 26 червня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1993. - № 33.-ст.345.

19. Закон України “Про захист прав споживачів” від 15.12.93. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1991, N 30, ст.379. В редакції Закону N 3682-XII від 15.12.93, ВВР, 1994, N 1, ст. 1. Із змінами, внесеними згідно із Законами N 82/95-ВР від 02.03.95, ВВР, 1995, N 14, ст. 90; N 230/95-ВР від 20.06.95, ВВР, 1995, N 23, ст.182; N 365/97-ВР від 18.06.97, ВВР, 1979, N 35, ст.219; N 783-XIV від 30.06.99, ВВР, 1999, N 34, ст.274.

20. Закон України “Про наукову і науково-технічну експертизу» // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1995, N 9, ст. 56, із змінами, внесеними згідно із Законом N 1069-XIV (1069-14) від 21.09.99, ВВР, 1999, N 45, ст.400.

21. Закон України “Про господарські суди”. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1991, N 36, ст.469. Із змінами, внесеними згідно із Законами N 2350-XII від 15.05.92, ВВР, 1992, N 32, ст.455; N 2691-XII від 14.10.92, ВВР, 1992, N 48, ст.661; N 3346-XII від 30.06.93, ВВР, 1993, N 33, ст.348; N 96/97-ВР від 20.02.97, ВВР,

1997, N 18, ст.124; N 2538-III від 21.06.2001, ВВР, 2001, N 40, ст.194.

22. Закон України “Про захист економічної конкуренції” від 11.01.01. // ВВР, 2001, N 12, ст. 64.

23. Закон України “Про захист від недобросовісної конкуренції” від 07.06.96. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1996, N 36, ст.164. Із змінами, внесеними згідно із Законами N 642/97-ВР від 18.11.97, ВВР, 1998, N 10, ст. 36; N 783-XIV від 30.06.99, ВВР, 1999, N 34, ст.274.

24. Роз’ясненнями президії Вищого арбітражного суду України від 11 листопада 1998 р. № 02-5/424 “Про деякі питання практики призначення судової експертизи”.

25. Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 10.06.2004 № 04-5/1107 “Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності».

26. Рекомендації Вищого господарського суду України від 29 березня 2005р. №04-5/76 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах із спорів, пов'язаних із захистом прав на об’єкти інтелектуальної власності».

27. Постанова Пленуму Верховного суду України від 20 травня 1997 р. №8 «Про судову експертизу у кримінальних та цивільних справах» // Вісник Верховного Суду України. – 1997. – №№ (5). – С. 36.

28. Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов’язані з охороною прав на об’єкти інтелектуальної власності» від 08 жовтня 2003 р. №01-8/1199// Господарське судочинство в Україні: Суд. Практика. Захист прав інтелектуальної власності. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре». – 2004. – С.742.

29. Оглядовий лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов’язаних із застосуванням законодавства про інтелектуальну власність» від 14 січня 2003р. № 01-8/31

// Господарське судочинство в Україні: Суд. Практика. Захист прав інтелектуальної власності. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре». – 2004. – С.752.

30. Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 6 травня 2005 року № 01-8/784 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)».

Література

1. Арсеньев В.Д. Соотношение понятий предмета и объекта судебной экспертизы // Проблемы теории судебной экспертизы: Сб.науч.тр. - М.: ВНИИСЭ, 1980. - Вып. 4. - С. 3 - 23.

2. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории к практике. - М.: Юрид. лит., 1987. - 304 с.

3. Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика. Общетеоретические проблемы. - М.: Юрид. лит., 1973. - 264 с.

4. Веркман К. Товарные знаки. Создание, психология, восприятие. – М.: Прогресс, 1986.

5. Гриненко А.Д., Шульженко О.О., Гадгорний Г.М. Практика використання в цивільному судочинстві матеріалів судових експертиз // Вісник Верховного суду України. - №3 (5). – 1997.

6. Довідник з підготовки матеріалів, що направляється на судову експертизу арбітражними судами. / За ред. Л.М. Головченко, В.М. Палій. – К., 1998. – 71 с.

7. Жаров В.О. Інтелектуальна власність в Україні: правові аспекти набуття, здійснення та захисту прав. - К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2000. - 188 с.

8. Збірник нормативних актів з питань інтелектуальної власності /Уклад.: В.О. Жаров та ін. - К: Вища школа, 1998 - 486 с.

9. Основи інтелектуальної власності. - К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 1999.-578 с.

10. Жаров В.О. Захист прав на об'єкти інтелектуальної власності: Захист прав на об'єкти промислової власності. Захист авторських і суміжних прав. Конспект лекцій. – К.: ЗАТ "Інститут інтелектуальної власності", 2000. – 68 с.

11. Интеллектуальная собственность: Основные материалы: В 2 т. / Пер. с англ. - Новосибирск: Наука, 1993. - 356 с.

12. Кириченко І.А. Захист прав на об'єкти інтелектуальної власності в галузі фармацевтики // Право України". - № 7. – 2002.

13. Кириченко І.А. Експертний висновок як джерело доказів по судових спорах про порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності // Право України. - № 11. – 2002.

14. Кириченко И.А. Патентное право: поиск компромисса. // К.: «Юридическая практика» № 39 (353), 28 сентября 2004 года.

15. Кириченко І.А. Торгова назва лікарського засобу як предмет судового спору // Юридичний журнал. - № 12. - 2004.

16. Кириченко І.А. Вирішення судових спорів з питань інтелектуальної власності. Експертне дослідження // Юридичний журнал. - № 3. - 2003.

17. Кириченко І.А. Право інтелектуальної власності у створенні та використанні лікарських засобів // Інтелектуальна власність. - № 6. - 2003.

18. Кириченко І.А. Зміни в законодавстві про знаки для товарів і послуг: нові можливості та старі суперечності // Інтелектуальна власність. - № 11. - 2003.

19. Надгорний Г.М. Співвідношення спеціальних та юридичних знань. — У кн.: Криміналістика та судова експертиза. Київ, 1984, вип. 28.

20. Надгорний Г.М. Деякі питання удосконалення процесуальної регламентації експертизи в цивільному судочинстві методами порівняльного правознавства. Правова система України: Теорія і практика. – Київ, 1993.

21. Назначение и производство судебных экспертиз. Пособие для следователей, судей и экспертов. – М., 1988.

22. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. Авт.: Г.Л. Знаменський, В.В. Хахулін, В.С. Щербина та ін.; За заг. ред. В.К. Мамутова. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.

23. Пашин С.А. Проблемы доказательственного права / В кн.: Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссии. — М., 1995.

24. Притика Д.М. Діяльність спеціалізованих колегій – основа створення Патентного суду в Україні // Інтелектуальна власність. – 2002. - №5.

25. Прохоров-Лукін Г.В., Кириченко І.А. Товарні знаки - назви біологічно активних добавок та їх охороноздатність // Інтелектуальна власність. - № 1. - 2004.

26. Прохоров-Лукін Г.В., Кириченко І.А. Судова експертиза як невід'ємна складова ефективного захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. // Юридичний журнал. - № 2-3. - 2005.

27. Прохоров-Лукин Г.В. Методологические аспекты судебно-экспертного исследования механизма взаимодействия материальных объектов. «Криминалистика и судебная экспертиза», межведомственный научно-методический сборник. Вып. 45, К.: «Лыбидь», 1992.

28. Романов Н.С. Закономерности и механизм формирования предмета судебной экспертизы и предмета отрасли судебно-экспертных знаний // Криминалистика и судеб. экспертиза. - Киев: Вища школа, 1980. - Вып. 21. С. 31 - 37.

29. Сегай М.Я., Стринжа В.К. Предмет судебной экспертизы материальных следов преступления // Криминалистика и судеб. экспертиза. - Киев: Лыбидь, 1990. - Вып. 43. - С. 32 - 42.

30. Сергеев А.П. Интеллектуальная собственность в Российской Федерации. – М., 2001.

31. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Кафедра уголовного процесса и криминалистики Самарского госуниверситета. Дис. на соиск. канд. юрид. наук.

32. Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. — М., 1967.

33. Харченко В.М. Особливості судової процедури щодо охорони прав на об'єкти промислової власності // Юридичний журнал, — № 1. — 2002.

Додаток

МІНІСТЕРСТВО ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ
НАКАЗ

N 285/7-А від 15.07.97

м.Київ
vd970715 vn285/7-А

Зареєстровано в Міністерстві юстиції України
4 серпня 1997 р.
за N 283/2087

ПРО ЕКСПЕРТНО-КВАЛІФІКАЦІЙНІ КОМІСІЇ ТА АТЕСТАЦІЮ СУДОВИХ ЕКСПЕРТІВ

(Із змінами, внесеними згідно з Наказами Міністерства юстиції
N 11/5а від 18.04.2000
N 942/7 від 12.11.2001
N 4/5 від 17.01.2002
N 401/7 від 04.06.2002
N 529/7 від 11.07.2002
N 122/5 від 15.10.2003
N 129/5 від 08.11.2004)

З метою посилення контролю за якістю підготовки та атестації судових експертів з числа фахівців науково-дослідних інститутів судових експертиз, підприємницьких структур і громадян та відповідно до вимог ст.16 і частини другої ст.9 Закону України "Про судову експертизу" Н А К А З У Ю:

1. Утворити Центральну експертно-кваліфікаційну комісію Міністерства юстиції України.

Матеріально-технічне, фінансове та інформаційне забезпечення Центральної експертно-кваліфікаційної комісії покласти на науково-дослідні інститути судових експертиз Міністерства юстиції України.

(Абзац другий пункту 1 в редакції Наказу Мін'юсту N 11/5а від 18.04.2000)

2. Затвердити персональний склад Центральної експертно-кваліфікаційної комісії (додаток N 1).

3. Затвердити Положення "Про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів" (додаток N 2).

4. Визначити такими, що втратили чинність, наказ Міністра юстиції України від 20.05.1996 р. N 12/5 "Про затвердження Положення про експертно-кваліфікаційні комісії науково-дослідних інститутів судових експертиз Міністерства юстиції України" та наказ Міністерства юстиції України від 22.11.1995 р. N 32/5 "Про затвердження Інструкції про порядок присвоєння кваліфікації судового експерта експертно-кваліфікаційними комісіями науково-дослідних інститутів судових експертиз Міністерства юстиції України".

(Пункт 5 втратив чинність на підставі Наказу Мін'юсту N 11/5а від 18.04.2000)

Міністр юстиції України С.Головатий

(Додаток 1 вилучено на підставі Наказу Мін'юсту N 529/7 від 11.07.2002)

Додаток N 2
до наказу Міністра юстиції України
від 15.07.1997 р. N 285/7-А "Про
експертно-кваліфікаційні комісії та
атестацію судових експертів"

ПОЛОЖЕННЯ ПРО ЕКСПЕРТНО-КВАЛІФІКАЦІЙНІ КОМІСІЇ ТА АТЕСТАЦІЮ СУДОВИХ ЕКСПЕРТІВ

Розділ 1.
Загальні положення

1. Відповідно до статей 9, 16 і 17 Закону України "Про судову експертизу" це Положення визначає:

- функції, порядок створення і діяльності експертно-кваліфікаційних комісій, які діють в науково-дослідних інститутах судових експертиз Міністерства юстиції України (далі - Мін'юст);
- порядок проведення атестації судових експертів;

- порядок та умови підвищення кваліфікації судового експерта;
- порядок розгляду справ про дисциплінарну відповідальність судового експерта;
- порядок розгляду скарг фахівців науково-дослідних інститутів судових експертиз на рішення експертно-кваліфікаційних комісій інститутів.

2. В системі Мін'юсту створюються:
- експертно-кваліфікаційні комісії (ЕКК) науково-дослідних інститутів судових експертиз (НДІСЕ);
- Центральна експертно-кваліфікаційна комісія Міністерства юстиції України.

3. Центральна експертно-кваліфікаційна комісія Міністерства юстиції України приступає до здійснення своїх обов'язків з 1 вересня 1997 року.

ЕКК НДІСЕ припиняють з 1 серпня 1997 року атестацію фахівців підприємницьких структур та громадян з метою присвоєння кваліфікації судового експерта.

Розділ II.
Експертно-кваліфікаційні комісії науково-дослідних інститутів судових експертиз

1. Загальні положення

1.1. Головним завданням ЕКК є визначення рівня професійної підготовки фахівців НДІСЕ шляхом їх атестації з метою присвоєння кваліфікації і кваліфікаційного класу судового експерта.

1.2. ЕКК створюються в науково-дослідних інститутах судових експертиз. Перелік інститутів, в яких діють ЕКК, додається (додаток N 1).

1.3. Порядок присвоєння кваліфікації та кваліфікаційного класу судового експерта визначається цим Положенням та Положенням про кваліфікаційні класи судових експертів з числа працівників науково-дослідних інститутів судових експертиз Міністерства юстиції України, затвердженим наказом Мін'юсту від 30.11.1995 р. N 360/6.

2. Склад експертно-кваліфікаційних комісій

2.1. ЕКК створюється в складі: керівника інституту або його заступника, керівників структурних підрозділів та найбільш досвідчених фахівців, які мають кваліфікацію судового експерта і стаж наукової та практичної роботи за спеціальністю не менше 5 років, та фахівців із процесуальних питань судової експертизи.

2.2. Склад ЕКК формується із постійних і змінних членів комісії. Постійними членами комісії є голова, його заступник, секретар комісії та фахівці з процесуальних питань судової експертизи. Постійний склад ЕКК формується і затверджується головою ЦЕКК.

2.3. До змінного складу комісії, який формується і затверджується головою ЕКК, входять не менше двох фахівців з тих експертних спеціальностей, з яких комісія присвоює кваліфікацію або кваліфікаційний клас судового експерта. До складу комісії можуть включатись фахівці інших науково-дослідних інститутів судових експертиз Мін'юсту, а також наукових установ і навчальних закладів інших міністерств і відомств.

2.4. Голова ЕКК, а за його відсутності заступник, організує роботу комісії по виконанню Закону України "Про судову експертизу", додержанню інших нормативних актів, що регулюють роботу ЕКК.

2.5. Підготовка матеріалів для розгляду комісією, а також ведення діловодства покладається на секретаря кваліфікаційної комісії, який призначається головою комісії із членів ЕКК.

3. Повноваження і порядок роботи експертно-кваліфікаційних комісій

3.1. ЕКК відповідно до покладених на неї завдань:

- розглядає подання, складене безпосереднім керівником експерта, який підлягає атестації, та документи, що додаються (характеристика, копія диплома про освіту, витяг з трудової книжки);
- організує попереднє рецензування поданих рефератів та проектів висновків експертів;
- допускає експерта або відмовляє йому у допуску до атестації;
- приймає кваліфікаційний іспит.

3.2. За наслідками іспиту та розгляду відповідних документів в залежності від рівня професійних знань, стажу і досвіду експерта ЕКК приймає одне з таких рішень:

- про присвоєння відповідного кваліфікаційного класу та кваліфікації судового експерта;
- про підтвердження раніше присвоєного кваліфікаційного класу та кваліфікації;
- про пониження кваліфікаційного класу судового експерта;
- про позбавлення кваліфікаційного класу та кваліфікації судового експерта;

- про відмову в присвоєнні кваліфікації судового експерта.

3.3. Строк повноважень членів ЕКК становить 5 років. Заміна члена ЕКК, якщо він не може виконувати свої обов'язки, здійснюється на загальних засадах.

3.4. Підготовка засідання комісії забезпечується головою, його заступником та секретарем. Про час і місце проведення засідання комісії зацікавлені особи повідомляються не пізніш як за 10 днів до розгляду подання про присвоєння кваліфікації та кваліфікаційного класу судового експерта.

4. Забезпечення діяльності експертно-кваліфікаційних комісій

4.1. Матеріально-технічне, фінансове та інформаційне забезпечення діяльності експертно-кваліфікаційних комісій покладається на інститути, в яких працюють комісії.

4.2. ЕКК користується штампом і печаткою інституту, в якому вона працює.

Розділ III.
Центральна експертно-кваліфікаційна комісія Міністерства юстиції України

1. Загальні положення

1.1. Основні завдання Центральної експертно-кваліфікаційної комісії Міністерства юстиції України (ЦЕКК) є:

- проведення атестації з метою присвоєння кваліфікації судового експерта фахівцям підприємницьких структур і громадянам;
- розгляд питань дисциплінарної відповідальності судових експертів, що працюють у державних, підприємницьких структурах або одноособово;
- визначення порядку та умов підвищення кваліфікації судових експертів.
- ЦЕКК виступає як апеляційна комісія з розгляду скарг фахівців НДІ судових експертиз на рішення ЕКК інститутів.

1.2. ЦЕКК має свій бланк і печатку.

2. Склад Центральної експертно-кваліфікаційної комісії

2.1. До постійного складу ЦЕКК входять голова, заступники голови, два представники Мін'юсту, фахівець із процесуальних питань судової експертизи, секретар. Постійний склад ЦЕКК затверджується наказом Міністерства юстиції України.

(Підпункт 2.1 пункту 2 розділу III в редакції Наказів Мін'юсту N 942/7 від 12.11.2001, N 401/7 від 04.06.2002)

(Підпункт 2.2 пункту 2 розділу III виключено на підставі Наказу Мін'юсту N 942/7 від 12.11.2001)

2.2. До участі в засіданні ЦЕКК запрошуються не менше двох фахівців, які мають кваліфікацію судового експерта і стаж практичної роботи не менше п'яти років з тих експертних спеціальностей, з яких комісія присвоює кваліфікацію судового експерта. За потреби до участі в засіданні можуть запрошуватись фахівці наукових установ і навчальних закладів інших органів державної влади (за їх згодою). Склад таких фахівців затверджується за поданням відповідального секретаря головою ЦЕКК.

(Розділ III пункту 2 доповнено підпунктом 2.2 згідно з Наказом Мін'юсту N 401/7 від 04.06.2002)

2.3. Організаційне забезпечення діяльності ЦЕКК здійснює секретаріат комісії згідно з Положенням про секретаріат ЦЕКК, яке затверджується головою ЦЕКК.

3. Повноваження і порядок роботи Центральної експертно-кваліфікаційної комісії

3.1. ЦЕКК відповідно до покладених на неї завдань:

3.1.1. Розглядає питання про присвоєння кваліфікації судового експерта фахівцям підприємницьких структур і громадянам за їх заявою. До заяви додаються:

а) копія диплома про освіту;

б) витяг із трудової книжки;

в) довідка про одержану підготовку з відповідного виду судової експертизи або експертної спеціальності;

г) квитанція про оплату за атестацію.

3.1.2. Допускає експерта або відмовляє йому у допуску до атестації.

3.1.3. Приймає кваліфікаційний іспит.

3.1.4. Залежно від рівня професійних знань, стажу і досвіду експерта та за наслідками іспиту і розгляду відповідних матеріалів ЦЕКК приймає одне з таких рішень:

- про присвоєння кваліфікації судового експерта;
- про підтвердження раніше присвоєної кваліфікації судового експерта;
- про позбавлення кваліфікації судового експерта;
- про відмову в присвоєнні кваліфікації судового експерта.

3.1.5. Розглядає скарги на рішення ЕКК НДІСЕ.

3.1.6. Вирішує питання про можливість складання повторного кваліфікаційного іспиту ЦЕКК експертом, який подав скаргу, та приймає одне з таких рішень:

- про залишення рішення ЕКК НДІСЕ без змін, а скарги без задоволення;
- про допущення до повторної атестації ЦЕЕК експерта, який подав скаргу;
- про скасування рішення ЕКК НДІСЕ і про присвоєння кваліфікації судового експерта.

3.1.7. Призначає дисциплінарне провадження та затверджує Положення про порядок призначення дисциплінарного провадження і розгляд дисциплінарних справ.

3.1.8. Скликає Дисциплінарні комісії (ДК) для розгляду конкретних справ щодо дисциплінарної відповідальності судових експертів та затверджує їх склад.

3.1.9. Визначає порядок атестації та переатестації судових експертів державних та підприємницьких структур.

3.1.10. Визначає порядок та умови підвищення кваліфікації судових експертів.

3.1.11. Затверджує програми навчання судових експертів.

3.2. При розгляді скарг рішення ЦЕКК є остаточним.

Якщо ЦЕКК прийняла рішення про відмову в присвоєнні кваліфікації судового експерта, фахівець має право через 6 місяців у загальному порядку знову подати документи для повторної перевірки його знань та присвоєння кваліфікації судового експерта.

У цьому випадку голова ЦЕКК затверджує за поданням відповідального секретаря новий склад фахівців з експертних спеціальностей.

3.3. Строк повноважень членів ЦЕКК становить 5 років. Заміна члена ЦЕКК, якщо він не може виконувати свої обов'язки, здійснюється на загальних засадах.

3.4. Скарги на рішення ЕКК НДІСЕ розглядаються ЦЕКК у місячний термін за участю особи, яка подала скаргу, і представника комісії, рішення якої оскаржується.

Розділ IV.
Порядок атестації судових експертів

1. Загальні положення

1.1. Для присвоєння кваліфікації та кваліфікаційного класу фахівці державних установ повинні мати вищу освіту, пройти відповідну підготовку в галузі судової експертизи, знати чинне законодавство та інші нормативні акти, які регулюють порядок призначення і проведення судових експертиз.

1.2. Для присвоєння кваліфікації судового експерта фахівці підприємницьких структур і громадяни повинні мати підготовку з наукових технічних або інших спеціальних галузей знань, з яких вони мають намір атестуватись як судові експерти, володіти правовими основами судової експертизи та обов'язково пройти стажування в науково-дослідних інститутах судових експертиз з урахуванням зон обслуговування, визначених ЦЕКК.

1.3. Фахівці, яким присвоєна кваліфікація судового експерта, вносяться до Реєстру атестованих судових експертів державних і підприємницьких структур та громадян згідно з чинним законодавством.

1.4. Фахівці підприємницьких структур та громадяни, які атестуються з метою присвоєння кваліфікації судового експерта, вносять за атестацію плату, розмір якої визначається Мін'юстом, виходячи з фактичних затрат на організацію та проведення атестації.

1.5. До початку розгляду заяви (подання) особа, яка подала заяву (подання), має право заявити відвід члену ЕКК або ЦЕКК, якщо вона вважає, що член комісії зацікавлений в результатах розгляду, чи має сумнів у його об'єктивності з інших причин.

Питання про заявлений відвід вирішується іншими членами комісії без участі члена, якому заявлено відвід, відкритим голосуванням більшістю голосів. У разі рівності голосів член комісії вважається відведеним.

2. Порядок атестації судового експерта

2.1. ЦЕКК та ЕКК проводять атестацію судових експертів згідно з програмою кваліфікаційних іспитів та вимог, затверджених головою ЦЕКК.

2.2. Засідання комісії проводяться в міру потреби. Термін розгляду заяв або подання не повинен перевищувати 30 днів з дня надходження в комісію.

2.3. Рішення комісії приймається простою більшістю голосів членів комісії і оформлюється протоколом (додаток N 2), який підписується головуючим і присутніми членами комісії.

При розбіжності думок члени комісії, які не згодні з рішенням, записаним в протоколі, підписують протокол із позначкою "З особливим поглядом" і оформлюють письмово свої мотивування.

2.4. Засідання ЕКК є правомочним, якщо в ньому беруть участь не менше 2/3 її постійного складу та не менше двох фахівців тієї спеціальності і того класу, з яких комісія проводить атес-

тацію щодо присвоєння кваліфікації або кваліфікаційного класу судового експерта.

2.5. Кваліфікація судового експерта присвоюється з дозволом проведення певного виду експертиз і експертних спеціальностей.

Перелік основних видів судових експертиз і експертних спеціальностей, з яких в інститутах присвоюється кваліфікація судового експерта фахівцям НДІСЕ та підприємницьких структур і громадянам, додається (додатки N 4, 5).

2.6. Фахівці складають письмовий (реферат та проекти висновків експерта) та усний (співбесіда) екзамени.

2.7. Результати атестації щодо присвоєння кваліфікаційного класу судового експерта заносяться до атестаційного листа, що підписується головуючим на засіданні ЕКК, секретарем та членами комісії, які брали участь у засіданні, і повідомляються працівнику, який атестувався, одразу після її проведення (додаток N 3).

2.8. Члени ЦЕКК і ЕКК на час роботи в комісії звільняються від виконання інших службових обов'язків.

3. Свідоцтво про присвоєння кваліфікації судового експерта

3.1. На підставі рішення комісії фахівцю видається відповідно Свідоцтво про присвоєння кваліфікації судового експерта (додаток N 6) або доповнення до Свідоцтва про присвоєння кваліфікації судового експерта (додаток N 7) чи робиться відмітка в "Свідоцтві" про продовження терміну його дії. Свідоцтво підписується головою комісії і секретарем, засвідчується відбитком печатки ЦЕКК, реєструється в журналі, який ведеться секретарем комісії.

3.2. Свідоцтво про присвоєння кваліфікації судового експерта дійсне протягом п'яти років для працівників інститутів та інших державних експертних структур і три роки - для громадян, які працюють у підприємницьких структурах або проводять судові експертизи за разовими договорами. Термін дії свідоцтва продовжується після підтвердження експертом своєї кваліфікації, про що робиться відповідна відмітка у свідоцтві. Строк дії свідоцтва продовжується на п'ять і три роки відповідно.

3.3. Фахівцю, який має кваліфікацію судового експерта і одержав необхідну підготовку для проведення іншого виду судової експертизи або з іншої експертної спеціальності, рішенням відповідної ЦЕКК або ЕКК може бути додатково надане право проведення такого виду експертиз або за такою експертною спеціальністю.

Згідно з рішенням комісії до "Свідоцтва" про присвоєння кваліфікації судового експерта видається доповнення.

4. Позбавлення або втрата кваліфікації судового експерта

4.1. Позбавлення кваліфікації судового експерта може мати місце внаслідок скоєння судовим експертом злочину або службового проступку, що призвело до втрати довір'я до нього, а також через визнання його не відповідним займаній посаді або в разі засудження судового експерта чи визнання судом цієї особи недієздатною.

4.2. Рішення про позбавлення кваліфікації судового експерта приймає ЕКК та ЦЕКК.

4.3. Після позбавлення кваліфікації судового експерта свідоцтво про її присвоєння вилучається ЦЕКК. Вилучені свідоцтва знищуються, про що складається акт за підписом голови і секретаря та робиться відмітка в журналі.

4.4. Кваліфікація судового експерта вважається втраченою після закінчення строку дії свідоцтва, якщо він не продовжений.

4.5. Особи, позбавлені кваліфікації, і ті, що втратили кваліфікацію судового експерта, виключаються із Реєстру атестованих судових експертів державних і підприємницьких структур та громадян.

Розділ V.
Дисциплінарна відповідальність судових експертів

1. Загальне положення

1.1. Відповідно до ст.14 Закону України "Про судову експертизу" судовий експерт може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності. За порушення вимог цього Закону, інших актів законодавства України, що регламентують судово-експертну діяльність, рішенням ДК до судового експерта можуть бути застосовані такі дисциплінарні стягнення:

- попередження;
- зупинення дії свідоцтва про присвоєння кваліфікації судового експерта;
- анулювання свідоцтва про присвоєння кваліфікації судового експерта;
- зниження кваліфікаційного класу судового експерта.

1.2. Підставами призначення дисциплінарного провадження можуть бути:

- подання Мін'юсту та його органів на місцях чи повідомлення керівників або заступників керівників державних органів, інших організацій або громадян;
- подання голови ЕКК НДІСЕ;
- повідомлення в засобах масової інформації.

1.3. Дисциплінарне провадження включає:

- перевірку даних про дисциплінарний проступок судового експерта;
- порушення дисциплінарного провадження;
- розгляд дисциплінарної справи.

1.4. Порядок призначення дисциплінарного провадження і розгляд дисциплінарних справ визначається відповідним Положенням.

Додаток N 1
до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністра юстиції України від 15.07.1997 р. N 285/7-А

Перелік науково-дослідних інститутів судових експертиз Мін'юсту України, в яких діють ЕКК

1. Київський науково-дослідний інститут судових експертиз 252025, м.Київ-25, вул.В.Житомирська, 19, тел.212-21-91

2. Харківський науково-дослідний інститут судових експертиз 310163, м.Харків-16, вул.Золочевська, 8-А, тел.70-27-88

3. Одеський науково-дослідний інститут судових експертиз 270026, м.Одеса-26, вул.Ланжеронівська, 21, тел.24-90-55

4. Львівський науково-дослідний інститут судових експертиз 290004, м.Львів-4, пл.Возз'єднання, 7, тел.72-66-68

5. Донецький науково-дослідний інститут судових експертиз 340102, м.Донецьк-102, вул.Ливенка, 4, тел.90-14-39

Додаток N 2
до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністра юстиції України від 15.07.1997 р. N 285/7-А

Протокол N _____
засідання експертно-кваліфікаційної комісії

_____
(назва комісії)

"___" _____ 19__ р.

Зазначена комісія у складі:

голови комісії _____

членів _____

_____

і секретаря комісії _____
у відповідності з Положенням про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів розглянула:

1. Подання _____
(чиє)

2. Заяву _____
(суб'єкт підприємництва)

про присвоєння кваліфікації судового експерта _____

_____
(вид експертизи, спеціальність)

_____

фахівцю _____
(назва установи,

_____
посада, прізвище, ім'я та по батькові)

3. Проекти висновків складені експертом _____

_____
(прізвище, ім'я та по батькові)

висновки та рецензії на них додаються.

На засіданні комісії присутній _____
(прізвище та ініціали)

Обговоривши подання (заяву) та додані документи, комісія запропонувала _____
(прізвище та ініціали)

відповісти на поставлені запитання згідно із затвердженою програмою.

Відповіді оцінено _____
(задовільно, незадовільно)

Експертно-кваліфікаційна комісія вирішує:

Присвоїти (підтвердити) _____
(прізвище, ім'я та по батькові)

кваліфікацію судового експерта з правом проведення _____

_____
(вид експертизи, спеціальність)

_____

Утриматись від присвоєння (підтвердження) _____

_____

кваліфікації судового експерта _____

_____
(навести мотиви)

Голова комісії _____
(підпис)

Члени: _____

_____

_____

Секретар комісії: _____

Додаток N 3
до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністра юстиції України від 15.07.1997 р. N 285/7-А

Атестаційний лист N _____

1. Загальні дані

Прізвище, ім'я, по батькові _____

Рік народження _____

Посада, яку займає фахівець, і стаж роботи за нею (на момент атестації) _____

Освіта (найменування закладу і рік закінчення) _____

_____

Спеціальність за освітою _____

Науковий ступінь, вчене звання _____

Загальний трудовий стаж, у тому числі в судовій експертизі _____

2. Результати атестації

За підсумками голосування експертно-кваліфікаційної комісії:

Присвоїти ____ клас судового експерта (за __ проти __)

Залишити ____ клас судового експерта без змін (за __ проти __)

Понизити ____ клас судового експерта

Позбавити _____ (за ____ проти ____)

Голова експертно-кваліфікаційної комісії _____ (підпис)

Члени комісії _____ _____

_____ _____

_____ _____
(підписи)

Секретар комісії _____
(підпис)

Дата атестації "___" _____ 199_ р.

З результатами атестації ознайомлений _____

_____
(підпис фахівця, який атестувався)

Додаток 4
до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністра юстиції України від 15.07.97 N 285/7-А
(у редакції наказу від 17.01.2002 N 4-5

Перелік основних видів судових експертиз та експертних спеціальностей, за якими присвоюється кваліфікація судового експерта фахівцям науково-дослідних інститутів судових експертиз Міністерства юстиції України

№	Види судових експертиз	Індекси експертних спеціальностей	Види експертних спеціальностей
I. Криміналістичні:			
1	Почеркознавча авторознавча	1.1	Дослідження почерку і підписів
		1.2	Дослідження писемного мовлення
2	Технічна експертиза документів	2.1	Дослідження реквізитів документів
		2.2	Дослідження матеріалів документів
		2.3	Дослідження друкарських форм
3.	Балістична експертиза	3.1	Дослідження вогнепальної зброї
		3.2	Дослідження боєприпасів і слідів пострілу
4.	Трасологічна експертиза	4. 1	Дослідження слідів людини

		4.2	Дослідження знарядь, агрегатів, інструментів, холодної зброї і залишених ними слідів, ідентифікація цілого за частинами
		4.3	Криміналістичне дослідження транспортних засобів; дослідження ідентифікаційних номерів та рельєфних знаків
5.	Вибухово-технічна експертиза	5.1	Дослідження вибухових речовин, продуктів вибуху та пострілу
		5.2	Дослідження вибухових пристроїв, слідів та обставин вибуху
6.	Фототехнічна і портретна експертиза	6.1	Дослідження фотозображень та технічних засобів їх виготовлення
		6.2	Ідентифікація особи за ознаками зовнішності за фотознімками
7.	Експертиза фоно- та відеозапису	7.1	Технічне дослідження матеріалів та засобів відео-, звукозапису
		7.2	Дослідження диктора за фізичними параметрами усної мови
		7.3	Дослідження акустичних сигналів та середовищ
		7.4	Лінгвістичне дослідження усної мови
II			
8.	Експертиза матеріалів, речовин та виробів	8.1	Дослідження лакофарбових матеріалів і покрить
		8.2	Дослідження полімерних матеріалів, пластмас і виробів з них
		8.3	Дослідження волокнистих матеріалів і виробів з них
		8.4	Дослідження нафтопродуктів і пально-мастильних матеріалів
		8.5	Дослідження скла, кераміки та вироби з них

		8.6	Дослідження наркотичних, сильнодійних і отруйних речовин
		8.7	Дослідження спиртомістких сумішей
		8.8	Дослідження грунтів
		8.9	Дослідження металів і сплавів
		8.10	Дослідження наявності шкідливих речовин у навколишньому середовищі
		8.11	Дослідження речовин хімічних виробництв
III			
9.	Біологічна експертиза	9.1	Дослідження об'єктів рослинного походження
		9.2	Дослідження об'єктів тваринного походження
IV			
10.	Інженерно-технічна експертиза	10.1	Дослідження обставин дорожньо-транспортної пригоди
		10.2	Дослідження технічного стану транспортних засобів
		10.3	Дослідження деталей транспортних засобів
		10.4	Транспортно-трасологічні дослідження
		10.5	Дослідження причин та наслідків порушення вимог безпеки життєдіяльності та охорони праці
		10.6	Дослідження об'єктів нерухомості, будівельних матеріалів, конструкцій та відповідних документів
		10.7	Розподіл земель та визначення порядку користування земельними ділянками
		10.8	Дослідження обставин виникнення і поширення пожеж та дотримання вимог пожежної безпеки
		10.9	Комп'ютерно-технічні дослідження
		10.10	Визначення оціночної вартості будівельних об'єктів та споруд

		10.11	Дослідження обставин залізнично-транспортної пригоди
		10.12	Дослідження технічного стану рухомого складу залізничного транспорту
		10.13	Дослідження інженерного обладнання верхньої будови колії
		10.14	Оцінка земельних ділянок
		10.15	Дослідження причин та наслідків надзвичайних подій в гірничий промисловості та в підземних умовах
		10.16	Дорожньо-технічні дослідження
V			
11.	Економічна експертиза	11.1	Дослідження документів бухгалтерського, податкового обліку і звітності
		11.2	Дослідження документів про економічну діяльність підприємств і організацій
		11.3	Дослідження документів фінансово-кредитних операцій
VI			
12.	Товарознавча	12.1	Оцінка машин, обладнання, сировини та товарів народного споживання
	Автотоварознавча	12.2	Визначення вартості дорожніх транспортних засобів, розміру збитку, завданого власнику транспортного засобу
		12.3	Оцінка судноплавних засобів
		12.4	Оцінка літальних апаратів
VII			
13.	Експертиза, пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності	13.1	Дослідження об'єктів авторського права
		13.2	Дослідження об'єктів суміжних прав
		13.3	Дослідження, пов'язані з охороною прав на винаходи, корисні моделі, раціоналізаторські пропозиції
		13.4	Дослідження, пов'язані з охороною прав на промислові зразки
		13.5	Дослідження, пов'язані з охороною прав на сорти рослин і породи тварин

		13.6	Дослідження, пов'язані з охороною прав на знаки для товарів і послуг, фірмові найменування, зазначення походження товарів
		13.7	Дослідження, пов'язані з охороною прав на топографію інтегральних мікросхем
		13.8	Дослідження, пов'язані з охороною прав на конфіденційну інформацію
		13.9	Економічні дослідження, пов'язані з використанням прав на об'єкти інтелектуальної власності
		13.10	Дослідження пов'язані з використанням об'єктів інтелектуальної власності у рекламі
VIII			
14.	Психологічна експертиза	14.1	Психологічні дослідження
IX			
15.	Мистецтвознавча експертиза	15.1	Мистецтвознавчі дослідження
X			
16.	Оцінка цілісних майнових комплексів	16.1	Оцінка цілісних майнових комплексів, паїв, цінних паперів

(Додаток 4 із змінами, внесеними згідно з Наказом Мін'юсту N 11/5а від 18.04.2000; в редакції Наказу Мін'юсту N 4/5 від 17.01.2002; із змінами, внесеними згідно з Наказами Мін'юсту N 122/5 від 15.10.2003, N 129/5 від 08.11.2004)

Додаток 5
до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністра юстиції України від 15.07.97 N 285/7-А
(у редакції наказу від 17.01.2002 N 4/5)

Перелік
основних видів судових експертиз та експертних спеціальностей, за якими присвоюється кваліфікація судового експерта фахівцям підприємницьких структур та громадян

№	Види судових експертиз	Індекси експертних спеціальностей	Види експертних спеціальностей
1.	Інженерно-технічна експертиза	10.1	Дослідження обставин дорожньо-транспортної пригоди
		10.2	Дослідження технічного стану транспортних засобів
2.	Будівельно-технічна	10.6	Дослідження об'єктів нерухомості, будівельних матеріалів, конструкцій та відповідних документів
		10.7	Розподіл земель та визначення порядку користування земельними ділянками
		10.10	Визначення оціночної вартості будівельних об'єктів та споруд
		10.14	Оцінка земельних ділянок
3.	Бухгалтерсько-економічна	11.1	Дослідження документів бухгалтерського, податкового обліку і звітності
		11.2	Дослідження документів про економічну діяльність підприємств і організацій
		11.3	Дослідження документів фінансово-кредитних операцій
4.	Товарознавча	12.1	Оцінка машин, обладнання, сировини та товарів народного споживання

5.	Автотоварознавча	12.2	Визначення вартості автомототранспорту, розміру збитку, завданого власнику транспортного засобу
		12.3	Оцінка судноплавних засобів
		12.4	Оцінка літальних апаратів
6.	Експертиза, пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності	13.1	Дослідження об'єктів авторського права
		13.2	Дослідження об'єктів суміжних прав
		13.3	Дослідження, пов'язані з охороною прав на винаходи, корисні моделі, раціоналізаторські пропозиції
		13.4	Дослідження, пов'язані з охороною прав на промислові зразки
		13.5	Дослідження, пов'язані з охороною прав на сорти рослин і породи тварин
		13.6	Дослідження, пов'язані з охороною прав на знаки для товарів і послуг, фірмові найменування, зазначення походження товарів
		13.7	Дослідження, пов'язані з охороною прав на топографію інтегральних мікросхем
		13.8	Дослідження, пов'язані з охороною прав на конфіденційну інформацію
		13.9	Економічні дослідження, пов'язані з використанням прав на об'єкти інтелектуальної власності
		13.10	Дослідження, пов'язані з використанням об'єктів інтелектуальної власності у рекламі

(Додаток 5 в редакції Наказів Мін'юсту N 11/5а від 18.04.2000, N 4/5 від 17.01.2002, із змінами, внесеними згідно з Наказом Мін'юсту N 129/5 від 08.11.2004

Додаток N 6
до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністра юстиції України від 15.07.1997 р. N 285/7-А

Міністерство юстиції України _____ (назва ЕКК) Свідоцтво N ___ Видане _____ (прізвище, ім'я та по батькові) _____ про те, що йому (їй) рішенням експертно-кваліфікаційної комісії від "___" _____ р. присвоєно кваліфікацію судового експерта з правом проведення _____ _____ експертиз за спеціальністю _____ Голова експертно-кваліфікаційної М.П. комісії _____ Секретар _____ "___" _____ р.	Свідоцтво дійсне до "___" _____ р. Фото М.П. _____ (підпис) Строк дії свідоцтва продовжено до "___" _____ р. _____ М.П. (підпис) Реєстраційний N ____

Опис свідоцтва

Свідоцтво про присвоєння кваліфікації судового експерта друкується в обкладинці синього кольору розміром 90 х 240 мм. Лицевий бік обкладинки має зображення Державного Герба України і напис "Свідоцтво".

Додаток N 7
до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністра юстиції України від 15.07.1997 р. N 285/7-А

Міністерство юстиції України

_____
(назва ЕКК)

Доповнення до свідоцтва N _____

про присвоєння кваліфікації судового експерта

_____
(прізвище, ім'я та по батькові)

_____

рішенням експертно-кваліфікаційної комісії _____

_____

від "___" _____ 19__ р.

додатково надано право проведення _____
(вид експертизи)

_____
(експертна спеціальність)

_____

М.П.

Доповнення до свідоцтва дійсне

до "___" _____ 19__ р.

М.П.

_____
(підпис)

"Офіційний вісник України" 1997, N 32, стор.120

Код нормативного акта: 2450/1997

Судова експертиза об’єктів права інтелектуальної власності. Навчальний посібник. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2005. – 172 с.

Автор: Кириченко Ірина Анатоліївна, судовий експерт, фахівець з інтелектуальної власності, викладач Інституту інтелектуальної власності і права

Комп'ютерна верстка С.М. Болєлий

Відповідальний за випуск О.О. Белай

Зауваження і пропозиції просимо направляти за адресою:

МСП 03680, Київ-35, вул. Урицького, 45,

ЗАТ "Інститут інтелектуальної власності і права"

тел. для довідок: (8-044) 494-06-76

ЗАТ "Інститут інтелектуальної власності і права"
МСП 03680, Київ-35, вул. Урицького, 45
Свідоцтво про внесення до державного реєстру
суб’єктів видавничої справи ДК №2075 від 27.01.2005 р.
Підписано до друку 23.05.2005,
Формат 60х84 1/16, Обсяг 5,8 обл.-вид. арк.
Набір комп'ютерний. Ціна договірна. Наклад 100 прим.