Защита авторских прав на программы для ЭВМ в уголовном, административном и гражданском судопроизводстве

- Козубенко Ю.В. Защита авторских прав на программы для ЭВМ в уголовном, административном и гражданском судопроизводстве: монография. - "Волтерс Клувер", 2009 г.

Содержание

Предисловие 4
Введение 4
Часть I. Уголовная ответственность за незаконное использование программ для ЭВМ 7
Глава 1. Объект и предмет преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ: основные проблемы правоприменения 7
§ 1. Объект преступления: определение отправной точки (леммы) 7
§ 2. Объект и предмет преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, как основание для разграничения со смежными составами 9
Глава 2. Правовой статус правообладателя и его представителей 16
§ 1. Статус правообладателя по национальному законодательству 17
Аффидевит*(49) 19
§ 2. Характер вреда, причиняемого правообладателю в результате незаконного использования программного обеспечения 20
Лицензионное соглашение с конечным пользователем по использованию программного обеспечения корпорации Майкрософт (Извлечение) 24
§ 3. Организации по управлению имущественными правами авторов на коллективной основе: кто они - потерпевшие или их представители? 28
Глава 3. Экспертиза программного обеспечения: предмет, объект и методика 34
§ 1. Основные положения назначения и производства программно-технической экспертизы 34
§ 2. Объекты, предмет и методика программно-технической экспертизы по делам конечных пользователей и предустановщиков 38
§ 3. Объекты, предмет и методика программно-технической экспертизы по делам распространителей компакт-дисков: внутренние и внешние признаки контрафактности 49
1. Внешние признаки контрафактности 50
2. Внутренние признаки контрафактности 51
Глава 4. Что такое незаконное использование программ для ЭВМ как объектов авторских прав? 53
§ 1. Общая характеристика незаконного использования программ для ЭВМ 53
§ 2. Использование нелицензионного программного обеспечения конечными пользователями (end-user case) 55
§ 3. Предустановка нелицензионного программного обеспечения на вновь приобретаемые ЭВМ или его инсталляция на уже эксплуатируемые ЭВМ, в том числе через информационную сеть Интернет (hard disk loading case) 61
§ 4. Распространение программ для ЭВМ на компакт-дисках (CD-case) 70
Часть II. Административная ответственность за нарушение авторских прав на программы для ЭВМ: основные аспекты 74
Часть III. Гражданско-правовые средства защиты авторских прав на программы для ЭВМ 82
Глава 1. Несколько слов о предварительных обеспечительных мерах по иску и о правовой природе компенсации за нарушение авторских прав 82
Глава 2. Иски о компенсации нарушения авторского права 89
§ 1. Иски, основанные на преюдиции 89
§ 2. Иски, основанные на простых письменных доказательствах 96
Из отзыва ответчика по иску о компенсации нарушения авторского права Компании "Аутодеск Инк." 96
Из отзыва ответчика 98
Противоречия экспертного заключения и протокола осмотра места происшествия 98

Из отзыва ответчика 101
Из отзыва ответчика 101
Из отзыва ответчика 103
Вместо заключения 104
Гостевая трибуна 106
Уголовная ответственность юридических лиц в США 106
Введение 106
История эволюции института уголовной ответственности юридических лиц в США 107
Современное законодательство США 109
Директивы Министерства юстиции США о привлечении юридических лиц к уголовной ответственности 111
Наказание 113
Заключение 116
Справочная информация*(255) 116
Устав Корпорации "Майкрософт"*(258) (Извлечение) 117
Статья I. Акционеры 117
Статья II. Совет директоров 119
Статья III. Специальные меры, принимаемые на собраниях акционеров, заседаниях Совета директоров и комитетов Совета 120
Статья IV. Должностные лица 121
Статья V. Сертификаты акций и их передача 122
Статья VI. Книги и документы 123
Исправленное и дополненное свидетельство об инкорпорации "АУТОДЕСК, ИНК."*(259) (В соответствии с разделами 242 и 245 Общего Корпоративного права Штата Делавэр) (Извлечение) 124
Статья I 124
Статья II 124
Статья III 124
Статья IV 124
Статья V 129
Статья VI 129
Статья VII 129
Статья VIII 129
Статья IX 130
Статья X 130
Статья XI 130
Статья XII 130
Аутодеск, Инк. Аффидевит (Извлечение) 131
Свидетельство об Инкорпорации Адобе Системз (Делавэр) Инкорпорейтед*(261) (Извлечение) 133
I. 133
II. 133
III. 133
IV. 133
V. 134
VI. 135
VII. 136
Аффидевит Adobe Systems, Inc. (Извлечение) 136

Предисловие

Большая честь и ответственность написать вступительное слово к новой книге нашего друга и, если можно так выразиться, коллеги. Юрий Вячеславович Козубенко давно занимается защитой авторских прав на программные продукты как отечественных, так и зарубежных правообладателей, и надо сказать - весьма успешно. Доля контрафактной продукции в сфере программного обеспечения в Уральском регионе за последние годы заметно снизилась, и немалая в этом заслуга автора настоящей работы.

Как в последующем увидит читатель, почти все примеры, приведенные в книге, это примеры из личного практического опыта Ю.В. Козубенко в качестве юридического представителя того или иного правообладателя, и там, где практически уже не было шансов на победу по различным причинам (недоработка органа дознания или неуверенная позиция прокурора в судебном заседании), Юрий Вячеславович всегда находил выход из положения. Универсализм и широта подхода к решению проблемы являются его визитной карточкой. В деле защиты авторских прав нет одинаковых дел. Как у компьютерного "пиратства" нет предела совершенства, так и у нас в работе по выявлению и пресечению посягательств на интеллектуальную собственность нет, как бы того не хотелось, типовых ситуаций. В связи с чем помощь и вменяемая позиция представителя правообладателя всегда бывает неоценимой.

В завершение мы хотели бы выразить пожелание автору, что независимо от того, как будут складываться события в его жизни, он все-таки не оставит "дело" защиты авторских прав и продолжит заниматься практической деятельностью в данной сфере.

Заместитель начальника УСТМ ГУВД
по Тюменской области — В.В. Доровиков

Начальник Отдела К КМ ГУВД
по Свердловской области — О.В. Грехов

Начальник Отдела К КМ УВД
по Курганской области — В.Н. Поздеев

Введение

Стиль - это нужное слово на нужном
месте, сказал Джонатан Свифт
Все слова до единого в этой книге
остались на тех местах, где они стояли
в устной речи.
Это, может быть, непочтительные речи,
но их задачей было сказать правду так,
чтобы ее слушали.
Легко и сладостно говорить правду
в лицо королю, сказали Стругацкие.

Михаил Веллер**(1)**

Последнее время стало модным писать по указанной проблематике. Слова "авторское право", "интеллектуальная собственность" в устах крупных политиков все чаще и чаще привлекают внимание общественности. Но так ли важно на самом деле

защищать авторское право в России? Нужно ли это нам, россиянам, на самом деле? На эти вопросы не сразу и находишь ответ. На уровне обывателя складывается впечатление некоторой кампанейщины. Вот надо России вступить во Всемирную торговую организацию - вот и давайте бороться с компьютерным пиратством. Для этого проводятся многочисленные брифинги, круглые столы на соответствующую тематику, встречи министров, подписываются межправительственные соглашения и т.д. В общем, казалось бы, делается многое, но воз и ныне там... Как нарушались права правообладателей, так и нарушаются они по сей день, причем не только в России.

Данная работа представляет собой попытку автора осветить данную проблему с качественно иной стороны, не через плоскость российской ментальности, а через юридическую конструкцию правоприменения. Автора как практикующего юриста в данной сфере не могут не волновать проблемы, с которыми сталкивается как отечественный, так и иностранный правообладатель, тем более отечественный пользователь в условиях российской действительности.

Исконно считалось и до сих пор считается, что Россия обладает огромным интеллектуальным потенциалом, интеллектуальным в том смысле, что многие великие умы человечества сосредоточились именно здесь, в нашей стране. Однако факторологическая антитеза данному утверждению констатирует почему-то иной ракурс - все крупнейшие "интеллектуальные собственники" сосредоточились не в России, а за рубежом, преимущественно в США (Microsoft, SolidWorks, Adobe Systems Inc., Autodesk Inc.). И наверное, это вызвано не тем, что мы чем-то хуже американцев. Нет. Просто интеллектуальная собственность приобретает свое материальное содержание в том месте и в то время, где наиболее развиты рынок, отношения свободной конкуренции, где наиболее благоприятно вести бизнес. По этому параметру, безусловно, в свое время Россия несколько отстала от своих зарубежных коллег. Но время берет свое - расставляет все по местам. Особенностью российского менталитета до сих пор остается принцип "обгоняй, не догоняя". На первый взгляд, довольно дерзкий вызов, однако смею настаивать на его существовании.

Трудно себе представить современную жизнь без электронно-вычислительных машин, прототипом которых были обычные счеты, тем более что жизнь каждого из нас так или иначе связана с электроникой, будь то обыкновенная машина или, например, автомат по принятию платежей на сотовый телефон. Последний, например, работает на операционной системе Windows. Если бы ее не было, не работал бы автомат, и мы не могли поговорить по телефону при отрицательном балансе лицевого счета. Как видно из приведенного примера, материальный объект тесно связан с нематериальным - программой для ЭВМ, одно без другого не работает, раздельное существование их возможно, а использование - нет. Если проследить историю вопроса, то можно заметить и иные факты. Почему, например, о компьютерном пиратстве в России начали говорить этак лет десять назад, неужели раньше его не было? "Было", - скажут многие. Однако в тот момент говорить об этом с точки зрения продвижения продукта было невыгодно. Так, например, некоторые иностранные правообладатели не торопились (да и сейчас, судя по заявлениям в прессе, не торопятся) бороться с "пиратством". Сначала необходимо было завоевать рынок, тем более что в условиях разрухи СССР и становления федеративного государства, с одной стороны, и финансовой стабильности "у себя дома", с другой, они могли себе это позволить. Дополнительно используя еще и тот фактор, что умный русский лучше взломает программы, чем заплатит за лицензионную деньги (ведь это намного интереснее!), фирмы-правообладатели в ряде случаев позволили "пиратить" свою продукцию направо и налево, особо не заботясь о защите своих авторских прав в условиях российской действительности. Дополнительным фактором явился и экономический кризис в России, который явно не способствовал улучшению благосостояния россиян, вследствие чего и повышению покупательского спроса на

дорогостоящую лицензионную продукцию. На тот момент российский рынок был в аутсайдерах и считался бесперспективным. Пока не наступило одно важное событие - европейский и американский рынки к концу XX в. "насытились". Надо было переходить на постсоветское пространство и азиатско-тихоокеанский регион.

Все резко начали вспоминать про Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации*(2), о РАО, BSA, необходимости реформирования национального гражданского законодательства об авторском праве, построении его под американо-европейскую модель.

Вступившая 1 января 2008 г. в законную силу четвертая часть Гражданского кодекса Российской Федерации детализировала регулирование прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Кроме того, приняты два постановления Пленума Верховного суда РФ по гражданским делам от 19 июня 2006 г. N 15 *(3) и по уголовным делам от 26 апреля 2007 г. N 14 *(4) о практике рассмотрения указанных дел о защите авторских и смежных прав, а также Информационное письмо Высшего арбитражного суда РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности"*(5). Казалось бы, чего же еще желать правоприменителю - инструкции для руководства к действию всеми высшими судебными инстанциями даны, однако 2008 г. ознаменовался заметным спадом (по крайней мере, в количественном выражении) числа дел о защите авторских и смежных прав. Судебные органы выносят решения по делам, инициированным правоохранительными органами и правообладателями еще по старому законодательству в 2007 г., и по инерции еще что-то рассматривают. А вот после 1 января 2008 г. (вступления в силу четвертой части ГК РФ) выявление подобных нарушений не так-то и увеличилось*(6). Несмотря на это, аналитические и консалтинговые компании празднуют победу. Так, согласно независимому исследованию, проведенному IDC, ведущей мировой исследовательской и консалтинговой компанией в сфере информационных технологий, 73% программного обеспечения, установленного на персональные компьютеры в России в 2007 г., было нелицензионным, что на 7% ниже, чем в 2006 г. Это самое значительное снижение уровня пиратства за отчетный период среди 108 стран, участвовавших в исследовании в 2007 г. Однако согласно тому же исследованию финансовые потери производителей программного обеспечения в России от использования пиратской продукции выросли с 2,2 млрд долл. до 4,2 млрд долл. В качестве причин увеличения потерь производителей программного обеспечения приводится существенный рост российского компьютерного рынка и рынка программного обеспечения, а также, что самое парадоксальное, укрепление курса рубля по отношению к доллару в 2007 г. На последнем аргументе остановимся поподробнее. Если следовать логике весьма известного и уважаемого агентства, уровень использования лицензионного программного обеспечения находится в обратной зависимости от уровня финансовой стабильности того или иного государства, т.е., например, в США или Японии, одних из самых финансово стабильных стран планеты, уровень "компьютерного пиратства" должен быть самым высоким, а, к примеру, в Зимбабве - одним из самых низких. Однако результаты исследования уровня использования пиратского программного обеспечения в мире за 2007 г. свидетельствуют об обратном.

Среди 108 стран, в которых проводилось исследование, уровень пиратства снизился в 67 странах, при этом увеличился только в 8. Тем не менее, поскольку мировой рынок персональных компьютеров рос значительно быстрее в странах с высоким уровнем пиратства, мировой уровень пиратства увеличился на 3% и составил 38% в 2007 г.

Страны с самым низким уровнем компьютерного пиратства: США (20%), Люксембург (21%), Новая Зеландия (21%), Япония (23%). При этом, несмотря на

снижение уровня компьютерного пиратства в США на 1%, потери правообладателей выросли до 8 млрд долл.

Страны с самым высоким уровнем пиратства: Армения (93%), Молдова (92%), Азербайджан (92%), Бангладеш (92%) и Зимбабве (91%).

Уровень компьютерного пиратства в странах БРИК (Бразилия, Россия, Индия, Китай) составил 75%. При этом самый высокий уровень пиратства в странах БРИК был зафиксирован в Китае (82%), самый низкий - в Бразилии (59%).

Уровень компьютерного пиратства в Украине в 2007 г. снизился на 1% и составил 83%.

Уровень компьютерного пиратства в странах ЕС в 2007 г. составил 35%, при потерях 12,3 млрд долл. Высокие показатели уровня пиратства в ЕС зафиксированы в Греции (58%), Италии (49%), Франции (42%)*(7).

Странно, но автор этих строк в своей гипотезе, выдвинутой в самом начале, оказался прав - чем меньше случаев неправомерного использования программного обеспечения, тем российская экономика стабильней, и наоборот. Вывод, тем более для юриста, достаточно оригинальный. Но таковы цифры. Объясняется это еще и тем, что нарушения в сфере интеллектуальной собственности причиняют вред не только авторам и иным правообладателям, но и общегосударственным интересам, в частности, это является правовым аспектом политико-экономической задачи увеличения ВВП*(8). В данной работе автор остановится, отстраняясь от личностной и политической мотивации борьбы с "компьютерным пиратством", на трех основных аспектах: уголовной ответственности за незаконное использование программ для ЭВМ, административной ответственности за нарушение авторских прав и гражданско-правовых средствах защиты авторских прав на программное обеспечение.

Часть I. Уголовная ответственность за незаконное использование программ для ЭВМ

Глава 1. Объект и предмет преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ: основные проблемы правоприменения

Наступят времена, когда мы никого
не сможем больше ждать. Вы либо
едете с нами на автобусе, либо не едете.
Кен Кизи*(9)

Сначала кто... затем что.
Джим Коллинз*(10)

§ 1. Объект преступления: определение отправной точки (леммы)

Одним из самых дискуссионных вопросов в отечественной юриспруденции до сих пор остается вопрос об объекте преступления, вопрос о его понятии, а точнее понимании и отражении в юридической практике.

Традиционно понимание объекта преступления складывается из толкования доктрины уголовного права в лице ее авторитетов (В. Спасович, Н.С. Таганцев, А. Лохвицкий, Н.Д. Сергеевский, А.А. Пионтковский и др.) и соответствующего правоприменения в системе правовых категорий, разработанных уголовно-правовой наукой. Общераспространенная точка зрения на данную проблему "Объект преступления - это общественные отношения. Только при таком понимании объекта

преступления находят свое естественное место и человек, и интересы, и правовые блага, и правопорядок"*(11). Подобная концепция "объект - общественные отношения" существует давно, однако разными авторами толкуется по-разному или вообще не разделяется. Не вдаваясь в дискуссию и перечисление многочисленных точек зрения относительно понимания объекта преступления, в качестве леммы возьмем следующие соображения, существующие в науке уголовного права.

В соответствии со ст. 8 Уголовного кодекса Российской Федерации основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, т.е. объективную сторону, субъективную сторону, субъект и объект преступления. Не секрет, что элементы состава преступления связаны между собой как единство противоположностей (как объективное и субъективное с философской точки зрения), поэтому, исходя из подобного допущения, объект и субъект как взаимосвязаны между собой, так и взаимозависимы, изначально "противостоят" друг другу в том смысле, что субъект причиняет вред объекту, а объект испытывает этот вред на себе.

В свою очередь, "причиняемый преступлением вред" - сама по себе категория субъективно-объективная, поскольку, во-первых, это те изменения, которые произошли в реальной действительности в результате совершения деяния, а во-вторых, эти изменения, которые претерпел объект преступления, всегда оцениваются законодателем при конструировании конкретного состава преступления. В связи с чем, указанные "нарушения" или "существенные изменения", которым подвергся объект преступления в результате совершения преступления, есть не что иное, как последствие этого преступления (обязательный признак объективной стороны преступления), а вовсе не признак его объекта в уголовно-правовом смысле.

При этом нельзя забывать про существующую конструкцию общественных отношений, складывающихся в связи с совершением преступного деяния. Автор придерживается той точки зрения, что "факт совершения преступления является юридическим основанием для возникновения особых отношений между преступником и потерпевшим, интересы которого представляет государство в лице его правоприменительных органов"*(12) Субъектами*(13) данного отношения, урегулированного нормами уголовного права, выступают преступник и потерпевший (правда, потерпевший в уголовно-правовом смысле), содержанием - действия субъектов, в которых реализуются их субъективные права и юридические обязанности. А объектом отношения - то, на что направлены субъективные права и юридические обязанности субъектов*(14).

В соответствии с вышесказанным субъект преступления - это преступник - участник правоотношения, который причиняет вред другому участнику указанного отношения - потерпевшему (объекту преступления)*(15) - путем нарушения его субъективного права действием (бездействием), характеризующимся определенной формой вины. В связи с совершением преступления у преступника появляется обязанность загладить вред, причиненный потерпевшему, и понести наказание в целях своего исправления и предупреждения совершения новых преступлений, т.е. ответить перед потерпевшим и не всегда путем возмещения вреда в имущественном выражении, а у потерпевшего - право на восстановление социальной справедливости путем предъявления требования к соответствующим органам, которые представляют его интересы.

Уточняя сказанное, необходимо утвердить следующее: объект преступления - это потерпевший, однако в традиционном дискурсе эти категории не всегда тождественные, поскольку, хотя и принимается за основу, что потерпевший - это человек, чей интерес или право было нарушено. Потерпевший как объект преступления характеризует ту роль, которую он выполняет именно в процессе совершения преступления, а потерпевший в смысле уголовно-процессуальном - это

лицо, которому в результате совершения преступления причинен физический, имущественный, моральный вред или вред деловой репутации. Этим отчасти, например, объясняется феномен "двухобъектных" преступлений, а также случаи, когда совершается преступное деяние, в котором отсутствует потерпевший в процессуальном смысле слова.

Так, прекращение дела за примирением сторон по таким делам, где нет потерпевшего в понимании положений ст. 42 УПК РФ, невозможно, поскольку примиряться просто не с кем. Аналогичная ситуация фактически возникает и по делам о "двухобъектных" преступлениях, где потерпевший выступает лишь как дополнительное объективное проявление этого посягательства*(16).

Таким образом, в качестве отправной точки (или, если угодно, леммы) настоящей работы следует заключить следующее - под объектом преступления в данной работе можно и нужно понимать того, против кого направлены преступные действия виновного, т.е. лицо, потерпевшее от преступления, чьи права и интересы были нарушены или поставлены под угрозу их нарушения, иными словами, чьим правам и интересам был причинен в процессе совершения преступления вред.

§ 2. Объект и предмет преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, как основание для разграничения со смежными составами

Применительно к определению объекта такого преступного посягательства как незаконное использование программ для ЭВМ (ч. 2, 3 ст. 146 УК РФ) приходим к выводу, что это конкретный правообладатель (автор, его наследник, а также физическое или юридическое лицо), чье исключительное авторское право, которым он обладает в силу закона или договора, на использование программы для ЭВМ, было нарушено в процессе совершения указанного преступления. Особо необходимо отметить, что не могут быть признаны авторами программ для ЭВМ граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такой программы, в том числе оказавшие ее автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на такую программу или ее использованию, а также граждане, осуществлявшие контроль за выполнением соответствующих работ (ст. 1228 ГК РФ).

Под предметом в данном случае следует понимать сами объекты авторских прав, являющиеся по своей природе нематериальной ценностью, по поводу которых совершается незаконное использование, а именно: интеллектуальной собственностью конкретного правообладателя. Программы для ЭВМ в силу ст. 1259 ГК РФ относятся к объектам авторского права и охраняются как произведения литературы.

Особый интерес вызывает квалификация деяния по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 146 и 272, а также ст. 183 УК РФ.

В технико-юридическом смысле одно действие (бездействие), содержащее признаки преступлений, предусмотренных двумя или более статьями УК РФ, признается идеальной совокупностью, отличительной особенностью которой является то, что виновным совершается одно деяние, причиняющее вред разным объектам преступления. Указанные объекты не соотносятся как часть и целое, общее и специальное, в связи с чем преступное деяние не охватывается одной нормой, а требует квалификации по различным статьям УК РФ.

Так, объектом преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ, выступает (право)обладатель компьютерной информации, самостоятельно ее создавший либо получивший на основании закона или договора право предпринимать меры по защите от ее несанкционированного доступа третьими лицами и чьи права нарушены виновным в процессе произведенного им неправомерного доступа к охраняемой

законом компьютерной информации, повлекшего ее уничтожение, блокирование, модификацию либо копирование. Причем полномочия указанного субъекта отличны от полномочий субъекта авторских прав, поскольку существуют применительно к различным объектам гражданских прав (ст. 128 ГК РФ). Так, последние относятся к полномочиям в отношении интеллектуальной собственности, а первые - к полномочиям обладателя информации, получившего на основании закона или договора право разрешать или ограничивать доступ к информации, а также использовать ее**(17)**. Сказанное подтверждается и различием предмета преступлений, предусмотренных ст. 146 и 272 УК РФ, несмотря в ряде случаев на их терминологическую схожесть.

Под предметом преступления, предусмотренного ч. 2, 3 ст. 146 УК РФ, как мы уже отмечали, понимаются программы для ЭВМ как объекты авторских прав, а предметом преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ, - программы для ЭВМ как компьютерная информация. Различие указанных предметов происходит в зависимости от способа восприятия. В первом случае программа для ЭВМ является результатом творческой деятельности независимо от своего назначения и достоинства, а также способа выражения, во втором - как совокупность упорядоченных определенным образом сведений и данных, хранящихся под общим именем и предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата.

Таким образом, нужно различать компьютерную информацию, содержащую данные и команды, предназначенные для функционирования ЭВМ в целях получения определенного результата, по существу и программу для ЭВМ, в которой эта информация выражена, поскольку охрана авторским правом программы для ЭВМ ориентирована не на ее существо, содержание, а на ее форму и за пределы этой формы выйти не может**(18)**. Вот почему авторское право никогда не охраняет существа идей, принципов, процессов, языков программирования, заложенных в основе программ для ЭВМ, например идеи и принципы организации интерфейса**(19)**.

В то же время способ выражения в обоих случаях один - программа для ЭВМ, которая хранится на машинном носителе информации (жесткий диск компьютера, дисковый накопитель, флеш-карта, магнитно-оптический или просто оптический диск) либо передается по локальной вычислительной сети, в том числе по сети Интернет. Не случайно, например, в стандартных лицензионных соглашения (авторских договорах), заключаемых с конечными пользователями Корпорацией "Майкрософт", Компанией "Аутодеск Инк." или, например, Компанией "Бентли" отдельно прописываются вещные, авторские и иные права на программное обеспечение.

"Сохранение прав и права собственности. Майкрософт оставляет за собой все права, которые не предоставлены вам явно данным лицензионным соглашением с конечным пользователем. Программное обеспечение защищено законами и международными соглашениями об авторском праве и иных правах на интеллектуальную собственность. **Право собственности, авторские права и иные права** на интеллектуальную собственность в отношении программного обеспечения принадлежат Майкрософт и ее поставщикам. **Данное программное обеспечение лицензируется, а не продается** (выделено мной. - Ю.К.)**(20)**.

"Все права защищены. За исключением того, что прямо оговорено в настоящем Договоре, титул, право собственности и все права и интересы, включая, без ограничения, на патенты, авторские права, товарные знаки, коммерческую тайну и другие объекты интеллектуальной собственности, а также права на Материалы Autodesk и любые сделанные Вами копии остаются за компанией Autodesk и ее лицензиарами. Структура, организация и код Материалов Autodesk являются ценной коммерческой тайной компании Autodesk и ее лицензиаров, и Вы обязаны обеспечить их конфиденциальность. Права на Программное обеспечение и Пользовательскую

документацию лицензируются, но не продаются"**(21)**.

"3. Права интеллектуальной собственности. Правовой титул; сохранение прав. Абонент признает и соглашается, что:

(b) Права на продукты, Комплекты документов по каждому Продукту и любую информацию, полученную Абонентом через программу Селект или при использовании Селект-онлайн или иными способами электронной передачи данных, содержат охраняемую информацию "Бентли", ее лицензиаров или иных поставщиков и защищаются законами об авторских правах США, иными применимыми законами о защите авторских прав, иными законами, связанными с защитой интеллектуальной собственности и положениями международных договоров;

(c) На Продукты выдаются лицензии, сами Продукты не продаются, и право на каждую копию Продуктов остается у "Бентли" или ее лицензиаров и не переходит к Абоненту; и

(d) "Бентли" сохраняет все права, передача которых прямо не оговорена"**(22)**.

В связи с вышесказанным не является противоречием действующему законодательству, если в обоих преступлениях (ст. 146 и 272 УК РФ) потерпевшим по делу в результате совершенного преступления будет признано одно и то же лицо.

Так, приговором Кировского районного суда г. Екатеринбурга 14.09.2005 Г. осужден за совершение преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 146, ч. 1 ст. 272, ч. 1 ст. 273 УК РФ. Преступление им совершено при следующих обстоятельствах:

в неустановленное время в неустановленном месте Г. из информационной сети Интернет записал на диски типа CD-ROM программные продукты Microsoft XP Professional и Microsoft 2003 Professional, авторские права на которые принадлежат Корпорации "Майкрософт"; "1С:Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка", правообладателем которой является ЗАО 1С... после чего хранил их из корыстных побуждений с целью неоднократного незаконного использования объектов авторского права для извлечения прибыли путем незаконного распространения копий контрафактных продуктов Корпорации "Майкрософт" и ЗАО 1С... и 16.06.2005 в период времени с 12.00 до 13.40 часов незаконно, действуя из корыстных побуждений, за вознаграждение... установил на ЭВМ... программные продукты, Microsoft XP Professional и Microsoft 2003 Professional, правообладателем которых является Корпорации "Майкрософт"; "1С:Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка", правообладателем которой является ЗАО 1С...

Он же 16.06.2005 в период времени с 12.00 до 13.40 часов совершил неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, то есть информации на машинном носителе, в электронно-вычислительной машине (ЭВМ), повлекший копирование информации и ее модификацию. При этом умышленно, не имея законного права на доступ к охраняемой законом компьютерной информации, и не являясь лицом, управомоченным Корпорацией "Майкрософт", произвел копирование на жесткий диск компьютера имеющиеся у него на компакт дисках типа CD-ROM программные продукты Microsoft XP Professional и Microsoft 2003 Professional, авторские права на которые принадлежат Корпорации "Майкрософт"; а также не являясь управомоченным ЗАО 1С лицом произвел копирование на жесткий диск компьютера имеющиеся у него на компакт дисках типа CD-ROM программный продукт "1С:Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка", правообладателем которого является ЗАО 1С. При этом Г. умышленно, с целью обеспечения возможности эксплуатации установленной им программы произвел изменение файла запуска 1cv7s.exe программы "1 С:Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка" при помощи программы-патчера, в результате чего произвел обход встроенных в программный продукт средств защиты от несанкционированного копирования и использования, тем самым нейтрализуя установленные правообладателем средства защиты данного программного продукта, что позволило запускать и эксплуатировать

установленный им контрафактный экземпляр указанной компьютерной программы без установленного правообладателем аппаратного ключа защиты*(23).

Приговором Октябрьского районного суда г. Екатеринбурга 25.11.2005 Ф. осужден за совершение преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 146, ч. 1 ст. 272, ч. 1 ст. 273 УК РФ. Преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 272 УК РФ, им совершено при следующих обстоятельствах:

7.07.2005 в период времени с 11 часов до 13 часов, в офисе ООО "Х" по ул. Б. 2, Ф. умышленно, не являясь управомоченным ЗАО "Одна компания", корпорации "Microsof", ЗАО "1С" лицом, путем модификации компьютерных файлов и не имея законного права, при помощи вредоносных программ типа "kons.exe" и "ksg32.exe" получил доступ к охраняемой законом компьютерной информации, при помощи вредоносных программ типа "WPA_Kill.exe", "Win XP Actvaton Crack English.exe" получил доступ к охраняемой законом компьютерной информации - программам "Microsoft Windows XP Professional", "Microsoft Office XP Professional Russian", при помощи вредоносной программы типа "патчер" получил доступ к охраняемой законом компьютерной информации - программе "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка"*(24).

Подобная квалификация преступления по ст. 272 УК РФ никоим образом не свидетельствует о неправильном применении уголовного закона и (или) необоснованном уголовном преследовании. В понимании суда (и на наш взгляд, совершенно правильном) программа для ЭВМ как компьютерная информация должна толковаться (восприниматься правоприменителем) как совокупность файлов, по определению являющихся "упорядоченным набором записей или иной совокупностью данных, хранящихся в компьютерной системе под общим именем"*(25). Причем необходимо иметь в виду, что вся совокупность файлов делится на два больших класса: файлы программ (исполнимые файлы) и файлы данных (неисполнимые файлы), в свою очередь, последние по типу хранимых данных делятся на текстовые, графические, двоичные, командные, файлы баз данных, видео- и аудиофайлы.

С другой стороны, легальное определение программы для ЭВМ, данное в ст. 1261 ГК РФ, на практике вызывает нечеткое понимание существа вопроса, когда речь идет о дистрибутиве программного обеспечения*(26). Общеизвестная трактовка - "дистрибутив (от англ. distribute - распространять) - это форма распространения программного обеспечения"*(27), представляющая собой набор файлов для инсталляции какой-либо программы*(28). Поэтому при установлении объекта преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ, программа для ЭВМ в виде дистрибутива воспринимается как совокупность файлов, хранящихся под общим именем, предназначенных для функционирования ЭВМ путем их инсталляции, а при определении объекта преступления, предусмотренного ч. 2, 3 ст. 146 УК РФ, - как объект авторского права, по определению являющийся результатом творческой деятельности независимо от способа выражения. В данном вопросе Верховный Суд РФ пошел дальше. Высшая судебная инстанция под экземпляром произведения предлагает понимать "копию произведения, изготовленную в любой материальной форме, в том числе в виде информации, зафиксированной на машиночитаемом носителе (CD- и DVD-диске, MP3-носителе и др.)"*(29), т.е. в том числе и в виде дистрибутива.

В то же время "зацикливаться" на предмете преступления не стоит, так как неправомерный доступ преимущественно характеризуется способом совершения преступления и наступившими последствиями, в связи с чем акцентирование внимания на предмет преступления не должно быть чрезмерным. Основная проблема лежит в способе его (предмета) восприятия.

Приговором Кировского районного суда г. Екатеринбурга 26.06.2007*(30) Т. осужден за совершение преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 146, ч. 1 ст. 272, ч. 1

ст. 273 УК РФ. Преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 272 УК РФ, им совершено при следующих обстоятельствах:

05.04.2007 в период с 11 часов 00 минут до 14 часов 00 минут в офисном помещении ОАО "СКБ-банк", расположенном по ул. XXXX, в г. Екатеринбурге, Т. умышленно, не имея законного права на доступ к охраняемой законом компьютерной информации, и не являясь управомоченным ЗАО "1С" лицом, произвел копирование на жесткий диск компьютера с имеющегося на компакт дисках типа CD-R программный продукт "1С:Предприятие 8.0", авторские права на которые принадлежат ЗАО "1С".

Если в первых двух примерах в качестве обязательного последствия рассматривалась модификация (переработка) программы, то в последнем - речь идет о ее копировании, под которым обычно понимается перенос программы на машинный носитель и ее настройка для обеспечения функционирования (адаптации)**(31)**, причем настройка любой программы, в зависимости от заложенных в нее правообладателем возможностей, может осуществляться как самим установщиком, так и самой программой. На практике бывают случаи, когда выполняется копирование уже смодифицированной программы, например, путем "переливания готового образа программы" с одного машинного носителя на другой, но это уже вопрос другого раздела настоящей работы**(32)**.

Сложнее обстоит дело с разграничением объектов преступлений, предусмотренных ст. 272 и ч. 2, 3 или 4 ст. 183 УК РФ, совершенных с помощью ЭВМ как средства (инструмента) совершения преступления, когда компьютерная информация составляет коммерческую тайну.

В теории и практике правоприменения серьезные разногласия возникают при квалификации деяний, когда охраняемая законом компьютерная информация, являющаяся предметом преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ, обладает еще рядом дополнительных признаков, ее индивидуализирующих, в частности отнесение компьютерной информации к коммерческой тайне или сведениям, носящим конфиденциальный характер. Причинение вреда подобному объекту преступления влечет уголовную ответственность, причем в одних случаях как посягательство в сфере экономической деятельности, в других - за совершение компьютерных преступлений, а в-третьих, по совокупности преступлений. Единообразный подход к решению данного вопроса диктуется не столько формальными соображениями, сколько тем, что при совершении любого компьютерного преступления наступают последствия второго уровня**(33)**, и вряд ли последовательным нужно признать такой подход, при котором неправомерный доступ к компьютерной информации, повлекший копирование информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну, всегда должен признаваться квалифицирующим обстоятельством, например, по ч. 3 ст. 183 УК РФ, в то время, как наступление такого рода последствий, вызванных неправомерным доступом к охраняемой законом компьютерной информации, не может.

Объектом преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ, как уже отмечалось, выступает обладатель компьютерной информации, самостоятельно ее создавший либо получивший на основании закона или договора право предпринимать меры по защите от ее несанкционированного доступа третьими лицами и чьи права нарушены виновным в процессе произведенного им неправомерного доступа к охраняемой законом компьютерной информации, повлекшего ее копирование. Компьютерная информация является предметом преступления ст. 272 УК РФ, в законодательном ее выражении - это сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления**(34)**, например, в электронном виде - в виде базы данных или программы для ЭВМ. Законодатель особо выделяет информацию с ограниченным доступом по условиям его правового режима и подразделяет ее на информацию, отнесенную к государственной, профессиональной и иной тайне, и информацию,

составляющую коммерческую тайну (секрет производства или ноу-хау), имеющую конфиденциальный характер.

К сведениям конфиденциального характера относятся**(35)**.

1. Сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях.

2. Сведения, составляющие тайну следствия и судопроизводства, а также сведения о защищаемых лицах и мерах государственной защиты, осуществляемой в соответствии с Федеральным законом от 20 августа 2004 г. N 119-ФЗ "О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства"**(36)** и другими нормативными правовыми актами Российской Федерации.

3. Служебные сведения, доступ к которым ограничен органами государственной власти в соответствии с ГК РФ и федеральными законами (служебная тайна).

4. Сведения, связанные с профессиональной деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами (врачебная, нотариальная, адвокатская тайна, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных или иных сообщений и т.д.).

5. Сведения, связанные с коммерческой деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с ГК РФ и федеральными законами (коммерческая тайна).

Что касается коммерческой тайны, то в предложенной ситуации, во-первых, она выступает предметом преступления, предусмотренного ст. 183 УК РФ, и в легальном толковании**(37)** представляет собой режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду.

Во-вторых, коммерческая тайна непосредственно связана с таким объектом интеллектуальной собственности, как секрет производства (ноу-хау). Так, согласно ч. 1 ст. 1 ФЗ "О коммерческой тайне" данный акт регулирует отношения, "связанные с установлением, изменением и прекращением режима коммерческой тайны в отношении информации, составляющей секрет производства (ноу-хау)". Этот режим, по всей видимости, должен будет устанавливать сам правообладатель, поскольку закон об этом умалчивает.

Поскольку согласно ст. 1465 ГК РФ секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и др.), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны, то основные признаки (увеличение доходов и получение выгоды) коммерческой тайны можно относить не ко всей информации фирмы, а только к принадлежащему ей в установленном порядке ноу-хау.

Следовательно, коммерческая тайна и информация, составляющая коммерческую тайну, не совпадающие по содержанию категории, поскольку последнее, по существу, выступает сведениями о предмете преступления, предусмотренного ст. 183 УК РФ, а первое существует только в отношении последнего.

Первый промежуточный вывод: неправомерный доступ к компьютерной информации, содержащей коммерческую тайну, совершенный с использованием своего служебного положения (ч. 2 ст. 272 УК РФ), в связи с различием объекта

преступлений не всегда может выступать и не выступает способом совершения преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 183 УК РФ (незаконные разглашение и использование сведений, составляющих коммерческую тайну, без согласия их владельца лицом, которым она была доверена или стала известна по службе, совершенное из корыстной заинтересованности).

Приговором Чкаловского районного суда г. Екатеринбурга 02.04.2007 М. осужден за совершение преступлений, предусмотренных ст. 272 ч. 2, ст. 183 ч. 3 УК РФ.

Судом установлено, что 13.11.2006 в 17 часов 10 минут М., являясь менеджером отдела оптовой торговли ОАО "Ю...", находясь на своем рабочем месте но адресу: г. Екатеринбург, ул. 8 Марта, XXX, осуществил неправомерный доступ к компьютерной информации клиентской базы грузополучателей "сама база.x1з" и дополнениям к ней: "дополнение 2.X13", "дополнение к 6ase.xls", "справочник грузополучателей xls", обладателем которой согласно ст. 6 Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и защите информации" от 27.07.2006 является ОАО "Ю..." и на которую распространяется режим коммерческой тайны**(38)**.

Необходимо также отметить, что проведенный анализ был бы неполным, если не обратиться также к объективной стороне преступления.

С точки зрения законодательной конструкции объективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ, неправомерный доступ к компьютерной информации окончен, когда в результате неправомерного доступа наступили вредные последствия в форме уничтожения, блокирования, модификации или копирования информации. Под копированием понимается снятие копии оригинальной информации с сохранением возможности ее использования по назначению на машинный носитель информации (жесткий диск ЭВМ, магнитную ленту, перфокарту, дискету), на магнитно-оптический носитель (CD-ROM, DVD-ROM) или передача информации в файлах через локальные вычислительные сети, в том числе сети Интернет.

Выше отмечалось, что неправомерный доступ должен быть сопряжен с копированием компьютерной информации, т.е. когда он выступает в качестве необходимого условия совершения указанного деяния. Сам по себе неправомерный доступ не образует объективную сторону преступления по ст. 272 УК РФ, иначе получалось бы, что действия по использованию и распространению документов (в том числе в электронном виде), содержащих информацию, составляющую коммерческую тайну, с помощью компьютерной техники или иных технических средств для обеспечения доступа к незаконному получению интересующей информации, подпадают под диспозицию ст. 183 УК РФ.

Однако, как видно из материалов уголовного дела, судом также установлено, что 13.11.2006 в 17 часов 10 минут, М., уведомленный надлежащим образом о запрете на доступ к охраняемой Положением фирмы "Об обеспечении коммерческой тайны" от 28.12.2000 информации, с целью ее копирования, руководствуясь корыстными побуждениями и осознавая неправомерность своих умышленных преступных действий, без согласия владельца данной информации (ОАО "Ю...". - Ю.К.) осуществил управление персональной ЭВМ посредством клавиатуры и манипулятора "мышь", тем самым незаконно, при помощи специальных команд совершил неправомерный доступ к компьютерной информации клиентской базы грузополучателей "сама база, xls" и дополнениям к ней: "дополнение 2.xls", "дополнение к базе, xls", "справочник грузополучателей, xls", находящихся в самораспаковывающемся архиве "от С... для С...)).), exe", скопировав данный архив на дискету с целью последующей передачи за денежное вознаграждение "Мастеру Ювелиру" (Н.). Кроме этого, М. посредством электронной почты с адреса: m...l@mail.ru отправил самораспаковывающийся архив "от С... для С...))).exe", содержащий файлы: "сама база, xls" и дополнения к ней: "дополнение 2. xls", "дополнение к базе, xls", "справочник грузополучателей, xls",

составляющие информацию, являющуюся коммерческой тайной ОАО "Ю..." на почтовые электронные адреса, названные Н.: m...a@el.ru и k...y@r66.ru. Тем самым М., воспользовавшись своим служебным положением, из корыстных побуждений, осуществил неправомерный доступ, с целью копирования, к охраняемой законом компьютерной информации: "сама база, xls", "дополнение 2.xls", "дополнение к базе, xls", "справочник грузополучателей, xls" принадлежащей ОАО "Ю...", в персональной ЭВМ, повлекший копирование информации, на которую распространяется правовая охрана Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и защите информации" от 27.07.2006, Федерального закона N 3523-1 "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" от 23.09.1992, Положения "Об обеспечении коммерческой тайны и неразглашении сведений конфиденциального характера ОАО "Ю..." от 28.12.2000.

Итак, при наличии указанных обстоятельств согласно существующему понятийному аппарату, закрепленному в Федеральных законах "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных", "О коммерческой тайне", "Об информации, информационных технологиях и о защите информации", Конвенции Совета Европы о защите физических лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера от 28 января 1981 г.**(39)**, применительно к данной ситуации, суд совершенно правильно пришел к следующему выводу:

Действия М. обоснованно квалифицированы по ч. 2 ст. 272 УК РФ как неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, то есть информации на машинном носителе, в электронно-вычислительной машине (ЭВМ), системе ЭВМ или их сети, повлекший ее копирование, с использованием своего служебного положения.

А также по ч. 3 ст. 183 УК РФ как незаконное разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну, без согласия их владельца лицом, которому она была доверена по работе, совершенное из корыстной заинтересованности.

Глава 2. Правовой статус правообладателя и его представителей

Нет человека, который был бы,
как Остров, сам по себе, каждый человек
есть часть Материка, часть Суши;
и если Волной снесет в море береговой Утес,
меньше станет Европа, и также,
если смоет край Мыса или разрушит Замок твой
или Друга твоего;
смерть каждого Человека умаляет и меня,
ибо я един со всем Человечеством,
а потому не спрашивай никогда,
по ком звонит Колокол: он звонит по тебе.

Джон Донн**(40)**

В результате незаконного использования объектов авторского права их правообладателю причиняется вред. В уголовно-процессуальном смысле в качестве такого правообладателя выступает потерпевший**(41)**, под которым понимается физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. В нашем случае - это автор произведения, т.е. физическое лицо, творческим трудом которого оно создано (ст. 1257 ГК РФ), а

также физическое или юридическое лицо, которое обладает исключительным правом на программу для ЭВМ или базу данных в силу закона или договора (ст. 1229 ГК РФ).

По общему правилу, решение о признании потерпевшим оформляется постановлением дознавателя, следователя или суда, однако при принятии такого решения соответствующий субъект на практике сталкивается сразу с несколькими трудностями.

I. Кто является правообладателем соответствующего объекта авторского права?

II. Каков характер вреда, причиняемый в результате незаконного использования объектов авторского права?

III. Как должны быть оформлены полномочия представителя потерпевшего, если правообладатель - юридическое лицо?

§ 1. Статус правообладателя по национальному законодательству

Первая проблема заключается в установлении, как минимум, трех фактов.

Необходимо определить, какие именно программы для ЭВМ незаконно использовались.

Идентичность указанных программ программам, которые принадлежат соответствующему правообладателю.

На каком основании авторские права принадлежат данному правообладателю.

Если первые два факта обычно подтверждаются заключением специалиста в области программного обеспечения либо его пояснениями, данными в ходе проводимого проверочного мероприятия или процессуального действия при его участии, то последний требует пояснения.

По общему правилу, авторское право принадлежит автору произведения в силу его создания, т.е. презюмируется, поскольку для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрация произведения или соблюдение каких-либо иных формальностей (п. 4 ст. 1259 ГК РФ). Лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения, считается его автором, если не доказано иное (ст. 1257 ГК РФ). Кроме того, нет необходимости дожидаться обнародования произведения, авторское право существует уже с того момента, когда ему (произведению) придана объективная форма, в том числе письменная, устная форма (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), форма изображения, форма звуко- или видеозаписи, объемно-пространственная форма. Иными словами, произведение считается выраженным в объективной форме и получает охрану, когда третьи лица, наряду с автором, могут с ним ознакомиться. При этом не имеет значения, может ли такая объективная форма восприниматься непосредственно органами чувств или с помощью технических средств, таких как ЭВМ (п. 3 ст. 1259 ГК РФ).

Вот почему к числу доказательств, подтверждающих принадлежность указанных прав правообладателю, относятся сведения о факте создания программы, в силу которого возникает авторское право, а также договоры об отчуждении исключительных авторских прав приобретателю***(42)** и (или) свидетельства о регистрации в Роспатенте, если таковые выдавались, поскольку регистрация программ осуществляется по желанию правообладателя.

Оригинальный способ подтверждения прав на программу использует ЗАО "Одна компания". Данная фирма-правообладатель помимо регистрации в Роспатенте своих правовых библиотек в качестве программ для ЭВМ, регистрирует их дополнительно в Министерстве Российской Федерации по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций в качестве электронного периодического издания на правах средства массовой информации, что обусловливает двойную охрану данного

произведения, одновременно как программы для ЭВМ и как средства массовой информации, и может влечь различные правовые последствия нарушения прав на него*(43).

В каком-то смысле помощь специалиста необходима. Однако обычно данные сведения*(44) устанавливаются путем допроса правообладателя (его представителя) и истребования, при необходимости, соответствующих документов.

Так, например, фирма ЗАО "1С" подтверждает свои авторские права путем направления информационного письма-справки следующего содержания:

На Ваш запрос по поводу подтверждения принадлежности ЗАО "1С" исключительных прав на программы для ЭВМ семейства "1С:Предприятие 7.7", включая программные продукты "1С:Предприятие 7.7. Комплексная поставка", можем пояснить следующее:

1. Исключительные права на указанные в Вашем запросе программные продукты и все входящие в их состав компоненты действительно принадлежат ЗАО "1С", поскольку программы были разработаны программистами фирмы "1С" в рамках выполнения ими служебного задания работодателя и, соответственно, являются служебными произведениями (ст. 14 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах", ст. 1295 ГК РФ). Обладатель исключительных прав для оповещения о своих правах использует знак охраны авторского права, который помещается на каждом легально произведенном экземпляре программы и включает в себя латинскую букву "С" в окружности, наименование обладателя исключительных авторских прав - Фирма "1С", год первого опубликования произведения. В соответствии со ст. 9 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" (ст. 1262 ГК РФ) какая-либо специальная регистрация или депонирование программ для ЭВМ не требуется.

2. Вместе с тем, воспользовавшись правом на официальную регистрацию, предусмотренным ст. 13 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных", ЗАО "1С" получило свидетельства Роспатента на целый ряд программных компонентов, в том числе свидетельства на следующие программы для ЭВМ:

"1С:Торговля и склад 7.7" (N 2001610831); "1С:Бухгалтерия 7.7" (N 2001610506); "1С:Зарплата и кадры 7.7" (N 2001611301);

"1С:Предприятие 7.7. Комлексная конфигурация "Бухгалтерия + Торговля + Склад + Зарплата + Кадры" (N 2001611306);

"1С:Предприятие 7.7 Конфигурация "Производство + Услуги + Бухгалтерия" (N 2001611305);

"1С:Предприятие 7.7. Конфигурация "Финансовое планирование" (N 2001611302).

Необходимо отметить, что система программ для ЭВМ "1С:Предприятие 7.7 ПРОФ. Комплексная поставка", "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия). Комплексная поставка" и "1С:Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка". представляют собой комплексный продукт, в состав которого входят прикладные компоненты "Оперативный учет", "Бухгалтерский учет" и "Расчет", соответствующие трем программам для ЭВМ: "1С:Торговля и склад 7.7", "1С:Бухгалтерия 7.7", "1С:Зарплата и кадры 7.7" соответственно, а также программы-конфигурации, включая "1С:Предприятие 7.7. Комплексная конфигурация "Бухгалтерия + Торговля + Склад + Зарплата + Кадры", "1С:Предприятие 7.7 Конфигурация Производство + Услуги + Бухгалтерия" и "1С:Предприятие 7.7. Конфигурация "Финансовое планирование". Учитывая комплексный (составной) характер указанного программного продукта его государственная регистрация в качестве единой программы не производилась.

В тех случаях, когда правообладателем выступает иностранное юридическое лицо, то по правилам ст. 5 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.)*(45) и ч. 1 ст. II Всемирной конвенции об авторском праве (заключена в Женеве 6 сентября

1952 г., вступила в действие для СССР 27 мая 1973 г.)*(46) относительно правовой охраны исключительных авторских прав иностранного правообладателя в Российской Федерации применяется российское законодательство по охране интеллектуальной собственности.

Однако из этого правила есть исключение, согласно которому "при предоставлении на территории Российской Федерации охраны произведению в соответствии с международными договорами Российской Федерации автор произведения или иной первоначальный правообладатель определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав" (п. 3 ст. 1256 ГК РФ).

Так, в США весь объем авторских прав на программу для ЭВМ, созданную по заданию работодателя, принадлежит последнему, включая не только исключительное имущественное право использовать это произведение, но и все личные неимущественные права (раздел 17 "Авторское право" Свода законов США, § 201(b)*(47)). Принадлежность авторских прав на программу для ЭВМ подтверждается совершением аффидевита - дачей письменного показания под присягой, которое удостоверяет нотариус.

В частности, аффидевит, совершенный от имени компании Аутодеск Инкорпорейтед, сформулирован следующим образом*(48):

Аффидевит*(49)

Я, Паскаль У. Ди Фронзо, Аутодеск, Инк., удостоверяю следующее:

1. Я - Старший Вице-Президент, Генеральный Советник и Секретарь Аутодеск, Инк., компании, надлежащим образом зарегистрированной в Штате Делавэр, Соединенные Штаты Америки, с юридическим адресом: 111 МакИннис Парквэй, 94903 Сан Рафаэль, Кали форния, США (далее "Компания"). Я надлежащим образом уполномочен Компанией совершить настоящий Аффидевит от ее имени. Если ничего другого не установлено, информация, данная в этом Аффидевите, получена из моих личных знаний или подобрана из книг и документации Компании.

2. Указанное ниже, прикрепленное в Приложении А к настоящему документу, является подробной информацией по каждому из произведений, которые являются произведениями, охраняемые авторским правом, созданные и обнародованные Компанией. Авторские права на эти произведения принадлежат Компании.

В свидетельство чего, Я настоящим прилагаю здесь свою собственноручную подпись 2 августа 2007 года, г. Сан Рафаэль, Штат Калифорния, США

Аутодеск, Инк.
[подпись]
Паскаль У. Ди Фронзо
Старший Вице-Президент,
Генеральный Советник и Секретарь

Штат Калифорния)
)s.s.
Округ Марин)

В штате Калифорния, Округ Марин, 2 августа 2007 года предстал передо мной, Кристиной Дж. Калб, лично явившийся Паскаль У. Ди Фронзо, который представил мне достаточные доказательства того, что он является лицом, чьим именем подписан настоящий документ, и подтвердил, что он подписал настоящий документ в силу имеющихся у него полномочий, и что его подписью на настоящем документе, лицо или

организация, от имени которых он действует, удостоверили настоящий документ.

Я подтверждаю под страхом наказания за лжесвидетельство по законам Штата Калифорния, что сведения, изложенные выше, являются подлинными и достоверными.

```
В подтверждение чего моя подпись и официальная печать
[подпись]
Кристина Дж. Калб
```

Печать: Кристина Дж. Калб, Свидетельство о назначении N 1617435, государственный нотариус - Калифорния, Округ Марин. Срок моих полномочий истекает 31 октября 2009 г.

§ 2. Характер вреда, причиняемого правообладателю в результате незаконного использования программного обеспечения

Характер вреда, причиняемый в результате незаконного использования объектов авторского права, зависит от фактических обстоятельств дела и индивидуальных особенностей потерпевшего, в данном случае правообладателя.

В этой связи утверждаем, что в результате незаконного использования объектов авторских прав физический вред потерпевшему в силу характера и природы авторских прав ему не причиняется.

По общему правилу, вследствие причинения вреда одним лицом другому лицу возникает обязательство виновного возместить вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, в полном объеме. Независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда осуществляется компенсация морального вреда.

При этом следует учитывать, что в случае нарушения личных неимущественных прав правообладателя (право на пользование своим именем, право авторства и другие неимущественные права в соответствии с законами об охране прав на результаты интеллектуальной деятельности) либо посягательства на принадлежащие ему другие нематериальные блага (например, деловая репутация юридического лица), возникает обязательство виновного вследствие причинения морального вреда даже в том случае, когда в законе отсутствует специальное указание о возможности его компенсации. В случае же посягательства на имущественные права правообладателя (авторское право на использование произведения) указанного обязательства не возникает**(50)**.

Таким образом, в связи с тем, что "моральный вред признается законом вредом неимущественным, несмотря на то, что он компенсируется в денежной или иной материальной форме"**(51)**, причиняемый в результате незаконного использования объектов авторского права вред может быть как имущественный, так и неимущественный.

Так, например, приговором мирового судьи судебного участка N 10 Ленинского района г. Тюмени от 01.06.2005 по уголовному делу по обвинению А. в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, установлено, что в результате преступленных действий А. правообладатель программного продукта Корпорация "Майкрософт" недополучила доход в сумме 56 855 рублей 48 копеек. Кроме того, правообладателю причинен ущерб в виде уменьшения покупательского спроса на лицензионное программное обеспечение, появление на рынке некачественных контрафактных экземпляров программ, установления демпинговых цен и затруднения контроля за ценовой политикой, что влечет подрыв деловой репутации Корпорации "Майкрософт" на российском рынке**(52)**.

На практике возникают сложности при определении имущественного вреда, причиненного потерпевшему. Имущественный вред (иногда под ним имеют в виду

материальный ущерб) в данном случае одновременно выступает в двух ипостасях, как то:

признак (или характеристика) процессуального статуса потерпевшего;

обязательный признак объективной стороны состава преступления.

Так, Орджоникидзевский районный суд г. Екатеринбурга, рассмотрев 12.03.2008 в апелляционном порядке уголовное дело по апелляционной жалобе адвоката М. на приговор мирового судьи судебного участка N 7 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга от 28.05.2007, которым Г. осужден за совершение преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ к наказанию в виде штрафа в размере 50 000 (пятьдесят тысяч рублей), в своем постановлении обоснованно указал:

Состав преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, является формальным, следовательно, установление факта причинения ущерба, а также его размера не требуется***(53)**.

Кроме того, ни уголовный закон, ни его толкование, данное Верховным Судом РФ по вопросам назначения судами РФ уголовного наказания***(54)**, не ставят в зависимость размер назначаемого наказания от размера причиненного вреда потерпевшему.

Так называемый крупный размер, указанный в Примечании к ст. 146 УК РФ, не относится к имущественному вреду, причиняемому потерпевшему, а является обязательным признаком деяния, который определяется, исходя из стоимости экземпляров произведения или стоимости прав на использование объектов авторского права.

С другой стороны, в результате совершения любого преступления потерпевшему всегда причиняется вред, поэтому факт причинения вреда всегда наличествует. Однако представляется не совсем обоснованным правовая позиция суда, согласно которой указание сумм недополученных доходов как признака деяния в обвинительном заключении органами предварительного расследования лишает суд возможности установить размер содеянного применительно к диспозиции ст. 146 УК РФ.

Так, Курганский городской суд, рассмотрев 28.05.2007 в судебном заседании материалы уголовного дела в отношении Ш., обвиняемой в совершении преступления, предусмотренного п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ, установил: Из обвинения Ш. следует, что в результате ее действий правообладатели аудиовизуальных, музыкальных произведений и компьютерных программ, содержащихся на 630 ДВД-дисках с аудиовизуальной продукцией, 329 СД-дисках с аудиозаписями, 78 СД-дисках с компьютерными программами недополучили доход в сумме 340 850 рублей***(55)**.

Это обстоятельство суд признал одним из оснований для возвращения дела прокурору, указав, что в обвинительном заключении не содержится сведений о стоимости экземпляров произведений, указание же сумм недополученных доходов таковым (стоимостью) не является.

Конечно, если строго следовать букве уголовного закона, то суд прав, в диспозиции ст. 146 УК РФ ни слова не сказано про недополученные доходы, речь идет о стоимости произведений или стоимости прав на них.

В то же время, исходя из дуализма правовой природы вреда, причиняемого имуществу***(56)** правообладателя-потерпевшего, который, кстати говоря, выражен в виде убытков, условно можно "приравнять" материальный и процессуальный аспекты имущественного вреда в части его размера.

Под убытками согласно ст. 15 ГК РФ понимаются:

расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб);

неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях

гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Применительно к незаконному использованию программ для ЭВМ, как правило, речь может идти об упущенной выгоде, поскольку, как верно отметил 4 июля 2007 г. Саткинский городской суд Челябинской области, рассмотрев материалы уголовного дела в отношении Д., "имущественный ущерб выражен в упущенной выгоде, прямой реальный ущерб потерпевшим не причинен"**(57)**.

В состав упущенной выгоды могут входить:

1) стоимость незаконно воспроизведенных или незаконно распространенных экземпляров произведений, или стоимость прав на использование программ для ЭВМ;

2) стоимость доходов правонарушителя от нарушения авторских прав (при условии узкопрофильной деятельности, например, прокат).

Так, например, Сургутский городской суд Ханты-Мансийского автономного округа - Югра, рассмотрев 22.01.2008 в судебном заседании материалы уголовного дела в отношении М., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ установил: Стоимость программного обеспечения, незаконно хранившегося и выставленного на продажу М., составила согласно заключению эксперта от 10.08.2007 - 487 000 рублей.

В результате преступных действий М. правообладатель программного продукта Корпорация "Майкрософт" недополучила доход в сумме 301 000 рублей, правообладатель программного продукта Компания "Аутодеск Инк." недополучила доход в сумме 186 000 рублей**(58)**.

В указанном случае в описательно-мотивирочной части приговора, а также и в обвинительном заключении, необходимо разделять имущественный вред как признак (или характеристика) процессуального статуса потерпевшего и как обязательный признак деяния, несмотря на то что их размеры, как правило, совпадают**(59)**.

Или вообще не указывать на имущественный вред, причиненный потерпевшему. Тем более, что высшая судебная инстанция совершенно однозначно указала, что "незаконное использование объектов авторского права следует считать оконченным преступлением с момента совершения указанных действий в крупном (особо крупном) размере независимо от наступления преступленных последствий в виде фактического причинения ущерба правообладателю"**(60)**.

Так, Орджоникидзевский районный суд г. Екатеринбурга, рассмотрев 14.08.2007 уголовное дело в отношении Ш., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ, установил: Стоимость прав на использование объектов авторских прав, принадлежащих Корпорации "Майкрософт", незаконно используемых Ш., составила 55 055,01 рублей.

Стоимость прав на использование объектов авторских прав, принадлежащих ЗАО "Одна компания", незаконно используемых Ш., составила 321 538,20 рублей.

Стоимость прав на использование объектов авторских прав, принадлежащих Корпорации ЗАО "1С", незаконно используемых Ш., составила 59 400 рублей.

Общая стоимость прав на использование объектов авторского права, незаконно используемых Ш., составила 430 993,21 рубля**(61)**.

Центральный районный суд г. Тюмени, рассмотрев 17.10.2008 уголовное дело N 1-717-08 в отношении М., обвиняемого в совершении преступлений, предусмотренных п. "в" ч. 3 ст. 146; ч. 1 ст. 272 УК РФ, установил: До 06.03.2008 М., действуя умышленно, с целью последующего сбыта хранил на CD-дисках заведомо для него контрафактный программный продукт "Autodesk 3ds max 6", правообладателем которого является Компания "Autodesk". Стоимость лицензионного экземпляра составляет 3525 евро, то есть 128 627 рублей по курсу ЦБ РФ на 06.03.2008**(62)**.

В связи со сказанным особое внимание необходимо уделить определению крупного размера указанного деяния. Очень часто неправильное установление размера деяния приводит в правоприменительной деятельности к серьезным

нарушениям прав и интересов как потерпевших от преступлений, так и лиц, привлекаемых к уголовной ответственности.

У большинства фирм-правообладателей существуют "линейки" программных продуктов с идентичными названиями, но с различной сферой предназначения и разрешенным способом использования. Например, в коммерческой организации установлено программное обеспечение, использование которого возможно исключительно в образовательных целях, и наоборот, в учебном заведении осуществляется образовательный процесс с использованием коммерческого программного обеспечения. И дело здесь не в том, лицензионные данные программы или нет - в обоих случаях будет происходить нарушение авторских прав, поскольку все права на использование произведения, прямо не переданные по лицензионному договору, считаются непереданными (абз. 2 п. 1 ст. 1235 ГК РФ)**(63)**. Но нас интересует проблема несколько иного плана - проблема правильного определения крупного размера деяния. Ведь не случайно законодатель предусмотрел в примечании к ст. 146 УК РФ в качестве крупного размера стоимость произведения или стоимость прав на его использование, тем самым невольно указав на зависимость стоимости программы для ЭВМ от объема предоставляемых авторских прав по ее использованию**(64)**.

Отчасти по этой причине автором данной работы последовательно отстаивается та точка зрения, что участие специалиста и (или) эксперта в сфере программного обеспечения по уголовным делам является обязательным, поскольку представляется важным для правильного определения стоимости программы получение ответов на вопросы о том, какая именно версия программы обнаружена, какими техническими характеристиками это подтверждается, какова сфера предназначения (функциональность) этой программы, исходя из установленных характеристик, и самое главное - какой версии программы соответствует обнаруженная программа. Иначе разъяснение высшей судебной инстанции о "розничной стоимости оригинальных (лицензионных) экземпляров произведений на момент совершения преступления"**(65)** теряет всякий смысл.

Приведем конкретный пример, корпорация "Майкрософт" использует три основных варианта распространения операционной системы Windows**(66)**:

1. OEM-версии, предназначенные для использования компаниями - сборщиками систем для установки на новые ЭВМ или модернизации/модификации существующих ЭВМ (OEM - original equipment manufacturer или производитель оборудования, который продает свое оборудование с уже установленным на нем программным обеспечением);

2. Коробочные версии или FPP (full packaged product или полностью упакованный продукт) предназначены для розничной продажи и последующего использования потребителями. Может быть использована для лицензирования ОС на новом ПК, для модификации (апгрейда), а также для легализации установленной ОС. Коробочная версия предоставляет пользователю более широкий набор прав на использование продукта по сравнению с OEM версиями. Лицензия может переноситься с одного компьютера на другой, однако, при этом не должно быть установлено большее количество копий, чем это разрешено условиями лицензионного соглашения. Рекомендована пользователям для лицензирования в розницу;

3. Корпоративная лицензия.

Решение для лицензирования установленной операционной системы Windows XP Professional в рамках программы корпоративного лицензирования Microsoft Open License (Get Genuine Solution). Решение для организаций предусматривает лицензирование полной версии ОС на уже используемых ПК с ранее установленной контрафактной, пиратской, полученной иным незаконным способом, либо нелицензионной копией Windows XP Professional. Минимальный размер заказа - 5 лицензий. Другие корпоративные лицензии ОС Windows, предлагаемые в программах

корпоративного лицензирования, и предназначенные для организаций, которым требуется не менее 5 лицензий, позволяют приобретать лишь версии обновления. Полные версии поставляются в 4-х представленных выше видах продукта.

Отдельно можно выделить версию для лицензирования установленной операционной системы Windows XP Professional (Get Genuine Kit). Версия предназначена для установки на уже используемые ЭВМ с ранее установленной контрафактной, пиратской, полученной иным незаконным способом, либо нелицензионной копией Windows XP Professional.

Чтобы отличить один вид лицензирования (способ использования) от другого, необходимо обратиться к помощи эксперта и представителя правообладателя - потерпевшему.

В первых двух случаях при легальном распространении программ для ЭВМ вместе с последними передается экземпляр лицензионного соглашения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре такой программы либо на упаковке этого экземпляра (договор присоединения). Начало использования такой программы пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора (п. 3 ст. 1286 ГК РФ).

В качестве примера приведем содержание такого лицензионного соглашения, прилагаемого к экземплярам программ, авторские права на которые принадлежат Корпорации "Майкрософт".

Лицензионное соглашение с конечным пользователем по использованию программного обеспечения корпорации Майкрософт (Извлечение)

Внимание - необходимо внимательно прочесть! Данное лицензионное соглашение с конечным пользователем является соглашением между вами (физическим или юридическим лицом) и корпорацией Майкрософт (Microsoft Corporation) ("Майкрософт") по использованию программного обеспечения, сопровождающего данное лицензионное соглашение с конечным пользователем, которое включает соответствующие носители и службы Интернета Майкрософт ("программное обеспечение"). Программное обеспечение может сопровождаться изменением или дополнением к данному лицензионному соглашению с конечным пользователем. Если вы загружаете, копируете программное обеспечение или используете его каким-либо другим способом, этим вы подтверждаете свое согласие соблюдать условия данного лицензионного соглашения с конечным пользователем. если вы не согласны, не устанавливайте, не копируйте и не используйте программное обеспечение; вы можете вернуть его продавцу и получить уплаченную за него сумму, если это применимо.

Такой вид договоров (в отличие от корпоративной лицензии, заключаемой в письменной форме) принято называть "оберточными" лицензиями (shrink-wrap license). Активация программного продукта является конклюдентным действием (п. 2 ст. 158 ГК РФ), совершая которое пользователь выражает свое согласие на заключение лицензионного договора и начинает использовать данную программу для ЭВМ.

Почему техническая помощь эксперта в сфере информационных технологий обязательна?

Во-первых, чтобы помочь определить юристу-правоприменителю, заключен лицензионный договор или нет. Для этого необходимо установить, активирована ли программа или перед нами просто ее демонстрационная (ознакомительная) версия.

Во-вторых, чтобы различить, OEM-версию программы от ее коробочного аналога. Здесь также необходимы познания эксперта в установлении ее верной

конфигурации.

Так, на практике указанное различие проводится по серийному номеру программного продукта (PID), который содержит число последовательности с девятью цифрами, sssssssss, извлеченными из ключа продукта, который использовался, чтобы установить систему. Он имеет формат xxxxx-sss-sssssss-xxxxx для всех систем за исключением OEM, которые имеют формат xxxxx-OEM-xxssssx-sssss***(67)**.

Помощь правообладателя в данном случае будет заключаться в том, чтобы отличить коробочную версию от корпоративной, так как по номеру продукта можно установить, заключалось ли корпоративное соглашение или нет с данным пользователем, сделав запрос в адрес правообладателя, поскольку факт заключения указанного соглашения отдельно отражается в информационной базе "Майкрософт", либо непосредственно запросить у конечного пользователя. Это важно, потому что при отсутствии заключенного письменного корпоративного соглашения с пользователем***(68)** и при совпадении на нескольких ЭВМ последовательности, как минимум, из девяти цифр - sssssssss, извлеченными из ключа продукта***(69)** - однозначно свидетельствуют о "пиратском" происхождении установленных на ЭВМ программ.

Как только будет установлено, в пределах какого объема прав происходило использование (имеется в виду незаконное использование) программы, иными словами, какой версии программы соответствует обнаруженная программа, можно судить о ее стоимости или стоимости авторских прав на ее использование. К слову сказать, стоимость лицензионной OEM-версии, например, в два раза меньше стоимости коробочной - в рамках использования последней предоставляется наибольший объем прав. В приведенной таблице приведены основные различия указанных вариантов лицензирования.

Критерий различия	FFP (коробочная версия)	OEM
Категория заказчиков	Розничные покупатели, у которых уже имеется ЭВМ	Розничные и корпоративные покупатели, приобретающие ЭВМ с предустановленным образом
Особенности лицензионного соглашения с конечным пользователем	Если пользователь продает ЭВМ или ЭВМ выходит из употребления, то программу можно: - передать новому пользователю ЭВМ вместе со всеми атрибутами лицензионности продукта (компакт-диск, руководство пользователя); - деинсталлировать со старой ЭВМ для установки на другую ЭВМ	К ЭВМ "привязывается" ключ продукта. Если пользователь продает ЭВМ или ЭВМ выходит из употребления, то программу нельзя: - передать новому пользователю ЭВМ; - деинсталлировать со старой ЭВМ для установки на другую ЭВМ
Ключ продукта Product ID	Внутри коробки, на обратной стороне компакт-диска 25-значный ключ продукта	Внутри пластиковой коробки на сертификате подлинности (Certificate of Authenticity)
Формат серийного номера продукта	xxxxx-sss-sss sssx-xxxxx	xxxxx-OEM-xxssssxssss
Особенности повторной активации	Это повторная привязка ключа программы к изменившейся аппаратной конфигурации. Можно производить любые изменения конфигурации ЭВМ	Это повторная привязка ключа программы к изменившейся аппаратной конфигурации. Можно заменять любые компоненты, кроме жесткого диска. Его замена приравнивается к переносу лицензии на новый ПК, а значит требует новой лицензии

Учитывая изложенное, необходимо резюмировать, что в процессе использования обнаруженной в ходе проверки "взломанной" программы (т.е. нелицензионной, с признаками контрафактности) происходит предоставление пользователю наибольшего объема авторских прав на ее использование, что, в частности, соответствует коробочной версии продукта. При "взломе" программы, а на юридическом языке, использовании нелицензионной копии программы, "происходит

нейтрализация установленных правообладателем средств индивидуальной защиты данного программного продукта"*(70), а следовательно, снятие всех ограничений как правовых (договорных), так и технических, установленных правообладателем, в частности, корпорацией "Майкрософт".

Вот почему розничная стоимость лицензионного аналога - будет всегда определяться по стоимости той версии программного продукта, которая предоставляет наибольший объем авторских прав на его использование.

Однако на практике с непониманием данного момента сталкиваешься сплошь и рядом. К примеру, при постановлении приговоров суды при определении крупного размера деяния применяют скидки, предоставляемые правообладателем учебным заведениям, тогда как согласно заключению эксперта обнаружены "взломанные" коробочные или OEM-версии, и даже не "взломанные" (нелицензионные) программы, которые должны использоваться в указанных заведениях.

Рассмотрим, к примеру, нашумевшее "Дело учителя Поносова"*(71).

27 октября 2008 г. Верховный Суд Российской Федерации возбудил надзорное производство по жалобе осужденного А.М. Поносова о пересмотре приговора Верещагинского районного суда Пермского края от 7 мая 2007 г. и кассационного определения судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 14 июня 2008 г., сославшись на то обстоятельство, что суд отмел показания свидетеля Кожевниковой о том, что при реализации программного обеспечения учебным заведениям применяются скидки в размере 80% цены каталогов "Майкрософт". Судом установлено, что компьютеры в Сепычевскую школу поставляла фирма, представителем которой являлась свидетель Кожевникова.

19 декабря 2008 г. Президиум Пермского краевого суда надзорную жалобу осужденного А.М. Поносова удовлетворил, приговор Верещагинского районного суда Пермского края от 7 мая 2007 г., определение судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 14 июня 2008 г. в отношении А.М. Поносова отменил, уголовное дело на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ прекратил за отсутствием в деянии состава преступления.

Одним из оснований отмены указанных решений судом и прекращения уголовного дела явилось неправильное определение крупного размера совершенного А.М. Поносовым деяния.

Так, в приговоре Верещагинского районного суда указано, что, оценив в совокупности собранные по делу доказательства, суд пришел к выводу, что Поносов А.М. незаконно использовал объекты авторского права, чем причинил Корпорации "Майкрософт" крупный ущерб в сумме 202 686 рублей 87 копеек, и квалифицирует действия Поносова А.М. по ч. 2 ст. 146 УК РФ. Между тем согласно диспозиции ч. 2 ст. 146 УК РФ обязательным условием уголовной ответственности за незаконное использование объектов авторского права, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений и фонограмм в целях сбыта является крупный размер, который определен в примечании к ст. 146 УК РФ: при превышении стоимости экземпляров произведений или фонограмм либо стоимости прав на использование объектов авторского права 50 000 рублей. Причинение крупного ущерба, признанного судом, является в отличие от установленного законом крупного размера, оценочным понятием. По показаниям представителя потерпевшей стороны Потапова причиненный ущерб им определен в сумме 254 035 рублей 31 копейка на момент изъятия жестких дисков, исходя из лицензионных аналогов "коробочной" версии, с учетом курса доллара активы Корпорации ему неизвестны, но с учетом суммы причиненного ущерба, превышающей 10 000 долларов США, ущерб, по его мнению, не может быть признан незначительным для Корпорации.

По показаниям свидетеля К., директора ООО "И-р Т-жи", компания является партнером Корпорации "Майкрософт", имеет с ней соглашение, и при реализации

программного обеспечения учебным заведениям для учебных целей применяются скидки в размере 80%. Вывод суда (Верещагинского районного суда. - Ю.К.) о неприменимости этой скидки при исчислении причиненного ущерба на том основании, что она применяется при "легальном распространении" продукции "Майкрософт", является неправильным, сделан без учета того, что суд при исчислении ущерба принял за основу расчеты представителя потерпевшей стороны П-ва, определяющего ущерб как понесенные корпорацией убытки в виде неполучения доходов от продажи экземпляров программного обеспечения, то есть при "легальном распространении". При применении этой скидки сумма причиненного ущерба составит 40 537 рублей.

Таким образом, по приговору в действиях Поносова не установлен обязательный признак уголовно-наказуемого незаконного использования объектов авторского права - совершение его в крупном размере***(72)**.

На самом деле решения судов первой и второй инстанции обоснованы, соответствуют закону и сложившейся практике правоприменения***(73)**. Суд как первой, так и второй инстанции при определении размера деяния, совершенного Поносовым, исходил из "розничной стоимости оригинальных (лицензионных) экземпляров" соответствующих программ.

Согласно лицензионной политике Корпорации "Майкрософт" использование образовательными учреждениями какого-либо программного продукта для нужд образования возможно только в рамках корпоративного лицензионного соглашения, согласно которому минимальный размер заказа, как было уже упомянуто - по пять и более лицензионных программ, т.е., очевидно, что предоставление прав на использование программ учебным заведениям при "легальном распространении", как указал суд, происходит не в розницу, а партиями или определенным количествами, что, в свою очередь, соответствует понятию опта***(74)**.

Таким образом, в данном случае нельзя утверждать о неправильности выводов суда, не применившего нерозничную стоимость программ для ЭВМ при определении крупного размера незаконного использования объектов авторских прав.

Законодательное изложение диспозиции ч. 2 ст. 146 УК РФ "незаконное использование объектов авторских прав, совершенное в крупном размере" на практике, порой, вызывает неоднозначное толкование, а следовательно, и применение. Как органы предварительного следствия, так и суды почему-то исходят от обратного, т.е. при совершении одного деяния пытаются выделить в отдельные эпизоды незаконное использование объектов авторских прав по различным правообладателям, что в корне неверно, поскольку противоречит уголовному закону (последний не ставит в зависимость наличие или отсутствие события преступления от того, одного или нескольких правообладателей незаконно использовались объекты авторских прав). Отчасти это связано с существующими недостатками единого учета выявленных и раскрытых преступлений (чем больше эпизодов, тем больше выявлено и раскрыто преступлений, что, кстати, никак не влияет на снижение уровня преступности - надо постепенно от такой практики отказываться). В связи с чем, безоговорочной отмене подлежит приговор мирового судьи судебного участка N 2 Октябрьского района, который указал следующее:

В обвинительном заключении указано, что "23 ноября 2005 года сотрудниками отдела "К" КМ ГУВД Свердловской области... проведена проверка, в ходе которой выявлено незаконное использование программных продуктов, авторские права на которые принадлежат Корпорации Microsoft, общая стоимость программных продуктов которой составила 81 505 руб. 75 коп., что является крупным размером; ЗАО "1С", общая стоимость программных продуктов которого составила 27 658 руб. 37 коп. Общая стоимость незаконно используемых программных продуктов Корпорации Microsoft и ЗАО "1С" составила 109 164 руб. 12 коп., что является крупным ущербом". В судебном заседании было установлено, что ЗАО "1С" и Корпорация Microsoft являются

двумя самостоятельными юридическими лицами. В связи с этим суммирование причиненного двум потерпевшим, не связанным между собой никакими договорными отношениями, материального ущерба и квалификация действий подсудимой как совершенных в крупном размере (27 658,27 + 81 505,75 = 109 164 руб. 12 коп.) не основано на законе, следовательно, является неправомерным*(75).

Поскольку подобные нарушения приобрели массовый характер, высшая судебная инстанция вынуждена была особо отметить данный факт в соответствующем разъяснении.

Устанавливая признаки крупного или особо крупного размера деяний, предусмотренных ч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ, следует исходить не только из розничной стоимости оригинальных (лицензионных) экземпляров произведений или фонограмм на момент совершения преступления, но и из их количества, включая копии произведений или фонограмм, принадлежащих различным правообладателям*(76).

§ 3. Организации по управлению имущественными правами авторов на коллективной основе: кто они - потерпевшие или их представители?

Россия, пожалуй, единственная страна в мире, где представление интересов по защите авторских прав транснациональных корпораций, фирм - правообладателей программ - непосредственно осуществляют юристы на основании доверенности. В других странах: США, Канаде, странах Евросоюза - распространена иная практика - эти функции выполняют различные некоммерческие организации, призванные стоять на страже авторских прав.

Нельзя сказать, что причина в уникальности российского процессуального законодательства, как раз последнее свидетельствует об обратном.

В отношении потерпевших, в том числе признанных гражданскими истцами, российское законодательство не ограничивает круг лиц, которые вправе оказывать им квалифицированную юридическую помощь. Такой подход нашел свое закрепление и конкретизацию в ст. 45 УПК РФ, предусматривающей при осуществлении уголовного судопроизводства мировым судьей возможность участия в качестве представителя потерпевшего и гражданского истца (помимо адвоката) одного из близких родственников потерпевшего либо иного лица, о допуске которого ходатайствует потерпевший или гражданский истец. Наделяется правом иметь представителя из числа выбранных им лиц гражданский истец и в гражданском судопроизводстве (ст. 48 и 53 ГПК РФ).

"Лишение потерпевшего и гражданского истца по уголовным делам, подсудным федеральным судам, права обратиться к другим лицам, способным оказать, по их мнению, квалифицированную юридическую помощь, фактически привело бы к понуждению этих участников уголовного судопроизводства использовать только один способ защиты, что не согласуется со ст. 45 (ч. 2) Конституции Российской Федерации. Такое ограничение вопреки ст. 48 (ч. 1) Конституции Российской Федерации значительно сузило бы возможности потерпевшего и гражданского истца свободно выбирать способ защиты своих интересов, а также право на доступ к правосудию, что гарантировано ст. 46 (ч. 1) Конституции Российской Федерации", - отмечает Конституционный Суд РФ*(77), констатируя обязанность государства гарантировать защиту прав потерпевших от преступлений, в том числе путем обеспечения им адекватных возможностей отстаивать свои интересы в суде любым не запрещенным законом способом.

Однако в связи с приведенной правовой позицией Конституционного суда РФ возникает вполне резонный вопрос: "Может ли быть представителем потерпевшего по уголовному делу - юридическое лицо?". Технически нет ничего сложного в

уполномочивании такого лица соответствующей доверенностью, но как быть правоприменителю в этом случае - допускать данное юридическое лицо к участию в уголовном деле, вынося соответствующее постановление в порядке ст. 45 УПК РФ, или отказывать в допуске такого представителя, а вместо него допускать представителя - физическое лицо как представителя по доверенности от данной организации? На практике применяется второй вариант.

А вот за рубежом с необыкновенным упорством активно развивается именно первая идея - допускать в качестве представителя потерпевшего некую организацию, уполномоченную соответствующим образом представлять интересы правообладателей в уголовном и ином судопроизводстве. Думается, такая экзистенция связана прежде всего с существованием опасений негативной оценки деятельности по защите авторских прав юридическими представителями фирм - правообладателей прав со стороны массового пользователя и связанных с этим возможных, например "репутационных убытков". И на самом деле, репутационные риски реальны, за примером далеко ходить не надо - вспомним "дело учителя Поносова".

Подобное позиционирование привело к тому, что в России параллельно и, фактически, независимо друг от друга действуют представители от Международной ассоциации производителей программных продуктов (BSA)**(78)** и отдельно юридические представители каждой фирмы, являющейся членом указанной ассоциации. Как показывает практика такой "коллективной" защиты, как правило, в лице одного и того же представителя, в ряде случаев не всегда учитываются мнения кого-то из правообладателей, а поскольку публичность уголовного судопроизводства не позволяет кардинально влиять на итоговое решение по делу одному из нескольких потерпевших, то этот правообладатель остается во власти случая.

Поэтому представляется, что в России прямое юридическое представительство общеизвестных фирм-правообладателей получит еще большее развитие**(79)**, а участь некоммерческих организаций сведется к проведению маркетинговых исследований в области информационных технологий, а также к профилактической и разъяснительной работе среди потребителей программно-информационных ресурсов и технологий с целью формирования цивилизованного рынка сбыта по примеру, как это делает Некоммерческое партнерство поставщиков программных продуктов (НП ППП), весьма и весьма преуспевшее в этом деле. Тем более, что защита авторских прав заключается не столько в участии в уголовном судопроизводстве в качестве потерпевшего, сколько, например, в применении гражданско-правовых средств защиты, в содействии разработки методики проведения программно-технических экспертиз, организации региональных экспертных центров и т.д.

Кстати, такой подход оправдал себя: в Екатеринбурге и близлежащих регионах уже три года как нет "развалов" с контрафактными компакт-дисками с программами наподобие "радиорынков" на Горбушке или в Митино в Москве. И, наверное, эту идею надо развивать не только в отношении правообладателей программ, но и правообладателей других произведений по примеру русской идеи, которая, как верно сказал Ф.М. Достоевский, "может быть, будет синтезом всех идей, которые с таким упорством, с таким мужеством развивает Европа..."**(80)**.

Однако указанный вопрос обсуждается далеко не из праздного интереса, поскольку на практике есть сложности в определении правового статуса организаций, управляющих имущественными правами авторов на коллективной основе, которые создаются обладателями авторских и (или) смежных прав. Коллективное управление имущественными правами осуществляется этими организациями в пределах полномочий, переданных обладателями авторских и смежных прав на основе письменных договоров, а также на основе соответствующих договоров с иностранными организациями, управляющими аналогичными правами.

На основе полученных полномочий указанные организации предоставляют

пользователям лицензии на соответствующие способы использования произведений и объектов смежных прав.

И что самое интересное, такие лицензии разрешают использование предусмотренными в них способами всех произведений и объектов смежных прав и предоставляются от имени всех обладателей авторских и смежных прав, включая и тех, которые не передали организации указанных полномочий (приводится по п. 3 ст. 45 Закона РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах").

Причем подобная трактовка закона никак не была разъяснена высшей судебной инстанцией*(81), тогда как, по мнению автора настоящей работы, если у лица нет соответствующих полномочий, то, следовательно, все его дальнейшие действия по осуществлению и распоряжению отсутствующими у него полномочиями ничтожны и не влекут никаких юридических последствий, за исключением последствий их ничтожности (недействительности) по аналогии со ст. 167 ГК РФ.

Однако здравая логика указанных рассуждений на практике не подтвердилась.

Так, на территории Челябинской и Курганской областей в 2005-2007 гг. осуществлял свою деятельность филиал Некоммерческого Партнерства "Межрегиональное Авторское Содружество" (далее - НП "МАС") г. Челябинск, представители которого заявляли, что указанное партнерство действует на правах организации, управляющей имущественными правами авторов на коллективной основе. Суть деятельности данной организации сводилась к тому, что от имени неограниченного круга правообладателей заключались лицензионные соглашения с предоставлением соответствующих авторских прав распространителю или пользователю путем наклеивания так называемых специальных (лицензионных) контрамарок на контрафактные носители информации (CD, DVD-диски).

Естественно, сначала никто особо не воспринимал всерьез эту организацию до тех пор, пока ее представители не стали обращаться в правоохранительные органы с просьбой привлечь всех лиц, отказывающихся от заключения с НП "МАС" лицензионных соглашений.

В результате реакция была весьма и весьма противоречивой, правоохранительные органы предпочитали воздерживаться от проверок хозяйственной и финансовой деятельности торговых точек, распространяющих диски с контрамарками от НП "МАС", а владельцы таких точек ссылались на заключенное лицензионное соглашение с НП "МАС", тем самым, с одной стороны, вводя в заблуждение население относительно легальности происхождения таких объектов авторских прав, а с другой - сознательно избегая ответственности по причине отсутствия умышленной формы вины на нарушение авторских прав какого бы то ни было правообладателя.

Так, в производстве прокуратуры города Курган в 2005 г. находилось уголовное дело N 750070, возбужденное по факту незаконного распространения объектов авторского права Компании "Аутодеск". Заключением эксперта указанные объекты авторского права признаны имеющими признаки контрафактности, Компания "Аутодеск" была признана потерпевшим, а ее представитель допущен к участию в уголовном деле. Однако в январе 2006 г. производство по уголовному делу приостановлено по причине отсутствия прямого умысла подозреваемого Г., в связи с тем, что он распространял компакт-диски с программным обеспечением Компании "Аутодеск" с контрамарками Некоммерческого Партнерства "Межрегиональное Авторское Содружество" - НП "МАС" (которые якобы придают указанным компакт-дискам признак лицензионности. - Ю.К.)*(82).

После многочисленных обращений правоохранительных органов со всей Российской Федерации к соответствующим фирмам-правообладателям по факту распространения подобных компакт-дисков с их произведениями, а также направления претензий, в частности, от Корпорации "Майкрософт" и ЗАО "1С акционерное

общество", НП "МАС", видимо, признав неправомерность своей деятельности, издала приказ по организации под N 3 от 31 января 2006 г., согласно п. 3 которого запрещалось производить лицензирование использования различными способами имущественных прав в отношении отдельных произведений и всех произведений следующих правообладателей:

1) Microsoft - программы для ЭВМ;

2) 1С - программы для ЭВМ;

3) аудиовизуальное произведение "Дневной дозор" на всех видах носителей.

Однако ситуация в сфере соблюдения авторских прав кардинальным образом не изменилась. Например, суды города Челябинска, рассматривая уголовные дела в отношении распространителей подобных компакт-дисков, предпочитали вообще не упоминать лицензионное соглашение с НП "МАС" в описательно-мотивировочной части обвинительного приговора, но особо указывая на преступный умысел работодателя непосредственного исполнителя преступления.

Так, Советский районный суд г. Челябинска, рассмотрев 10.01.2007 уголовное дело в отношении С, обвиняемого в совершении преступлений, предусмотренных п. "в" ч. 3 ст. 146, п. "в" ч. 3 ст. 146, ч. 2 ст. 146, п. "в" ч. 3 ст. 146, ч. 1 ст. 273, ч. 1 ст. 273 УК РФ, установил:

27.11.2005 в 11.19 часов С, реализуя преступный умысел, направленный на незаконное использование объектов авторского права, путем их продажи, осведомленный об их контрафактности, т.е. изготовлении без ведома и разрешения правообладателя, в нарушение ст. 30, 31, 32 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" от 09.07.1993, регулирующих передачу имущественных прав автора, посредством авторского договора, а также ст. 3, 4, 11 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" от 23.09.1992, регулирующих правовую охрану программ для ЭВМ и баз данных, незаконно, то есть без соответствующего разрешения представителя правообладателя - компании "Autodesk", через продавца С-ну, не осведомленную о его преступных намерениях в магазине "Компакт-Сервис", расположенном в доме 64/1 по улице Цвиллинга в Советском районе г. Челябинска реализовал за 100 рублей указанный DVD-диск покупателю С-ко, который действовал в рамках контрольной закупки, проводимой сотрудниками УБЭП ГУВД Челябинской области.

Согласно заключению эксперта установлено, что DVD-диск "Проектирование" имеет внешние признаки контрафактности***(83)**.

Дело дошло до того, что представители НП "МАС" стали обжаловать судебные решения, принятые по искам настоящих правообладателей не в пользу лицензиатов - стороны по лицензионному соглашению с НП "МАС", ссылаясь на неправильное применение судами п. 3 ст. 45 Закона РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах", и при этом также указывая на то, что судами не дана надлежащая правовая оценка доводам ответчика об отсутствии у истцов (настоящих правообладателей) прав на спорные произведения, а также о том, что ответчик действовал на основании лицензии, выданной НП "МАС". По мнению заявителей указанных жалоб, такие лицензии разрешают использование предусмотренными в них способами произведений и предоставляются от имени всех обладателей авторских и смежных прав, включая и тех, которые не передали указанной организации своих полномочий. С требованиями об исключении спорных произведений из лицензии истцы, как это сделали, например, ЗАО "1С" и Корпорация "Майкрософт", не обращались.

Удовлетворяя исковые требования, суды обоснованно исходили из следующего.

В соответствии со ст. 138 Гражданского кодекса Российской Федерации использование результатов интеллектуальной деятельности, которые являются объектом исключительных прав, может осуществляться третьими лицами только с

согласия правообладателя.

Согласно п. 1, 2 ст. 49 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" автор, обладатель смежных прав или иной обладатель исключительных прав вправе защищать свои права способами, предусмотренными Гражданским кодексом Российской Федерации.

Учитывая, что ответчиком не представлено доказательств правомерности введения в оборот спорных произведений, факт распространения ответчиком указанной продукции подтвержден имеющимися в материалах дела доказательствами, суды пришли к правомерному выводу о нарушении ответчиком принадлежащих истцам исключительных прав, в связи с чем, руководствуясь ст. 49 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах", признали исковые требования подлежащими удовлетворению.

При этом судами обоснованно отклонены доводы ответчика и третьего лица о наличии лицензионного соглашения от 1 января 2007 г. N 804-74/07 на использование объектов авторского права, заключенного предпринимателем З. и некоммерческим партнерством "Межрегиональное авторское содружество" и предоставляющего предпринимателю З. неисключительную лицензию на использование спорных произведений путем их продаж.

Согласно п. 1 ст. 44 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" в целях обеспечения имущественных прав авторов, исполнителей, производителей фонограмм и иных обладателей авторских и смежных прав в случаях, когда их практическое осуществление в индивидуальном порядке затруднительно (публичное исполнение, в том числе на радио и телевидении, воспроизведение произведения путем механической, магнитной и иной записи, репродуцирование и другие случаи), могут создаваться организации, управляющие имущественными правами указанных лиц на коллективной основе.

Такие организации создаются непосредственно обладателями авторских и смежных прав и действуют в пределах полученных от них полномочий на основе устава, утверждаемого в порядке, установленном законодательством.

В соответствии с п. 2 ст. 45 названного закона полномочия на коллективное управление имущественными правами передаются непосредственно обладателями авторских и смежных прав добровольно на основе письменных договоров, а также по соответствующим договорам с иностранными организациями, управляющими аналогичными правами.

Таким образом, основным (общим) правилом коллективного управления имущественными правами следует признать добровольное волеизъявление правообладателей на передачу полномочий по управлению их имущественными правами управляющей организации, выраженное в установленной законом форме.

Между тем некоммерческим партнерством "Межрегиональное авторское содружество" не представлено доказательств получения в установленном законом порядке от обладателей исключительных авторских прав полномочий по управлению имущественными правами в отношении спорных произведений.

При таких обстоятельствах, суды пришли к правомерному выводу о том, что заключение вышеуказанного лицензионного соглашения свидетельствует о передаче ответчику третьим лицом отсутствующих у него прав, в связи с чем действия ответчика не могут быть признаны правомерными.

Довод заявителя кассационной жалобы о том, что в соответствии с п. 3 ст. 45 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" он имеет право выдавать лицензии на использование всех произведений и объектов смежных прав от имени всех обладателей авторских и смежных прав, включая и тех, которые не передали ему своих полномочий, судом кассационной инстанции отклоняется, так как основан на неправильном толковании заявителем указанной нормы права.

Обстоятельства дела исследованы судом полно и всесторонне, спор разрешен в соответствии с требованиями действующего законодательства. Оснований для отмены оспариваемых судебных актов и удовлетворения кассационной жалобы не имеется**(84)**.

Несмотря на то что мы приводили пример по старому законодательству об авторском праве и смежных правах, отметим, однако, что и новая редакция закона не слишком претерпела изменения, правда, введя обязательное условие о государственной аккредитации организаций, осуществляющих свою деятельность по примеру НП "МАС", и ограничив сферу их деятельности.

Для того, чтобы определиться с правовым статусом указанных организаций, приведем их основные характеристики.

Факт создания организации по управлению имущественными правами авторов на коллективной основе порождает отношения представительства обладателей авторских и смежных прав в силу полномочия, основанному на законе. Вместе с тем, создание таких организаций не препятствует осуществлению представительства обладателей авторских и смежных прав другими юридическими лицами и гражданами (п. 1 ст. 182, п. 1 ст. 1242 ГК РФ).

Основанием полномочий организации по управлению правами на коллективной основе, а именно заключение с пользователями лицензионных договоров о предоставлении им прав, переданных ей в управление правообладателями, на соответствующие способы использования объектов авторских и смежных прав на условиях простой (неисключительной) лицензии, сбор с пользователей вознаграждения за использование этих объектов и др., является договор о передаче полномочий по управлению правами**(85)**, заключаемый такой организацией с правообладателем в письменной форме. Однако согласно п. 4 ст. 1242 ГК РФ указанная организация не вправе использовать объекты авторских и смежных прав, исключительные права на которые переданы им в управление, поскольку представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично (п. 3 ст. 182 ГК РФ).

В силу представительства, основанного на законе (п. 5 ст. 1242 ГК РФ) организации по управлению правами на коллективной основе вправе от имени правообладателей или от своего имени предъявлять требования в суде, например, о применении конкретных способов защиты интеллектуальных прав правообладателей, предусмотренных законом (ст. 1250 ГК РФ), а также совершать иные юридические действия, необходимые для защиты прав, переданных им в управление на коллективной основе.

Аккредитованная организация вправе наряду с управлением правами тех правообладателей, с которыми она заключила договоры в письменной форме, осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми у нее такие договоры не заключены, однако в строго определенных случаях:

1) управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции;

2) осуществление прав композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения;

3) управление правом следования в отношении произведения изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений;

4) осуществление прав авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и аудиовизуальных произведений на получение вознаграждения за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях;

5) осуществление прав исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях;

6) осуществление прав изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях.

Таким образом, закон не предусматривает для организаций, управляющих правами на коллективной основе, возможность управления правами и сбор вознаграждения для фирм - правообладателей программного обеспечения, с которыми у нее такие договоры не заключены, а потому правоприменителю не следует допускать представителей указанных организаций к участию в уголовном деле в качестве представителя потерпевшего или гражданского истца, чьи авторские права нарушены в результате незаконного использования программ для ЭВМ.

Вместе с тем в отношении музыкальных, аудиовизуальных произведений и фонограмм указанные организации могут принимать участие в уголовном деле, однако опосредовано, т.е. допускать к участию в уголовном деле в качестве представителя потерпевшего и (или) гражданского истца в порядке ст. 45 УПК РФ следует не саму организацию по управлению правами на коллективной основе, а ее представителя.

Причем информация о таких организациях должна быть общедоступна - размещена, как правило, в информационной сети Интернет, поскольку законом указанным организациям предписано размещать в общедоступной информационной системе информацию о правах, переданных ей в управление, включая наименование объекта авторских или смежных прав, имя автора или иного правообладателя (п. 5 ст. 1243 ГК РФ), например, на официальном сайте, как это делают Российское авторское общество (РАО - "www.rao.ru") или Некоммерческое партнерство дистрибьюторов (НПД - "www. netpiratam.ru"). Активизирует (хотя и медленно) свою деятельность в этом направлении и ряд других аналогичных организаций: РОУ-ПИ - Российское общество по управлению правами исполнителей, РФА - Российская фонографическая ассоциация и др.

Глава 3. Экспертиза программного обеспечения: предмет, объект и методика

Опыт судебно-следственной практики
учит тому, что ни ученые степени и звания,
ни тем более, должностное положение лиц,
вызываемых в качестве экспертов,
не могут считаться факторами,
заранее предопределяющими
качество экспертиз.

И.Ф. Крылов*(86)

§ 1. Основные положения назначения и производства программно-технической экспертизы

Экспертиза программного обеспечения - системообразующее доказательство по делам о защите авторских прав имеет основополагающее значение. Как по гражданским, так и уголовным делам заключение эксперта является по сути

"квалифицирующим" признаком нарушения авторского права. Так, по гражданским делам необходимо подтвердить факт принадлежности авторского права правообладателю и факт использования данного права ответчиком, по уголовным - выполнение обвиняемым ряда (или одного) альтернативных действий (приобретение, хранение, перевозка), совершаемых в целях сбыта, или само использование объектов авторских прав. Причем последнее является общим элементом в предмете доказывания как по уголовным, так и гражданским делам, в одном случае является объективной стороной состава преступления, в другом - обстоятельством, на которое ссылается истец как в основание своих требований и возражений (ст. 56 ГПК РФ).

Под использованием программ для ЭВМ высшей судебной инстанцией предлагается, в частности, понимать, "совершаемые без согласия автора... воспроизведение (изготовление одного или нескольких экземпляров произведения либо его части в любой материальной форме, в том числе запись произведения или фонограммы в память ЭВМ, на жесткий диск компьютера)... распространение в сети Интернет, перевод произведения, его переработка... модификация программы для ЭВМ или базы данных, а также иные действия, совершенные без оформления в соответствии с законом договора либо соглашения"**(87)**. В связи подобным легальным толкованием законодательства об авторском праве в части использования программ для ЭВМ и складывающейся правоприменительной практикой заключение эксперта становится необходимым звеном в предмете доказывания, так как "суд должен выяснить и указать в приговоре, какими именно действиями были нарушены права авторов произведений, их наследников, исполнителей, производителей фонограмм, организаций кабельного и эфирного вещания, а также иных обладателей этих прав"**(88)**, например путем воспроизведения, распространения, модификации и т.п. Необходимым оно является еще и потому, что во всех случаях заключение эксперта позволяет определить (подтвердить или опровергнуть) период использования программ для ЭВМ (с даты инсталляции (создания) до момента удаления относительно реального времени), точное и правильное наименование и конфигурацию, принадлежность авторских прав, а также их объем в соответствии с техническими характеристиками программы, последнее, как уже отмечалось, облегчает задачу в установлении правильной стоимости экземпляра произведения или авторских прав на его использование.

Однако специальные познания, необходимые при производстве экспертизы, могут относиться не к любой отрасли знания - науке, технике, искусству или ремеслу. Исключение составляют правовые знания, которыми должен обладать правоприменитель. Еще Пленум ВС СССР в своем постановлении от 16 марта 1971 г. N 1 "О судебной экспертизе по уголовным делам" специально указал, что "суды не должны допускать постановку перед экспертом правовых вопросов, как не входящих в его компетенцию"**(89)**. Встречающиеся иногда на практике попытки экспертов решать юридические вопросы (например, о причинах преступления, юридической квалификации преступления) неправомерны. Поэтому следственные органы и суды не должны предлагать экспертам вопросы правового характера, так же как и они, даже обладая познаниями в какой-либо отрасли науки и техники, не вправе сами проводить исследования для решения вопросов, требующих специальных, но не юридических познаний. Эксперт может исследовать только обстоятельства конкретного уголовного дела, которые отражены в представленных ему материалах.

В связи с тем, что экземпляры произведений считаются контрафактными, если изготовление, распространение или иное их использование, а равно импорт таких экземпляров нарушает авторские права, охраняемые в соответствии с законодательством Российской Федерации**(90)**, то понятие контрафактности является правовым, и вопрос о контрафактности экземпляров произведений перед экспертом ставиться не может**(91)**, поскольку вопросы, поставленные перед экспертом, и его

заключение по ним не могут выходить за пределы специальных познаний лица, которому поручено проведение экспертизы, однако обратное отношение возможно - эксперт вправе ответить на вопросы, хотя и не поставленные перед ним, об обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, но в пределах своих специальных познаний (см., например ч. 2 ст. 204 УПК РФ).

Так, мировой судья судебного участка N 2 Октябрьского района г. Екатеринбурга при постановлении оправдательного приговора по уголовному делу в отношении Б. необоснованно указал:

Экспертом сделаны выводы о наличии признаков контрафактности программного продукта "1С: Предприятие. Бухгалтерский учет, Типовая конфигурация. 7.7 Сетевая версия", авторские права на которую принадлежат ЗАО "1С", тогда как перед ним ставился вопрос только по наличию признаков контрафактности программных продуктов, авторские права на которые принадлежат Корпорации "Microsoft". Вопрос о наличии признаков контрафактности программных продуктов, авторские права на которые принадлежат ЗАО "1С", не имел отношения к предмету экспертного исследования и не был указан следователем в постановлении о назначении экспертизы, в связи с чем суд полагает, что эксперт вышел за рамки своих полномочий, поскольку в его распоряжение не представлялись оригинальные образцы продукции правообладателя - ЗАО "1С".

В связи с этими обстоятельствами суд считает, что данное заключение экс-перта является недопустимым доказательством, поскольку получено с нарушением требований уголовно-процессуального законодательства. Заключение эксперта о наличии признаков контрафактности программного обеспечения не может быть положено в основу приговора***(92)**.

Разрешая вопрос о том, является ли экземпляр произведения контрафактным, суд должен оценивать все фактические обстоятельства дела, в частности, обстоятельства и источник приобретения лицом указанного экземпляра, правовые основания его изготовления или импорта, наличие договора о передаче (предоставлении) права пользования (например, авторского или лицензионного договора), соответствие обстоятельств использования произведения условиям этого договора (выплата вознаграждения, тираж и т.д.), заключение экспертизы изъятого экземпляра произведения***(93)**.

Считается, что слово "контрафакт"***(94)** пришло в русский язык из французского и образовано из двух составляющих: contre ("против") и faire ("делать") - contrefazon, что в переводе с французского означает "подделка, контрафакция", т.е. в лексическом понимании контрафакт синоним подделки.

В связи с этим в юридической практике, видимо, из-за иностранного происхождения данного понятия периодически возникают проблемы в правоприменении, причем проблемы такого уровня, что на это приходится обращать внимание нижестоящих судов судам субъекта Федерации.

Так, заместитель председателя Курганского областного суда вынужден был сделать следующие разъяснения председателям районных (городских) судов области:

Хотя определение понятия контрафактного экземпляра произведения или фонограммы, данное в п. 3, 4 ст. 48 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах", ничего общего не имеет с понятием подделки (выделено мной. - Ю.К.), тем не менее, в различных пособиях и публикациях, претендующих на освещение юридического аспекта применения ст. 146 УК РФ, даются рекомендации по проведению специальных экспертиз с целью определения контрафактности экземпляра аудиовизуального произведения или иного объекта авторских и смежных прав.

Тем самым активно внедряется ложное понимание вопроса применения ст. 146 УК РФ с позиций доказывания качества контрафактного экземпляра, его подделки или

фальсификации, в то время как необходимо доказывать сам факт нарушения авторских и смежных прав физическим лицом, которое, исходя из положений ч. 2 ст. 50 Закона РФ "Об авторских и смежных правах", является нарушителем авторских и смежных прав по одному лишь признаку умышленного невыполнения требований настоящего Закона при использовании объектов авторского права и смежных прав. И при определении контрафактности экземпляров и наличия или отсутствия состава преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, нужно в первую очередь, учитывая бланкетность данной нормы, просто сверить деятельность лица при использовании объектов авторского права и смежных прав с предъявляемыми к ней ограничениями и требованиями этого Закона и соответствующих положений Гражданского кодекса РФ, не ставя перед экспертом вопросы правового характера, разрешение которых отнесено к компетенции следователя, прокурора и суда.

К сожалению, по подавляющему большинству уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 146, 147 и 180 УК РФ, следователи органов прокуратуры, а в некоторых случаях и суды, как на одно из основных доказательств контрафактности ссылаются в обвинительных заключениях именно на заключение эксперта, не уделяя должного внимания формулировке обвинения в совершении преступления и перечисленным выше ключевым моментам в доказывании наличия признаков его состава.

Как показывает изучение уголовных дел, органы расследования, как правило, не предпринимают мер к установлению правообладателей путем взаимодействия с организациями, занимающимися проблемами интеллектуальной собственности, поскольку не имеют представления о предмете доказывания по данной категории уголовных дел, требующих глубокого изучения и уяснения содержания смежного законодательства иной отраслевой принадлежности**(95)**.

Вот почему перед экспертом может быть поставлен только вопрос о признаках контрафактности программы, которые он может обнаружить в силу своих специальных познаний в сфере информационных технологий. Вместе с тем законодатель предлагает рассматривать также признаки контрафактности материальных носителей, в которых выражено произведение (п. 4 ст. 1252 ГК РФ), что вызывает определенное недоумение, во-первых, каким образом использование материального носителя может нарушать авторские права на произведение, ведь сам материальный носитель не является объектом авторских прав и какое-либо его использование не может их нарушать, во-вторых, как правило, материальный носитель не принадлежит правообладателю (за исключением оригинальных CD-, DVD-дисков), в-третьих, право собственности на материальный носитель, в котором выражено произведение, не зависит и не взаимосвязано с авторским правом на это произведение (ст. 1227 ГК РФ), а про авторские права на сам носитель и говорить не стоит. К тому же, если следовать логике законодателя, будет ли материальный носитель считаться контрафактным, если выраженное в нем произведение является лицензионным. Вряд ли.

Таким образом, понятие контрафактности относится к самому произведению, выраженному на каком-либо носителе, а не наоборот, следовательно, использование материального носителя, в котором выражено произведение, приводит к нарушению исключительных прав на это произведение только в том случае, если такой материальный носитель (его характеристики, оболочка, полиграфия и т.д.) выступает внешним признаком контрафактности произведения, выраженного в нем, а сам материальный носитель обладает признаками "кустарного" способа производства, например, не соответствует заводской маркировке (отсутствует код IFPI на концентрическом кольце CD- или DVD-диска, или низкое качество полиграфии на нерабочей поверхности компакт-диска) или не отвечает требованиям безопасности (нет соответствующей сертификации ноутбуков или комплектующих системного блока ЭВМ)**(96)**, иными словами, присутствуют признаки нелегального ввода в гражданский

оборот указанных материальных носителей. При этом необходимо учитывать, что, например, компьютер и установленное на нем программное обеспечение неразрывно связанными между собой не являются*(97).

Представляется, что сущность программно-технической экспертизы состоит не столько в специальных познаниях эксперта, сколько в ее основных отличительных признаках, которыми являются предмет, объект и методика экспертного исследования, взятые в совокупности.

Если с объектом экспертизы более или менее все понятно (это не материальный носитель информации, в котором выражено произведение, а само произведение как идеальный объект*(98)), то с остальными компонентами - нет. И первостепенное значение имеет предмет экспертизы, поскольку именно он определяет выбор методики исследования.

Всякая экспертиза назначается и проводится для установления фактов, а в нашем случае - признаков контрафактности, которые могут и должны устанавливаться с помощью различных процессуальных средств (протоколом осмотра места происшествия, актом осмотра судебным приставом-исполнителем с участием специалиста в качестве предварительной обеспечительной меры по иску, актом проверочной закупки и др.). Однако не только к одним признакам контрафактности сводится предмет программно-технической экспертизы, поскольку определяющую роль играют фактические обстоятельства дела, при которых происходило использование объектов авторских прав.

В литературе различаются понятия конкретного и родового (видового) предмета экспертизы*(99). Родовой (видовой) предмет определяет компетенцию эксперта данной специальности, возможности данного вида экспертизы, конкретный предмет - это круг вопросов, решаемых данной конкретной экспертизой. Последний не может выходить за рамки родового предмета. Именно конкретный предмет экспертного исследования обусловливает выбор методики ее проведения, наделяя, с одной стороны, эксперта полномочием исследовать материалы дела, участвовать в процессуальных действиях, задавать вопросы участникам судопроизводства и тому подобное лишь в случаях, когда это имеет отношение к предмету проводимой им экспертизы (ч. 3 ст. 57 УПК РФ, ч. 3 ст. 85 ГПК РФ), а с другой - участников процесса, присутствующих при производстве судебной экспертизы, правом давать объяснения и задавать вопросы эксперту, относящиеся к предмету исследования*(100).

Согласно сказанному в зависимости от способа использования объектов авторских прав можно выделить, как минимум, пять различных предметов программно-технической экспертизы:

сформированный в связи с использованием нелицензионного программного обеспечения конечными пользователями (end-user case);

сформированный в связи с предустановкой нелицензионного программного обеспечения на вновь приобретаемые ЭВМ или его инсталляцией на уже эксплуатируемые ЭВМ (hard disk loading case);

сформированный в связи с распространением программ на компакт-дисках типа CD, DVD в сборниках, изготовленных "кустарным способом" (CD-case);

сформированный в связи с использованием не по назначению специальных версий программ (академические, не для продажи);

сформированный в связи с высококачественной подделкой оригинальных носителей информации.

Последние два на практике встречаются достаточно редко, поэтому мы рассмотрим первые три наиболее распространенные предмета программно-технического исследования.

§ 2. Объекты, предмет и методика программно-технической экспертизы по делам

конечных пользователей и предустановщиков

Объектами экспертного исследования в случаях использования нелицензионного программного обеспечения корпоративными пользователями или его предустановки (инсталляции) на ЭВМ, как правило, выступают записанные (воспроизведенные) программы для ЭВМ на такие сложносоставные объекты, как ноутбуки или системные блоки, а потому объем экспертного исследования представляется весьма значительным как с организационной точки зрения, так и программно-технической. По подобного рода делам сторона защиты зачастую приглашает сторонних специалистов в сфере информационных технологий, пытаясь поставить под сомнение выводы заключения эксперта, назначенного судом или органами предварительного следствия. Таким образом судебное разбирательство превращается в "битву экспертов", а не в состязательность сторон. Причем суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон (ч. 4 ст. 271 УПК РФ).

Так, старший следователь прокуратуры Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга при назначении программно-технической экспертизы по уголовному делу о незаконном использовании нелицензионного программного обеспечения сформулировал ее предмет следующим образом:

1. Являются ли жесткие диски системных блоков, изъятых в ООО "Г...", представленные для проведения экспертизы, машинными носителями информации?

2. Имеются ли на представленных дисках компьютерные программы, авторские права на которые принадлежат Корпорации Microsoft или ЗАО "1С", если да, то какие?

3. Имеются ли на экземплярах указанных компьютерных программ машинных носителей, изъятых в ООО "Г...", признаки контрафактности, если да, то каким образом это определено? Какие документы были созданы с использованием данных программных продуктов?

4. Имеются ли на машинных носителях, изъятых в ООО "Г...", компьютерные программы, при помощи которых могла быть произведена модификация компьютерных программ, авторские права на которые принадлежат Корпорации Microsoft или ЗАО "1С", и являются ли они вредоносными программами?

5. Являются ли представленные программы рабочими, полнофункциональными, а не учебными или демонстрационными версиями?

6. Каковы время установки программ, авторские права на которые принадлежат Корпорации Microsoft или ЗАО "1С" и период времени, в течение которого они использовались (время установки, время удаления, период использования с момента установки)?

В результате проведенного исследования эксперты Д. и З. пришли к заключению, что:

1. Жесткие диски системных блоков, изъятых в ООО "Г...", представленные для проведения экспертизы являются машинными носителями информации, так как представляют собой материальные объекты, предназначенные для записи и хранения данных, представленных в виде, пригодном для обработки автоматическими средствами при возможном участии человека. На жестких дисках имеется информация, записанная путем подключения к системному блоку компьютера, установлена операционная система, программы различных правообладателей.

2. На основании проведенной экспертизы заключаем, что на системных блоках установлены программные продукты, правообладателем которых является Корпорация Microsoft.

Номер	Версия ОС	Номер продукта

системного блока		
1	Windows XP pro	55274-640-737874623362
2	Windows XP pro	55683-640-709077523275
3	Windows XP pro	55683-640-709077523275
4	Windows XP pro	55683-640-709077523275
5	Windows XP pro	55683-640-709077523275
6	Windows 2000	52882-006-189561509546
7	Windows XP pro	55683-640-709077523275
8	Не обнаружено	Не обнаружено
9	Windows XP Pro	55683-640-709077523275

Номер системного блока	Версия Microsoft Office	Номер продукта
1	Microsoft Office 2003 Pro	74017-640-000010657929
2	Microsoft Office 2003 Pro	74017-640-000010657128
3	Microsoft Office 2003 Pro	74017-640-000010657837
4	Microsoft Office 2003 Pro	74017-640-000010657259
5	Microsoft Office 2003 Pro	74017-640-000010657803
6	Microsoft Office 2003 Pro	74017-640-000010657375
7	Microsoft Office XP	54185-640-000002517093
8	Не обнаружено	Не обнаружено
9	Microsoft Office 2003 Pro	74017-640-000010657946

Также обнаружены программные продукты ЗАО "1С":

Номер системного	Программа

блока	
7	"1С: Предприятие 7.7. Комплексная поставка. Сетевая версия", релиз 7.70.017
9	"1С: Предприятие 7.7. Комплексная поставка. Сетевая версия", релиз 7.70.017

3. Установленные операционные системы имеют следующие признаки контрафактности:

- номер продукта ОС Windows XP Professional также обнаружен в установках большинства предоставленных на экспертизу компьютеров, а Корпорация Microsoft придерживается политики: Одна копия программы на один компьютер; - совпадение ключей продукта, так как номер продукта (PID) содержит число последовательности с девятью цифрами, ssssssss, извлеченными из ключа продукта, который использовался, чтобы установить систему. Он имеет формат xxxxx-sss-sssssss-xxxxx для всех систем за исключением OEM, которые имеют формат xxxxx-OEM-xxssssx-sssss: - номер продукта 55274-640-7378746-23362 обнаружен на системном блоке N 1; - номер продукта 55683-640-7090775-23275 обнаружен на системных блоках N 2, N 3, N 4, N 5, N 7, N 9. - отсутствует лицензионное соглашение, подтверждающие использование продуктов Корпорации Microsoft. Установленные на системном блоке версии Microsoft Office имеют признаки контрафактности:

- номер продукта Office 2003 Professional также обнаружен в установках большинства предоставленных на экспертизу компьютеров, а Корпорация Microsoft придерживается политики: Одна копия программы на один компьютер; - номер продукта, содержащий последовательность 640-000010 обнаружен на системных блоках N 1, N 2, N 3, N 4, N 5, N 6, N 9. - отсутствует лицензионное соглашение, подтверждающие использование продуктов Корпорации Microsoft. Следует отметить, что на всех системных блоках программы, правообладателем которых является Корпорация Microsoft, использовались в рабочих целях, данная информация подтверждается распечатками диалоговых панелей с информацией о файлах и данными, которые в них содержатся.

Программы ЗАО "1С", обнаруженные на системных блоках N 7, N 9 имеют следующие признаки контрафактности: возможен запуск при отсутствии ключа защиты в LPT-порте, отсутствует регистрационная анкета, сопроводительная документация.

4. Программы с помощью которых возможна модификация программных продуктов, правообладателем которых является Корпорация Microsoft не обнаружены. Программы с помощью которых возможна модификация программных продуктов, правообладателем которых является ЗАО "1С" обнаружены на системных блоках N 7, N 9.

5. Все программы являются рабочими, полнофункциональными, а не учебными или демонстрационными версиями.

6. Поскольку программы семейства Microsoft без проведения активации работают лишь в течение определенного срока, либо количество запусков ограничено, а также предупреждают пользователя о вышеуказанных обстоятельствах, можно утверждать, что к программам Корпорации Microsoft, установленным на жестких дисках системных блоков N 1, N 2, N 3, N 4, N 5, N 6, N 7, N 9 происходил доступ, повлекший их модификацию таким образом, чтобы обеспечить их (программ) использование без прохождения процедуры регистрации, предусмотренной правообладателем. Установить когда и каким способом произведена модификация программных продуктов Microsoft не представляется возможным.

К программам семейства "1С", обнаруженным на системных блоках N 7, N 9,

также происходил доступ с помощью вредоносной программы Sable, обнаруженной на жестких дисках вышеуказанных системных блоков. Дата модификации программы "1С: Предприятие 7.7. Комплексная поставка. Сетевая версия", релиз 7.70.017 на системном блоке N 7 - 26 января 2006 г., на системном блоке N 9 - 27 января 2006 г.

Однако в ходе судебного разбирательства стороной защиты, чтобы доказать отсутствие умысла на незаконное использование объектов авторского права у обвиняемого, была выдвинута версия о замене ЭВМ до момента проверки после официального предупреждения правоохранительных органов. В целях подтверждения своей версии, а также опровержения выводов экспертизы в порядке ст. 271 УПК РФ к участию в деле был приглашен кандидат технических наук, доцент кафедры вычислительной техники Уральского государственного технического университета - УПИ К., который привел ряд следующих возражений:

1. Не ясно трактование экспертами термина "базовая функциональность" и, соответственно, не понятно, как была проверена вся базовая функциональность программ, входящих в комплект Office. Приведен только фрагмент файла, созданного программой Microsoft Excel, являющейся лишь частью комплекта Office. Так как прочие программы, входящие в состав Office, не проверялись, то имеет смысл обсуждать только функциональность установленной на исследуемом системном блоке программы Microsoft Excel. При этом не была проведена проверка всей функциональности установленной программы Microsoft Excel, что не позволяет утверждать о наличии на исследуемом системном блоке именно рабочей, а не демонстрационной или учебной версии.

2. Фраза "Проверяем наличие данных в файле принадлежащему комплекту "Microsoft Office 2003 Professional", видимо, написана грамматически неверно, что приводит к ее неоднозначному толкованию. Если фразу надо читать как "Проверяем наличие данных в файле, принадлежащем комплекту "Microsoft Office 2003 Professional", то представленный файл не является частью комплекта "Microsoft Office 2003 Professional", а лишь создан посредством одной из частей этого комплекта.

3. Также не ясно, как было доказано, что данный файл, как и все прочие подобные файлы, был создан на исследуемом системном блоке посредством установленного на блоке комплекта "Microsoft Office 2003 Professional", а не с помощью другого комплекта или на другом системном блоке.

4. Не определены термины "черный" ключ продукции для правообладателя" и "вредоносный ключ продукции для правообладателя". Существует лишь термин "вредоносная программа", определенный в ст. 273 УК РФ. Ключ не является программой. Следовательно, применение использованных в заключении терминов является необоснованным.

Даже без учета изложенного неверным является утверждение экспертов, что "ключ продукта является "черным" и вредоносным, т.к. находится в свободном распространении сети Интернет". Из этого следует, что все что находится в свободном распространении в сети Интернет, является "черным" и вредоносным.

Дополнительно, термин "вредоносная программа" до сих пор не получил на практике однозначного толкования.

Пример дискуссии по поводу данного термина ("http://forum. kaspersky.com/index.php?showtopic=18292").

Вредоносная программа - программа для ЭВМ, заведомо приводящая к несанкционированному уничтожению, блокированию, модификации либо копированию информации, нарушению работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети.

Вышеуказанным образом данное понятие определено в Уголовном кодексе РФ. Определение представляется не слишком четким.

В частности, не всегда понятно, в каком виде и кем должна даваться санкция, чтобы указанные действия не считались бы "несанкционированными". Также вызывает

вопросы значение термина "информация" в этом определении. Любая ли информация имеется в виду или только некоторые ее виды? (Например, нуждается ли в санкционировании уничтожение информации, порождаемой самой программой?) Впрочем, дать более четкое определение вредоносности представляется затруднительным.

На практике вредоносными программами признаются: компьютерные вирусы, черви, троянские программы, руткиты, эксплоиты уязвимостей, spyware-программы, а также некоторые программные инструменты для взлома.

Не принято относить к вредоносным программам: сканеры уязвимостей (при отсутствии встроенных эксплоитов), программы удаленного управления (если отсутствует функция скрытного внедрения), сниферы, программы для подбора паролей, программы для рассылки спама и отладчики.

Отнесение к вредоносным тех программ, которые предназначены для обхода технических средств защиты авторских прав (кряки, генераторы ключей регистрации, эмуляторы ключей защиты и т.п.), остается под вопросом.

Для того, чтобы утверждение о вредоносности программы имело юридическую силу, необходимо проведение программно-технической экспертизы с соблюдением всех установленных формальностей.

Дополнительно доцентом К. и защитником адвокатом М. были высказаны возражения относительно получения и использования эталонных образцов для сравнительного исследования экспертом при производстве экспертизы, и был поставлен вопрос о допустимости данного заключения в качестве доказательства по делу как полученного с нарушением требований уголовно-процессуального закона.

О том, что это не единичный случай, свидетельствует судебная практика. Порой даже сами суды соглашаются с подобными доводами стороны защиты (правда, такие решения потом отменяются).

Так, мировой судья судебного участка N 2 Октябрьского района г. Екатеринбурга при постановлении оправдательного приговора по уголовному делу в отношении Б. указал:

Согласно заключению эксперта в его распоряжение были представлены эталоны компьютерных программ Microsoft. Поскольку из материалов дела неясно, какие именно оригинальные образцы продукции правообладателя - Корпорации Microsoft предоставлялись эксперту, в экспертном заключении не указано описание данных эталонов, то суд ставит под сомнение тот факт, использовались ли они вообще при проведении данной экспертизы.

В данном случае у суда не имеется возможности проверить обоснованность и достоверность сделанных экспертом выводов***(101)**.

Таким образом доцент К. заявил о том, что примененная в заключении эксперта методика является недостаточной для однозначного определения наличия на исследуемых системных блоках контрафактных и вредоносных программных продуктов.

Орджоникидзевским районным судом г. Екатеринбурга указанные доводы стороны защиты были проверены и оценены с точки зрения относимости, допустимости, достоверности и достаточности для разрешения уголовного дела по существу.

Общеизвестно, если получение образцов для сравнительного исследования является частью судебной экспертизы, то оно производится экспертом (а не следователем), и в этом случае сведения о производстве указанного следственного действия эксперт указывает в своем заключении (ч. 4 ст. 202 УПК РФ), что экспертом и было сделано. Следовательно, в производстве отдельного следственного действия, например, "Получение образцов для сравнительного исследования", нет необходимости.

Кроме того, Орджоникидзевский районный суд г. Екатеринбурга по просьбе сторон в целях устранения сомнений в объективности, всесторонности и полноты экспертного исследования, а также проверки обоснованности и достоверности сделанных выводов**(102)** допросил в качестве специалиста директора ООО "А." Ч., имеющего соответствующее образование, стаж работы в области программного обеспечения и баз данных 10 лет, который, ознакомившись с текстом заключения эксперта по указанному уголовному делу, на основании поставленных перед ним вопросов судом и доцентом К., пояснил следующее:

На основании снимков экранов приведенных в тексте заключения эксперта можно сделать вывод о дате установки программного обеспечения на системные блоки, предоставленные для проведения экспертизы. Эта информация однозначно определяется по датам создания основных системных файлов и папок.

Отсюда следует, что на системном блоке

N 1

Операционная система (долее по тексту ОС) "Microsoft Windows XP Professional, Service Pack 2" установлена 14.02.2006 г. (установлено по дате создания папки "c:\windows\system32". Эта папка создается при установке ОС и дата ее создания всегда соответствует дате установки), зарегистрированным пользователем является "GSK".

Программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" установлен 16.02.2006 г. (установлено по дате создания основных рабочих директорий в папке "c:\Program Files\Microsoft Office\OFFICE11").

N 2

ОС "Microsoft Windows XP Professional, Service Pack 2, Русская версия" установлена 01.01.2004 г. Зарегистрированным пользователем является "gsk".

Программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" установлен 01.01.2004 г.

N 3

ОС "Microsoft Windows XP Professional, Service Pack 2, Русская версия" установлена 21.06.2005 г. Зарегистрированным пользователем является "gsk".

Программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" установлен 22.06.2005 г.

N 4

ОС "Microsoft Windows XP Professional, Service Pack 2, Русская версия" установлена 03.11.2005 г. Зарегистрированным пользователем является "gsk".

Программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" установлен 03.11.2005 г.

N 5

ОС "Microsoft Windows XP Professional, Service Pack 2, Русская версия" установлена 24.01.2006 г. Зарегистрированным пользователем является "gsk".

Программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" установлен 24.01.2006 г.

N 6

ОС "Microsoft Windows 2000 Professional, Service Pack 4, Русская версия" установлена 06.09.2004 г.

Программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" установлен 09.12.2005 г.

N 7

ОС "Microsoft Windows XP Professional, Service Pack 2, Русская версия" установлена 06.05.2005 г. Зарегистрированным пользователем является "gsk".

Программный продукт "Microsoft Office XP Professional, Русская версия" установлен 11.05.2005 г. (установлено по дате создания основных рабочих директорий

в папке "c:\Program Files\Microsoft Office\Office10")

Программный продукт "1С: Предприятие 7.7. Комплексная поставка. Сетевая версия" релиз 7.70.017 установлен 26.01.2006 г. (установлено по дате создания основных рабочих директорий в папке "c:\Program Files\1Cv77\BIN"). Зарегистрированным пользователем продукта указан "gsk".

N 9

ОС "Microsoft Windows XP Professional, Service Pack 2, Русская версия" установлена 05.12.2005 г. Зарегистрированным пользователем является "gsk".

Программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" установлен 05.12.2005 г.

Программный продукт "1С: Предприятие 7.7. Комплексная поставка. Сетевая версия" релиз 7.70.017 установлен 27.01.2006 г. Зарегистрированным пользователем продукта указан "gsk".

Нумерация приводится в соответствии с текстом заключения. Сведения о зарегистрированном пользователе вводятся при установке программного обеспечения и хранятся в системном реестре ОС. Изменение этих сведений требует определенных познаний в области администрирования операционных систем семейства "Windows" и не безопасно в отношении их функционирования.

1. На основании совпадения серийных номеров и ключей продукта, можно сделать вывод, что операционные системы на системных блоках N 2, N 3, N 4, N 5, N 7, N 9, а также программный продукт "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" на системных блоках N 1, N 2, N 3, N 4, N 5, N 6, N 9 устанавливались из одних и тех же дистрибутивов.

2. На основании сведений из системного реестра системных блоков N 1, N 4, N 9 следует, что дистрибутив программного продукта "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" располагался на компьютере с сетевым именем "\\Saturn", в директории "\\Saturn\Distr\OFF2003\CD1\". На компьютере N 6 этот программный продукт устанавливался из дистрибутива, расположенного на рабочем столе пользователя, имеющего учетную запись "kiselev", в директории "c:\Documents and Settings\kiselev\Рабочий стол\OFF...". Следует учитывать, что папка с профилем пользователя (в данном случае "c:\Documents and Settings\kiselev\") создается во время создания одноименной учетной записи в ОС, а следовательно она ни как не могла быть создана позднее 09.12.2005 г. Таким же образом и сетевой ресурс с дистрибутивом "Microsoft Office 2003 Professional, Русская версия" на компьютере с сетевым именем "\\Saturn" был создан не позднее 03.11.2005 г.

LOG - файлы, установки вредоносной программы-патчера "Sable" на системных блоках N 7, N 9 свидетельствуют о том, что она устанавливалась также с сетевого ресурса, расположенного на компьютере с сетевым именем "\\Saturn" в папке "\\Saturn\Distr\1C\new hasp\Sable5\". Подключенные базы данных, также расположены на этом компьютере в папке "\\Saturn\adres\kassa\". Следует отметить, что настройки программного продукта "1С: Предприятие" располагаются в ветви системного реестра, связанной с загруженным профилем пользователя, а следовательно для каждой учетной записи настраиваются индивидуально.

3. Следует отметить, что создание учетных записей пользователей на каждом предприятии производится в соответствии с принятыми там правилами. В данном случае в качестве наименований учетных записей использованы фамилии сотрудников. По этому дата создания папки с профилем учетной записи, используемой сотрудником (к примеру "c:\Documents and Settings\kiselev" на системном блоке N 6), будет однозначно определять дату заведения этой учетной записи.

4. Что касается копирования файлов с других носителей информации на жесткие диски системных блоков, предоставленных для проведения экспертизы, могу пояснить следующее:

Алгоритм работы операционных систем при проведении копирования работает так, что сначала создается файл с соответствующим названием, а затем происходит копирование данных из файла-источника в файл-приемник. При создании файла операционная система автоматически устанавливает атрибут файла "Дата создания" в соответствии с текущим временем ОС. При осуществлении копирования группы файлов с одного носителя на другой, дата создания файлов на носителе-приемнике будет одинаковой, что не соответствует снимкам экрана, содержащим списки файлов, созданных при помощи программного продукта "Microsoft Office".

5. Описание признаков контрафактности программного обеспечения, установленного на системных блоках, представленный в Заключении эксперта, позволяет однозначно определить, установленные программные продукты как имеющие признаки контрафактности.

Также судом с участием специалиста был произведен осмотр системных блоков на предмет установления даты создания директорий, содержащих настройки рабочих профилей пользователей, зарегистрированных в операционной системе, а также с целью выявления идентифицирующей информации системных блоков, расположенной внутри корпуса.

Из пояснений специалиста следовало, что дата создания директории, содержащей профиль пользователя, совпадает с датой заведения учетной записи этого пользователя и совпадает по наименованию с его именем в операционной системе. Директории с рабочими профилями пользователей расположены на жестком диске системных блоков в папке "c:\Documents and Settings". Перемещение или копирование профилей неизменно приводит к изменению даты создания директории, содержащей профиль. Таким образом, дата создания папки с профилем пользователя ни коим образом не может быть раньше даты заведения учетной записи этого пользователя в операционной системе. Это утверждение ни коим образом не относится к файлам и папкам, расположенным внутри профиля, поскольку способ их доставки может быть отличен от системной функции копирования.

Таким образом была полностью опровергнута версия защиты о замене системных блоков и отсутствии умысла на совершение незаконного использования нелицензионных программ. В связи с чем умысел подсудимого подтвердился не только материалами уголовного дела - предупреждением правоохранительных органов, протоколами допроса свидетелей, но и действиями подсудимого в момент совершения преступления (удаление программ для ЭВМ, предъявление лицензионных дистрибутивов схожих программных продуктов) и после его пресечения (сокрытие следов преступления путем выдвижения версии о замене ЭВМ и т.п.)**(103)**.

Так, Г., будучи предупрежденным об ответственности по ст. 146 УК РФ, продолжал использование компьютеров с нелицензионными компьютерными программами, предпринимал действия по сокрытию следов преступления, что подтверждается протоколом осмотра места происшествия, результатами судебного осмотра системных блоков, изъятых в офисе филиала ООО "Г."**(104)**.

Необходимо отметить, что согласно требованиям ч. 5 ст. 164 УПК РФ при производстве какого-либо следственного действия при участии специалиста или эксперта они предупреждаются об уголовной ответственности не только по ст. 307 УК РФ за заведомо ложное заключение или показание, но и за отказ от дачи показаний по ст. 308 УК РФ, что противоречит уголовному закону и не должно иметь юридического значения, однако на практике ситуация обстоит несколько иначе.

При постановлении приговора нередко суды почему-то пытаются вменить именно эту обязанность специалисту или эксперту, а в некоторых случаях следователю - выносить постановление о привлечении специалиста к участию в следственном действии тогда, когда уголовного дела даже еще нет**(105)**.

Так, безоговорочной отмене подлежит приговор мирового судьи судебного

участка N 2 Октябрьского района, которая при постановлении оправдательного приговора руководствовалась следующим:

В соответствии со ст. 168 УПК РФ следователь вправе привлечь к участию в следственном действии специалиста в соответствии с требованиями ч. 5 ст. 164 УПК РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 164 УПК РФ следователь, привлекая к участию в следственных действиях участников уголовного судопроизводства, указанных в главах 6-8 настоящего Кодекса, удостоверяется в их личности, разъясняет им права, ответственность, а также порядок производства соответствующего следственного действия. Если в производстве следственного действия участвует потерпевший, свидетель, специалист, эксперт или переводчик, то он также предупреждается об ответственности, предусмотренной ст. 307 и 308 Уголовного кодекса Российской Федерации.

В нарушение этих требований в материалах уголовного дела отсутствуют документы, подтверждающие правомерность привлечения специалиста З. к участию в уголовном деле (отсутствует постановление следователя о привлечении специалиста); не выяснено отношение специалиста к обвиняемой Б.; перед началом следственного действия специалисту не разъяснены права, предусмотренные ст. 58 УПК РФ; специалист не предупрежден об ответственности, предусмотренной ст. 307, 308 УК РФ; кроме того, отсутствуют документы, подтверждающие компетентность специалиста в области информатики, программного обеспечения и баз данных.

В силу ст. 74 УПК РФ одним из доказательств по уголовному делу может быть заключение и показания специалиста. Имеющаяся в материалах уголовного дела справка специалиста не является заключением, следовательно, не может быть признана судом доказательством в силу ст. 74 УПК РФ**(106)**.

В связи со сказанным представляется особо важным фиксация серийного номера (Product ID) программного продукта, установленного на жесткий диск ЭВМ, в протоколах следственных и иных процессуальных действий путем распечатки диалоговых панелей (скриншотов)**(107)**, поскольку, во-первых, именно по серийному номеру можно однозначно определить контрафактность программы того или иного правообладателя, а во-вторых, опровергнуть версию о подмене системных блоков до и после экспертизы.

Так, серийный номер программного продукта Autodesk AutoCAD является уникальным для каждой копии данного программного продукта и не может состоять из одинаковых цифр (например - 000-00000000 или 111-11111111, если это не ознакомительная версия) или ранжира (например - 400-12345678, 123-45678900, 191-75444444, 112-1234567, 202-12345678)**(108)**.

Версия программы SolidWorks с серийным номером 2200 0404 2341 9161 не может быть куплена и использована легальным путем на территории Российской Федерации, так как ключ является "черным" и не уникальным для данного продукта, поскольку имеются признаки взлома программного продукта SolidWorks и полного совпадения серийных номеров на других ЭВМ, что является нарушением авторских прав правообладателя, а следовательно признаком контрафактности**(109)**.

Серийные номера Adobe, как правило, состоят из двадцати четырех цифр, разбитых в группы по четыре цифры. Эти номера могут быть расшифрованы экспертом или перепроверены путем запроса в адрес правообладателя, если они были действительно произведены Adobe. Поддельные номера не могут быть расшифрованы.

Что касается "привязки" серийных номеров программ к характеристикам ЭВМ, на которые установлены эти программы, то наглядно это можно продемонстрировать на примере программы Windows Корпорации "Майкрософт".

Серийный номер программного продукта Windows содержит набор

последовательности с девятью цифрами, ssssssss, извлеченными из ключа продукта, который использовался, чтобы установить систему. Он имеет формат xxxxx-sss-sssssssx-xxxxx для всех систем за исключением OEM, которые имеют формат xxxxx-OEM-xxssssx-sssss. Все остальные цифры, не входящие в указанную последовательность - xxx...x - являются характеристикой параметров жесткого диска ЭВМ и материнской платы.

Последнее время в прессе стало модным освещать ход того или иного "контрафактного дела", особенно когда уголовное преследование касается журналистов - собратьев по профессии. Причем не всегда это (освещение) происходит корректно. С юридической точки зрения - всегда некорректно, поскольку журналисты в своих "заметках" делают преждевременные, порой, алогичные, выводы о контрафактности или неконтрафактности программ тогда, как уже отмечалось, это вправе делать только суд.

Так, на сайте "Каспаров.Ru" 12 февраля 2009 г. размещена статья под названием "Милицейский контрафакт", в которой утверждалось, что нелицензионные программы на компьютер Сергея Курт-Аджиева могли установить в милиции, приводя следующую информацию:

Стали известны результаты повторной компьютерно-технической судебной экспертизы в деле по обвинению бывшего главного редактора "Новой газеты в Самаре" Сергея Курт-Аджиева в использовании нелицензионного программного обеспечения. Государственная Самарская лаборатория судебной экспертизы фактически подтвердила позицию журналиста, что вменяемые ему в вину контрафактные программы могли быть установлены уже после изъятия милиционерами системных блоков из редакции газеты...

"Мы удовлетворены результатами государственной экспертизы, так как она не исключает наши заявления и в ключевых моментах опровергает ранее проведенную по делу экспертизу Владимира Серпухова..." - заявила адвокат Ирина Хрунова.

Напомним, Владимир Серпухов ранее в суде сообщал, что нелицензионная программа "1С: Предприятие 7.7 для SQL" была установлена в период работы компьютера в редакции "Новой газеты в Самаре". В результатах повторной экспертизы четко отражено: "Определить дату установки этой программы не представляется возможным". То есть могла быть установлена уже после изъятия системных блоков из редакции издания. Еще в одном случае государственная экспертиза установила, что нелицензионные программы попали в компьютер еще до его покупки центральной "Новой газетой" в магазине и, соответственно, до передачи его из Москвы в "Новую газету в Самаре".

Недоверие к экспертизе заместителя директора ООО "Три С" Владимира Серпухова было высказано в суде над Сергеем Курт-Аджиевым после того, как инициатор уголовного преследования журналиста, представитель компании "1С" Александр Сударев был задержан в здании ООО "Три С" по подозрению в получении 400 тысяч рублей за занижение стоимости ущерба, причиненного использованием нелицензионного программного обеспечения. 16.01.2009 Октябрьский суд Самары признал раскаявшегося в содеянном Сударева виновным в мошенничестве***(110)**.

Прекрасно понимая, что комментирование позиции прессы дело не очень благодарное, отметим, однако, в связи с процитированным, как минимум, два момента.

Первый - действительно, достаточно сложно определить экспертным путем дату установки той или иной программы, поскольку мы почти всегда не знаем реальную дату, когда она была инсталлирована. В то же время соответствие системного времени ЭВМ времени реальной действительности в момент проведения экспертизы позволяет однозначно определить минимальный период использования программы (с момента ее последней записи в память жесткого диска ЭВМ до момента осуществления проверочных действий, в рамках которых ЭВМ были изъяты)***(111)**, что в частности,

позволяет экспертным путем определить время совершения незаконного использования программ для ЭВМ.

И второй - поскольку каждый эксперт при составлении заключения экспертного исследования в силу своей специальности и образованности пользуется своей специфической терминологией, то еще более неблагодарным делом является комментирование сделанных им выводов. Именно поэтому законодателем в уголовном процессе предусмотрена фигура специалиста, который привлекается к участию в процессуальных действиях для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, и содействия в исследовании материалов уголовного дела (ст. 58 УПК РФ).

Таким образом, если участники судопроизводства или суд, а также уважаемые представители медийного сообщества усматривают какие-либо "противоречия" в выводах экспертов, как, например, в приведенном случае - один эксперт смог определить дату инсталляции программы, а другой нет - то, во-первых, для достоверного вывода необходимо вышесказанное иметь в виду, а во-вторых, свидетельствует о разных подходах, методике установления тех или иных признаков, характеристик программы в ходе проведения экспертизы, что может быть обусловлено различным жизненным и профессиональным опытом или уровнем образования экспертов.

§ 3. Объекты, предмет и методика программно-технической экспертизы по делам распространителей компакт-дисков: внутренние и внешние признаки контрафактности

Предмет экспертизы, сформированный в связи с распространением программ на компакт-дисках формата CD, DVD, blu-ray, в значительной степени обусловлен видом (форматом) материального носителя, в котором выражено произведение.

Общеизвестно, что программа для ЭВМ является объектом авторского права и охраняется как произведение литературы. Однако в интерпретации общепризнанных норм и принципов международного права произведения литературы относятся к объектам интеллектуальной собственности и включают в себя права на результаты интеллектуальной деятельности*(112). А потому в зависимости от объема предоставляемых интеллектуальных прав на практике выделяются и различные виды материальных носителей, например, OEM-диски с операционной системой Windows, диски обновлений, диски с ознакомительными (демо или бета) версиями.

В связи со сказанным получается не так легко ответить на следующий вопрос: каким образом можно отличить контрафактные экземпляры программ для ЭВМ от оригинальных (лицензионных) при распространении их в рознице?

Однако прежде уточним: поскольку контрафактными являются экземпляры программ для ЭВМ, изготовление и распространение которых влечет за собой нарушение авторских прав, то при ответе на поставленный ранее вопрос более корректно будет говорить (так как понятие правовое) о признаках контрафактности. Вместе с тем законодатель, как уже отмечалось, предлагает рассматривать также признаки контрафактности материальных носителей, в которых выражено произведение (п. 4 ст. 1252 ГК РФ), поэтому автором работы утверждается идея о:

1) внешних признаках контрафактности программы, которые можно установить, например, на основании показаний представителя правообладателя, а также при визуальном изучении сопроводительной документации и носителя информации;

2) внутренних признаках контрафактности программы, которые устанавливаются посредством проведения соответствующего исследования (экспертизы)*(113).

1. Внешние признаки контрафактности

При легальном распространении экземпляров программ для ЭВМ, содержащихся на компакт-дисках, они всегда продаются покупателю вместе с экземпляром лицензионного соглашения, на практике условно называемого "оберточной" лицензией. Текст данного соглашения в соответствии с п. 3 ст. 1286 ГК РФ в виде договора присоединения излагается либо на приобретаемом экземпляре программы в электронном виде, либо на упаковке этого экземпляра.

Помимо самой лицензии существуют обязательные дополнительные требования к упаковке, соблюдение которых позволяет отличить оригинальный продукт от пиратского (контрафактного). Применительно к упаковке следует отметить, что на сегодняшний день носители с легальным программным обеспечением производят и распространяют, как правило, либо в "экономичном" варианте (jewel-box, slim-box и т. д.), либо в "коробочной" версии.

Так, упаковка типа jewel-box представляет собой традиционную пластиковую коробочку с вложенными в нее компакт-диском и красочным вкладышем. На рабочей поверхности носителя CD-ROM присутствует маркировка IFPI (Международной федерации производителей фонограмм) с кодами завода-изготовителя. На вкладыше, как правило, размещаются информация о производителе, адреса и телефоны его линии консультации, зачастую вкладыш сопровождается регистрационной анкетой пользователя. Сама коробочка чаще всего запаивается в целлофан и (или) оклеивается фирменными стикерами, гарантирующими целостность комплекта (хотя, конечно, повреждение упаковки, допускаемое иногда продавцами, само по себе не свидетельствует о контрафактности). Упаковка типа jewel-box в основном применяется для недорогих программных продуктов домашнего назначения. Например, в таком виде поставляется большинство отечественных компьютерных игр, обучающих программ для детей.

Программное обеспечение делового назначения реализуется в розничной торговле в основном в виде так называемых "коробочных" версий. В частности, это особенно актуально для программных продуктов, выпускаемых компаниями - членами Международной ассоциации производителей программного обеспечения - BSA (Business Software Alliance) - например, Microsoft, Autodesk, Solid-Works. Пиратские (контрафактные) версии таких программных продуктов продаются в варианте jewel-box и отличаются всеми соответствующими для этого варианта признаками. Правомерно введенные в гражданский оборот экземпляры таких программных продуктов, как правило, характеризуются следующими признаками:

- передаваемый покупателю носитель и пакет сопроводительных документов упакованы в картонную коробку, выполненную типографским способом с использованием многокрасочной печати. На упаковку нанесены выходные данные производителя, его товарные знаки, серийный номер продукта по внутреннему рубрикатору производителя;
- внутри коробки находятся сопроводительные документы: техническое руководство пользователя и регистрационная карточка конечного пользователя программ, которые применяются многими фирмами для последующей технической поддержки, иногда - лицензионное соглашение. Техническое руководство для пользователя выполнено в виде буклета, в котором приведены основные функции программного продукта и даны рекомендации по его установке и использованию;
- программные продукты некоторых производителей комплектуются специальными устройствами - аппаратными ключами защиты, без наличия которых легальные копии программ функционировать не могут;
- некоторые программные продукты содержат сертификат подлинности, обладающий различными средствами защиты (водяные знаки, голографические и

термочувствительные полоски). Сертификат подлинности находится на коробке, содержащей программный продукт;

- на нерабочую поверхность носителя (компакт-диска) чаще всего наносится специальная маркировка с указанием названия продукта и его серийного номера по внутрифирменному рубрикатору или регистрационного номера комплекта, а также наименования правообладателя.

Пример 1. Продукты компании Autodesk упаковываются в картонную или пластиковую коробку, на которой имеется серийный номер, сведения о продукте и текст с правовой информацией. Внутри коробки обязательно имеется печатное руководство пользователя. Сам компакт-диск упакован в картонный или гибкий пластиковый конверт, все надписи на конверте нанесены методом офсетной печати. Диск также имеет наклейку, нанесенную методом шелкографии.

Пример 2. Пакет поставки "Компас" (коробочная версия) включает: картонную коробку размером 265x245x105 мм синего-голубого цвета. На пяти сторонах коробки изображены в правом нижнем углу фирменный логотип "Аскон" и рисунок красного цвета в форме буквы "А" и звездочкой внутри буквы - компакт-диск с нанесенными надписями на синем фоне; справочная литература (руководство пользователя, практическое руководство);

ключ аппаратной защиты.

Пример 3. Пакет поставки SolidWorks 2005 (коробочная версия) включает: картонную коробку красно-серого цвета с фирменным логотипом Solid-Works. Размеры коробки 26x24x4,5 см. На нижней стороне коробки - наклейка, на которую нанесен серийный номер версии SolidWorks; брошюра "Введение к SolidWorks" на русском языке; брошюра SolidWorks Resource Guide; лицензионное соглашение на русском языке;

3 CD-диска серого цвета с красной каемкой, с маркировкой SolidWorks 2005; ключ аппаратной защиты.

2. Внутренние признаки контрафактности

Если внешние признаки контрафактности возможно установить путем визуального исследования материальных носителей при первичной проверке: в ходе осмотра места происшествия, изъятия соответствующей документации, опроса лиц, причастных к факту распространения указанных продуктов и, как правило, этих сведений бывает достаточно для возбуждения уголовного дела, то, что касается предъявления обвинения и направления дела в суд, указанных сведений явно недостаточно, в связи с чем возникает необходимость установления внутренних признаков контрафактности, которые можно сгруппировать по следующим критериям:

1) низкое качество полиграфии. На лицевую (нерабочую) поверхность лицензионного компакт-диска наносится изображение высокого полиграфического качества. По окружности внешней границы компакт-диска должны быть нанесены: надпись, содержащая информацию о регистрации торговых марок, авторских и смежных правах на данную программу для ЭВМ и предупреждение о последствиях их нарушения. Пиратские (контрафактные) компакт-диски, как правило, имеют блеклую поверхность, цвет рисунков и их сюжеты отличаются от оригинальных компакт-дисков, текстовая информация о торговых марках либо отсутствует, либо плохо читается из-за низкого качества печати. На изображениях много непропечатанных мест, посторонних полос;

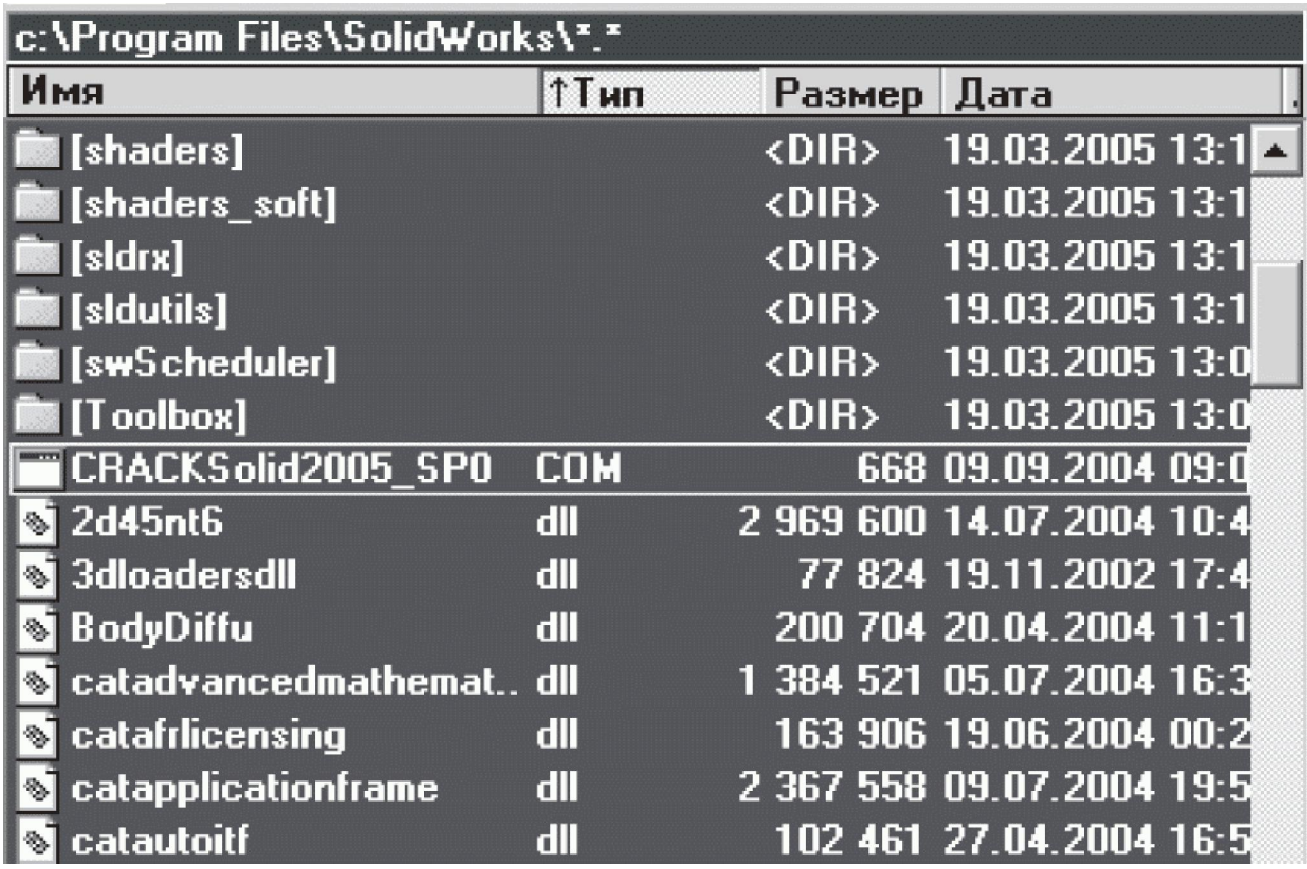
2) оформление реверса (рабочей поверхности) компакт-диска. Вдоль концентрических окружностей в центре лицензионного компакт-диска методом гравировки наносится код IFPI, позволяющий однозначно идентифицировать оборудование, на котором изготовлен компакт-диск, а также информация о заводе-изготовителе. У пиратских (контрафактных) компакт-дисков код IFPI отсутствует. Производитель на таких компакт-дисках либо не указан, либо указан несуществующий завод-изготовитель;

3) содержание. Лицензионные продукты никогда не выпускаются в так называемых "золотых сборниках", на одном компакт-диске содержится лишь один программный продукт. Кроме того, на одном лицензионном диске никогда не может быть записано несколько продуктов различных фирм-правообладателей;

4) наличие программ, устраняющих защиту от несанкционированного копирования. На компакт-диске не могут быть записаны так называемые вредоносные программы для ЭВМ, которые позволяют устранить защиту от несанкционированного копирования и в результате использования которых происходит отключение установленного правообладателем аппаратного ключа защиты, что позволяет использовать программный продукт без ключа защиты, приводит к нарушению логики функционирования программы, заложенной ее разработчиком, и является незаконной модификацией программного продукта. Наличие указанных программ обусловливает квалификацию действий виновных лиц по ст. 272 и 273 УК РФ. Так, в ходе проведения экспертизы по уголовному делу, возбужденному по факту незаконного использования программ ЗАО "Аскон" и Корпорации "Майкрософт" в ЗАО "Т." экспертом установлено:

Система Компас 3D оснащается системой защиты в виде HASP ключа, без которого запуск невозможен. Следовательно, были использованы вредоносные программы, для запуска системы.

На жестком диске компьютера была обнаружена программа Эмулятора ключа HASP, которая эмулирует присутствие аппаратного ключа HASP в системе, то есть позволяет обойти проверку защиты Компас3D v6. Также на жестком диске компьютера была найдена вредоносная программа "dump.reg" (и файл описания работы кряка readme.txt), которая совместно с эмулятором HASP позволяет обойти защиту системы Компас3D v6 Система SolidWorks оснащается системой защиты в виде HASP ключа, или сетевой лицензии. На представленном компьютере данные системы лицензирования отсутствуют, следовательно, система защиты программы взломана. В каталоге установки системы SolidWorks2005 обнаружена вредоносная программа "CRACKSolid2005_SP0.com", которая модифицирует файлы системы, и позволяет обходить процедуру проверки защиты программы SolidWorks 2005**(114)**.



Глава 4. Что такое незаконное использование программ для ЭВМ как объектов авторских прав?

Совершенство мыслящих существ,
быстрота их представлений становятся
тем прекраснее и совершеннее, чем
дальше от Солнца находится небесное
тело, на котором они обитают.

Иммануил Кант

§ 1. Общая характеристика незаконного использования программ для ЭВМ

Объединив первые три аспекта в последний блок первой части настоящего исследования, получаем первую и, на самом деле, важную проблему неединообразного толкования понятия незаконного использования объектов авторских прав, в нашем случае программ для ЭВМ. Не оспаривая бланкетную природу как уголовного, так и административного законодательства, отметим, что ранее, до принятия четвертой части ГК РФ, данная дефиниция употреблялась в ст. 1 Закона РФ "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных", где под использованием программ для ЭВМ понималось "выпуск в свет, воспроизведение, распространение и иные действия по введению в хозяйственный оборот (в том числе в модифицированной форме)"*(115) и для правоприменителя не представляло особой сложности уяснение данного понятия и правовой квалификации действий нарушителя авторских прав в правоприменительном акте (в приговоре, постановлении или решении суда). Сейчас ситуация складывается не так однозначно,

вопреки мнению отдельных видных ученых*(116). Да, действительно, в ст. 1270 ГК РФ описываются действия, которые считаются использованием произведения, но вот насколько точно это отражает действительность, данный вопрос оставим за кадром. Однако в этой связи отметим, ВС РФ в постановлении Пленума "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" практически воспроизвел указанную норму ГК РФ. В тексте Постановления Пленума ВС РФ сказано, что правоприменитель может признать и любые "иные действия, совершенные без оформления в соответствии с законом договора либо соглашения" незаконным использованием объектов авторских прав. Причем законодатель, закрепляя исключительные права, указывает, что лицо может использовать произведение любым способом, и в таком случае понятие противоправности законодатель связывает не со способом использования, а с отсутствием юридически оформленного согласия или разрешения правообладателя на осуществление этих действий, так как помимо всего прочего сам законодатель разрешает совершать любые действия по использованию произведения и не предусмотренные действующим гражданским законодательством. Но, например, в случае предустановки программы на ЭВМ оно (использование) будет отличаться в уголовно-правовом смысле от использования программы при ее распространении в торгово-розничной сети. В итоге получается, что понятия использования программ для ЭВМ в каждом конкретном случае будут весьма отличаться друг от друга и здесь возможно и допустимо обращение к помощи специалиста (это позволяет и бланкетный метод правового регулирования). С другой стороны, вторая переменная - незаконность использования - продолжает оставаться постоянной: использование программы для ЭВМ без согласия автора является незаконным, а подобные программы - контрафактными. Причем законодатель усилил данное положение следующим: "Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)" (ст. 1229 ГК РФ), поэтому при любой проверке, например, организации на предмет соблюдения законодательства об интеллектуальной собственности, правоохранительные органы затребуют лицензионное соглашение с правообладателем. Одновременно с этим необходимо иметь в виду одну очень простую вещь - переход права собственности на материальный объект, в котором выражено произведение, не влечет перехода авторских прав на это произведение (п. 2 ст. 1227 ГК РФ), а потому договоры купли-продажи (поставки) компакт-дисков или ЭВМ с предустановленными на них программами не являются тем самым "лицензионным соглашением", которое обеспечит непривлечение к уголовной или административной ответственности. Безусловно, следует согласиться, что по договору поставки в соответствии с п. 4 ст. 454 ГК РФ могут передаваться имущественные права, однако по данному договору могут передаваться только вещные права (что в действительности и происходит), а не исключительные авторские права на программу, последние предоставляются только по лицензионному соглашению, заключаемому, например для корпоративных пользователей всегда в письменной форме.

Формальная конструкция состава преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, предполагает, что все последствия преступления, в любом виде, включая имущественный вред, вообще находятся за рамками состава преступления. То есть с точки зрения уголовного права в данном случае наступившие последствия имеют юридическое значение только как обстоятельства, отягчающие наказание (ст. 63 УК РФ), а вот входят ли они в предмет доказывания с точки зрения уголовно-процессуального закона, это другой вопрос, который уже был рассмотрен во второй главе настоящей работы.

Пожалуй, можно согласиться с практическими работниками, что решающее значение имеет доказывание умысла или его отсутствия на совершение преступления.

Вместе с тем нельзя согласиться с мнением авторов методического пособия "Компьютерное пиратство: методы и средства борьбы" в том, что умысел на совершение незаконного использования объектов авторских прав может быть и прямым, и косвенным*(117) - при формальном составе преступления косвенный умысел невозможен. Поэтому умысел в данном случае прямой, но, в свою очередь, прямой умысел может быть разным. По отношению к самим совершаемым действиям и предмету преступления прямой умысел только определенный и только конкретизированный. А вот по отношению к размеру действия умысел может быть и неопределенным, так как лицо в принципе может не знать, сколько реально стоит тот или иной лицензионный программный продукт.

По мнению З.А. Незнамовой*(118), в первую очередь необходимо доказать осознание лицом фактических признаков преступления, то, что это программный продукт, что он используется, и то, что его использование является незаконным. Проблема именно в этом. Необходимо установить, что лицо осознавало общественно опасный, а не противоправный характер своих действий, так как согласно российскому уголовному закону осознание противоправности деяния не входит в конструкцию умысла*(119). Так, если директор организации - конечного пользователя знал об использовании контрафактных программ, но не прекратил использование, то прямой умысел у него однозначно имеется. Однако основная сложность - это доказать, что лицо осознавало общественно опасный характер своего деяния, и в данном случае уведомление - весьма хороший инструмент доказывания умысла, но и это необязательно. К слову сказать, в действующем УК РФ законодатель полностью отказался от административной преюдиции, что, по мнению З.А. Незнамовой, сделано напрасно. С другой стороны, и хорошо, что уведомление не носит преюдициальный характер. Так, например, если лицо имеет сертификат системного администратора или диплом, подтверждающий получение соответствующего образования, то оно должно и может знать, что оно использует на компьютерах при выполнении своей трудовой функции. Доказательствами наличия умысла могут быть и факты привлечения к административной или дисциплинарной ответственности, и факты применения гражданско-правовых средств защиты и многое другое, а не только уведомление правоохранительных органов.

Что касается субъекта указанного преступления, то, по общему правилу, субъект общий, однако это означает, что при определенных обстоятельствах общий субъект может быть и специальным (это могут быть и должностные лица, и лица, выполняющие административно-хозяйственные функции в коммерческой организации, и служащие, и даже лица, которые формально не обладают указанными признаками). Кроме того, статус субъекта зависит от того, при каких обстоятельствах этот субъект определяется*(120), т.е. каким образом происходит незаконное использование программ для ЭВМ, в связи с чем можно выделить три разновидности последнего:

- использование нелицензионного программного обеспечения конечными пользователями (end-user case);

- предустановка нелицензионного программного обеспечения на вновь приобретаемые ЭВМ или его инсталляция на уже эксплуатируемые ЭВМ, в том числе через информационную сеть Интернет (hard disk loading case);

- распространение программ на компакт-дисках, изготовленных "кустарным способом", типа CD, DVD в "золотых" сборниках и т.п. (CD-case).

§ 2. Использование нелицензионного программного обеспечения конечными пользователями (end-user case)

Проблемы правоприменения ст. 146 УК РФ относительно недавно начали более

серьезно рассматриваться в соответствующих комментариях к уголовному закону в связи с возросшими потребностями практики, однако при первом их рассмотрении без обращения к практике создается впечатление, что проблем-то особых нет. Однако обращаясь к вопросу - кто является субъектом преступления в случае незаконного использования программ для ЭВМ в организации - конечном пользователе: руководитель организации, системный администратор или сотрудник, непосредственно работающий на компьютере? - возникает просто громадное количество вопросов. С другой стороны, если обратиться к диспозиции ст. 146 УК РФ, то, на первый взгляд, окажется все просто, субъект не определен, а значит, субъект общий, т.е. это любое лицо, достигшее шестнадцати лет и которое выполняет действия, входящие в объективную сторону состава указанного преступления.

В целях экономии бумаги, да и времени уважаемого читателя не будем брать во внимание те действия, которые совершаются в целях сбыта, это не очень интересно и достаточно просто, а в качестве предмета рассмотрения возьмем само использование как таковое.

Что такое использование программ для ЭВМ, уголовный закон не определяет. Гражданский закон также не дает легальной дефиниции, употребляя, однако, понятие использования произведения и рассматривая его с точки зрения способов его использования в п. 2 ст. 1270 ГК РФ. А вот ранее Закон РФ "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" в п. 1 ст. 1 содержал понятие "использование программ для ЭВМ и баз данных", которое отвечало потребностям практики и обусловливало его единообразное правоприменение. Попробуем содержательно проанализировать то понятие использования, которое было в указанном Законе, и которое выработала судебная практика сейчас.

Итак, Закон РФ "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" определял использование программ для ЭВМ через выпуск в свет, воспроизведение, распространение и иные действия по введению в хозяйственный оборот (в том числе в модифицированной форме). Первые три понятия также определены в той же ст. 1, а вот иные действия по введению в хозяйственный оборот рассматриваются как интуитивно понятное явление, и что это такое, опять же не определено. Однако отметим, что все указанные действия трактовались законодателем как действия по введению в хозяйственный оборот, а потому получается, что использование программ - это введение в хозяйственный (гражданский) оборот тем или иным способом (выпуск в свет, воспроизведение, распространение, прокат и т.п.), т.е. законодатель использование программ связывал именно с моментом начала реализации авторских прав по использованию программы, как правило, независимо от дальнейшего осуществления указанных полномочий. Сказанное очень тесно перекликается с законодательной конструкцией формального состава преступления, предусмотренного ч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ - преступление считается оконченным в момент совершения деяния независимо от наступивших последствий, в том числе (как уже указывалось) в виде фактического причинения ущерба правообладателю.

Кроме того, установление факта контрафактности программ для ЭВМ уже само по себе свидетельствует об их использовании, поскольку согласно легальному толкованию, данному высшей судебной инстанцией***(121)**, и ст. 48 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" контрафактными являются произведения, изготовление или распространение которых влечет нарушение авторских прав, иными словами, введение в гражданский оборот программ для ЭВМ в нарушение закона об авторском праве в соответствии с законодательством Российской Федерации влечет уголовную, административную и гражданско-правовую ответственность.

Думается, что вышеприведенные соображения полностью нашли свое отражение в новейшем законодательстве об авторском праве. Это, в частности,

следует из системного способа толкования гражданского закона, а также отчасти из принципа исчерпания прав, а потому использование программ для ЭВМ можно и нужно связывать с моментом начала их введения в гражданский оборот. В случае с конечным пользователем - с моментом введения в хозяйственный оборот организации, например, с момента допуска работников к работе с ЭВМ с предустановленным программным обеспечением, начала эксплуатации ЭВМ при выполнении трудовой функции сотрудниками организации. И именно этот момент является определяющим в установлении субъекта преступления, поскольку вводит в хозяйственный оборот программу одно конкретное лицо, а реализует предоставленное (законно или незаконно) полномочие указанному лицу другой круг субъектов по его поручению или с его ведома, к примеру, путем составления проектов зданий или сооружений в программе Autodesk AutoCAD, или просто работая в Microsoft Word, составляя текстовый документ, и поэтому, в частности, уголовную ответственность за причинение таким способом вреда правообладателю несет именно указанное конкретное лицо при условии, что остальные названные лица действовали в отсутствие умысла (ст. 42 УК РФ), и, как правило, данным лицом выступает руководитель организации.

Однако не всегда лицо, которое работает с программой на своем рабочем компьютере, не является субъектом преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, например, если оно само эту программу установило (инсталлировало) на ЭВМ, т.е., иными словами, использовало. А поскольку под воспроизведением понимается по существу изготовление программы, допустим, путем ее копирования или запуска дистрибутива (исходной версии программы), а, иными словами, запись в память ЭВМ, то в нашем случае правомерно возникает вопрос: в какую именно память ЭВМ - оперативную или долговременную память жесткого диска компьютера - происходит запись программы? По справедливому утверждению ряда ученых**(122)**, а после принятия четвертой части ГК РФ и по мнению законодателя, запись в оперативную память ЭВМ не есть воспроизведение, поскольку лицо с точки зрения уголовного права, как правило, не имеет намерения записать программу в оперативную память ЭВМ (для него это не имеет смысла), оно ее запускает, а поскольку такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения, то эти действия нельзя считать воспроизведением программы (пп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), но опять же, если исходить из правомерности телеологического аспекта такой записи.

С другой стороны, запись произведения на электронном носителе также считается воспроизведением (пп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), а потому хранение программы в памяти ЭВМ (одной ЭВМ или пользователя сети) является использованием программы (причем хранение без цели сбыта)**(123)**. Это подтверждается и тем, что право на воспроизведение, как оно определено в ст. 9 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г., и допускаемые этой статьей исключения полностью применяются в цифровой среде и, в частности, в отношении использования программ в цифровой форме. А значит в смысле ст. 9 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведения от 9 сентября 1886 г. хранение охраняемого произведения (программы для ЭВМ) в цифровой форме в электронном средстве является ее воспроизведением**(124)**.

Следовательно, если собственник или иной титульный владелец ЭВМ хранит в памяти компьютеров нелицензионные программы (инсталлированные или в виде дистрибутива), он незаконно использует указанные объекты авторских прав, т.е. выполняет объективную сторону преступления, предусмотренную ч. 2 ст. 146 УК РФ.

Так, Ж. совершил нарушение авторских прав, принадлежащих корпорациям "Майкрософт", "Adobe", а также ЗАО "Аскон", то есть незаконное использование

объектов авторского права, совершенное в крупном размере.

Преступление совершено в г. Екатеринбурге при следующих конкретных обстоятельствах. Ж., являясь с 10.02.2004 директором Общества с Ограниченной Ответственностью "Т.", расположенного по адресу: г. Екатеринбург, ул. С., д. 22 офис 1, являющийся одновременно единственным учредителем Общества с Ограниченной Ответственностью "Т.", незаконно, то есть в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции РФ (принята Всенародным голосованием 12.12.1993), ст. 5, 6, 7, 15, 16, 18, 25, 30, 31, 32, 48 Закона РФ от 23.09.1992 N 3523-1 "Об авторском праве и смежных правах", ст. 9, 10, 11, 14, 15 Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных", использовал объекты авторских прав, к которым в соответствии с п. 2 ст. 7 Закона РФ от 23.09.1992 N 3523-1 "Об авторском праве и смежных правах" относятся программы для ЭВМ: Microsoft Office 2000 Professional, Microsoft Office 2003 Professional, Microsoft Office 2002 Professional, Microsoft Windows 98 Second Edit on, Microsoft Window XP, Microsoft Windows 2000 Professional, авторские права на которые принадлежат корпорации "Майкрософт", а также программу для ЭВМ - "Adobe Photoshop 7.0", авторские права на которую принадлежат корпорации "Adobe" и программы для ПЭВМ "Компас 3D" 5.11 и "Компас 3D" V8, авторские права на которые принадлежат ЗАО "Аскон".

Незаконное использование Ж. программ для ЭВМ: Microsoft Office 2000 Professional, Microsoft Office 2003 Professional, Microsoft Office 2002 Profes sional, Microsoft Windows 98 Second Edit on, Microsoft Window XP, Microsoft Windows 2000 Professional, Adobe Photoshop 7.0, Компас 3D 5.11, Компас 3D V8 в соответствии с абз. 9 ч. 1 ст. 1 Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" выразилось в ведении им в хозяйственный оборот и использовании в коммерческой деятельности руководимой Ж. организации Общества с Ограниченной Ответственностью "Т." по указанному адресу программных продуктов Microsoft Office 2000 Professional, Microsoft Office 2003 Professional, Microsoft Office 2002 Professional, Microsoft Windows 98 Second Editon, Microsoft Window XP, Microsoft Windows 2000 Professional, Adobe Photoshop 7.0, Компас 3D 5.11, Компас 3D V8 не заключая при этом авторский договор с правообладателем - корпорацией "Майкрософт", корпорацией "Adobe" и ЗАО "Аскон" соответственно.

В период времени с 22.11.2005 до 17.11.2006 по адресу: г. Екатеринбург, ул. С., д. 22 оф. 1, Ж., действуя умышленно, незаконно, то есть в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции РФ (принята Всенародным голосованием 12.12.1993), ст. 5, 6, 7, 15, 16, 18, 25, 30, 31, 32, 48 Закона РФ от 23.09.1992 N 3523-1 "Об авторском праве и смежных правах", ст. 9, 10, 11, 14, 15 Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных", использовал объекты авторского права в коммерческой деятельности Общества с Ограниченной Ответственностью "Т.", незаконно введя в хозяйственный оборот Общества с Ограниченной Ответственностью "Т." объекты авторского права - программные продукты, являющиеся контрафактными, то есть используемыми без заключения договора с правообладателем, принадлежащие корпорации "Майкрософт": Microsoft Window XP, Microsoft Office 2002 Professional, установленные на компьютере, оснащенном процессором Celeron 2000, находящемся в собственности ООО "Т." и используемом при осуществлении своей трудовой функции, предусмотренной трудовым договором и должностной инструкцией, главным бухгалтером ООО "Т." Б. При этом стоимость прав на использование программного продукта Microsoft Window XP Professional составляет 251 доллар США, то есть сумму эквивалентную 6690,43 рублей по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006, стоимость прав на использование программного продукта Microsoft Office 2002 Professional составляет 365 долларов США, то есть сумму эквивалентную 9729,11 рублей.

В период времени с мая 2006 года до 17 ноября 2006 года по адресу: г.

Екатеринбург, ул. С., д. 22 оф. 1, Ж., действуя умышленно, незаконно, то есть в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции РФ (принята Всенародным голосованием 12.12.1993), ст. ст. 5, 6, 7, 15, 16, 18, 25, 30, 31, 32, 48 Закона РФ от 23.09.1992 N 3523-1 "Об авторском праве и смежных правах", ст. 9, 10, 11, 14, 15 Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных", использовал объекты авторского права в коммерческой деятельности Общества с Ограниченной Ответственностью "Т.", незаконно введя в хозяйственный оборот Общества с Ограниченной Ответственностью "Т." объекты авторского права - программные продукты, являющиеся контрафактными, то есть используемые без заключения договора с правообладателем, принадлежащие корпорации "Майкрософт": Microsoft Windows 2000 Professional, Microsoft Windows 98 Second Edit on, Microsoft Window XP, Microsoft Office 2000 Professional - три самостоятельных комплекта поставки, а также программный продукт "Adobe Photoshop 7.0", авторские права на которую принадлежат корпорации "Adobe" и программные продукты Ком-пас 3D 5.11 и Компас 3D V8, авторские права на которые принадлежат ЗАО "Аскон", установленные на ЭВМ - персональном компьютере, находящимся в собственности работника ООО "Т." - технического директора А., который с согласия работодателя использовал указанное программное обеспечение при осуществлении своей трудовой функции, предусмотренной трудовым договором и должностной инструкцией. При этом стоимость прав на использование программного продукта Microsoft Window XP Professional составляет 251 доллар США, то есть сумму эквивалентную 6690,43 рубля по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006, стоимость прав на использование программного продукта Microsoft Windows 2000 Professional составляет 247 долларов США, то есть сумму эквивалентную 6583,81 рублей, по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006, стоимость прав на использование программного продукта Microsoft Windows 98 Second Edit on составляет 152 доллара США, то есть сумму эквивалентную 4051,57 рублей, по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006, стоимость прав на использование программного продукта Microsoft Office 2000 составляет 407 долларов США, то есть сумму эквивалентную 10 848,63 рублей, по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006, стоимость прав на использование программного продукта "Adobe Photoshop 7.0" составляет 950 долларов США, то есть сумму эквивалентную 25 322,34 рублей, по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006, стоимость прав на использование программного продукта Компас 3D V8 составляет 2500 долларов США, то есть сумму эквивалентную 66 637,75 рублей, по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006, стоимость прав на использование программного продукта Компас 3D 5.11 составляет 2500 долларов США, то есть сумму эквивалентную 66 637,75 рублей, по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006. В период времени с 10.11.2005 до 17.11.2006 по адресу: г. Екатеринбург, ул. С., д. 22 оф. 1, Ж., действуя умышленно, незаконно, то есть в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции РФ (принята Всенародным голосованием 12.12.1993), ст. 5, 6, 7, 15, 16, 18, 25, 30, 31, 32, 48 Закона РФ от 23.09.1992 N 3523-1 "Об авторском праве и смежных правах", ст. 9, 10, 11, 14, 15 Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных", использовал объекты авторских прав, к которым в соответствии с п. 2 ст. 7 Закона РФ от 23.09.1992 N 3523-1 "Об авторском праве и смежных правах" использовал в коммерческой деятельности Общества с Ограниченной Ответственностью "Т.", незаконно введя в хозяйственный оборот Общества с Ограниченной Ответственностью "Т." объект авторского права - программный продукт, являющийся контрафактными, то есть используемый без заключения договора с правообладателем, принадлежащий корпорации "Майкрософт" - Microsoft Office 2003 Professional, установленный на портативном компьютере Toshiba,

находящимся в собственности ООО "Т." и используемом Ж. для осуществления своей трудовой функции - директора ООО "Т.", предусмотренной должностной инструкцией, уставом ООО "Т.". При этом стоимость прав на использование программного продукта Microsoft Office 2003 Professional составляет 384 доллара США, то есть сумму эквивалентную 10 235,56 рублей по курсу, установленному Центральным Банком РФ на 17.11.2006.

Стоимость прав на использование объектов авторских прав, принадлежащих корпорации "Майкрософт", незаконно используемых Ж. составила 76 526,80 рублей.

Стоимость прав на использование объектов авторских прав, принадлежащих корпорации "Adobe", незаконно используемых Ж. 25 322,34 рубля. Стоимость прав на использование объектов авторских прав, принадлежащих ЗАО "Аскон", незаконно используемых Ж. составила 133 275,5 рублей.

Общая стоимость прав на использование объектов авторского права, незаконно используемых Ж. составила 235 124,64 рубля***(125)**.

В идеале возможна целая иерархическая цепочка, начиная от руководителя организации и заканчивая рядовым техническим сотрудником, который может и не иметь даже специального образования, например, "Ломоносов-самоучка". С точки зрения уголовного права руководитель в любом случае может выступать в качестве соучастника: или подстрекателя, или пособника. Так, если инициатива на незаконное использование программ исходила от руководителя, это - однозначно подстрекательство, поскольку сговор налицо. Вопрос в другом - является ли руководитель исполнителем, выполняет ли он какую-либо часть объективной стороны преступления, предусмотренную ч. 2 ст. 146 УК РФ. Отчасти на этот вопрос уже был дан ответ. Сам руководитель непосредственно программы, как правило, не устанавливает (т.е. не записывает), не распространяет и не модифицирует. А вот вводит ли он в хозяйственный оборот организации компьютеры с предустановленными программами, иными словами, хранит ли их в памяти ЭВМ, приобретенных им от имени и для организации, скорее да, чем нет, поскольку совершение указанных действий все еще находится в рамках использования объектов авторских прав. Кроме того, как свидетельствует судебная практика, "без согласия директора организации программы для ЭВМ организации установлены быть не могли, так как в силу своего должностного положения директор как единоличный исполнительный орган осуществляет руководство текущей деятельностью организации"***(126)**.

Таким образом, налицо пример, как минимум, группы лиц по предварительному сговору, если не организованной группы, учитывая, что в организации всегда присутствует признак и устойчивости, и организованности. И как печально это бы не звучало, правоприменителю в таких случаях придется вменить п. "б" ч. 3 ст. 146 УК РФ с указанием того, какие конкретно преступные действия совершены каждым из соучастников преступления***(127)**.

С точки зрения конкретизации обвинения лица в незаконном использовании программ для ЭВМ, представляется обязательным для органов предварительного расследования указание только на конкретные нормы гражданского закона, которые нарушило лицо, и на способ нарушения авторских прав (будь то использование либо перевозка и хранение в целях сбыта), а вот для суда обязательным будет выяснение и указание в приговоре, какими именно действиями были нарушены права правообладателя***(128)**. Причем в приведенном разъяснении ВС РФ заложен своеобразный "логический круг", так как в данном случае само по себе описание в обвинительном заключении обстоятельств совершения преступления является конкретным описанием содержания того или иного имущественного авторского права, предусмотренного в ст. 1270 ГК РФ (ст. 16 Закона об авторском праве). Поэтому представляется нецелесообразным и излишним перечислять (путем цитирования закона) в обвинительном заключении (акте), какие конкретно из авторских прав были

нарушены в результате инкриминируемых действий. При таких обстоятельствах не происходит возложения "органом предварительного расследования на суд несвойственной ему функции формулирования обвинения и определения его объема"*(129), поскольку как раз суд и уполномочен при необходимости "изменить обвинение и квалифицировать действия подсудимого по другой статье уголовного закона, по которой подсудимому не было предъявлено обвинение", но "при условии, если действия подсудимого... вменялись ему в вину и не были исключены судьей из обвинительного заключения по результатам предварительного слушания, не содержат признаков более тяжкого преступления и существенно не отличаются по фактическим обстоятельствам от обвинения, по которому дело принято к производству суда, а изменение обвинения не ухудшает положения подсудимого и не нарушает его права на защиту"*(130). В предлагаемом варианте формулировки обвинение обладает признаком конкретности, так как в него не включаются дополнительные, не вмененные обвиняемому факты (эпизоды), увеличивающие фактический объем обвинения, хотя и не изменяющие юридической оценки содеянного.

Вместе с тем при обжаловании судебного решения о возвращении уголовного дела прокурору, вынесенного по мотивам неконкретности обвинения, недопустима ссылка суда на ч. 7 ст. 236 УПК РФ, согласно которому судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, обжалованию не подлежит.

Так, Свердловский областной суд 20 июля 2007 г. необоснованно прекратил кассационное производство по кассационному представлению прокурора Октябрьского района г. Екатеринбурга на основании ч. 7 ст. 236 УПК РФ*(131), так как положения последней не могут рассматриваться как основание для отказа в обжаловании и пересмотре принятого по результатам предварительного слушания судебного решения о возвращении уголовного дела прокурору*(132).

Также недопустимо прекращать уголовное дело (уголовное преследование) по итогам предварительного слушания в связи с деятельным раскаянием только на том основании, что лицо приобрело лицензионные программы, тем самым загладило причиненный вред.

Так, Челябинский областной суд отменил постановление Курчатовского районного суда г. Челябинска от 13 августа 2007 г. по уголовному делу в отношении К. о прекращении указанного дела в связи с деятельным раскаянием.

Курчатовским районным судом г. Челябинска было установлено:

К. впервые привлекается к уголовной ответственности за совершение преступления, относящегося, на момент его совершения, к преступлению средней тяжести, загладил причиненный вред, что подтверждается счетом N 105573 от 19.02.2007 о приобретении лицензионных программ, платежным поручением N 133 о перечислении 69 797 руб. в счет приобретения указанных программ, способствовал раскрытию преступления и вследствие деятельного раскаяния перестал быть общественно опасным, то есть имеются все основания, предусмотренные ст. 75 УК РФ*(133).

Вместе с тем для прекращения уголовного дела по этому основанию дополнительно необходимо, чтобы лицо, совершившее преступление, добровольно явилось с повинной и способствовало раскрытию преступления. В тех случаях, когда какое-либо из условий отсутствует и вместо явки с повинной и помощи в раскрытии преступления имеет место, например, только чистосердечное раскаяние, применение ст. 28 УПК РФ невозможно, поскольку указанные в законе обстоятельства, позволяющие в совокупности сделать вывод о деятельном раскаянии, будут являться всего лишь обстоятельствами, смягчающими наказание*(134).

§ 3. Предустановка нелицензионного программного обеспечения на вновь приобретаемые ЭВМ или его инсталляция на уже эксплуатируемые ЭВМ, в том

числе через информационную сеть Интернет (hard disk loading case)

В случае установки (инсталляции) нелицензионного программного обеспечения квалификация действий установщика вроде бы сложностей не вызывает - это незаконное использование программ для ЭВМ путем их воспроизведения (записи в долговременную память ЭВМ), а также в некоторых случаях и хранение в целях сбыта.

Так, например, 13 декабря 2007 г. приговором Снежинского городского суда Челябинской области Ч. осужден за совершение преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 146 УК РФ и ч. 1 ст. 273 УК РФ.

Ч. совершил незаконное использование объектов авторского права, хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта, в крупном размере, при следующих обстоятельствах.

13.08.2007 в дневное время в мастерскую "Т.", расположенную в доме N 6 "А" по улице 3. города Снежинска Челябинской области, обратился К. с просьбой установить на четырех жестких компьютерных дисках (винчестерах) программы "Microsoft Windows XP Professional" (RUS) (Майкрософт Виндоус Экс-Пи Профешнл) и "Microsoft Office XP" (RUS) (Майкрософт Офис Экс-Пи).

14.08.2007 около 14 часов Ч., осуществлявший индивидуальную предпринимательскую деятельность в указанной выше мастерской "Т.", с целью незаконного использования объектов авторского права, принадлежащего Корпорации "Майкрософт", в нарушение п. 1 и п. 2 ст. 16 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" путем копирования с имеющихся у него **дистрибутивов (исходных версий)** (выделено мной. - Ю.К.) контрафактного программного обеспечения, находящихся в памяти принадлежащего ему системного блока, на четыре представленных К. жестких диска (винчестера), а также оптический CD-R диск, **воспроизвел (изготовил)** (выделено мной. - Ю.К.) контрафактные экземпляры программ "Microsoft Windows XP Professional" (RUS) (Майкрософт Виндоус Экс-Пи Профешнл) и "Microsoft Office XP" (RUS) (Майкрософт Офис Экс-Пи), для последующей их продажи К. за 1200 рублей. После этого Ч. незаконно хранил эти контрафактные экземпляры произведений в целях сбыта, после чего сбыл их в 16 часов 10 минут того же дня К***(135)**.

Также на практике не вызывает особой сложности квалификация действий установщиков, совершивших незаконное использование программ в группе лиц.

Так, С. и В. вступили в предварительный сговор на незаконное использование программных продуктов, авторские права на которые принадлежат Корпорации "Microsoft" и ЗАО "1С", путем установки на ЭВМ, совершив приобретение, хранение и перевозку контрафактных экземпляров произведений авторского права в целях сбыта в крупном размере, а равно незаконное использование в крупном размере объектов авторского права, группой лиц по предварительному сговору, при следующих обстоятельствах: В период времени с декабря 2005 г. по февраль 2006 г., точное время следствием не установлено, С. имея преступный умысел на незаконное использование объектов авторского права, в целях хранения и дальнейшего сбыта в особо крупном размере, приобрел у неустановленного следствием лица, контрафактные программы, а именно "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка. Сетевая версия", "1С: Предприятие 7.7 Web-расширение", "1С: Предприятие 7.7 Управление распределенными информационными базами", "Windows XP Professional", "Microsoft Office 2003 Русская версия". После чего, незаконно хранил данные программы у себя дома по адресу: г. Екатеринбург, ул. К., 59/а квартира 68, а также на своем рабочем месте в ООО "И.", по адресу: г. Екатеринбург, ул. С., 14 офис 5. 09.03.2006 В. являясь директором ООО "И." заключил договор с "Издательский дом "Д." на оказание рекламно-информационных услуг и подал объявление в газету "Быстрый курьер" об оказании услуг в сфере компьютерного сервиса, указав

контактные телефоны своей фирмы. 23.03.2006, в неустановленное следствием время, у В., предварительно договорившегося с П., являющимся сотрудником милиции, об установке контрафактных копий программ "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка. Сетевая версия", "Windows XP Professional", "Microsoft Office 2003 Русская версия", за денежное вознаграждение в 900 рублей, возник преступный умысел на незаконное использование объектов авторского права, в целях сбыта в крупном размере. Реализуя свой преступный умысел, В. осознавая, что С. располагает необходимыми контрафактными копиями вышеуказанных программ, посвятил последнего в свои преступные планы по установке контрафактных копий программ "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка. Сетевая версия", "Windows XP Professional", "Microsoft Office 2003 Русская версия" в офисе ООО "Л.", расположенного по адресу: ул. Б. 52, в Октябрьском административном районе г. Екатеринбурга.

Далее В. и С. 23.03.2006 в 15 часов 30 минут, действуя совместно, согласно заранее обдуманному плану, перевезли контрафактные копии указанных программ в офис, принадлежащий ООО "Л.", расположенный по ул. Б. 52, в Октябрьском административном районе г. Екатеринбурга. После чего В. передал С. электронные носители информации типа CD-R, на которых имелись контрафактные копии программ "Windows XP Professional", "Microsoft Office 2003 Русская версия", "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка. Сетевая версия", "1С: Предприятие 7.7 Web-расширение", "1С: Предприятие 7.7 Управление распределенными информационными базами", о контрафактности которых ему было известно, и отдал указание о необходимости произвести копирование вышеназванных программ на жесткий диск системного блока, принадлежащий сотрудникам милиции, проводивших оперативное мероприятие "проверочная закупка". Затем, В. осознавая, что С. имеет знания в области компьютерных технологий и установки различных компьютерных программ, достаточные для доведения их единого преступного умысла на незаконное использование объектов авторского права с целью сбыта для личного обогащения, в крупном размере, до конца, скрылся с места происшествия. С., реализуя заранее обдуманный, единый с В. преступный умысел, на незаконное использование объектов авторского права, осознавая, что В. договорился о размере вознаграждения, действуя умышленно, незаконно скопировали и установил на жесткий диск системного блока, принадлежащий сотрудникам милиции, производящих оперативное мероприятие "проверочная закупка", контрафактную копию программы "Windows XP Professional", "Microsoft Office 2003 Русская версия". Таким образом, в результате преступных действий В. и С. правообладателю Корпорации "Microsoft " причинен ущерб на общую сумму 17 613 рублей 82 копейки.

После чего, С., ранее вступивший в преступный сговор с В. с целью незаконного использования объектов авторского права для личного обогащения, имея единый с В. умысел, направленный на сбыт контрафактных программ, в крупном размере, продолжая действовать с тем же умыслом и целью в период времени с 15 часов 30 минут по 16 часов 49 минут 23.03.2006 в офисе ООО "Л.", расположенного по ул. Б. 52, в Октябрьском административном районе г. Екатеринбурга, незаконно установил на жесткий диск системного блока, находящегося в указанном офисе, контрафактную программу "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка. Сетевая версия", "1С: Предприятие 7.7 Web-расширение", "1С: Предприятие 7.7 Управление распределенными информационными базами". В результате преступных действий С. и В. правообладателю ЗАО "1С" причинен ущерб на общую сумму 104 296 рублей 01 копейка.

После установки контрафактных программ "Windows XP Professional", "Microsoft Office 2003 Русская версия", "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка. Сетевая версия", "1С: Предприятие 7.7 Web-расширение", "1С: Предприятие 7.7 Управление распределенными информационными базами", П., являющийся

сотрудником милиции, передал С. оговоренное с В. вознаграждение в сумме 900 рублей за установку контрафактных программ "Windows XP Professional", "Microsoft Office 2003 Русская версия", "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка. Сетевая версия", "1С: Предприятие 7.7 Web-расширение", "1С: Предприятие 7.7 Управление распределенными информационными базами". После получения вознаграждения в сумме 900 рублей, С. был задержан сотрудниками милиции*(136).

Однако это на первый взгляд. Сложность заключается в том, что субъективная сторона преступления в данном случае характеризуется повышенной осведомленностью субъекта о свойствах того или иного программного продукта. Следовательно, у субъекта преступления должен присутствовать не только интеллектуальный и волевой моменты умысла, но он также должен понимать тонкости функционирования такого сложного комплекса как программа для ЭВМ, т.е. иметь высокий уровень социализации личности (техническое образование, опыт работы в сфере программного обеспечения и т.п.). Теоретически вполне можно себе представить, что лицо, находясь в состоянии невменяемости, установило одну (максимум две) программы для ЭВМ. Однако чтобы лицо, например, в силу слабоумия систематически устанавливало до 20-30 высокотехнологичных программных комплексов на различные ЭВМ, в каждом случае осознанно "взламывая", т.е. обходя защиту от несанкционированного доступа, установленную лучшими умами фирмы-правообладателя, что, кстати говоря, не каждому под силу - сложно даже вообразить. В таких случаях (в момент инсталляции программы) как раз нельзя не осознавать фактический характер своих действий и не отдавать себе отчета в своих действиях. Справедливости ради отметим, практика не знает таких примеров, когда лицо, страдающее слабоумием, незаконно инсталлировало бы программу для ЭВМ.

С другой стороны, если совершает данное преступление лицо, страдающее шизофренией, то вряд ли неопровержимо утверждение того, что можно быть гениальным сумасшедшим, но нельзя быть гениальным невменяемым. История знает гениальных шизофреников, например, Свифт, Врубель, а Чезаре Ломброзо в книге "Гениальность и помешательство. Параллель между великими людьми и помешанными"*(137) приводит длинный список великих мира сего, страдавших умопомешательством, например Гете, Гоббс, Челлини, Огюст Конт. Судебно-психиатрический опыт свидетельствует, что в период ремиссии лицо, несмотря на некоторый дефект, сохраняет способность понимать значение своих действий, руководить ими и в благоприятных условиях способно выполнять свои гражданские обязанности*(138). Поэтому само по себе наличие заболевания психики еще не есть доказательство невменяемости лица.

Так и в нашем случае наличие у лица болезненного состояния психики не обусловливает юридический критерий невменяемости, а иногда - даже стимулирует у субъекта повышенный уровень осведомленности о характеристиках программного продукта, изучение его функциональности и технических возможностей. Наверное, это те редкие случаи, когда особенности объективной стороны преступления являются признаком его субъекта (например, вменяемость лица).

Вот почему заключение эксперта о наличии у лица хронического душевного заболевания (например, шизофрении), не является безусловным доказательством его невменяемости. В уголовном праве есть "азбучные истины" (термин Т.В. Кондрашевой), такие как "невменяемость - понятие правовое". Следуя приведенной "истине", вывод о совершении преступления в состоянии невменяемости вправе делать только суд на основе совокупности всех имеющихся в деле доказательств при тщательном анализе поведения субъекта до, в момент, и после совершения преступления, поскольку последнее (поведение) как раз может свидетельствовать об обратном - умысле лица (стремлении избежать наказания).

Так, например, несмотря на то что экспертным путем было установлено

определенное отклонение психики от нормы у Чикатило, последний полностью понимал не только общественную опасность своих деяний, но и их противоправность и мог руководить своими действиями. Свидетельством этого являются эпизоды, когда Чикатило прерывал начатое преступление на стадии приготовления или покушения, если ему грозило задержание или разоблачение*(139). Точно также не имеет юридического значения ранее признанная невменяемость относительно вновь совершенного преступления.

Однако судебная практика исходит из формальных соображений.

Так, Кировский районный суд города Екатеринбурга 11 июля 2006 г. по уголовному делу в отношении Л. постановил освободить его от уголовной ответственности.

Л., страдающий хроническим душевным заболеванием, незаконно использовал объекты авторского права, в особо крупном размере. Деяние совершено им в г. Екатеринбурге при следующих обстоятельствах: В неустановленное время до 17.10.2005 в неустановленном месте Л. приобрел следующие программные продукты:

программы для ЭВМ, авторские права на которые принадлежат Корпорации "Майкрософт:

Microsoft Windows XP Professional (Русская версия) Microsoft Windows 98 SE (Русская версия) Microsoft Windows 2000 Professional (Русская версия)

Microsoft Windows Server Enterprise Edit on 2003 Professional (Английская версия)

Microsoft Windows Server Enterprise Edition 2003 Professional (Русская версия)

Microsoft Office 2000 Professional (Русская версия). Microsoft Office XP Professional (Русская версия) Microsoft Office 2003 Professional (Русская версия)

контрафактные программы, авторские права на которые принадлежат Корпорации "SolidWorks": Solid Works 2004 SPO

а так же контрафактные программы для ЭВМ, авторские права на которые принадлежат Компании "Autodesk": Autodesk AutoCAD 2002 Autodesk AutoCAD 2004 Autodesk AutoCAD 2005 Autodesk 3 ds max 6 COM Autodesk 3 ds max 5 Autodesk 3 ds max 7

В соответствии со ст. 1 Закона РФ от 23.09.1992 N 3523-1 "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных", ст. 9 Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах", исключительные авторские права на указанные компьютерные программы принадлежат Корпорации "Майкрософт", Корпорации SolidWorks и Компании Autodesk. Заведомо зная, что приобретенные им программные продукты являются контрафактными, Л. незаконно хранил их, после чего, работая по гражданско-правовому договору в ЗАО "У.", расположенном по адресу г. Екатеринбург, ул. М., и осуществляя, согласно договору, установку программного обеспечения и операционных систем, из корыстных побуждений, с целью извлечения прибыли, предвидя возможность причинения ущерба правообладателям в крупном размере, допуская эти последствия, вопреки воли правообладателя, без заключения с ним договора, в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции РФ, ст. 7, 15, 16 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных", ст. 1, 5, 6, 7, 48 Закона РФ от "Об авторском праве и смежных правах", Л. в период времени до 17.10.2005 года произвел установку программных продуктов: Microsoft Windows XP Professional (Русская версия), Microsoft Windows 98 SE (Русская версия), Microsoft Windows 2000 Professional (Русская версия), Microsoft Windows Server Enterprise Edit on 2003 Professional (Английская версия), Microsoft Windows Server Enterprise Edit on 2003 Professional (Русская версий), Microsoft Office 2000 Professional (Русская версия), Microsoft Office XP Professional (Русская версия), Microsoft Office 2003 Professional (Русская версия), Solid Works 2004 SPO, Autodesk AutoCAD 2002, Autodesk AutoCAD 2004, Autodesk AutoCAD 2005, Autodesk 3 ds max 6 COM, Autodesk 3 ds max 5, Autodesk 3 ds max 7 на ЭВМ ЗАО "У.".

В результате преступных действий Л. Корпорации "Майкрософт", Корпорации

SolidWorks и Компании Autodesk причинен материальный ущерб, общая сумма которого составила 3 489 276 рублей 53 копейки, что является особо крупным размером.

Совершение данного общественно опасного деяния Л. подтверждается следующими доказательствами:

заключением N 126 амбулаторной судебно-психиатрической экспертизы на испытуемого Ломова Б.А., согласно которому последний страдает хроническим душевным заболеванием - параноидной шизофренией с приступообразно-прогредиентным течением с аффективно-бредовыми приступами в состоянии относительной лекарственной ремиссии, и страдая ею в период совершения правонарушения, Л. в период совершения правонарушения не мог осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий и руководить своими поступками, Л. нуждается в применении к нему мер медицинского характера в виде принудительного лечения в стационаре общего типа (том N 3 л.д. 154-156);

Протоколом осмотра места происшествия от 17.10.2005, согласно которому... (том N 1 л.д. 20-24);

Уведомлением о нарушении авторских прав, согласно которому директор ЗАО 21.07.2005 был уведомлен о недопустимости нарушения авторских прав (том N 3 л.д. 22);

Протоколом осмотра предметов от 19.10.2005, согласно которому осмотрены 18 системных блоков ЭВМ, эксплуатировавшиеся сотрудниками ЗАО "У." и изъятых в ходе осмотра места происшествия 17.10.2005. В ходе осмотра на жестких дисках системных блоков обнаружены следующие программные продукты: Microsoft Windows XP Professional (Русская версия), Microsoft Windows 98 SE (Русская версия), Microsoft Windows 2000 Professional (Русская версия), Microsoft Windows Server Enterprise Edit on 2003 Professional (Английская версия), Microsoft Windows Server Enterprise Edit on 2003 Professional (Русская версий), Microsoft Office 2000 Professional {Русская версия), Microsoft Office XP Professional (Русская версия), Microsoft Office 2003 Professional (Русская версия), Solid Works 2004 SPO, Autodesk AutoCAD 2002, Autodesk AutoCAD 2004, Autodesk AutoCAD 2005, Autodesk 3 ds max 6 COM, Autodesk 3 ds max 5, Autodesk 3 ds max 7 (том N 3, л.д. 89-94);

Договором оказания услуг от 31.03.2003;

Заключением компьютерно-технической экспертизы.

Учитывая изложенные доказательства в совокупности, суд находит факт совершения общественно опасного деяния доказанным. У суда нет каких-либо оснований не доверять выводам заключения экспертов. В соответствии со ст. 21 ч. 1 УК РФ Л. как лицо, совершившее деяние в состоянии невменяемости, подлежит освобождению от уголовной ответственности**(140)**.

Как следует из приведенного примера судом абсолютно не исследован юридический критерий невменяемости, а вместо этого исследован и установлен интеллектуальный и волевой моменты умысла Л., причем умысла косвенного, а не прямого (?!), когда состав формальный:

"заведомо зная, что приобретенные им программные продукты являются контрафактными, Л. незаконно хранил их, после чего, ...из корыстных побуждений, с целью извлечения прибыли, предвидя возможность причинения ущерба правообладателям в крупном размере, допуская эти последствия, произвел установку программных продуктов".

Получается, как следует из постановления суда, что Л. осознавал и понимал фактический характер своих действий и конкретную ситуацию, в которой он периодически находился, а также мог контролировать свое преступное поведение. Следовательно, Л. вопреки мнению суда подлежит уголовной ответственности за совершение преступления, предусмотренного п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ.

Кроме того, судом совершенно не исследовано влияние болезненного состояния психики подсудимого на его поведение в момент совершения преступления. Как правило, психическое расстройство значительно уменьшает способность лица контролировать свои действия, приводит к снижению общего интеллекта и волевой сферы, но об этом, думается, не всегда можно утверждать в случае "интеллектуального пиратства", поскольку инсталляция программы обычно требует применения достаточно серьезных как интеллектуальных, так и волевых усилий, которыми невменяемый согласно ст. 21 УК РФ в момент совершения преступления не обладает.

Другой аспект вопроса - инсталляция программ для ЭВМ через интернет-ресурсы, которая в последнее время набирает все большие обороты. Правоохранительные органы просто не успевают справляться с нахлынувшим валом детской порнографии, взломанных дистрибутивов программ общеизвестных фирм-правообладателей, "программ-ломалок" в Интернете. Фирмы-правообладатели вынуждены бороться с этим явлением пока, по сути, в одиночку и фиксировать доказательства всеми доступными способами, а уже постфактум обращаться с соответствующими заявлениями в органы правоохраны.

Например, в целях обеспечения доказательств правообладатель на основании ст. 102-103 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате***(141)** вправе обратиться к нотариусу с заявлением об обеспечении доказательств путем производства осмотра информации в информационно-телекоммуникационной сети общего пользования Интернет на "пиратском" сайте.

При этом правообладатель в присутствии нотариуса должен выразить намерение обратиться в суд или правоохранительные органы с заявлением о нарушении его авторских прав на программу, дистрибутив которой размещен на соответствующем интернет-сайте, а также обосновать невозможность доказывания данного факта впоследствии.

Так, К. обратился к нотариусу города Нижний Тагил с заявлением об обеспечении доказательств незаконного использования его объектов авторских прав на Интернет-сайте, поскольку доказывание данного факта впоследствии может оказаться невозможным.

Обеспечение доказательств по заявлению К. не терпит отлагательства, поскольку владелец (администратор) сайта в информационно-телекоммуникационной сети общего пользования Интернет по адресу "http// www.c...ru" может в любое время беспрепятственно изменить содержание помещенных на сайте материалов либо удалить указанные материалы, сделав тем самым невозможным как доказывание факта использование объектов авторских прав - программ для ЭВМ, так и установление лиц, разместивших данную компьютерную информацию.

Нотариусом разъяснены заявителю требования статей 55, 57, 64 и 71 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, ст. 42, 44 Уголовно-процессуального кодекса РФ и статей 102-103 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате.

Согласно сообщению К. гражданского или уголовного дела по его заявлению в производстве суда и/или органов предварительного расследования в настоящее время не имеется.

В результате осмотра нотариусом установлено наличие на сайте в информационно-телекоммуникационной сети общего пользования Интернет по адресу "http//www.c...ru" сведений о незаконном использовании объектов авторских прав К.

До сих пор достаточно остро стоит вопрос о субъекте преступления, занимающемся подобным распространением контрафактных программ. На первый взгляд, очевидно, субъектом будет лицо, разместившее контрафактное произведение в интернет-сети и предоставившее таким образом к нему доступ неограниченному числу

пользователей. Иное положение дел противоречило бы субъективно-объективному вменению, существующему в уголовном праве, поскольку уголовная ответственность за невиновное причинение вреда согласно уголовному закону не допускается (ч. 2 ст. 5 УК РФ).

Так, 23.06.2008 Кировским районным судом г. Самары осужден П. за совершение преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ. П. совершил незаконное приобретение, хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта в крупном размере, при следующих обстоятельствах:

П., работая системным администратором ООО "С", обладающий достаточными знаниями в области информационных технологий, навыками в пользовании компьютерной техникой, имеющий персональный компьютер по месту своего проживания по адресу г. Самара ул. Свободы д. XXX кв. XX, 28.02.2007, заключив договор N 1740866 на предоставление телематических услуг связи с провайдером ЗАО "Компания "ЭР-Телеком", подключился и по учетным данным - имени доступа (login) и паролю, предоставленным ЗАО "Компания "ЭР-Телеком", получил выделенный канал доступа к сети "Интернет". В неустановленный следствием период времени, но не позднее 07.04.2007, П., являясь абонентом ЗАО "Компания "ЭР-Телеком", пользуясь телематическими услугами связи, скопировал и установил на накопительные жесткие магнитные диски своего персонального компьютера, бесплатную клиентскую программу "Matrix" ("Матрица"), позволяющую обмениваться файлами между пользователями данной системы "Matrix" (файлообменной системы "Матрица"), запустил программу "Matrix" и зарегистрировался в системе "Matrix" под псевдонимом (НИКом) пользователя "CHASM". При регистрации, в соответствии с условиями использования системы "Matrix", П. ознакомился с правилами работы в системе "Matrix" и был предупрежден о категорическом запрете размещения нелегальных материалов и об уголовной ответственности за совершение преступлений, предусмотренных ст. 242 прим. I, ст. 242, ст. 146, ст. 272-274 УК РФ.

Зная, что в соответствии с условиями использования системы "Matrix", при копировании информации, находящейся на накопительных жестких магнитных дисках персонального компьютера одного пользователя, другими пользователями системы "Matrix", ЗАО "Компания "ЭР-Телеком", на лицевой счет данного пользователя (абонента) начисляется бонусное вознаграждение в размере 2 копейки за 1 Мбайт, скопированной у него информации, у П., из корыстных побуждений, возник умысел на незаконное приобретение, хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта, посредством файлообменной системы "Matrix" среди других ее пользователей.

П., в неустановленный следствием период времени, но не позднее, чем 04.02.2008 19 часов 33 минуты, реализуя свой преступный умысел, направленный на незаконное приобретение, хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта, действуя незаконно из корыстных побуждений, вопреки воли правообладателя Корпорации Аутодеск Инк., без заключения с ним договора, в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции РФ и ст. 3, 14, 117, 118 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных", ст. 7, 15, 16 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" (действующих до 01.01.2008), ст. 1228, 1229, 1255, 1259, 1261, 1267, 1316 ГК РФ (вступивший в законную силу с 01.01.2008), путем копирования с неустановленных следствием носителей информации среди абонентов ЗАО "Компания "ЭР-Телеком", являющихся пользователями системы "Matrix", на накопительные жесткие магнитные диски своего персонального компьютера, расположенного по адресу г. Самара ул. Свободы д. XXX кв. XX, подключенного к сети Интернете с помощью выделенного канала доступа, создал папку, присвоив ей имя "Autodesk AutoCAD 2006", содержащей, согласно заключения автороведческой судебной экспертизы от 24.04.2008 N 81, программное обеспечение "Autodesk AutoCAD 2006" с

признаками контрафактности, обладателем авторских и смежных прав на которое является Корпорация Аутодеск Инк., стоимостью лицензионного программного обеспечения "Autodesk AutoCAD 2006" 101 564,68 рублей и оставил ее на хранение в своем персональном компьютере.

Продолжая свои преступные действия, направленные на незаконное приобретение, хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта, с целью рекламирования, дальнейшего систематического распространения контрафактного программного обеспечения "Autodesk AutoCAD 2006", П., действуя осознано, опубликовал в системе "Matrix", доступную для всеобщего обозрения абонентам ЗАО "Компания "ЭР-Телеком", являющимся пользователями системы "Matrix", информацию о названии папки "Autodesk AutoCAD 2006", ее размере и адресе расположения на своем персональном компьютере. Публично демонстрируя название и содержимое папки "Autodesk AutoCAD 2006", хранящейся у него на накопительных жестких магнитных дисках персонального компьютера с точкой доступа, зарегистрированной провайдером ЗАО "Компания "ЭР-Телеком", расположенной по адресу г. Самара ул. Свободы д. 175 кв. 48, содержащей согласно заключения автороведческой судебной экспертизы от 24.04.2008 N 81, программное обеспечение "Autodesk AutoCAD 2006" с признаками контрафактности, обладателем авторских и смежных прав на которое является Корпорация Аутодеск Инк., стоимостью лицензионного программного обеспечения "Autodesk AutoCAD 2006" 101 564,68 рублей, П. предоставил возможность любому желающем) пользователю системы "Matrix", по цене 2 копейки за 1 Мбайт скопировать и приобрести программное обеспечение "Autodesk AutoCAD 2006", тем самым незаконно приобрел, хранил контрафактные экземпляры произведений в целях сбыта, получая за это денежные начисления на свой лицевой счет абонента ЗАО "Компания "ЭР-Телеком"**(142)**.

Однако на практике происходит обратная ситуация.

В соответствии с разъяснением высшей судебной инстанции размещение объектов авторского права в телекоммуникационных сетях, в частности в сети Интернет, является использованием данных объектов. Так, запись произведения в память электронной вычислительной машины является использованием, если по инициативе лица, совершившего запись, неопределенный круг лиц получает доступ к этому произведению. Созданные (полученные) в результате такого использования экземпляры произведений с нарушением законодательства об авторском праве являются контрафактными. Лица, осуществившие подобные действия, признаются нарушителями авторского права. К указанным лицам могут быть отнесены, в частности, владельцы сайта, на котором были размещены контрафактные произведения**(143)**.

Кроме того, ВАС РФ, обсуждая в январе 2009 г. с ВС РФ проект совместного постановления, разъясняющего часть четвертую ГК РФ, фактически поддержал предложение объективного вменения - наказывать за проделки пиратов интернет-провайдеров за контент, который размещают в Сети их клиенты.

"До сих пор считалось, что ловить и наказывать надо непосредственно того, кто выложил в Интернет кино, песню или любое другое чужое творение. А интернет-провайдеры были ни при чем. Но четвертая часть Гражданского кодекса смотрит на вещи иначе. Фактически законодатели требуют привлекать к ответственности невиновных, мол, да, не вы украли и распространили "Титаник", но вы **сами того не ведая, подключили пиратов к Сети** (выделено мной. - Ю.К.), и за это должны отвечать. Высший Арбитражный Суд РФ согласился, что иначе прочитать закон нельзя, и теперь компании-провайдеры, владельцы домовых сетей будут отвечать за всю нелегальщину, выложенную их клиентами.

Принцип справедливости не может стоять выше положений закона, и другого варианта я не вижу, - сказал глава ВАС РФ Антон Иванов.

Он считает, что в противном случае необходимо менять сам закон. По словам самих провайдеров, на данный момент они не могут контролировать, насколько законную информацию размещают в сети их клиенты. Компании-провайдеры предоставляют только технические услуги, соответственно у них нет ни экспертизы, ни персонала, способного контролировать содержание сайтов"*(144).

Вряд ли можно согласиться с такой точкой зрения. Кроме того, не хватало еще, чтобы в судебном порядке обжаловались разъяснения высших судебных инстанций как противоречащих федеральному закону. Тогда останется дело за юмористами, которым, кстати говоря, законом предоставлена индульгенция (предлагаемая редакция разрешает свободное использование чужого произведения для создания пародий).

§ 4. Распространение программ для ЭВМ на компакт-дисках (CD-case)

О массовом характере данного явления говорят не только сухие цифры статистики, предоставляемой правообладателями, но это признают даже сами контрольно-надзорные органы, в ряде случаев указывая на собственное бессилие в борьбе с контрафактной продукцией.

Как отмечалось на заседании Правительственной комиссии по противодействию нарушениям в сфере интеллектуальной собственности, состоявшемся 23 марта 2003 г., доля контрафакта только по аудио- и видеопродукции по разным оценкам составляет от 40 до 95%. При этом подобный разброс мнений не в последнюю очередь связан с отсутствием системного подхода к организации и проведению соответствующего мониторинга ее обращения на рынке, превалированием субъективного (конъюнктурного) подхода к определению квалифицирующих признаков контрафактности товаров, отсутствием надлежащим образом обобщенной правоприменительной практики и т.д., что в некоторых случаях приводит к искусственному завышению реального уровня показателей выявленной контрафактной продукции*(145).

И, к сожалению, это так. В России в целом до сих пор не выработан системный подход в борьбе с распространителями дисков с контрафактными программами. Ежегодные координационные совещания правоохранительных органов, систематически проводимые на уровне субъектов Российской Федерации, свидетельствуют о "неадекватности проводимой в данном направлении работы остроте складывающейся ситуации"*(146).

Вместе с тем у правоохранителей уже сложилось однозначное мнение, что без помощи общественности и представителей правообладателей этот сложный клубок не распутать. В ряде случаев правоохранительные органы не считают зазорным, что весьма радует, обращаться за методической или организационной помощью к правообладателям, а также ежегодно совместно с ними принимать участие в обсуждении проблем правоприменения в формате круглых столов (где все равны и имеют возможность свободно высказаться даже в присутствии своего начальства). И на самом деле это приносит ощутимые результаты: намного облегчает работу правоохранителей и приводит к единообразию правоприменительной практики*(147).

По общему мнению, не стоит заниматься переложением проблем "с больной головы на здоровую", как обычно это происходит, работать в этом направлении должны все, а не только отдельно взятые подразделения милиции или прокуратуры. Во-вторых, прокуроры как координаторы деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью не всегда имеют четкое представление, какой вектор борьбы самый важный, при этом понимая, количественный показатель здесь должен быть не на самом первом месте, иначе можно просто "захлебнуться" в потоке контрафакта - в десятках, сотнях, тысячах дисков.

А потому представляется обоснованным мнение Роспотребнадзора: "Определение и констатация того, что ...экземпляры продукции, не сопровождающиеся соответствующей необходимой информацией, являются контрафактными, а продавец, их реализующий, является нарушителем авторских и смежных прав, к полномочиям Роспотребнадзора не относится"*(148). Каждый должен заниматься только своим делом.

В частности, автор настоящей работы столкнулся с тем, что когда при снижении уровня пиратства примерно до 60% в регионе среди корпоративных пользователей*(149) вектор борьбы был резко перенаправлен на борьбу с распространителями компакт-дисков и предустановщиками нелицензионных программ, произошел резкий откат назад - скачок "пиратства" по всем направлениям.

Как показывает практика, "отлавливая" распространителей компакт-дисков и предустановщиков нелицензионных программ, правоохранительные органы просто не справляются с бесчисленным количеством дисков, в то время как проблему в целом такие действия не решают, а только позволяют доблестным правоохранителям отчитываться перед руководством страны о достигнутых "успехах". И мало кто замечает, что государство занимается самобичеванием. Представляется самым важным и необходимым сделать бессмысленным существование такого явления как компьютерное пиратство, сбив "спрос" на него, т.е. в приоритетном порядке проводить проверки среди потребителей - корпоративных пользователей. Только так можно добиться определенных результатов, а с другой стороны - повысить доверие населения к правоохранительным органам, как это произошло на Урале. В данном случае необходимо также учитывать специфику менталитета российского гражданина - "если всем можно, значит и мне можно"; "купив диск, я не отвечаю за действия продавца". Однако когда это начинает касаться каждого (пользователя), обеспечивается неотвратимость ответственности за нарушение интеллектуальной собственности и принципиально меняется отношение к соблюдению прав авторов произведений - создаются экономические предпосылки творчества.

С точки зрения юридической квалификации, данная разновидность незаконного использования программ для ЭВМ осуществляется путем их распространения, которое, в свою очередь, состоит из ряда альтернативных действий: приобретения, перевозки и хранения в целях сбыта.

Так, Верх-Исетским районным судом г. Екатеринбурга 13 декабря 2005 г. в открытом судебном заседании рассмотрено уголовное дело в отношении Г. по обвинению в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ.

Г. совершил незаконное приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта, в крупном размере.

Преступление совершено им в г. Екатеринбурге при следующих обстоятельствах.

В не установленное следствием время - до 20.10.2005 Г., являясь индивидуальным предпринимателем и осуществляя деятельность по реализации машинных носителей информации, умышленно, в целях сбыта, осознавая, что своими противоправными действиями наносит вред авторским правам компании - правообладателю, приобрел у не установленного следствием лица на Кировском оптовом рынке в г. Екатеринбурге один контрафактный машинный носитель информации типа "CD" с программными продукта-ми "Autodesk AutoCAD v2006", "Autodesk AutoCAD Electrical v2006", авторские права на которые принадлежат компании "Аутодеск". После этого, Г., умышленно, с целью последующего сбыта, перевез контрафактный экземпляр с программными продуктами "Autodesk" с территории Кировского оптового рынка в свой магазин "Пурга. RU", расположенный по ул. Заводская, 42, в Верх-Исетском административном районе г. Екатеринбурга, где, умышленно, с целью сбыта хранил контрафактный компакт-диск на полке в торговом

зале.

20.10.2005 контрафактный машинный носитель информации типа "CD" с программными продуктами "Autodesk AutoCAD v2006", "Autodesk AutoCAD Electrical v2006", реализован продавцом-консультантом Ш. покупателям. Стоимость компьютерных программ "Autodesk AutoCAD v2006", "Autodesk AutoCAD Electrical v2006" составляет 5489 долларов США или 157 377 рублей 86 копеек по курсу ЦБ РФ на 20.10.2005, то есть является крупным размером*(150).

По общему правилу, распространение экземпляров произведений без согласия автора и без выплаты вознаграждения не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законом, например, согласно принципу "исчерпания прав", если экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот посредством их продажи или иного отчуждения (ст. 1272 ГК РФ, п. 3 ст. 16 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах"). Но и в этом случае распространение таких экземпляров произведений не должно нарушать авторское право, в частности, не должно нарушать территориальные ограничения по распространению, использоваться для воспроизведения*(151).

По этому поводу в литературе высказывается мнение*(152) о неуместности словоупотребления "исчерпание прав", с чем вряд ли можно согласиться, поскольку речь идет именно о продолжении гражданского оборота экземпляра произведения, а не о территориальных ограничениях использования прав на него. Так, это особенно актуально для Евросоюза, в состав которого входит множество стран с различными правовыми системами*(153).

При этом следует учитывать, что из правила об исчерпании прав есть и исключение - оно не распространяется на право сдачи экземпляров программ для ЭВМ в прокат. В связи с этим приведем пример, ставший из-за частоты упоминаний в юридической литературе*(154) практически классическим.

ЗАО "1С" обратилось в арбитражный суд с требованием компенсации нарушения авторских прав на программу для ЭВМ. Суды первой, второй инстанций отказали в иске, кассационная инстанция оставила указанные решения без изменения. Однако Президиум ВАС РФ пришел к иному выводу - отменил все предшествующие решения и постановил об удовлетворении иска. Было установлено, что ответчик в помещении своего магазина распространял программы для ЭВМ, авторские права на которые принадлежат ЗАО "1С". Экземпляры программ были приобретены ответчиком по договору у официального дилера ЗАО "1С".

При продаже экземпляра программы ответчик вместе с кассовым чеком выдавал покупателю талон, подтверждающий проверку диска продавцом и гарантию отсутствия дефектов. Кроме того, такой талон предоставлял покупателю право в течение неопределенного времени обменять диск на любой другой за 25 рублей, а также после совершения пяти обменов - право на получение одного диска бесплатно.

Представленные суду доказательства свидетельствуют о фактическом проведении указанных действий с экземплярами программ для ЭВМ, авторские права на которые принадлежат истцу. Истец полагал, что данные действия ответчика нарушают исключительное право ЗАО "1С" на сдачу программ в прокат, которое в установленном порядке ответчику не передавалось. Ответчик иск не признал, сославшись на исчерпание правообладателем своих прав после первой продажи программ и допустимость их распространения без согласия автора и выплаты ему вознаграждения. Кроме того, ответчик настаивал на том, что лишь продавал и обменивал экземпляры программ, а договоры проката не заключал.

Однако суды нижестоящих инстанций неверно оценили существо взаимоотношений, сложившихся у ответчика с потребителями, которые свидетельствовали о том, что последние не только приобретали вещное право на экземпляр программы для ЭВМ, но и право на использование программы путем

воспроизведения, то есть записи ее в память ЭВМ. Пользователь программы, купивший первый диск у общества, после обмена своего экземпляра (с доплатой) на другой, приобретал право на неопределенное время (до следующего обмена) использовать новую программу. Общество же получало возможность повторно продать этот же экземпляр или передать ее новому покупателю во временное пользование (до следующего обмена). По своему экономическому и правовому содержанию обязательства общества, изложенные в так называемом "гарантийном талоне", сводились к коммерческому прокату программ для ЭВМ, который приводит к широкому копированию таких произведений, наносящему ущерб исключительному праву на воспроизведение.

Таким образом, действия ответчика представляли собой самостоятельный способ использования объекта авторских прав, нарушали ограничение принципа исчерпания прав, запрет без согласия автора распространять его произведения в коммерческих целях***(155)**.

Однако по сравнению с действовавшим на момент принятия вышеприведенного решения суда Законом об авторском праве, сфера применения исключительного права на прокат программных продуктов согласно ст. 1270 ГК РФ несколько сужена. Указанный способ использования программ для ЭВМ выделен в качестве самостоятельного, однако применяется только в случае, если такая программа является основным объектом проката.

С практической точки зрения это означает, что подобные нарушения могут фиксироваться только в так называемых пунктах проката или точках "обмена", основной формой деятельности которых является прокат программ для ЭВМ.

Сказанное касается и компьютерных клубов, поскольку прокат компьютера с установленными на нем программами для ЭВМ является способом использования этих программ, и не допускается при отсутствии у арендодателя прав на сдачу таких программ в прокат. Таким образом, помимо стандартного лицензионного соглашения с правообладателем на использование программ путем воспроизведения (хранения в памяти ЭВМ), арендодатель должен иметь прокатное соглашение. Например, в случае использования программ, авторские права на которые принадлежат Корпорации "Майкрософт", у компьютерного клуба должно быть лицензионное соглашение на использование программ с конечным пользователем (End-user license agreement) и отдельное соглашение на прокат (Microsoft Rental Agreement). В противном случае будет нарушаться закон, а следовательно, и авторские права правообладателя.

Так, Закрытое акционерное общество (правообладатель) обратилось в арбитражный суд с иском к индивидуальному предпринимателю о взыскании суммы компенсации за нарушение исключительного права на использование программ для ЭВМ.

В ходе проведенной сотрудниками управления внутренних дел проверки компьютерного клуба было обнаружено, что в нем размещены компьютеры, принадлежащие индивидуальному предпринимателю, на каждом из них установлены игровые программы, права на которые принадлежат истцу. Указанные компьютеры ответчиком сдавались в прокат физическим лицам. Закрытое акционерное общество обратилось с иском, так как не передавало индивидуальному предпринимателю исключительного права на использование программ для ЭВМ. Ответчик, по мнению истца, занимается прокатом программ для ЭВМ.

Ответчик против удовлетворения иска возражал, так как правомерно установил программы на принадлежащие ему компьютеры и занимался сдачей в прокат не программ для ЭВМ, а компьютеров. Ответчик ссылался на статью 626 ГК РФ, определяющую понятие проката как предоставление арендодателем, осуществляющим сдачу имущества в аренду в качестве постоянной предпринимательской деятельности, движимого имущества за плату во временное

владение и пользование. Исходя из указанного определения в рассматриваемом случае предметом проката являются сами компьютеры. Удовлетворяя заявленное требование, суд руководствовался следующим. Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, вправе без получения дополнительного разрешения правообладателя осуществлять любые действия, связанные с функционированием программы для ЭВМ или базы данных в соответствии с ее назначением, в том числе запись и хранение в памяти ЭВМ, а также исправление явных ошибок.

Цель сдачи в прокат компьютеров ответчиком - предоставление арендаторам возможности пользования программами для ЭВМ, на них установленными, в то время как право на осуществление действий, связанных с функционированием программы для ЭВМ, должно реализовываться непосредственно пользователями программы.

Предоставление права пользования соответствующими программами третьим лицам за плату к числу прав пользователя программы для ЭВМ не относится.

Программы для ЭВМ могут предоставляться вместе с устройством, на котором они установлены, без согласия правообладателя только в случае, если объектом проката является устройство, неразрывно связанное с установленной на нем программой (например, калькулятор, стиральная машина и т.п.).

В иных случаях право на использование программ для ЭВМ путем сдачи в прокат принадлежит правообладателю.

Компьютер и установленное на нем программное обеспечение неразрывно связанными между собой не являются.

Ответчиком не заключался договор с истцом о передаче ему исключительных прав на прокат программ для ЭВМ***(156)**.

Часть II. Административная ответственность за нарушение авторских прав на программы для ЭВМ: основные аспекты

Если тебе дадут линованную бумагу - пиши поперек!

Михаил Веллер

Применение одних лишь уголовно-правовых мер ответственности за нарушение авторских прав на программы для ЭВМ, учитывая массовый характер этих нарушений, не всегда отвечает целям социальной справедливости и обеспечивает предупреждение совершения новых преступлений в этой сфере. Порой складывается впечатление, что у нас в стране живут одни "преступники" - нарушители авторских прав, поскольку с каждым годом все больше и больше возбуждается уголовных дел и все меньше и меньше административных, в особенности в отношении юридических лиц. Если мы такими темпами будем стремиться к правовому государству, то в скором времени население нашей страны в основной своей массе примкнет к числу осужденных, и тогда Россию можно будет вносить в Книгу (рекордов) Гиннеса по числу осужденных за нарушение авторских прав на душу населения. Негативным фактором является также существующая "палочная система" статистического учета выявленных и раскрытых преступлений, с каждым годом государство требует от наших правоохранителей наращивать темпы борьбы с компьютерным пиратством, мотивируя это необходимостью вступления во Всемирную торговую организацию и т.п. благими целями. К счастью, глобальный кризис несколько отрезвил умы наших государственных деятелей и заставил обратить их внимание на проблемы "маленького человека", и это искренне радует.

По итогам нескольких лет работы в этом направлении постепенно приходишь к

выводу - высокий уровень пиратства обусловлен не только особенностями менталитета российского гражданина (можно сказать, что Россия этот этап уже прошла), а в большей степени экономической зависимостью большинства населения от воли работодателей, в ряде случаев (если это маленький город или сельский райцентр) безысходностью, безальтернативностью в выборе места работы. Вот почему автором активно продвигается идея целесообразности применения мер уголовной или административной ответственности за нарушение авторских прав. И многое в этом случае зависит от усмотрения правоохранительных органов, мотивация действий которых должна быть не наказать за контрафакт, а не допустить его использование в деятельности граждан и организаций. Вот, наверное, главный ориентир, вектор борьбы с указанным явлением.

Поскольку диспозиция ст. 7.12 КоАП РФ в общем и целом сформулирована так же, как и диспозиция ч. 2 ст. 146 УК РФ, то подробное рассмотрение незаконного использования программ для ЭВМ в рамках указанного состава административного правонарушения вряд ли является оправданным, да и на практике привлечение физических лиц к административной ответственности не вызывает особой сложности.

Так, мировой судья судебного участка N 1 Кировского района г. Екатеринбурга рассмотрела дело об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ в отношении гражданки РФ З. З. совершила незаконное использование контрафактных экземпляров произведений в целях извлечения дохода.

Согласно протоколу об административных правонарушениях от 28.03.2007 N 0029796/2191 (л.д. 9) правонарушение было совершено при следующих обстоятельствах.

27.02.2007 в ООО "П.", директором которого является З., в г. Екатеринбурге по адресу ул. К. Либкнехта, д. XX, оф. 613 был обнаружен факт использования на 2 системных блоках и ноутбуке контрафактного программного обеспечения, правообладателями которого являются ЗАО "1С" и Корпорация Майкрософт.

В судебном заседании защитник З. пояснил, что на момент проверки были куплены лицензионные диски, фактически они были куплены 19.04.2006, то есть в это время Корпорация Майкрософт получила деньги за свой продукт, поэтому ущерба от использования нелицензионных программ не несла. Полагает, что покупка лицензионных дисков исключает признак контрафактности используемых программ. Кроме того, обращает внимание, что у З. отсутствовал умысел на использование нелицензионных программ, она полагала, что, купив лицензионные диски, устранила нарушение, о котором ее предупреждали. Версия "1С" была изначально лицензионной, но монопольной. Несмотря на то, что ее переделали в процессе использования в сетевую, сетью никто не пользовался. 19.03.2007 уже на основании лицензионного договора с ЗАО "1С" была установлена сетевая версия. Полагает, что в связи с отсутствием умысла, а также, принимая во внимание, что после 19.04.2006 Корпорация Майкрософт получила деньги за свой продукт, в ее действиях отсутствует состав правонарушения. Просил также не назначать наказание связанное с конфискацией компьютеров, так как на них содержится конфиденциальная информация, кроме того эти компьютеры используются в хозяйственной деятельности общества.

Представитель потерпевшего ЗАО "1С" Громозов А.Л. пояснил, что использование однопользовательской версии в сетевом варианте также является нарушением авторского права.

В судебном заседании представитель потерпевшего Корпорация Майкрософт Козубенко Ю.В. пояснил, что право на использование установленных на компьютерах ООО "П." по лицензии не предоставлялось. Диски, на которые ссылается защитник, свидетельствуют только о заключении договора поставки, а не лицензионного договора, который может быть заключен либо в письменной форме, либо посредством активации через технический код. Использование объектов авторского права связано с

их введением в хозяйственный оборот, что и было сделано в отношении 6 программных продуктов, которые являются контрафактными. Кроме того, пояснил, что представленные диски являются продуктом, который поставляется с компьютером, до его активации может быть перепродан. По таким программам лицензионное соглашение заключается только в момент активации через технический центр.

Заслушав стороны, изучив материалы дела, суд пришел к следующему. Из материалов проверки N 479пр-07 следует, что 27.02.2007 в результате осмотра офиса ООО "П." в г. Екатеринбурге по адресу ул. К. Либкнехта, д. XX, оф. 613 были обнаружены системные блоки и ноутбук, установленное на которых программное обеспечение обладает признаками контрафактности. Указанные блоки и ноутбук были изъяты при проведении проверки. Актом исследования N 107 от 27.02.2007 установлено, что на системном блоке с серийным номером 1615A139000159 установлено программное обеспечение "Microsoft Windows XP Professional SP 2. Русская версия", дата установки 13.01.2006; "Microsoft Office XP Professional. Русская версия", дата установки 13.01.2006, "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка" - дата установки 29.06.2006;

на системном блоке с серийным номером 2F030J03102011 установлено программное обеспечение "Microsoft Windows 98 SE. Русская версия", дата установки 02.09.2005; "Microsoft Office 2000 Professional. Русская версия", дата установки 02.09.2005, "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка" - дата установки - 26.01.2007.

на портативном компьютере ASUS A2800S, серийный номер 46NP037281, установлено программное обеспечение "Microsoft Windows XP Home Edit on SP2. Русская версия", дата установки 27.08.2004; "Microsoft Office XP Professional. Русская версия", дата установки 26.11.2004, "1С: Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка" - дата установки - 06.03.2006.

Программное обеспечение, установленное на исследуемых компьютерах, обладает следующими признаками контрафактности: отсутствуют сертификаты подлинности на корпусе системных блоков, фирменная упаковка с сертификатом подлинности, оригинальные носители, регистрационные анкеты, документы, подтверждающие покупку лицензионного программного обеспечения. Правообладателем данных программ являются Корпорация Майкрософт и ЗАО "1С". Все программы модифицированы в обход защиты, предусмотренной правообладателями.

Договор на использование данных лицензионных программ с правообладателем отсутствует, следовательно, использование данных программ является нарушением авторских прав, а сами программы являются контрафактными на основании ст. 17 Закона "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных".

Компьютеры, на которых были установлены контрафактные программы, использовались в деятельности общества, в том числе и для извлечения при-были, поскольку основным видом деятельности общества является ведение бухгалтерского учета и аудита. 12.04.2006 З. была предупреждена об ответственности за использование нелицензионных программных продуктов. Материалами дела и собственными показаниями З., ее вина в незаконном использовании контрафактных экземпляров произведений в целях извлечения дохода полностью установлена и подтверждена.

Действия З. правильно квалифицированы по ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ как незаконное использование экземпляров произведений в целях извлечения до-хода в случаях, если экземпляры произведений являются контрафактными в соответствии с законодательством РФ об авторском праве и смежных правах. Доводы защиты об отсутствии умысла на использование контрафактных продуктов, на квалификацию

нарушения не влияют. Доводы, что с покупкой представленных в судебном заседании дисков было легализовано использование установленных на компьютерах программ, опровергаются материалами дела и объяснениями представителя потерпевшего*(157).

В связи с тем что согласно российскому уголовному закону субъектом уголовной ответственности являются только физические лица, то разграничение с административной ответственностью может проводиться не только по степени общественной опасности (вредности) деяния, а, например, по субъектному критерию. Следовательно, возможность привлечения юридических лиц к административной ответственности за совершения правонарушения, предусмотренного ст. 7.12 КоАП РФ, обусловлена его правовым статусом и ограничена сроком давности, который по данному виду нарушений составляет один год (ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ).

Административный закон не предусматривает каких-либо особых изъятий для юридических лиц из общего порядка привлечения их к административной ответственности, указывая, что "данные нормы в равной мере действуют в отношении и физического, и юридического лица, за исключением случаев, если по смыслу данные нормы относятся и могут быть применены только к физическому лицу" (ст. 2.10 КоАП РФ).

На юридических лиц также распространяется презумпция невиновности (ст. 1.5 КоАП РФ), имеющая целью исключить возможность привлечения юридических лиц к административной ответственности при отсутствии их вины. Правда, основания, при наличии которых юридическое лицо может быть признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренные в ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ, специфичны - юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Вот почему утверждать или ссылаться на умысел или неосторожность юридического лица не совсем верно.

Так, Свердловский областной суд отменил постановление Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга, сославшегося на отсутствие умысла у ООО "Г." на совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 7.12 КоАП РФ*(158).

В соответствии с ч. 2 ст. 2.2 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность (в данном случае ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ), но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Действующим законодательством установлена обязанность о соблюдении авторских прав фирмы-правообладателя, а если в ходе использования тех или иных программ происходит нарушение авторских прав, то такие программы являются контрафактными, а юридическое лицо, использующее в своей коммерческой деятельности такие программы, является нарушителем авторских прав (ст. 48 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах").

Мировым судьей судебного участка N 7 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга установлено, что у ООО "Г." имелась реальная возможность для соблюдения действующего законодательства, так как руководство ООО "Г." с момента предупреждения о контрафактности используемого им программного обеспечения до проведения прокурорской проверки имело достаточно времени для изъятия контрафактных программ из хозяйственного оборота ООО "Г.", т.е. для соблюдения действующего законодательства в области охраны авторских прав.

В обоснование своих возражений представители юридического лица ссылались на договор поставки между ООО "Г." и официальным дилером Корпорации "Майкрософт", однако согласно ст. 6 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" (ст. 1227 ГК РФ) по договору поставки происходила передача вещных прав на материальные носители информации (например, компакт-диски, которые суду, кстати, представлены не были), а передача права собственности на материальный объект, в котором выражено произведение, сама по себе не влечет передачи каких-либо авторских прав на произведение. Передача же таких имущественных авторских прав, как право на распространение и воспроизведение, может осуществляться только на основании лицензионного соглашения с правообладателем (а не с его официальным дилером).

Кроме того, нет необходимости всегда по фактам нарушения авторских прав проводить административное расследование в отношении юридического лица, тем более когда было проведено предварительное расследование уголовного дела, возбужденного в отношении одного из его работников.

Так, Орджоникидзевский районный суд г. Екатеринбурга признал незаконным и необоснованным непроведение административного расследования по конкретному административному делу, поскольку использование в качестве доказательств вины ООО "Г." результатов предварительного расследования по уголовному делу в отношении его руководителя является недопустимым.

Как видно из материалов административного дела по ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ в отношении юридического лица ООО "Г.", дело инициировано прокурором. В соответствии с Конституцией РФ, Законом РФ "О прокуратуре", ст. 28.4 КоАП РФ прокурор вправе возбудить дело о любом административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена КоАП РФ или законом субъекта РФ.

Но в соответствии со ст. 28.7 КоАП РФ после выявления административного правонарушения в области авторского права и смежных прав проводится административное расследование.

Следовательно, прокурор, возбудив дело об административном правонарушении в отношении ООО "Г." обязан был передать его для административного расследования уполномоченному должностному лицу. В нарушение закона прокурором нарушен порядок возбуждения административного дела и порядок по нему производства.

Так, административное дело в отношении ООО "Г." возбуждено по п. 1 ст. 7.12 КоАП РФ, тогда как в КоАП РФ такого материального закона не имеется, а имеется ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ***(159)**.

Однако судом первой инстанции (мировым судьей) данное обстоятельство было проверено, ему была дана надлежащая оценка, а вышеприведенное решение районного суда впоследствии отменено.

К материалам дела мировым судьей было приобщено письменное ходатайство представителя юридического лица о возвращении административного материла прокурору для проведения административного расследования, в котором было указано, что на основании ч. 1 ст. 28.7 КоАП РФ, в случаях если выявлен факт административного правонарушения в сфере авторского права, проводится административное расследование. При этом материалы об административных правонарушениях, по которым производилось административное расследование, рассматриваются судьями районных судов.

Заявленное представителем юридического лица ходатайство мировой судья нашел необоснованным и не подлежащим удовлетворению по следующим основаниям.

В соответствии с ч. 2 ст. 28.7 КоАП РФ решение о необходимости проведения административного расследования принимается органом или должностным лицом, в

чьем производстве находится материал по факту правонарушения. По настоящему административному делу административное расследование не проводилось. Дело подсудно мировому судье и по нему уже назначено судебное разбирательство, из которого в силу ст. 29.4 КоАП РФ, дело не может быть возвращено органу или должностному лицу, его направившему.

Более того, в соответствии с Постановлением Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ"**(160)**, на которое ссылается Орджоникидзевский районный суд, установив, что административное расследование фактически не проводилось, судье районного суда при подготовке дела к рассмотрению следует решить вопрос о его передаче мировому судье на основании п. 5 ч. 1 ст. 29.4 КоАП РФ.

По мнению районного суда, из материалов административного дела в отношении ООО "Г." следует, что:

административное расследование подменено процессуальными действиями, совершенными в рамках предварительного расследования по уголовному делу, в результате которого привлечен к уголовной ответственности директор филиала ООО "Г.".

Подобное использование в качестве доказательств вины ООО "Г." в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ, результатов предварительного расследования по уголовному делу, является совершенно недопустимым со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями, так как административное дело возбуждено (и то с нарушениями, указанными выше) - против юридического лица - ООО "Г.", а предварительное расследование проводилось в отношении физического лица - директора филиала ООО "Г.".

Таким образом, постановление мирового судьи нельзя признать законным и обоснованным**(161)**.

Прокурор и потерпевший, обжаловав данное постановление, отметили - решение о проведении административного расследования прокурором не принималось, так как принятие такого решения, во-первых, прерогатива прокурора, во-вторых, допускается только в случаях, требующих значительных временных затрат процессуальных действий прокурорских работников, направленных на установление всех обстоятельств административного правонарушения, их фиксирование, юридическую квалификацию и процессуальное оформление.

Более того, не являются административным расследованием процессуальные действия, совершенные в соответствии с нормами УПК РФ в рамках предварительного расследования по уголовному делу, возбужденному в отношении лица, привлекаемого к административной ответственности, и впоследствии прекращенному. Следовательно, у прокурора Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга не было необходимости в организации, проведении и оформлении административного расследования. К тому же оба дела, и административное, и уголовное, возбуждены по фактам нарушения авторских прав в отношении различных лиц, в одном случае - директор филиала ООО "Г.", в другом - ООО "Г.". А уголовное дело не прекращалось и было направлено по подсудности.

В результате Свердловским областным судом указанный вывод Орджонидзевского районного суда признан не основанным на законе.

В соответствии со ст. 28.7 КоАП РФ в случаях, если после выявления административного правонарушения в некоторых областях законодательства, в частности, об авторском праве и смежных правах, осуществляются экспертиза или иные процессуальные действия, требующие значительных временны затрат, проводится административное расследование. Решение об этом принимается должностным лицом, уполномоченным в соответствии со ст. 28.3 КоАП РФ, составлять протокол об административном правонарушении, либо прокурором немедленно после

выявления факта совершения административного правонарушения.

Таким образом, по смыслу закона, решение вопроса о проведении административного расследования относится на усмотрение лица, осуществляющего производство по делу об административном правонарушении, принимается им в случае необходимости и не является обязательным по каждому делу, по которому проведение такого расследования возможно.

Поэтому непроведение в отношении юридического лица административного расследования по делу об административном правонарушении, предусмотренном ст. 7.12 КоАП РФ, нельзя признать существенным нарушением процессуальных требований.

В этой связи, решение судьи районного суда об отмене по этому основанию постановления о назначении ООО "Г." административного наказания является необоснованным и подлежит отмене с направлением дела на новое рассмотрение в тот же суд***(162)**.

На практике бывают и еще более "оригинальные", чем вышеприведенное, а впоследствии отмененное решение районного суда, постановления судов по административным делам, возбуждаемым в отношении юридических лиц.

Так, мировой судья судебного участка N 2 Кировского района г. Екатеринбурга, рассмотрев 29 сентября 2006 г. дело об административном правонарушении, предусмотренном ст. 7.12 КоАП РФ в отношении ОАО "У.", постановил указанное дело прекратить за отсутствием состава административного правонарушения, мотивировав следующим:

Основанием для возбуждения дела об административном правонарушении явилось окончание предварительного следствия по уголовному делу N 4002, возбужденному 27.02.2006 по п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ по факту нарушения авторских и смежных прав в ОАО "У.". 30.07.2006 принято решение о прекращении уголовного дела на основании п. 3 ч. 1 ст. 27 УПК РФ, т.е. вследствие акта об амнистии.

Согласно постановления прокуратуры Свердловской области от 21.08.2006, вышеуказанное постановление о прекращении уголовного дела было отменено, возобновлено предварительное следствие.

Согласно п. 7 ст. 24.5 КоАП РФ производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению при наличии по одному и тому же факту совершения противоправных действий (бездействия) лицом, постановления о возбуждении уголовного дела.

Учитывая, что в настоящее время производство по уголовному делу возобновлено, а постановление от 28.09.2006 о прекращении уголовного дела N 4002 (вследствие акта об амнистии следователя прокуратуры. - Ю.К.), возбужденному 27.02.2006 по п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ, по факту нарушения авторских и смежных прав в ОАО "У." на основании п. 3 ч. 1 ст. 27 УПК РФ, не вступило в законную силу, суд приходит к выводу, что по одному и тому же факту совершения противоправных действий лицо не может быть привлечено к ответственности дважды, следовательно, производство по делу об административном правонарушении в отношении ОАО "У." подлежит прекращению***(163)**.

Данное решение оставим без комментариев, отметим только, что, естественно, данное постановление мирового судьи было отменено, и кроме этого, Кировским районным судом г. Екатеринбурга в отношении мирового судьи было вынесено частное определение.

В завершение главы хотелось бы остановиться на ошибке, заложенной в Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" и, к сожалению, мало кем замечаемой. Речь идет о п. 33 упомянутого Постановления. Для наглядности приведем пример из

судебной практики.

Постановлением мирового судьи судебного участка N 7 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга от 18.10.2006 юридическому лицу ООО "Г." назначено наказание по ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ в виде штрафа в сумме 35 000 рублей с конфискацией контрафактных экземпляров программных произведений, материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения - девяти системных блоков, изъятых в ООО "Г.".

По результатам рассмотрения жалобы юридического лица указанное постановление 21.12.2006 отменено решением судьи районного суда.

На решение судьи 29.12.2006 прокурором Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга принесен протест в Свердловский областной суд. 31.01.2007 судья Свердловского областного суда С. сняла с рассмотрения протест прокурора, мотивировав свое решение тем, что статьей 30.9 КоАП РФ не предусматривается возможность обжалования в вышестоящий (областной) суд решения судьи районного суда, вынесенного по жалобе на постановление мирового судьи, и указав, что решение судьи районного суда вступает в законную силу немедленно после вынесения и может быть обжаловано либо опротестовано прокурором субъекта в порядке ст. 30.11 КоАП РФ председателю областного суда**(164)**.

По нашему глубокому убеждению, причина подобной позиции областного суда кроется в некорректной трактовке ч. 3 ст. 31.1 КоАП РФ, данной ВС РФ в п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях".

Дело в том, что согласно указанному Постановлению Пленума ВС РФ (п. 33, абз. 4) если дело рассматривалось мировым судей, то его постановление может быть обжаловано в порядке, установленном ст. 30.2-30.8 КоАП РФ, в вышестоящий суд - в данном случае в Орджоникидзевский районный суд.

А вот возможность обжалования в таком же порядке решения судьи Орджоникидзевского районного суда, согласно п. 33 Постановления Пленума ВС РФ, ст. 30.9 КоАП РФ не предусматривает, поскольку оно вступает в законную силу немедленно. В то же время ч. 3 ст. 31.1 КоАП РФ устанавливает исключение из приведенного правила - решение районного суда не вступает в законную силу немедленно, если решением районного суда отменяется вынесенное постановление мирового судьи.

Таким образом, тем, что 31 января 2007 г. судья Свердловского областного суда сняла с рассмотрения протест прокурора Орджоникидзевского района на не вступившее в законную силу решение районного суда, суд лишил прокурора права на опротестование незаконного решения, а потерпевшего - права на судебную защиту и доступ к правосудию, гарантированные Конституцией РФ (ч. 1 ст. 46, ст. 52).

Следовательно, судья Свердловского областного суда ограничила потерпевшего в праве защищать свои права и отстаивать свои интересы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45 Конституции РФ), а прокурора - гарантировать государственную защиту прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 ст. 45 Конституции РФ), в связи с чем незаконно и необоснованно обязала потерпевшего реализовывать свои права в порядке, предусмотренном ст. 30.11 КоАП РФ, а прокурора района вообще лишила этого права, так как право принесения протеста на вступившие в законную силу постановление судьи принадлежит Генпрокурору РФ, прокурору субъекта РФ, их заместителям. Однако права и свободы в Российской Федерации могут быть ограничены федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 55 Конституции РФ).

Вместе с тем при применении ст. 30.11 КоАП РФ, как справедливо отмечается в Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5**(165)** - необходимо иметь в виду, что положения, закрепленные в данной норме, не лишают ни потерпевшего, ни прокурора района права непосредственно обращаться к председателю или заместителю председателя соответствующего вышестоящего (областного) суда, правомочным на основании ч. 3 ст. 30.11 КоАП РФ пересматривать вступившие в законную силу постановления.

В приведенном случае потерпевший и прокурор воспользовались указанным правом и обратились к председателю Свердловского областного суда с соответствующим заявлением (протестом), по итогам рассмотрения которого было отменено решение районного суда, но в то же время председатель суда (его заместитель) воздержался от формулирования правовой позиции по поводу некорректной трактовки в разъяснении закона высшей судебной инстанцией (возможно, по той причине, что в таком случае областному суду пришлось бы пересматривать до половины всех принятых решений по административным делам).

Часть III. Гражданско-правовые средства защиты авторских прав на программы для ЭВМ

Так или иначе, надо найти место новым
отношениям, связанным с результатами
интеллектуальной деятельности,
в специальном разделе ГК и надлежащую
форму их правовой регламентации. В Кодексе,
который должен составляться не на годы,
а на эпоху, неправильно идти на поводу
конъюнктурных соображений, которые всегда
имеют временный характер.

В.А. Дозорцев**(166)**

Глава 1. Несколько слов о предварительных обеспечительных мерах по иску и о правовой природе компенсации за нарушение авторских прав

Сегодня уже можно говорить о начале формирования арбитражной практики по спорам, связанным с защитой авторского права на программы для ЭВМ. Если ранее сохранялась тенденция подачи исков правообладателями программ исключительно на основании материалов уголовных дел, возбужденных правоохранительными органами, то последнее время проявляется стремление правообладателей самим инициировать дела, развивая институт средств гражданско-правовой защиты, например, путем фиксации на видеокамеру в присутствии свидетелей фактов продажи нелицензионных компакт-дисков и предъявлением видеозаписи с товарным, кассовым чеком в суд в целях самозащиты гражданских прав (ст. 12, 14 ГК РФ)**(167)** или подачи в арбитражный суд ходатайств о применении предварительных обеспечительных мер по иску в виде производства осмотра ЭВМ судебным приставом-исполнителем с участием группы специалистов в сфере информационных технологий с фиксацией необходимых характеристик программ на "скриншоты" без соответствующего изъятия ЭВМ организации**(168)**. Основанием удовлетворения подобного ходатайства правообладателя с 1 января 2008 г. уже может быть не просто документально подтвержденный факт нарушения прав истца, но и законодательно закрепленный принцип "Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)" (ст. 1229 ГК РФ).

Что касается применения предварительных обеспечительных мер по иску правообладателя к нарушителю его прав, кратко отметим, что в действующем законодательстве содержится указание на "обеспечительные меры" и "меры по обеспечению иска". Если первое является предварительной мерой обеспечения будущей реализации какого-либо из способа защиты гражданских прав, причем мерой процессуального характера, в основном направленной на закрепление и собирание доказательств (п. 2 ст. 1252 ГК РФ), то последнее, как правило, включает в себя только меры по обеспечению исполнения судебного решения.

Так, например, Арбитражный суд Свердловской области удовлетворил ходатайство Корпорации "Майкрософт" о применении предварительных обеспечительных мер, заявленное в целях обеспечения доказательств нарушения авторских прав, в виде производства судебным приставом с участием специалиста по информационным технологиям осмотра компьютеров, используемых в деятельности ОАО "У.", с целью выявления содержащихся в их памяти (на жестких дисках) экземпляров программ для ЭВМ, авторские права на которые принадлежат заявителю, а также закрепления доказательств путем распечатки диалоговых панелей, содержащих информацию о программах для ЭВМ, установленных на жестких дисках компьютеров**(169)**.

Заявитель мотивировал свое ходатайство тем, что к моменту рассмотрения спора по существу названые доказательства могут быть уничтожены нарушителем посредством удаления программного обеспечения из памяти компьютеров, в связи с чем для подтверждения факта использования программного обеспечения Microsoft на жестких дисках (в памяти) компьютеров, принадлежащих ответчику, без разрешения правообладателя необходимо принять предварительные обеспечительные меры, что будет свидетельствовать о нарушении исключительных прав заявителя, в виде осмотра компьютеров, который позволит установить идентичность программного обеспечения, используемого на компьютерах ответчика, программному обеспечению, авторские права на которое принадлежат заявителю. Кроме того, заявитель сослался на необходимость истребовать у ответчика копий документов, подтверждающих правомерность введения в гражданский оборот экземпляров программ для ЭВМ, используемых в деятельности ОАО "У.", авторские права на которые принадлежат заявителю, и отразить факт наличия или отсутствия таких документов в акте осмотра.

Ответчик обжаловал данное определение суда в апелляционном порядке, полагая, что суд первой инстанции не принял во внимание документы, представленные ответчиком и подтверждающие факт использования в своей деятельности лицензионных программных продуктов, авторские права на которые принадлежат истцу - Корпорации "Майкрософт". По мнению ответчика, арбитражным судом первой инстанции не были надлежащим образом исследованы представленные ответчиком документы. Кроме того, по мнению ответчика, из резолютивной части определения суда о применении предварительных обеспечительных мер не ясно, какие именно компьютеры подлежат осмотру, количество компьютеров, подлежащих осмотру, их местонахождение, что значительно затрудняет исполнение данного определения. Заявитель апелляционной жалобы также полагает, что осмотр компьютеров, используемых в деятельности ответчика с распечаткой диалоговых панелей, потребует значительных временных затрат, что, в свою очередь, приведет к срыву производственной деятельности ответчика и возникновению у ОАО "У." убытков.

Однако апелляционная инстанция отказала в удовлетворении апелляционной жалобы по следующим основаниям:

В соответствии с ч. 1 ст. 72 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации лица, участвующие в деле, имеющие основания опасаться, что представление в арбитражный суд необходимых доказательств станет невозможным или затруднительным, могут обратиться с заявлением об обеспечении этих

доказательств.

В соответствии с требованиями ч. 2 ст. 72 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации заявление об обеспечении доказательств подается в арбитражный суд, в производстве которого находится дело. В заявлении должны быть указаны доказательства, которые необходимо обеспечить, обстоятельства, для подтверждения которых необходимы эти доказательства, причины, побудившие обратиться с заявлением об их обеспечении.

Частью 3 статьи 72 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации предусмотрено, что обеспечение доказательств производится арбитражным судом по правилам, установленным Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации для обеспечения иска. В соответствии с частью 2 статьи 90 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации основаниями принятия арбитражным судом обеспечительных мер являются: - затруднение или невозможность исполнения судебного акта вследствие непринятия обеспечительных мер; - возможность причинения лицу, ходатайствующему о принятии обеспечительных мер, значительного ущерба вследствие их непринятия. При этом истец, ходатайствующий о принятии обеспечительных мер, должен обосновать основания их принятия и представить доказательства своих доводов. В качестве обоснования необходимости обеспечения доказательств по делу заявитель сослался на необходимость подтверждения факта использования программного обеспечения на жестких дисках (в памяти) компьютеров, принадлежащих ответчику, без разрешения правообладателя, что будет свидетельствовать о нарушении исключительных прав заявителя., а также на то обстоятельство, что к моменту рассмотрения спора по существу названные доказательства могут быть уничтожены ответчиком посредством удаления программного обеспечения из памяти компьютеров. Кроме того, осмотр позволит установить идентичность программного обеспечения, используемого на компьютерах общества, программному обеспечению, авторские права на которое принадлежат заявителю.

При таких обстоятельствах, арбитражный суд первой инстанции правомерно удовлетворил ходатайство истца об обеспечении доказательств, поскольку заявитель - Корпорация "Майкрософт" привел убедительные доводы для применения обеспечения доказательств, указал обстоятельства, для подтверждения которых необходимы доказательства, а также указал причины, побудившие обратиться с заявлением об их обеспечении. Ссылка ответчика на то обстоятельство, что арбитражным судом первой инстанции не были надлежащим образом исследованы представленные ответчиком документы, подтверждающие факт использования в своей деятельности лицензионных программных продуктов, авторские права на которые принадлежат истцу - Корпорации "Майкрософт", арбитражным судом апелляционной инстанции отклоняется, поскольку предоставленные ответчиком документы, подтверждающие факт использования в своей деятельности лицензионных программных продуктов, по сути являются доказательствами, подтверждающими возражения ответчика по существу спора, разрешение которого состоится в процессе судебного разбирательства по делу, а не документами, обосновывающими позицию ответчика о необходимости отказа в удовлетворении обеспечения доказательств.

Более того, арбитражный суд первой инстанции правомерно указал, что принятие данных мер по обеспечению доказательств соответствует и интересам ответчика, поскольку полученные доказательства смогут подтвердить либо опровергнуть довод истца об использовании ответчиком нелицензионного программного продукта.

Довод ответчика о том, что из резолютивной части определения от 19.04.2006 не ясно, какие именно компьютеры подлежат осмотру, количество компьютеров, подлежащих осмотру, их местонахождение, что значительно затрудняет исполнение

данного определения, арбитражным судом апелляционной инстанции отклоняется, поскольку указанное обстоятельство разъяснено арбитражным судом первой инстанции в определении от 20.04.2006, а именно: арбитражный суд первой инстанции правомерно указал, что меры по обеспечению доказательств приняты в отношении всех компьютеров, эксплуатируемых ОАО "У.".

Кроме того, ссылка ответчика на длительность процедуры обследования компьютеров, принадлежащих ОАО "У.", судом не принимается во внимание, поскольку как следует из пояснений представителей ответчика, данных в заседании суда апелляционной инстанции, за один день были осмотрены 47 компьютеров из имеющихся у ОАО "У." 300 компьютеров. Ссылка ответчика на то обстоятельство, что осмотр компьютеров, используемых в деятельности ответчика с распечаткой диалоговых панелей, потребует значительных временных затрат, что, в свою очередь, повлечет к срыву производственной деятельности ответчика и возникновению у ОАО "У." убытков, судом апелляционной инстанции не принимается, так как осмотр предусматривает визуальное исследование компьютеров ответчика, а распечатка диалоговых панелей не является трудоемким и затратным процессом, поскольку распечатка диалоговых панелей фактически сводится к получению копии экрана компьютера (скриншот), на котором должна содержаться информация об используемом программном обеспечении.

Возражения ответчика, изложенные в заседании суда апелляционной инстанции, фактически сводятся к ненадлежащему исполнению судебным приставом-исполнителем определения арбитражного суда от 19.04.2006, что является основанием к обжалованию действий судебного пристава-исполнителя в соответствии с главой 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации*(170).

Также следует иметь в виду, что из числа способов защиты гражданских прав принято выделять меры ответственности, для которых типично не только восстановление положения, существовавшего до нарушения права, но и обременение правонарушителя в виде возложения на него дополнительных обязанностей или лишения имеющихся субъективных прав*(171), это санкции, которые влекут определенные лишения имущественного характера. Причем применение мер ответственности требует установления всех элементов правонарушения, тогда как для применения мер защиты достаточным, как правило, является наличие факта посягательства или оспаривания субъективного права (независимо от наличия или отсутствия остальных элементов правонарушения)*(172).

Так, по общему правилу, в соответствии со ст. 401 ГК РФ при привлечении к гражданско-правовой ответственности необходимо установление вины правонарушителя, тогда как использование иных мер защиты не обусловлено установлением вины. Например, в силу п. 3 ст. 1250 ГК РФ отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применение в отношении нарушителя мер, направленных на защиту таких прав.

Отсутствие вины нарушителя не исключает применения и иных мер защиты исключительных прав, в том числе в форме взыскания с нарушителя компенсации, поскольку достаточным основанием для ее взыскания является только факт нарушения авторских прав*(173). При этом суд, рассматривающий дело о взыскании компенсации с нарушителя в размере от десяти тысяч до пяти миллионов рублей, учитывает отсутствие его вины при определении размера компенсации*(174).

В науке до сих пор нет единства мнений относительно правовой природы компенсации за нарушение исключительного авторского права*(175). Ряд авторов рассматривают компенсацию как особый вид ответственности, никак не совпадающий с остальными*(176). Другие - относят ее к институту возмещения убытков*(177). Третьи указывают на признаки, характерные для штрафа*(178) или неустойки в деликтных

обязательствах*(179).

Характерно, что данный способ защиты гражданских прав не предусмотрен в ст. 12 ГК РФ, а отнесен законодателем к иным способам защиты авторских прав. Согласно ст. 1301 ГК РФ в случае нарушения исключительного права на произведение правообладатель наряду с использованием других применимых способов защиты (а это ст. 1250 и 1252 ГК РФ) и мер ответственности (ст. 1253 ГК РФ), вправе в соответствии с п. 3 ст. 1252 ГК РФ требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации.

Следовательно, рассматривать компенсацию за нарушение исключительного авторского права как особый вид ответственности не представляется верным. В связи с этим также не представляется правильным вывод, весьма распространенный в судебной практике, о правовой природе компенсации за нарушение авторских прав даже не как штрафа, а как платы за неосновательное обогащение.

"Законом не предусмотрено, что данная компенсация является возмещением убытков в форме неполученной выгоды или является штрафом... анализ правовых норм, связанных с выплатой компенсации за нарушение права, позволяет сделать вывод о том, что компенсация представляет собой возможность потерпевшей стороне избрать один из способов защиты своих прав. Или самой определить (рассчитать) размер понесенных убытков в форме прямого ущерба или воспользоваться установленным законом способом определения размера причитающейся компенсации, являющейся по своей сути платой за неосновательное обогащение"*(180).

Думается, если бы было таково положение вещей, то законодателю не было бы необходимости предусматривать компенсацию как отдельный способ защиты интеллектуальных прав, а просто была бы ссылка на гл. 60 ГК РФ. Кроме того, сама конструкция компенсации противоречит юридической конструкции возмещения потерпевшему неполученных доходов вследствие неосновательного обогащения (ст. 1107 ГК РФ), так как не предусматривает возможности начисления процентов за пользование чужими денежными средствами в порядке ст. 395 ГК РФ.

На наш взгляд, в результате нарушения авторских прав на программы для ЭВМ происходит причинение определенного вреда правообладателю, и в соответствии с этим в силу пп. 8 абз. 2 п. 1 ст. 8 ГК РФ возникают гражданские права и обязанности, а значит, отношения из причинения вреда. Вследствие чего (п. 2 ст. 307 ГК РФ) между правообладателем и нарушителем возникает обязательство, в соответствии с которым нарушитель (должник) обязан совершить в пользу правообладателя (кредитора) определенное действие, как то: уплатить компенсацию за нарушение авторского права правообладателя, а правообладатель имеет право требовать от нарушителя исполнения его обязанности.

Так, Арбитражный суд Свердловской области при рассмотрении дела по иску о компенсации нарушения авторского права Компании "Аутодеск Инк." столкнулся с двумя прямо противоположными точками зрения о правовой природе компенсации.

Точка зрения ответчика сводилась к тому, что компенсация применяется "вместо возмещения убытков", следовательно, компенсация заменяет возмещение убытков и в силу данного обстоятельства имеет ту же самую направленность и природу - возмещение имущественного урона правообладателя*(181). А значит, исходя из смысла гл. 59 ГК РФ, в том числе ст. 1064 и 1082 ГК РФ, основанием для возложения на лицо обязанности по возмещению вреда является совокупность обстоятельств, в том числе - наличие убытков, причиненных лицу действиями причинителя вреда.

Поскольку исковые требования истца заключаются в выплате ему компенсации, а не причиненных убытков, следовательно, размер причиненных убытков в предмет доказывания и исследования по настоящему делу не входит. Поэтому применение ст. 1068 ГК РФ (ответственность юридического лица или гражданина за вред, причиненный его работником) для разрешения по существу настоящего дела будет

являться неправомерным.

В соответствии с п. 3 ст. 1064 ГК РФ "Общие основания ответственности за причинение вреда" законом или договором может быть установлена обязанность причинителя вреда выплатить потерпевшим компенсацию сверх возмещения вреда.

В соответствии с п. 2 ст. 49 Закона РФ от 9 июля 1993 г. N 5551-1 "Об авторском праве и смежных правах" (ныне это ст. 1301 ГК РФ) обладатели исключительных прав вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации. Таким образом, в соответствии с данной нормой закона в случае доказывания факта нарушения исключительных прав правообладатель может требовать либо возмещение причиненных убытков, либо выплату компенсации, т.е. закон жестко предусматривает, что требование о возмещении причиненных убытков и требование о выплате компенсации - это взаимоисключающие требования. Следовательно, ни при каких обстоятельствах (при отсутствии соответствующего условия в соглашении между сторонами, а такое соглашение между истцом и ответчиком отсутствует) правообладатель не может требовать одновременной выплаты ему и причиненных убытков, и компенсации.

Возмещение причиненного вреда в соответствии со ст. 1082 ГК РФ заключается или в возмещении вреда в натуре, или в возмещении причиненных убытков. Никаких иных способов возмещения вреда закон не предусматривает.

Поскольку исковые требования истца заключаются в выплате ему компенсации (исключающие требование о возмещении причиненных убытков), следовательно, истец добровольно отказался от такой формы защиты своих прав, как возмещение ему причиненного вреда, поскольку возмещение вреда в данном случае возможно исключительно в виде возмещения причиненных убытков.

Таким образом, выбрав в качестве способа защиты своих прав выплату компенсации, а не возмещение вреда, истец исключил для себя возможность требовать от ответчика возмещение вреда, причиненного действиями работника ответчика в соответствии со ст. 1068 ГК РФ.

Истцом неверно трактуются нормы материального права, а именно: действительно, абз. 3 п. 1 ст. 1064 ГК РФ предусмотрено, что законом или договором может быть установлена обязанность причинителя вреда выплатить потерпевшим компенсацию сверх возмещения вреда. В качестве закона, устанавливающего возможность выплаты компенсации сверх возмещения вреда, истец ссылается на ст. 49 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" (ст. 1301 ГК РФ). Однако Законом об авторском праве и смежных правах, как указывалось, прямо предусмотрено противоположное, а именно: невозможность выплаты компенсации сверх возмещения вреда, а вместо возмещения убытков обладатель исключительных прав может требовать от нарушителя выплаты компенсации (абз. 1 п. 2 ст. 49), следовательно, требование о выплате компенсации в соответствии с законом исключает право обладателя исключительных прав требовать от нарушителя возмещения причиненных убытков.

Аргументация истца - Компании "Аутодеск Инк." - сводилась к следующему.

Ссылка ответчика на ст. 1068 ГК РФ в данном случае не может быть признана обоснованной, поскольку речь идет не о возмещении ущерба, а о взыскании компенсации на основании Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах". Причем компенсация нарушения авторского права является специфическим средством гражданско-правовой защиты, специально предусмотренной Законом об авторском праве и смежных правах, а потому на нее полностью в силу ст. 2 поименованного закона распространяются положения действующего гражданского законодательства. Так, согласно абз. 3 п. 1 ст. 1064 ГК РФ законом (в данном случае это ст. 49 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах") может быть установлена обязанность причинителя вреда выплатить потерпевшим компенсацию сверх или вместо

возмещения вреда. Компенсация согласно пп. 5 п. 2 ст. 49 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах", подлежит взысканию при доказанности правонарушения, а не убытков*(182). Факт нарушения авторских прав истца работником ответчика установлен представленными истцом документами, подтверждающими обстоятельства, на которых истец основывает свои требования.

В то же время ссылка на аналогию ст. 1068 ГК РФ истцом сделана только потому, что в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 1068 ГК РФ применительно к обязательствам вследствие причинения вреда работниками признаются граждане, выполняющие работу на основании трудового договора (контракта), а также граждане, выполняющие эту работу по гражданско-правовому договору, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию соответствующего юридического лица или гражданина и под его контролем за безопасным ведением работ.

Постановлением Октябрьского районного суда г. Екатеринбурга от 29 мая 2006 г. о прекращении уголовного дела в отношении директора - ответчика по нереабилитирующему основанию (вследствие акта об амнистии) установлен факт причинения вреда истцу в результате незаконного использования объектов его авторских прав. Вследствие чего согласно п. 2 ст. 307 ГК РФ между истцом и ответчиком возникло обязательство вследствие причинения вреда, в соответствии с которым ответчик (должник) обязан совершить в пользу истца (кредитора) определенное действие, как то: уплатить компенсацию за нарушение авторского права истца, а истец имеет право требовать от ответчика исполнения его обязанности.

В силу ст. 402 ГК РФ действия работников должника считаются действиями должника. А в соответствии со ст. 309, 401 ГК РФ участник гражданского оборота должен действовать с той степенью заботливости и осмотрительности, какая от него требуется по характеру обязательства и условиям оборота, а также в соответствии с требованиями закона, иных правовых актов. Во-вторых, юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности согласно ст. 53 ГК РФ через свои органы, в данном случае в качестве единоличного исполнительного органа выступал директор ответчика, который был освобожден от уголовной ответственности за незаконное использование объектов авторских прав истца по нереабилитирующему основанию - вследствие акта об амнистии, т.е. он действовал в качестве одновременно как работника, так и органа ответчика, и использование программного продукта происходило на компьютерах, эксплуатируемых ответчиком.

Поэтому ответчик, вводя в хозяйственный оборот организации (т.е. используя согласно определению использования программ для ЭВМ, данном в ст. 1 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных") компьютеры с записанными на них программами, что достоверно установлено в постановлении Октябрьского районного суда от 29.05.2006, должен был убедиться в том, какое программное обеспечение на них установлено и соответствует ли оно условиям оборота и требованиям закона (наличие договора с правообладателем - ст. 30 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах"), так как компьютер и установленное на нем программное обеспечение неразрывно связанными между собой не являются*(183).

В результате Арбитражный суд Свердловской области, удовлетворяя требования истца, совершенно верно отметил:

Исходя из положений статьи 30 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" и статьи 14 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных", в силу которых использование программ для ЭВМ осуществляется на основании договоров с правообладателями, отсутствующего у ответчика, суд полагает требования истцов о взыскании компенсации за нарушение авторских прав, подлежащими удовлетворению в силу части 2 статьи 49 Закона РФ "Об авторском

праве и смежных правах".

Довод ответчика о том, что хотя к уголовной ответственности привлечен А., но в данном случае ООО "Г." не может нести ответственность как работодатель, так как статья 1068 Гражданского кодекса Российской Федерации, устанавливающая такую ответственность применяется в деликтных обязательствах и регламентирует порядок возмещения юридическим лицом вреда, причиненного его работником, в то время как иск заявлен о взыскании компенсации за нарушение авторских прав, судом во внимании не принимается в связи с нижеследующим.

Ответственность в данном случае ООО "Г." несет не по ст. 1068 Гражданского кодекса РФ, а в силу ст. 402 Гражданского кодекса РФ, поскольку юридическое лицо выступает в гражданском обороте через действия своих работников, а значит, несет ответственность за действия своих работников*(184).

Характерно, что и суды общей юрисдикции, рассматривая уголовные дела в отношении конечных пользователей, приходят к тому же выводу.

Так, Верх-Исетский районный суд г. Екатеринбурга отказал в удовлетворении исковых требований правообладателя о компенсации нарушения авторских прав к подсудимому на том основании, что "материалами дела доказан факт использования Е. спорных программ при осуществлении хозяйственной деятельности ЕАКС. В силу ст. 402 ГК РФ действия работников юридического лица считаются действиями юридического лица, которое несет ответственность за действия своих работников, поэтому в рамках уголовного дела Е. надлежащим ответчиком не является"*(185).

Таким образом, компенсация за нарушение исключительного авторского права есть право правообладателя в рамках деликтного обязательства (приравненное законодателем к мерам защиты), за неисполнение или ненадлежащее исполнение которого возникает гражданско-правовая ответственность в порядке гл. 25 ГК РФ.

Глава 2. Иски о компенсации нарушения авторского права

§ 1. Иски, основанные на преюдиции

Как уже отмечалось, основная масса исков о компенсации нарушения авторских прав на программы для ЭВМ основывается на материалах уголовных или административных дел. И в этом направлении (развития института средств гражданско-правовой защиты) можно с уверенностью утверждать, что правообладатели не особо продвинулись. Нанимая юристов, которые зачастую просто поддерживают репрессивную машину механизма уголовно-правового регулирования (от фиксации нарушения до обвинительного приговора суда)*(186) и не торопятся по-настоящему защищать права в гражданско-правовом порядке, где от юриста требуется инициатива и приложение определенных усилий, правообладатель находится в заложниках данной ситуации. Если быть предельно серьезным, то, действительно, в России не так много хороших специалистов-практиков (именно практиков, не теоретиков) в данной области юриспруденции, а в связи с веяниями "моды" (вступление в ВТО и т.п.) рвутся туда, кто ни попадя, в итоге общество получает, что "доблестные" защитники, в ряде случаев, сами становятся объектом уголовного преследования*(187) или пристального внимания прессы*(188), что налагает определенный негатив на самого правообладателя. Думается, пришла пора отойти от практики поднайма отдельно взятого бюро или адвокатской фирмы и перейти на диверсификацию усилий в этом направлении, создав конкурентную среду среди проверенных практикой юристов, поскольку испытание практикой - это именно та лакмусовая бумажка, свидетельствующая об уровне юриста без каких-либо комментариев.

В связи со сказанным не представляет особой трудности заявить иск о компенсации нарушения авторского права на основании материалов уголовного дела, завершенного постановлением обвинительного приговора суда, тем более, что данное обстоятельство в соответствии со ст. 69 АПК РФ*(189) освобождает сторону от доказывания, а именно: имело ли место нарушение авторских прав и кто его совершил. Это самый простой случай предъявления подобных исков, однако и здесь бывают казусы.

Так, Арбитражный суд Свердловской области, рассмотрев дело по иску Корпорации "Майкрософт", не нашел оснований для его удовлетворения в связи с нижеследующим.

Как следует из вступившего в законную силу приговора Мирового судьи судебного участка N 1 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга от 30.07.2007, имеющего преюдициальное значение для рассмотрения настоящего спора в силу п. 4 ст. 69 АПК РФ, между В. и ООО "Страховая Компания Б." был заключен договор подряда N 23 от 01.01.2007 на установку программного обеспечения, при этом директором названной организации В-ну были переданы экземпляры лицензионного программного обеспечения, права на которые принадлежат истцу, однако В-н, действуя умышленно, использовал имеющееся у него нелицензионное программное обеспечение. Кроме того, в настоящем судебном заседании в порядке ст. 70 АПК РФ В-н указал, что установил нелицензионные экземпляры программного обеспечения на компьютеры ответчика по личной инициативе, хотя директором ответчика ему были переданы лицензионные экземпляры, о чем произведена соответствующая запись в протоколе судебного заседания от 13.11.2008 за подписью В-на.

Компенсация подлежит взысканию с лица, нарушившего исключительное право на использование произведения, если оно не докажет отсутствие своей вины в этом нарушении

При этом судом установлено, что на момент совершения правонарушения В-н не являлся работником ответчика и установил нелицензионное программное обеспечение на компьютеры ответчика по собственному умыслу, несмотря на передачу ему ответчиком лицензионного программного продукта.

Таким образом, ответчик как юридическое лицо, не несет ответственности за действия В-на, поскольку не является его работодателем*(190).

Апелляционная инстанция подтвердила указанное решение в полном объеме.

В данном случае данное решение нельзя признать незаконным или необоснованным, однако проблема в том, что истец изначально неправильно определил предмет доказывания по делу, указал не на все обстоятельства, имеющие юридическое значение. А в связи с тем, что стороны, участвующие в деле, в соответствии со ст. 9, 65 АПК РФ несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий, в том числе связанных с доказыванием оснований своих требований и возражений, при этом представители сторон указывают на то, что все необходимые документы ими представлены, то при таких обстоятельствах решение суда первой инстанции не подлежит отмене.

Ошибка истца заключалась в следующем.

Поскольку требование о компенсации нарушения авторского права на программы для ЭВМ является правом истца в рамках обязательства вследствие причинения вреда, то в соответствии со ст. 6 ГК РФ возможна ссылка на аналогию абз. 2 п. 1 ст. 1068 ГК РФ, в соответствии с которым применительно к обязательствам вследствие причинения вреда работниками признаются граждане, выполняющие работу на основании трудового договора (контракта), а также граждане, выполняющие эту работу по гражданско-правовому договору, в частности, по договору подряда, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию соответствующего юридического лица или гражданина и под его контролем за

безопасным ведением работ. Таким образом, В-н выступал работником ответчика.

Во-вторых, компенсация согласно пп. 5 п. 2 ст. 49 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" (п. 3 ст. 1252 ГК РФ) подлежит взысканию при доказанности только факта нарушения авторского права, а не убытков, вины и т.п.**(191)** Факт нарушения авторских прав истца работником ответчика установлен представленными истцом приговором суда, вступившим в законную силу. В силу вышеуказанных правовых норм достаточным основанием для взыскания с нарушителя авторских прав компенсации является факт нарушения таких прав, что и установлено представленными истцом документами, подтверждающие обстоятельства, на которых истец основывает свои требования. Вопросы о наличии, форме и степени вины ответчика являются безотносительными к обстоятельствам, подлежавшим исследованию и установлению по настоящему делу, поскольку их разрешение не исключает установленного законом основания для взыскания компенсации**(192)**.

На практике встречаются и более интересные случаи попыток "ухода" от гражданско-правовой ответственности или ее переложения с одного лица на другое.

Так, ЗАО "1С акционерное общество" (далее - ЗАО "1С") обратилось в Арбитражный суд Свердловской области с требованием компенсации нарушения авторских прав.

В подтверждение наличия авторских прав истец представил копии свидетельств об официальной регистрации программы для ЭВМ N 2001610831, 2001610506, 2001611301, 2001611306, 2001611305, 2001611302, в подтверждение нарушения авторских прав представил приговор Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга по делу N 1-508/07 от 14 августа 2007 г., вступивший в законную силу.

Ответчик - ООО "Н." - представил отзыв, указав, что с указанным иском он согласен только частично ввиду следующих обстоятельств.

1. Согласно п. 2 ст. 2 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" программы для ЭВМ относятся к объектам авторского права, и им предоставляется правовая охрана как произведениям литературы. Таким образом, программу для ЭВМ следует рассматривать как уникальный текст, авторство которого принадлежит определенному лицу. Как следует из текста искового заявления, на 2 компьютерах, эксплуатируемых ООО "Н." был установлен один и тот же программный продукт - "1С-Предприятие 7.7 Комплексная поставка", но в двух версиях - локальная (для использования на одном компьютере) и сетевая (для использования на неограниченном количестве компьютеров). Установка сетевой версии программного продукта предполагает наличие и использование программы на всех трех компьютерах, обследованных в помещении ООО "Н.". Таким образом, стоимость незаконно используемого программного продукта завышена, как минимум, на величину стоимости локальной версии этого же продукта.

2. Как следует из описания системы программных продуктов ЗАО "1С" технологическая платформа включает в себя 3 основных компонента:

оперативный учет;

бухгалтерский учет;

расчет.

Из названных трех компонентов ООО "Н." на законных основаниях использовало две из трех, а именно "Бухгалтерский учет" (сетевая версия) и "Оперативный учет" (сетевая версия на троих пользователей), что подтверждается регистрационными карточками пользователя ООО "Н.". Программный продукт "1С-Предприятие 7.7 Комплексная поставка" представляет собой не отдельную программу, а совокупность трех названных компонентов. Таким образом, можно считать, что авторские права в части использования программ "Оперативный учет" и "Бухгалтерский учет" обществом не нарушены, а нарушение касается лишь программы "Расчет", следовательно, размер претензии к ООО "Н." должен основываться только на стоимости программы "Расчет"

(сетевая версия).

На основании изложенного ООО "Н." признает себя виновным в нарушении авторских прав ЗАО "1С" в части незаконного использования программного продукта "1С-Предприятие. Расчет" (сетевая версия). Использование других программных продуктов, включенных в версию "1С-Предприятие 7.7 Комплексная поставка" осуществлялось ООО "Н." на законных основаниях.

В судебное заседание истец представил заключение эксперта и возражения на отзыв, указав, что с представленным ответчиком 20.11.2008 отзывом на исковое заявление ЗАО "1С" не согласно полностью по следующим основаниям.

Согласно отзыву и представленным документам ответчик получил право на использование следующих программ, правообладателем которых является истец, а именно: "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия) Бухгалтерский учет. Типовая конфигурация" и "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия для троих пользователей) Оперативный учет. Конфигурация Торговля + склад ". Истец этого не отрицает.

Однако ответчик ошибочно полагает, что программу для ЭВМ следует рассматривать как уникальный текст, авторство которого принадлежит определенному лицу и который можно создавать путем простого сложения символов и знаков. Согласно абз. 1 п. 1 ст. 1 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" программа для ЭВМ - это объективная форма представления совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств с целью получения определенного результата. Кроме того, как следует из материалов дела, ответчик использовал две программы истца, имеющими схожее наименование, однако предназначенных для получении не одного и того же результата и имеющих разную функциональность (совокупность данных и команд). Действительно, программы для ЭВМ "1С:Предприятие 7.7 ПРОФ. Комплексная поставка", "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия). Комплексная поставка" (первые две являются предметом настоящего спора) и "1С:Предприятие 7.7 для SQL. Комплексная поставка" представляют собой комплексный программный продукт, в состав которого входят прикладные компоненты "Оперативный учет", "Бухгалтерский учет" и "Расчет", соответствующие трем программам для ЭВМ: "1С:Торговля и склад 7.7", "1С:Бухгалтерия 7.7", "1С:Зарплата и кадры 7.7" соответственно, но также в него входят и программы-конфигурации, включая "1С:Предприятие 7.7. Комплексная конфигурация "Бухгалтерия + Торговля + Склад + Зарплата + Кадры", "1С:Предприятие 7.7 Конфигурация Производство + Услуги + Бухгалтерия" и "1С:Предприятие 7.7. Конфигурация "Финансовое планирование". Каждая из указанных программ является самостоятельным объектом авторского права, предназначена для достижения определенного, т.е. неодинакового результата. Поэтому простое арифметическое сложение программ, например, трех, как предлагает ответчик:

- не образует искомый ответчиком результат (если чисто теоретически предположить такую возможность, так как практически это невозможно) уже только потому, что ответчиком не учтены вышеуказанные программы-конфигурации;

- не образует самостоятельного объекта авторского права (и наоборот), так как каждая программа по определению является результатом творческой деятельности независимо от своего назначения и достоинства, а также способа выражения (ч. 1 ст. 6 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах");

- не обусловливает возможность использования (например, путем воспроизведения) цельного единого комплексного программного продукта "1С:Предприятие 7.7 ПРОФ. Комплексная поставка" или "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия). Комплексная поставка", так как он образуется иным способом, чем считает ответчик. Таким образом, ответчик в своем отзыве ссылается на другие объекты авторского права, чем указаны в иске, - программы для ЭВМ, которые не являются предметом настоящего спора и не относятся к делу (ст. 67 АПК РФ).

Кроме того, истец не подвергает сомнению, что ответчик использовал программы "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия) Бухгалтерский учет. Типовая конфигурация" и "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия для трех пользователей) Оперативный учет. Конфигурация Торговля + склад " на законных основаниях. Так, например, программа "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия) Бухгалтерский учет. Типовая конфигурация", на которую ссылается ответчик, была обнаружена в ходе экспертизы системного блока N 3, изъятого в ходе проверки деятельности ООО "Н." и признана экспертом лицензионной (с. 27 заключения эксперта N 43 по УД N 28707), а следовательно не нарушающая авторских прав истца. Поэтому, в частности, ни в ходе уголовного судопроизводства, ни в данном процессе истцом ответчику в вину не вменяется.

"1С:Предприятие 7.7 ПРОФ. Комплексная поставка" и "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия). Комплексная поставка" являются отдельными программами, а не базами данных (последние работают по принципу систематизации данных (например, компиляция текстов) и представляют собой самостоятельный вид объектов авторских прав (абз. 2 п. 1 ст. 1 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных")). Это подтверждается как заключением эксперта N 43 по УД N 28707, так и приговором Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга от 14 августа 2007 г. по делу N 1-508\07, что согласно ст. 69 АПК РФ освобождает истца от обязанности доказывания наличия обстоятельств по вопросам о том, имели ли место определенные действия и совершены ли они определенным лицом, а именно - незаконно ли использовал директор ответчика Ш. программы для ЭВМ, а именно "1С:Предприятие 7.7 ПРОФ. Комплексная поставка" и "1С:Предприятие 7.7 (сетевая версия). Комплексная поставка" или нет.

В итоге вышеприведенные доводы ответчика суд отклонил и, удовлетворяя исковые требования ЗАО "1С", мотивировал свое решение следующим образом:

Согласно ст. 402 Гражданского кодекса Российской Федерации действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. Должник отвечает за эти действия, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. Поскольку Ш., являясь руководителем ООО "Н.", использовал программный продукт в целях осуществления предпринимательской деятельности, ответственность за незаконное использование объектов авторских и смежных прав подлежит возложению на ООО "Н.".

Таким образом, с учетом того, что факты неправомерного использования объектов авторского права, факт нарушения авторских прав истца, а также стоимость экземпляров программных продуктов, незаконно используемых ответчиком, подтверждены материалами дела, требование истца о взыскании компенсации за нарушение авторских прав в двукратном размере стоимости экземпляров произведений заявлено обосновано и подлежит удовлетворению***(193)**.

Другой характерный случай попытки переложения ответственности на работника организации, когда, например, какой-либо работник сдал в аренду своей "родной" организации ЭВМ с предустановленными контрафактными программами или их инсталлировал и, допустим, в порядке гл. 40 УПК РФ "взял все на себя" (данный факт установлен в обвинительном приговоре суда). Казалось бы, уважаемый правообладатель не вправе предъявлять претензии к организации, в которой работал злополучный работник, так как нет таких оснований: сама организация самостоятельно не использовала программные продукты в своей деятельности, вина организации в использовании программ отсутствует, судебный акт принят не в отношении организации, а физического лица, которое не выполняло требования закона в отношении исключительных прав правообладателя, поэтому именно оно непосредственно и является нарушителем авторских прав.

Однако Арбитражный суд совершенно правомерно удовлетворил требования

истцов*(194), основываясь на следующем.

Довод ответчика о том, что хотя к уголовной ответственности привлечен работник ответчика С., но в данном случае ответчик не может нести ответственность как работодатель, так как ст. 1068 ГК РФ, устанавливающая такую ответственность применяется в деликтных обязательствах и регламентирует порядок возмещения юридическим лицом вреда, причиненного его работником, в то время как иск заявлен о взыскании компенсации за нарушение авторских прав, и судом во внимании не принимается в связи с нижеследующим.

Ответственность в данном случае ответчик несет не по ст. 1068 ГК РФ, а в силу ст. 402 ГК РФ, поскольку юридическое лицо выступает в гражданском обороте через действия своих работников, следовательно, оно несет ответственность за их действия. А согласно ст. 309, 401 ГК РФ участник гражданского оборота должен действовать с той степенью заботливости и осмотрительности, которая требуется от него по характеру обязательства и условиям оборота. Поэтому ответчик, на компьютеры которого по гражданско-правовому договору было установлено программное обеспечение, должен был проверить, какое программное обеспечение на них установлено и соответствует ли оно требованиям закона (наличие договора с правообладателем).

Таким образом, исключительные авторские права истца на указанное программное обеспечение были нарушены ответчиком путем записи программ в память ЭВМ и их неоднократного воспроизведения путем запуска и использования в деятельности сотрудников ответчика при одновременном отсутствии договора с правообладателем на данное программное обеспечение.

Кроме того, суд особо подчеркнул, что непривлечение ответчика к уголовной или административной ответственности само по себе не означает невозможности применения к нему мер гражданско-правовой ответственности.

Тот факт, что при рассмотрении уголовного дела не исследовалось нарушение ответчиком прав в отношении одного из истцов, не свидетельствует об отсутствии нарушения ответчиком авторских прав указанного истца, поскольку состав гражданско-правового деликта отличается от состава преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ*(195).

Факт использования ответчиком нелицензионной продукции может быть установлен судом и на основании иных документов, чем приговор по уголовному делу.

Вместе с тем говоря об исках, основанных на преюдиции, необходимо отметить, что взаимосвязь гражданского*(196) и уголовного судопроизводства может проявляться и в обратном порядке - решение арбитражного суда по искам о компенсации в ряде случаев имеет преюдициальное значение для разрешения по существу уголовного дела.

Согласно ст. 90 УПК РФ в качестве преюдиции рассматривается обязательность признания судом, а также прокурором, следователем или дознавателем, в производстве которых находится уголовное дело, обстоятельств, установленных ранее вступившим в законную силу приговором, без их дополнительной проверки, если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда; при этом такой приговор не может предрешать виновность лиц, не являвшихся участниками уголовного дела, по которому вынесен данный приговор. Иными словами, данная статья рассматривает вопрос о преюдициальном значении только одного судебного акта - приговора по уголовному делу - и не касается возможности признания в уголовном процессе имеющих юридическое значение фактов, установленных судом в порядке гражданского или арбитражного судопроизводства, а потому выводы об обстоятельствах дела, содержащиеся в иных судебных решениях, подлежат исследованию и оценке в соответствии с общими процедурами доказывания уголовного судопроизводства.

В силу ст. 17 УПК РФ оценка доказательств осуществляется судом по его

внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью. При этом все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном уголовно-процессуальным законом, толкуются в его пользу, поскольку до полного опровержения его невиновности обвиняемый продолжает считаться невиновным (ст. 49 Конституции РФ). Следуя этим предписаниям, уголовно-процессуальный закон устанавливает более строгие требования именно к доказыванию виновности лица, поскольку презумпция невиновности диктует признание судом всех фактов, свидетельствующих в пользу обвиняемого, пока они не опровергнуты стороной обвинения в должной процессуальной форме.

Вместе с этим судебной практикой сформулирована правовая позиция, согласно которой "что касается фактических обстоятельств, которые рассмотрены и установлены в судебных актах арбитражного суда, осуществляющего гражданское судопроизводство в соответствии с компетенцией, определенной Конституцией Российской Федерации и Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации, то его выводы относительно этих обстоятельств, если ими, по существу, предрешается вопрос о виновности или невиновности лица в ходе уголовного судопроизводства, подлежат исследованию и оценке в соответствии с общими принципами доказывания, закрепленными в ст. 49 Конституции РФ, при том что подтвержденные арбитражным судом обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, могут быть отвергнуты лишь после того, как вступивший в законную силу исполняемый судебный акт арбитражного суда будет аннулирован в предусмотренных для этого процедурах (т.е. в установленном АПК РФ порядке! - Ю.К.). Иное не соответствовало бы Конституции Российской Федерации и установленным на ее основании уголовно-процессуальным законодательством правилам доказывания.

Таким образом, ст. 90 УПК РФ не предполагает возможность при разрешении уголовного дела не принимать во внимание обстоятельства, установленные не отмененными решениями арбитражного суда по гражданскому делу, которые вступили в законную силу, пока они не опровергнуты стороной обвинения"***(197)**.

К слову сказать, поскольку данное решение КС РФ принято в форме определения, имеющего позитивное значение***(198)**, то не принимать его во внимание представляется недопустимым, поскольку толкование Конституции РФ, данное КС РФ, является официальным и обязательным для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти***(199)**. Однако применение данной правовой позиции на практике следует ограничить рядом оговорок, соблюдение которых обеспечит единообразную реализацию указанного предписания.

1. Предмет доказывания по уголовному делу, например, возбужденному по признакам преступления, предусмотренным ст. 146 УК РФ, весьма отличается от предмета доказывания по гражданскому делу.

Как уже отмечалось, способ использования программ для ЭВМ различается в зависимости от того, кто его совершает (конечный пользователь, предустановщик, хакер или торговец дисками), иными словами, использование программ для ЭВМ в уголовно-правовом смысле (несмотря, что норма бланкетная) не всегда совпадает с использованием по гражданскому делу.

Например, в уголовно-правовом смысле частным случаем использования является хранение контрафактных экземпляров программ в целях сбыта, под которым "следует понимать любые умышленные действия, связанные с фактическим их владением (на складе, в местах торговли, изготовления или проката, в жилище, тайнике и т.п.)"***(200)**, в гражданско-правовом - это хранение копий программ в электронной (в том числе в цифровой), оптической или иной машиночитаемой форме, хранение в памяти ЭВМ (одной ЭВМ или одного пользователя сети)***(201)**.

2. В гражданском праве действует презумпция виновности, поскольку отсутствие

вины доказывается лицом, нарушившим обязательство (п. 2 ст. 401 ГК РФ).

Так, при разрешении вопроса о том, какой стороне надлежит доказывать обстоятельства, имеющие значение для дела о защите авторского права, суду необходимо учитывать, что ответчик обязан доказать выполнение им требований законодательства об авторском праве при использовании программ. В противном случае физическое или юридическое лицо признается нарушителем авторского права, и для него наступает гражданско-правовая ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации**(202)**.

Кроме того, сама процедура доказывания согласно АПК РФ не позволяет в ряде случаев утверждать, что ответчик не нарушал авторские права, поскольку истец (правообладатель) несет риск наступления последствий совершения или несовершения им процессуальных действий, в том числе связанных с доказыванием оснований своих требований и возражений (ст. 9, 65 АПК РФ). Поэтому, если ответчик доказал, что он не нарушал авторские права истца в порядке гражданского судопроизводства, это совсем не означает, что он не нарушал авторские права при совершении уголовно-наказуемого деяния еще и потому, что "состав гражданско-правового деликта отличается от состава преступления, предусмотренного статьей 146 Уголовного кодекса Российской Федерации"**(203)**.

Вот почему в подобных случаях не всегда правомерно утверждать о преюдициальном характере для доказывания по уголовному делу вступивших в законную силу решений арбитражных судов, а скорее можно согласиться о "повышенной обоснованности"**(204)** приговоров, постановляемых судом в таких случаях, т.е. на основе обстоятельств, установленных вступившим в законную силу решением арбитражного суда, и с учетом принципа свободы оценки доказательств, согласно которому никакие доказательства не имеют заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17 УПК РФ).

§ 2. Иски, основанные на простых письменных доказательствах

Предъявление и доказывание доводов по искам о компенсации нарушения авторских прав правообладателей на основе простых письменных доказательств - достаточно редкий случай в судебной практике, а еще более редкий - удовлетворение исков судом. И, в первую очередь, связано это с тем, что представитель истца должен обладать знаниями не только в "правовой материи", но и знать все тонкости процесса распространения конкретного программного продукта и, самое главное, - сам программный продукт "изнутри", с технической точки зрения. При такой совокупности знаний шансы удовлетворения исковых требований заметно повышаются.

В задачи данного параграфа не входит детальное освещение всех тонкостей доказывания (дабы не делать неоценимого подарка "пиратам"), остановимся на основных проблемных моментах, возникающих при рассмотрении конкретных дел с приведением позиции истца, принятого судом за единственно верную.

Из отзыва ответчика по иску о компенсации нарушения авторского права Компании "Аутодеск Инк."

Ввиду отсутствия судебного приговора по уголовному делу в качестве доказательства нарушения исключительных прав Истец ссылается на постановление федерального районного суда по уголовному делу в отношении А. и утверждает, что незаконность использования Ответчиком копий программных продуктов Истца подтверждается вступившим в законную силу постановлением суда.

В соответствии с ч. 4 ст. 69 АПК РФ Истец освобождается от доказывания только

в том случае, если имеется вступивший в законную силу Приговор суда по уголовном уделу по вопросам о том, имели ли место определенные действия и совершены ли они определенным лицом.

Приговор по уголовному уделу в отношении А. отсутствует. Октябрьским районным судом вынесено постановление о прекращении уголовного дела в отношении А., которым не разрешаются вопросы о том, имели или нет место определенные действия и каким лицом они совершены. Данные вопросы разрешаются только вступившим в законную силу Приговором суда по уголовному делу. Соответственно, Истец не освобождается от доказывания обстоятельств, на которые он ссылается.

Возражение истца. Ссылка ответчика на ч. 4 ст. 69 АПК РФ в данном случае не может быть признана обоснованной, поскольку речь идет не о приговоре, а о постановлении суда о прекращении дела вследствие акта об амнистии в отношении директора ответчика А., которым устанавливается факт причинения вреда в связи с незаконным использованием объектов авторского права истца, вследствие чего у ответчика возникает обязательство вследствие причинения вреда.

В АПК РФ отсутствуют какие-либо нормы, препятствующие использованию в качестве доказательств документы и иные материалы, полученные в рамках уголовного процесса либо в ходе проверки сообщений о преступлениях. Более того, согласно ст. 64 АПК РФ доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном федеральными законами (в том числе УПК РФ) порядке сведения о фактах, на основании которых арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела. В качестве доказательств допускаются письменные доказательства, заключения экспертов, иные документы и материалы. Следовательно, постановление о возбуждении уголовного дела, постановление о признании потерпевшим истца по уголовному делу, представление о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления (других нарушений закона), протокол осмотра места происшествия, заключение эксперта, в том числе и постановление федерального районного суда о прекращении уголовного дела вследствие акта об амнистии рассматриваются в совокупности с другими доказательствами как письменные доказательства (ст. 75 АПК РФ), а суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств (ст. 71 АПК РФ)**(205)**.

Таким образом, факт использования ответчиком нелицензионной продукции может быть установлен судом и на основании иных документов, чем приговор по уголовному делу.

Поскольку понятие контрафактности программ для ЭВМ является правовым, то вывод о контрафактности той или иной программы вправе делать только суд**(206)**. Следовательно, если суд установит контрафактность программ в своем акте, то в силу ст. 68 АПК РФ контрафактность спорных программ является обстоятельством, которое согласно закону может быть подтверждено только определенными, а не какими-то иными доказательствами, в частности постановлением суда. Поэтому в повторном доказывании данного факта нет необходимости, а его отрицание противоречило бы закону и правоприменительной практике.

Федеральный районный суд вынес постановление по уголовному делу по обвинению А. (единоличный исполнительный орган ответчика), в котором признал контрафактными спорные программы истца, используемые ответчиком.

Таким образом, указанное постановление суда о прекращении уголовного дела вследствие акта об амнистии имеет особую доказательственную ценность, поскольку

подтверждает именно контрафактность спорных программ, а следовательно и факт использования программ (контрафактными являются экземпляры произведения, изготовление и распространение которых влечет за собой нарушение авторских прав)*(207).

А, например, "скриншоты" из протокола осмотра места происшествия, заключение эксперта, характеристики жестких дисков, конфигурация ЭВМ, формат серийных номеров Autodesk AutoCAD указывают лишь на признаки контрафактности спорных программ.

Из отзыва ответчика

В ходе оперативно-розыскных мероприятий никем не устанавливалась принадлежность изъятых компьютеров. Компьютеры находились в помещении, не принадлежащем ответчику. Кроме того, изъятые компьютеры были без инвентарных номеров, в связи с чем сотрудниками ГУВД самостоятельно были присвоены условные номера. В рамках уголовного дела были изъяты все накладные ООО, относящиеся к приобретению ЭВМ, однако указанные накладные также не исследовались.

Проводя сравнительный анализ характеристик жестких дисков по изъятым накладным в рамках уголовного дела с характеристиками жестких дисков, описанных в экспертном заключении можно сделать вывод о том, что только один совпадающий жесткий диск имеется в накладных ООО и фигурирует в экспертном заключении. Это жесткий диск ST 380011A на 80 Гб. Накладная N 902. В экспертном заключении жесткий диск с указанными характеристиками имеется в компьютере под условным N 7. Согласно заключению эксперта в компьютере под условным номерам N 7 программного обеспечения Компании Autodesk не обнаружено. Ниже представлена таблица жестких дисков, приобретенных ООО согласно сведениям из изъятых сотрудниками ГУВД накладных и жестких дисков, исследуемых экспертом.

Противоречия экспертного заключения и протокола осмотра места происшествия

Согласно Постановлению о назначении компьютерно-технической экспертизы в распоряжение эксперта были предоставлены 9 системных блоков ПЭВМ и один ноутбук, а также копия протокола осмотра места происшествия. Далее представлена сравнительная характеристика объектов ПЭВМ согласно сведениям из Протокола осмотра места происшествия и сведениям из заключения эксперта.

Усл. N ПЭВМ	Характеристика объекта ПЭВМ согласно Протокола осмотра места происшествия	Характеристика объекта ПЭВМ согласно заключению эксперта	Комментарий
1	"AMD Athlon" 1,91 ГГц, ОЗУ 512 Мб	"AMD Athlon" 1,91 GHz, ОЗУ 512 Мб HDS 728080 PLAT 20 (76,64 Гб, NTFS, 7200 RPM, Ultra-ATA/133)	
2	"AMD Athlon" 2,0 ГГц, ОЗУ 512 Мб	AMD Sempron 2800, 2,00 GHz, 512 Мб, HDS 728080 PLAT 20 (76,64 Гб, NTFS, 7200 RPM, Ultra-ATA/133)	Наименования системных блоков не совпадают
3	"AMD Athlon" 3,0 ГГц, ОЗУ 1 Гб	AMD Athlon 3000+, 2,25 HGz, ОЗУ 1 Гб WDS WD1600SD-01KCCO (160,0 Гб,	Не совпадает частота процессора (ГГц)

		NTFS, 7200 RPM, Ultra-ATA/133)	
4	Характеристики компьютера отсутствуют	Intel Celeron, 1,70 GHz, ОЗУ 256 Мб, SP6003H (60,0 Гб, NTFS RPM 7200 Ultra-ATA/133)	Каким образом эксперт установил характеристики компьютера, если они отсутствуют на компьютере
5	Intel Celeron 1,7 ГГц, ОЗУ 256 Мб	Intel Pentium, ОЗУ 32 Мб	Не совпадают ни наименования системных блоков, ни ОЗУ
6	Intel Celeron 2,3 ГГц, ОЗУ 224 Мб	Intel Celeron 2,26 GHz, ОЗУ 256 Мб, ST 380011A (80,0 Гб, NTFS 7200 RPM Ultra-ATA/133)	Не совпадает частота процессора Не совпадает ОЗУ
7	"AMD Athlon" 1,5 ГГц, ОЗУ 256 Гб	AMD Sempron 2200, 1,5 GHz, ОЗУ 256 Мб, HDS 728040 PLAT 20 (41,0 Гб, NTFS, 7200 RPM, Ultra-ATA/133)	Не совпадает наименование системных блоков
8	Intel Pentium II 300 МГц, ОЗУ 96 Мб	Intel Pentium II 298 MHz, ОЗУ 96 Мб, IBM-DATA-25120 (5 Гб, NTFS 7200 RPM Ultra-ATA/133)	Не совпадает частота процессора
9	Intel Celeron 1,1 ГГц, ОЗУ 256 Мб	Intel Celeron 1,1 GHz, ОЗУ 256 Мб, SP0812N (80,0 Гб, NTFS 7200 RPM Ultra-ATA/133)	
10	Intel Pentium 4 2,6 ГГц, ОЗУ 512 Мб	Intel Pentium 4 2,6 GHz, ОЗУ 512 Мб ST316021A (160,0 Гб, NTFS 7200 RPM Ultra-ATA/133)	

Из представленной таблицы видно, что ни в Постановлении о назначении экспертизы, ни в протоколе осмотра места происшествия подробно не описаны все 10 жестких дисков ПЭВМ, на которых хранится вся информация и которые передавались для исследования. Компьютер под условным номером 6 вообще не имеет характеристик жесткого диска. Противоречия в описаниях ЭВМ в Протоколе осмотра места происшествия и экспертном заключении означает, что эксперт исследовал не те ЭВМ, которые были изъяты в ходе осмотра места происшествия.

Возражения истца. Доводы ответчика о том, что данные компьютеры ответчику не принадлежат, а программы, указанные истцом, ответчиком не использовались, не подтверждены в нарушение ст. 65 АПК РФ никакими доказательствами.

Напротив, согласно постановлению районного суда и протоколу осмотра места происшествия, вещественные доказательства по делу - один ноутбук и 9 жестких дисков от ЭВМ, 9 системных блоков ЭВМ - изъяты прокуратурой именно у ответчика и подлежат возвращению по принадлежности в ООО. Как видно, в частности, из протокола осмотра места происшествия замечаний на протокол от директора ООО, в том числе по факту непринадлежности указанных ЭВМ ответчику, не поступило.

Более того, согласно показаниям самого А. указанные ЭВМ стоят на балансе и принадлежат ответчику.

Постановлением районного суда установлено также, что сотрудниками ГУВД Свердловской области в помещении, занимаемом ответчиком, проведена проверка, в ходе которой на жестких дисках 10 ЭВМ, эксплуатируемых сотрудниками ООО, выявлено незаконное использование программных продуктов, авторские права на которые принадлежат в том числе и истцу.

По мнению истца, в данном случае в предмет доказывания по делу не входит то, на каком основании (титуле) принадлежат указанные компьютеры, так как, во-первых, согласно ст. 6 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" (ст. 1227 ГК РФ) переход права собственности на материальный объект, в котором выражено произведение, не влечет перехода каких-либо авторских прав на это произведение, в том числе на программу для ЭВМ (п. 2 ст. 2 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных"), во-вторых, авторское право на произведение не связано с правом собственности или иным вещным правом на материальный объект, в котором оно выражено*(208). Договор купли-продажи (поставки) ЭВМ не является тем самым "авторским договором", поскольку по договору поставки в соответствии с п. 4 ст. 454 ГК РФ могут передаваться имущественные права, однако по данному договору могут передаваться только вещные права (что в действительности и происходит), а не исключительные авторские права на программу, последние предоставляются только по лицензионному соглашению, заключаемому для корпоративных пользователей всегда в письменной форме.

Кроме того, по делам о защите авторских прав на истце не лежит обязанность доказывать принадлежность изъятых компьютеров ответчику. Так, согласно п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 при разрешении вопроса о том, какой стороне надлежит доказывать обстоятельства, имеющие значение для дела о защите авторского права или смежных прав, суду необходимо учитывать, что ответчик обязан доказать выполнение им требований законодательства об авторском праве при использовании произведений (программ), а не самих ЭВМ, и как минимум предъявить авторский (лицензионный) договор, который, как видно из материалов дела, ответчик не заключал. В противном случае физическое или юридическое лицо признается нарушителем авторского права и (или) смежных прав, и для него наступает гражданско-правовая ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Истец должен подтвердить (1) факт принадлежности ему авторского права и (или) смежных прав или права на их защиту, а также (2) факт использования данных прав ответчиком. Принадлежность истцу авторских прав на спорные программы подтверждается заключением эксперта, выводы которого до сих пор ответчиком (его представителями) не оспорены.

Причем сам ответчик в отзыве соглашается с истцом в том, что доказательством нарушения исключительных прав истца будет являться заключение эксперта о том, обладают ли спорные программы признаками контрафактности или нет.

Доводы ответчика о том, что ответчиком выявлены противоречия экспертного заключения и протокола осмотра места происшествия, не подтверждены в нарушение ст. 65 АПК РФ никакими доказательствами.

Напротив, согласно "скриншотам", которые являются неотъемлемой частью протокола осмотра места происшествия, их данные полностью совпадают с данными распечаток диалоговых панелей, приведенных экспертом в заключении, причем некоторые технические ошибки, допущенные следователем, не являющегося, по понятным причинам, специалистом и экспертом, при составлении протокола осмотра места происшествия, не являются неустранимым обстоятельством, а наоборот, только дополняют технические характеристики программ, обнаруженных в ходе ОМП.

Таким образом, вывод ответчика о том, что эксперт исследовал не те ЭВМ, которые были изъяты в ходе осмотра места происшествия, не соответствует материалам дела.

Что касается приведенных таблиц параметров жестких дисков, то, как верно отметил ответчик,

в первой графе приводятся сведения о жестких дисках из изъятых сотрудниками ГУВД товарных накладных;

во второй - параметры жестких дисков, указанные экспертом в своем заключении.

То есть ответчик предлагает сравнивать один и тот же предмет по различным основаниям, что очевидно нарушает правила элементарной логики, поскольку, чтобы получить достоверный результат, необходимо проводить сравнение по одному и тому же основанию или одним и тем же способом. Так, ответчик одним из способов предлагает исследовать параметры дисков, исходя из программных характеристик жестких дисков, полученных экспертом с помощью программы Windows и его серийного номера, который содержит данные о жестком диске и материнской плате ЭВМ.

При сравнении параметров жестких дисков одним и тем же способом - с помощью программы Windows - истец получает один и тот же результат.

Из отзыва ответчика

Использование в форме воспроизведения.

В пояснениях к исковому заявлению истец вменяет ООО использование программ для ЭВМ, авторские права на которые принадлежат Компании Autodesk, которое выразилось в воспроизведении программ Истца.

Согласно ст. 1 ФЗ "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин" N 3523-1-ФЗ "воспроизведение программ для ЭВМ или базы данных - это изготовление одного или более экземпляров программы для ЭВМ или базы данных в любой материальной форме, а также их запись в ЭВМ". ООО не изготавливало экземпляры программ для ЭВМ Компании Autodesk. Чтобы подтвердить факт записи программ в память ЭВМ, Истцу необходимо доказать, что программы записаны в память компьютеров, принадлежащих ООО. Таких доказательств в деле не имеется.

Возражения истца. Довод ответчика о том, что программы не использовались, необоснован и противоречит закону.

В соответствии со ст. 1 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" использование программы для ЭВМ или базы данных - это воспроизведение, распространение и иные действия по их введению в хозяйственный оборот (в том числе в модифицированной форме). Воспроизведение программы для ЭВМ или базы данных - это изготовление одного или более экземпляров программы для ЭВМ или базы данных в любой материальной форме, а также их запись в память ЭВМ.

Факт воспроизведения, т.е. того, что данные программы были записаны в память ЭВМ ответчика, установлен программно-технической экспертизой, следовательно, данные программы использовались ответчиком.

Из отзыва ответчика

Заключение эксперта - еще один документ, на который ссылается Истец в подтверждение, по его мнению, факта нарушения прав Компании Autodesk. Указанная экспертиза была назначена старшим следователем прокуратуры Кировского района г. Екатеринбурга в рамках предварительного следствия и была назначена и проведена с процессуальными нарушениями, которые выразились в следующем:

Процессуальные нарушения при назначении экспертизы:

- В нарушение ст. 204 УПК РФ, согласно которой "в заключении эксперта указываются: сведения об экспертном учреждении, а также ФИО эксперта, его образование, специальность, стаж работы, ученая степень и (или) ученое звание, занимаемая должность), в экспертном заключении отсутствуют такие сведения. Содержится голословное, ничем не подтвержденное заявление о том, что эксперт

имеет высшее образование в сфере информационных технологий (копии диплома нет), стаж работы в области программного обеспечения и баз данных 4 года (копии трудовой книжки нет). Специальность эксперта на момент проведения экспертизы вообще не называется.

- В нарушение п. 4 ч. 3 ст. 58 УПК РФ эксперту поставлен вопрос, и, соответственно, в экспертизе имеется ответ на вопрос, выходящий за пределы компетенции эксперта, а именно - "по каким признакам указанные компьютерные программы, содержащиеся на жестких дисках представленных ЭВМ, являются контрафактными". В соответствии с ч. 2 ст. 17 Закона РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" контрафактными признаются экземпляры программы для ЭВМ или базы данных, изготовление или использование которых влечет за собой нарушение авторских прав. Установление признаков нарушения законов РФ "О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных" и Закона "Об авторском праве и смежных правах" является составной частью квалификации деяния, предусмотренного ч. 3 ст. 146 УПК РФ и не может ставиться в качестве задачи эксперту (лицу, обладающему специальными, в данном случае компьютерно-техническими познаниями). Поэтому постановка на разрешение эксперта вопроса: "По каким признакам указанные компьютерные программы, содержащиеся на жестких дисках представленных ЭВМ, являются контрафактными?" не может быть признана правомерной, так как выходит за пределы компетенции эксперта. Данный вывод подтверждает п. 15, 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах", где говорится, что понятие контрафактности экземпляров произведений и (или) фонограмм является юридическим. Поэтому вопрос о контрафактности экземпляров произведений и (или) фонограмм не может ставиться перед экспертом.

Возражение истца. Довод ответчика о том, компьютерно-техническая экспертиза произведена с процессуальными нарушениями в данном случае не может быть признана обоснованной, поскольку данная компьютерно-техническая экспертиза не была признана недопустимым доказательством по делу, а следовательно, произведена в соответствии с законом. Доказательств иного ответчиком в нарушение ст. 65 АПК РФ не представлено.

Более того, ответчик не отрицает сам факт нахождения спорных программ в памяти (т.е. факт записи в память) жестких дисков ЭВМ, которые были изъяты органами предварительного следствия в ходе осмотра места происшествиях. Вместо этого ответчик ведет дискуссию о том, кто такой эксперт В. и какое он имел право проводить данную экспертизу.

По глубокому убеждению истца, бездоговорное использование объектов авторского права истца является нарушением его исключительных прав, так как использование произведений допускается только на основании авторского договора, предметом которого являются конкретные права на использование, передаваемые по авторскому договору (ст. 30 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах")***(209)**. Ответчиком авторский договор, который предоставлял бы ему право на воспроизведение (хранение в электронном виде на электронном носителе) спорных программ, не представлен, в связи с чем у истца есть все основания требовать компенсации нарушенного права.

Кроме того, разрешая вопрос о том, является ли экземпляр произведения контрафактным, суд должен оценивать все фактические обстоятельства дела, в частности обстоятельства и источник приобретения ответчиком указанного экземпляра, правовые основания его использования, наличие договора о передаче (предоставлении) права пользования (например, авторского или лицензионного договора), соответствие обстоятельств использования произведения условиям этого

договора (выплата вознаграждения, тираж и т.д.)*(210), а не только заключение экспертизы изъятого экземпляра произведения.

Доводы ответчика в ряде случаев голословны.

Так, ответчик указывает, что в заключении эксперта не указано экспертное учреждение, в котором работает В., тогда как согласно ч. 2 ст. 195 УПК РФ судебная экспертиза производится государственными судебными экспертами и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями. Именно в компетенцию следователя (ст. 195 УПК РФ) входит установление обстоятельств, имеющих значение для производства экспертизы (установление личности эксперта, установление уровня образования, отношения к потерпевшему и т.д.). Причем особо отметим, что, как следует из постановления об ознакомлении с заключением эксперта, возражений после ознакомления с выводами эксперта от директора ООО не поступило.

Вопреки мнению ответчика, вопрос о контрафактности перед экспертом не ставился. Как следует из содержания заключения эксперта, вопрос стоит о признаках контрафактности программ, и вывод также сделан о признаках контрафактности программ.

Из отзыва ответчика

Нарушения в ходе проведения экспертизы:

- В нарушение требований закона (ст. 8 ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ" N 73-ФЗ, согласно которой эксперт проводит исследования объективно, на строго научной и практической основе, в пределах соответствующей специальности, всесторонне и в полном объеме. Заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных.) экспертом не были приведены сведения о применяемой им методике при проведении экспертизы; ни один из выводов экспертного заключения не был им обоснован, не указано, на основании чего им был сделан тот или иной вывод; все его выводы голословны. Проверить достоверность выводов эксперта невозможно, т.к. отсутствуют любые их обоснования. Пример:

1) Заявление эксперта о том, что компания "Autodesk" придерживается политики - "Одна копия системы на один компьютер" не подтверждено ссылками на материалы, из которых он почерпнул указанную информацию.

2) Отсутствуют критерии и методики определения функциональности программ для ЭВМ для отнесения их к категории учебных или демонстрационных программ. Просто заявляется, что "...программа является рабочей, без признаков демонстрационных или иных версий". Какие признаки свидетельствуют о том, что программа является демонстрационная или учебной? Не понятно.

3) Экспертом указывается, что серийные номера версии продукта не соответствуют формату серийных номеров, установленному компанией Autodesk. При этом не приведены для примера форматы серийных номеров, которые соответствуют номерам, используемым компанией Autodesk. Нет ссылок на источники, в соответствии с которыми эксперт сделал выводы, что номера версии продукта не соответствуют формату серийных номеров. Не указывается также, что такое формат серийных номеров.

4) В экспертном заключении эксперт указывает, что на компьютерах обнаружены документы, созданные с использованием программных продуктов, авторские права на которые принадлежат компании Autodesk. При этом эксперт не может однозначно утверждать, что данные документы созданы с использованием установленных на

компьютере программ, и одновременно не опровергает возможности того, что они были созданы на другом компьютере, а затем перенесены на исследуемые компьютеры путем копирования и могут поддерживаться другими программами, то есть не были созданы с помощью исследуемых программ. Возможность подобного использования экспертом не исследована.

Возражения истца. Доводы ответчика не могут быть признаны обоснованными.

О том, что компания Autodesk придерживается политики - "Одна копия системы на один компьютер" следует из лицензионного соглашения с Компанией "Аутодеск", согласно которому "Если в Пользовательской документации компания Autodesk не предоставит уточняющей информации и не будет достигнуто иной договоренности, все правоотношения, связанные с Программным обеспечением, должны регулироваться исключительно лицензией на Отдельные (Индивидуальные) версии (см. Статью 2.2.1. Отдельная (Индивидуальная) версия)...

Если компания Autodesk идентифицирует Программное обеспечение как "Отдельную версию" либо как "Индивидуальную версию", ...Вы имеете право Инсталлировать и Подключаться к 1 (одной) копии Программного обеспечения на 1 (одном) отдельно стоящем компьютере исключительно в целях удовлетворения Ваших внутренних деловых надобностей".

Что касается критериев и методики определения функциональности программ для ЭВМ, формата серийных номеров программ и документов, созданных с использованием программ истца, то эта информация является известной и общедоступной (см., например: Экспертиза программного обеспечения Компании Autodesk: справочное пособие).

Рассуждения ответчика о том, что может, а что не может быть с документами, которые были обнаружены на изъятых ЭВМ экспертом, говорит лишь о методике, которой руководствовался эксперт при обнаружении программ, правообладателем которых является истец, и более ни о чем (см. с. 26 Справочного пособия "Экспертиза программного обеспечения Компании Autodesk"). Кроме того, факт нахождения данных файлов, именно файлов, которые не являются объектами авторского права истца, а не спорных программ на дисках E, D и F говорит лишь о политике документооборота, принятой тем или иным пользователем ЭВМ. Какое отношение имеют выявленные ответчиком так называемые недостатки документов к рассматриваемому делу вообще непонятно.

Таким образом, указанные доказательства представлены ответчиком в нарушение ст. 67 АПК РФ и не принимаются истцом во внимание как не относящиеся к делу.

Вместо заключения

Уважаемый читатель!

Прочитав эту книгу, не надо воспринимать ее как руководство к действию, мол, все стало понятно, давайте "кошмарить" население контрафактом. Единственной целью автора было обобщить накопленный опыт работы в качестве представителя фирм-правообладателей и кое-кого предостеречь от необдуманных попыток недобросовестной конкуренции, поскольку это может стократ "аукнуться" и выйти боком.

Многолетний опыт работы по защите интеллектуальной собственности позволил выявить две противоположные тенденции. С одной стороны, необходимо бороться с компьютерным "пиратством", и данная задача пропагандируется как национальный приоритет на межгосударственном уровне, с другой стороны - приходишь к пониманию, что существование "пиратства" выгодно тем, кто непосредственно вовлечен в этот

бизнес (да-да, именно бизнес, иначе это назвать нельзя) и что самое печальное - компьютерное "пиратство" оправдывает существование таких структур внутри каждой фирмы-правообладателя, когда, казалось бы, наоборот фирмы-правообладатели с каждым годом должны все меньше и меньше тратить средства на борьбу с указанным явлением и постепенно отходить от практики найма юридических представителей в регионах России.

В частности, автор настоящей работы столкнулся с тем, что, когда при снижении уровня пиратства примерно до 60% в регионе среди корпоративных пользователей, вектор борьбы был резко перенаправлен на борьбу с распространителями компакт-дисков и предустановщиками нелицензионных программ, что сделало бессмысленным всю предыдущую работу в этом направлении.

Как показывает практика, "отлавливая" распространителей компакт-дисков и предустановщиков нелицензионных программ, правоохранительные органы просто захлебываются в бесчисленном количестве дисков, коробок и т.п., в то время как проблему такие действия не решают, а только позволяют доблестным правоохранителям отчитываться перед руководством страны о достигнутых "успехах". И мало кто замечает, что государство занимается по сути самобичеванием. Представляется самым важным и необходимым сделать бессмысленным существование такого явления как компьютерное "пиратство", сбив "спрос" на него, т.е. проводить проверки среди потребителей - корпоративных пользователей. Только так можно добиться определенных результатов, а с другой стороны - повысить доверие населения к правоохранительным органам, как это произошло, например, на Урале. Кроме того, необходимо правообладателям наконец обратить внимание на своих юридических представителей, которые, например, участвуют на правах потерпевших по уголовным делам, возбужденных в отношении директоров школ, садиков и других социальных учреждений, заботясь только о своем личном пиаре, а не руководствуясь интересами гражданского общества или самого правообладателя, тем более, когда такие решения в итоге отменяются вышестоящей судебной инстанцией. До сих пор не понятно, почему никаких оргвыводов не сделано, а происходит упорное замалчивание ситуации.

В завершение хотелось бы особо поблагодарить всех сотрудников подразделений К, БЭП и МОБ, а также прокуратуры и суда, принимающих непосредственное участие в формировании правоприменительной практики. Без вас, уважаемые, эта книга не состоялась бы.

Также хотелось бы выразить слова благодарности в адрес тех лиц, кто на протяжении долгих лет меня поддерживает и отличается человеческой порядочностью и принципиальностью:

Жан-Поля Сюрена - Business Software Alliance;

Михаила Якушева - директора Департамента по правовым и корпоративным вопросам Корпорации Майкрософт в России и СНГ;

Питера Фифку - руководителя службы расследований в сфере компьютерной безопасности и нарушений интеллектуальной собственности, Департамент по правовым и корпоративным вопросам Корпорации "Майкрософт" в регионе EMEA;

Александра Тасева - Регионального директора Autodesk в странах СНГ;

Евгения Шихова - директора по развитию бизнеса в России и СНГ компании Autodesk;

Екатерину Громову - Руководителя направления по противодействию пиратству в России и странах СНГ Adobe Systems;

Холли Страдфорд - вице-президента Корпорации SolidWorks;

Дмитрия Соколова - директора Некоммерческого партнерства поставщиков программных продуктов и его заместителя Анну Лавринову;

Валерия Пущина и Евгению Лезину - юристов ЗАО "1С";

Максима Юрьевича Богданова - генерального директора ЗАО "АСКОН";
Ольгу Караваеву - младшего юриста Baker & McKenzie - CIS, Limited;
и отдельно
Генерального консула США в Екатеринбурге Джона Степанчука;
Консула США по вопросам политики и экономики Джеймса Мак-нота;
Помощника Консула США по вопросам политики и экономики Елену Жеберляеву;
Президента Национального института США интеллектуальной собственности профессора Джеймса П. Чэндлера;
Помощника по правовым вопросам Министерства юстиции США при Посольстве США в Москве Наталию Чазову;
Прокурора отдела по борьбе с компьютерными преступлениями и нарушениями в сфере интеллектуальной собственности Криминального управления Федеральной прокуратуры Министерства юстиции США Марка Кротоски;
Представителя Патентного ведомства США, Посольства США в Москве Трейси Перелли;
а также постоянного представителя Министерства юстиции США при Посольстве США в Москве Томаса Файерстоуна, который оказал неоценимую помощь автору при подборе материала для настоящей работы и апробации ее результатов на практике.
Когда книга уже была почти написана, Томас прислал материал о проблеме привлечения юридических лиц к уголовной ответственности в США. Материал оказался настолько интересным и содержательным (но не совсем вписывающимся в тему), что автор счел нужным вынести его в отдельную рубрику.

С уважением,
Юрий Козубенко

Гостевая трибуна

Томас Файерстоун,
постоянный представитель
Министерства юстиции США
при Посольстве США в Москве

Уголовная ответственность юридических лиц в США

Введение

Может ли юридическое лицо подлежать уголовной ответственности? Это один из самых спорных вопросов современного уголовного права. Совет Европы и Европейский Союз совместно рекомендовали государствам-членам ввести в их национальное уголовное законодательство уголовную ответственность для юридических лиц. Многие европейские страны последовали этой рекомендации, но ряд стран не поддержал этой инициативы***(211)**. Возможность осуществления уголовного преследования юридических лиц немедленно порождает целый ряд неудобных правовых вопросов. Каким образом можно определить психическое состояние и установить наличие умысла в действиях юридического лица? В какой мере юридическое лицо обязано нести ответственность за действия своих сотрудников? Какими критериями необходимо руководствоваться при принятии решения о предъявлении обвинений юридическому лицу? Какие виды наказания применимы к

юридическому лицу? В США институт уголовной ответственности юридических лиц существует более 100 лет, поэтому практический опыт США в этой области может оказаться полезным подспорьем для стран, изучающих возможность введения уголовной ответственности для юридических лиц или уже принявших такое решение. В данной статье рассматриваются этапы развития в правовой системе США доктрины об уголовной ответственности юридических лиц и ее практического применения с тем, чтобы осветить подход США к решению вышеперечисленных и смежных вопросов.

История эволюции института уголовной ответственности юридических лиц в США

По английскому общему праву XVI-XVII вв. юридические лица - корпорации - не подлежали уголовному преследованию. Юристы того времени полагали, что корпорации, не будучи людьми, способными сделать моральный выбор, не могут нести моральной или уголовной ответственности за свои действия*(212). Известный английский судья Лорд Холт в 1701 г. провозгласил, что "корпорация не подлежит уголовному преследованию"*(213), и более века этим правовым принципом руководствовались английские и американские судьи, пресекая попытки ввести уголовную ответственность для юридических лиц.

Однако в начале XIX в. ситуация стала меняться, так как суды начали привлекать корпорации к уголовной ответственности за так называемое "нарушение общественного порядка". Законодательство США определяет "нарушение общественного порядка" как "необоснованное нарушение общего для широких кругов общественности права"*(214). Перечень "нарушений общественного порядка" включает целый ряд вредных и потенциально опасных действий, таких, например, как выбросы в атмосферу токсичных газов, создание препятствий на дорогах общественного пользования или водотоках, содержание больных животных в общественных местах и хранение взрывчатых веществ в опасных местах. В XIX в. в результате быстрого экономического роста число корпораций в США, равно как и число "нарушений общественного порядка", значительно возросло. Закон должен был отреагировать на эти изменения и отчасти сделал это, разрешив уголовное преследование юридических лиц.

Например, в 1852 г. Верховный суд штата Нью-Джерси вынес решение о возможности уголовного преследования железнодорожной компании, построившей здание прямо посередине дороги общественного пользования, воспрепятствовав движению транспорта*(215). В 1854 г. Высший апелляционный суд штата Массачусетс вынес решение о возможности уголовного преследования корпорации, построившей мост через судоходную реку, создав препятствия для речного транспорта*(216). Свое решение суд штата Массачусетс мотивировал тем, что правовая доктрина о запрете уголовного преследования юридических лиц за совершение подобных деяний "возникла в то время, когда число корпораций было невелико, а их возможности были ограничены, равно как и цели, ради которых они создавались. Опыт свидетельствует о необходимости ее модификации"*(217). Далее суд указал на "отсутствие уважительной причины" для освобождения юридических лиц "от последствий незаконных и неправомерных действий их представителей..."*(218). Суд провел аналогию с гражданско-правовой судебной практикой, уже давно признавшей ответственность юридических лиц за действия их представителей в силу того, что любой запрет судебного преследования юридических лиц "во многих случаях исключал бы все адекватные средства правовой защиты и сделал бы невозможным возмещение вреда, причиненного корпорацией, поскольку оставлял бы один-единственный способ защиты от безответственных служащих"*(219). В заключении суд постановил: "не существует

правового принципа, который бы обеспечивал организациям иммунитет. Если они вторгаются в частные владения или создают препятствие, нарушая тем самым права лица или причиняя ему вред, то никто не может подвергнуть сомнению их ответственность. Таким же образом и по той же причине при совершении ими аналогичных действий, создающих неудобства для окружающих и вызывающих недовольство общественности, они несут ответственность такого рода и таким способом, какие являются приемлемыми для расследования подобных правонарушений"*(220).

В 1909 г. в решении по делу New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States Верховный суд США согласился с доводами вышеупомянутых судебных инстанций и санкционировал введение уголовной ответственности для юридических лиц. В деле фигурировал так называемый Закон Элкинса, регулировавший тарифы грузовых перевозок, взимаемых железнодорожными компаниями с перевозчиков, и запрещавший железнодорожным компаниям предоставлять скидки привилегированным перевозчикам. Согласно государственному обвинению сотрудники железнодорожной компании New York Central & Hudson River Railroad Company нарушили положения данного закона, и суд должен был решить вопрос о возможности возбуждении уголовного преследования против этой компании. Суд, исходя из соображений общественного порядка и справедливости, вынес решение о возможности уголовного преследования этой корпорации. Сначала суд указал на важную роль корпораций в современном мире и необходимость регламентации их деятельности посредством надлежащих законов. Суд далее отметил, что в отсутствии уголовной ответственности юридических лиц такие законодательные акты, как Закон Элкинса, никогда не будут действовать, а общественность никогда не сможет воспользоваться предоставляемыми ими преимуществами. Свое решение суд мотивировал следующим образом:

"Реальность современной истории общества такова, что законы, запрещающие снижать установленные тарифы, не могут эффективно применяться до тех пор, пока наказание за нарушение закона будут нести только физические лица... И хотя закон должен охранять права всех лиц, а права юридических лиц не менее важны, чем права граждан, закон не может закрывать глаза на то, что в настоящее время подавляющее большинство хозяйственных сделок совершается организациями, а внешнеторговые операции практически полностью находятся в их руках, и что их освобождение от всех видов наказания на основании старой и полностью изжившей себя доктрины, согласно которой юридическое лицо не может совершить преступление, привело бы буквально к потере единственного эффективного средства контроля над предметом судебного разбирательства и исправления злоупотреблений в этой сфере"*(221).

Более того, суд постановил, что поскольку именно организация получает экономическую выгоду, то справедливо будет и для организации ввести уголовную ответственность:

"С точки зрения закона суд не видит каких-либо значимых возражений, а с точки зрения общественного порядка существуют очень веские причины тому, что конкретная организация, получающая выгоду от конкретной сделки и способная осуществлять свою деятельность исключительно через своих представителей и служащих, должна нести наказание в виде штрафов за заведомые и умышленные действия своих представителей, которым эта организация передала полномочия... и чьи знания и целенаправленные действия вполне могут быть отнесены на счет организации, от имени которой действуют ее представители"*(222).

В заключение суд постановил: "нет ни одной веской причины, из-за которой организации не могут нести ответственность по предъявленным им обвинениям за заведомые и умышленные действия их представителей, действующих в рамках переданных им организациями полномочий"*(223).

В результате судебного решения по делу железнодорожной компании New York Central & Hudson River Railroad Company институт уголовной ответственности юридических лиц прочно утвердился в законодательстве США, а корпорации стали привлекаться к уголовной ответственности по следующим категориям дел:

- экологические преступления;
- незаконное предоставление медицинских услуг;
- нарушение законов о защите прав потребителей;
- нарушение антимонопольного законодательства;
- хищение имущества и мошенничество;
- распространение или демонстрация материалов непристойного содержания; а также
- нарушения законодательства о безопасности на производстве*(224).

Помимо вышеперечисленных преступлений, в основном экономического характера, корпорации также привлекались к уголовной ответственности за совершение преступлений против личности, включая убийство. Например, дело строительной компании "Гранит", у которой семь рабочих-строителей погибли на стройплощадке в результате несчастного случая. Этой компании, производившей строительные работы на объекте, было предъявлено обвинение в убийстве в результате несоблюдения правил техники безопасности на строительном участке. Строительная компания добивалась прекращения дела на том основании, что юридические лица могут привлекаться к уголовной ответственности только за совершение преступлений против собственности, но не за преступления против личности. Апелляционный суд штата Калифорния отклонил этот аргумент, мотивировав свое решение следующим образом:

"Попытка разграничить преступления против собственности и преступления против личности обусловлена природой юридических лиц как экономически мотивированных субъектов. Совершая преступление против собственности, организация может непосредственно получить для себя выгоду, а преступления против личности не всегда напрямую связаны с мотивом извлечения прибыли. Это неудачный аргумент. Он не принимает во внимание тот факт, что организация может опосредованно получить существенную экономическую выгоду, совершая преступления против личности. Для получения такого рода экономической выгоды руководство организации может сократить затраты на внедрение средств безопасности, применять силу к бастующим рабочим или использовать криминальные методы борьбы с конкурентами. Если юридическое лицо принимает на себя любой из упомянутых рисков и совершает соответствующее деяние, оно подлежит уголовной ответственности наравне с другими обвиняемыми*(225).

Современное законодательство США

В соответствии с уголовным законом лицо привлекается к ответственности только за совершение заведомо умышленных деяний. Поскольку юридические лица в отличие от физических лиц не способны на осознанный моральный выбор, естественно возникает вопрос: каким образом можно привлечь к уголовной ответственности юридическое лицо? По законам США ответ на вопрос кроется в действиях и решениях служащих организаций. Федеральный апелляционный суд США первого округа постановил: "действия юридического лица в конечном счете являются действиями его сотрудников в рамках их служебных полномочий"*(226). Таким образом, любые сведения, полученные сотрудником организации, действующим в рамках своих служебных полномочий, суммируются и вменяются данной организации*(227). Если три сотрудника организации по отдельности располагают сведениями об одном факте

относительно какой-то ситуации, считается, что эта организация располагает сведениями об этих трех фактах*(228). Данное правило об обобщении информации является необходимым побочным продуктом структурной организации современных корпораций. В решении одного суда в США было указано следующее:

"Корпорации дробят информацию, создавая из элементов конкретных обязанностей и операций более мелкие компоненты. При обобщении таких компонентов у корпорации возникает знание о конкретной операции. Не имеет значения, знают ли сотрудники, ответственные за выполнение одного компонента операции, чем конкретно занимаются сотрудники, ответственные за выполнение другого компонента операции... Считается, что корпорация располагает коллективными знаниями всех ее сотрудников и несет ответственность в случае неисполнения ими своих обязанностей надлежащим образом"*(229).

Уголовная ответственность, безусловно, не может наступить при наличии одного лишь знания. Необходимо, чтобы деяние было совершено умышленно. Чтобы установить наличие умысла в действиях организации, уголовный закон США предписывает изучить действия ее сотрудников и привлечь организацию к уголовной ответственности, если сотрудник действовал, во-первых, в пределах своих служебных полномочий и, во-вторых, с намерением извлечь выгоду для организации*(230). Давайте подробнее рассмотрим каждое из двух условий. Во-первых, считается, что сотрудник действует в пределах своих служебных полномочий, если он имеет "фактические" или "разумно предполагаемые" полномочия совершить определенное действие. "Фактические полномочия" означают полномочия, специально и преднамеренно делегированные данному сотруднику организацией*(231). "Разумно предполагаемые полномочия" определяются как "полномочия, которыми, по мнению третьих лиц, располагает представитель организации, исходя из занимаемой им в этой организации должности и обстоятельств, связанных с его предыдущими действиями"*(232).

И хотя понятно, почему юридические лица должны привлекаться к ответственности за преступления, совершенные их сотрудниками, которые обладают фактическими полномочиями, решение привлечь к ответственности организацию за преступления, совершенные людьми, обладающими лишь "разумно предполагаемыми полномочиями" может показаться несправедливым. Суды США занимают по этому вопросу следующую позицию: данный правовой принцип является совершенно приемлемым в силу крупного размера и децентрализованной структуры современных организаций, а также в силу того, что организации затрудняют возможность доказать наличие у конкретного сотрудника полномочий на совершение конкретного действия*(233). Поэтому, если представитель какой-либо организации действовал таким образом, что третьи лица разумно предположили, что он имеет фактические полномочия, суды США считают вполне разумным вывод о том, что такой представитель организации действительно имел фактические полномочия и эта организация несет за его действия ответственность при условии, что будет также доказано, что он действовал в интересах организации.

В основе обязательного условия о "корпоративной выгоде" лежит понимание того, что привлекать к уголовной ответственности организацию за действия ее сотрудников, совершенных не на благо организации, было бы несправедливо и не служило бы целям общественного правопорядка. В решении Федерального апелляционного суда США пятого округа по делу Standard Oil Co. of Texas v. United States, сказано, что "прием или выдача наличных кассиром банка, что, несомненно, является одной из его обычных функциональных обязанностей, вряд ли может служить основанием для привлечения к уголовной ответственности всего банка, если в ходе такой "работы" этот неблагонадежный служащий присваивал денежные средства, действуя как растратчик, или обманным путем передавал их сообщнику"*(234). Но

важно понимать, что условие о "корпоративной выгоде" считается выполненным, если сотрудник организации действовал в интересах этой организации независимо от того, получила ли организация эту выгоду или нет*(235). Это полностью соответствует общему правилу, в соответствии с которым преступник подлежит наказанию даже в случае неудачного преступления, например, вор-карманник не избегает уголовной ответственности, если украденный им кошелек оказывается пустым. Более того, нет необходимости доказывать, что корпоративная выгода была единственной целью служащего корпорации. Достаточно доказать, что служащий преследовал несколько целей, одной из которых была корпоративная выгода*(236). Без такого правила организация может всегда избежать уголовной ответственности, если ее служащий своими действиями также извлекал личную выгоду. Таким образом, если должностное лицо корпорации, действуя в рамках служебных полномочий, предлагает взятку государственному чиновнику, чтобы обеспечить этой корпорации победу на конкурсе и получение контракта, сама корпорация может быть привлечена к уголовной ответственности. Будет ли корпорация привлечена к уголовной ответственности, зависит от дискреционных полномочий обвинительной власти, и далее мы обсудим этот вопрос.

Директивы Министерства юстиции США о привлечении юридических лиц к уголовной ответственности

Вынесение обвинения юридическому лицу в совершении уголовно наказуемого деяния может просто уничтожить такую организацию и повлечь катастрофические последствия для ее акционеров и сотрудников (которые нередко не имеют никакого отношения к объективной стороне преступления). Например, одна из крупнейших в США аудиторских компаний - "Артур Андерсен" - прекратила свое существование в результате возбужденного против нее в 2002 году уголовного дела по обвинению в препятствовании отправлению правосудия. В итоге более 20 тысяч сотрудников лишились работы. И хотя Верховный суд США впоследствии отменил обвинительный приговор в отношении этой корпорации, она не смогла возродиться, а сотрудники не вернулись на свои рабочие места. Учитывая возможность подобных разрушительных последствий, властными полномочиями по привлечению юридических лиц к уголовной ответственности следует пользоваться крайне осторожно и только в уместной ситуации. Для этих целей Министерство юстиции США разработало директивы, которыми руководствуются все федеральные прокуроры США при принятии решения о привлечении юридических лиц к уголовной ответственности. В соответствии с действующей редакцией этих директив (этот документ в честь автора назван Меморандумом Макналти) прежде чем предъявить обвинения организации, федеральный прокурор обязан принять во внимание следующие факторы:

1. Характер и тяжесть правонарушения, включая степень его общественной опасности, а также действующие руководящие принципы и первоочередные задачи, если таковые существуют, по уголовному преследованию юридических лиц за совершение конкретных видов преступлений.

2. Масштаб противозаконной деятельности внутри организации, включая соучастие или попустительство со стороны руководства организации.

3. Существование аналогичных прецедентов в истории организации, включая сведения об участии организации в качестве ответчика в судебных разбирательствах по уголовным, гражданским и административным делам.

4. Своевременное и добровольное признание организацией факта совершения правонарушения и желание сотрудничать с органами следствия в ходе проверки служащих организации.

5. Наличие у организации адекватной программы по соблюдению нормативно-правовых актов.

6. Действия организации по ликвидации последствий правонарушения, включая усилия по внедрению эффективной программы по соблюдению нормативно-правовых актов или по улучшению уже существующей программы, замена ответственных руководителей, применение дисциплинарных мер к сотрудникам, виновным в правонарушениях, или их увольнение, возмещение причиненного вреда и сотрудничество с уполномоченными государственными ведомствами.

7. Побочный вред, включая несоразмерный ущерб акционерам, пенсионерам и сотрудникам, чья личная невиновность доказана, а также общественный резонанс в связи с возбуждением уголовного дела против организации.

8. Адекватность уголовно-правовых мер против индивидуальных сотрудников, виновных в противозаконной деятельности организации.

9. Адекватность средств судебной защиты гражданско-правового и административного характера***(237)**.

Все или некоторые из вышеперечисленных факторов могут быть применимы или не применимы к конкретным делам, а в ряде случаев один фактор может перевесить все остальные. Но в большинстве случаев ни один фактор сам по себе не является юридически значимым***(238)**. Применяя эти факторы к вышеописанной гипотетической ситуации с подкупом государственного чиновника, можно предположить, что корпорации не будет предъявлено обвинение в совершении преступления, если предложение взятки было единственным и обособленным действием одного сотрудника, если корпорация имеет и применяет внутреннюю программу по соблюдению нормативно-правовых актов с целью выявления противоправных действий сотрудников, если информация о попытке дать взятку чиновнику была передана органам следствия, если корпорация оказывает содействие следствию и уволила этого сотрудника. Если же подкуп чиновника был санкционирован советом директоров корпорации, и совет директоров приказал своим сотрудникам лгать следователям, чтобы скрыть от них факт дачи взятки, а сама корпорация давно занимается подкупом государственных чиновников, тогда привлечение этой корпорации к уголовной ответственности будет обоснованным решением. В большинстве случаев организации занимают промежуточную позицию, избегая подобных крайностей, поэтому каждое дело необходимо тщательно изучать с учетом конкретных фактов.

Следует особо остановиться на одном из вышеперечисленных факторов - добровольном признании в совершении правонарушения и желании организации сотрудничать с органами следствия (фактор N 4). При разработке действующих директив были отчасти приняты во внимание жалобы корпораций и их юристов о том, что прокуроры Министерства юстиции США злоупотребляют своими полномочиями и угрожают корпорациям уголовным преследованием, чтобы вынудить их сотрудничать со следствием, при этом такое сотрудничество подразумевает раскрытие такой конфиденциальной корпоративной информации, как обмен служебной информацией между служащими и юристами корпорации. Для решения этой проблемы Меморандум Макналти устанавливает, что прокурор вправе обратиться к организации с требованием представить конфиденциальную информацию в знак согласия организации содействовать следствию только при наличии "законного основания". "Законное основание" вовсе не означает, что конфиденциальная информация может быть всего лишь полезной для следствия. Такое основание требует тщательного изучения всех следующих факторов:

вероятность и степень полезности конфиденциальной информации для целей следствия;

возможность своевременного получения требуемой информации в полном

объеме из альтернативных источников, не требующих нарушения обязательства по соблюдению конфиденциальности;

полнота сведений, добровольно предоставленных организацией;

побочный вред для организации из-за нарушения обязательства по соблюдению конфиденциальности информации*(239).

Кроме того, прокуроры обязаны получить разрешение заместителя министра юстиции на истребование у юридического лица сведений конфиденциального характера*(240).

И наконец, Меморандум Макналти также предписывает прокурорам рассмотреть возможные альтернативы уголовному преследованию, включая так называемые "соглашения о прекращении уголовного преследования" и "соглашения о приостановлении уголовного преследования". Эти соглашения сродни условному судебному приговору и требуют от юридического лица соблюдения в течение установленного периода времени определенных условий, таких, например, как внедрение эффективной программы по соблюдению законодательных и нормативных актов и компенсация вреда пострадавшим лицам. До тех пор, пока организация выполняет установленные требования, государственное обвинение воздерживается от предъявления обвинений. Но если организация нарушает условия соглашения, государство освобождается от своих обязательств и может начинать уголовное преследование. (Таким образом, соглашения о прекращении или приостановлении уголовного преследования отличаются от соглашений о признании вины, поскольку для заключения соглашения о признании вины обвиняемый должен признать свою вину в суде, и суд должен вынести ему приговор, тогда как соглашения о прекращении или приостановлении уголовного преследования позволяют обвиняемому избежать судимости.) Ценность таких соглашений состоит в том, что они используют угрозу уголовного преследования в качестве инструмента понуждения организации к соблюдению закона в процессе своей хозяйственной деятельности, при этом сохраняя такой организации жизнь, служащим - рабочие места, а акционерам - их инвестиции. С 2005 г. примерно 34 крупных уголовных дела с участием юридических лиц были разрешены посредством таких соглашений*(241).

Наказание

В отличие от людей организацию невозможно наказать путем лишения свободы, поэтому в США в качестве основного вида наказания юридических лиц применяются штрафы. В связи с этим возникает вопрос о том, как следует рассчитывать сумму штрафа в каждом конкретном случае.

В соответствии с Законом о реформе системы назначения наказаний 1984 г. виды наказания, назначаемые федеральными судами США, определяются на основании рекомендаций, содержащихся в так называемом Руководстве по назначению наказания, разработанным Комиссией США по назначению наказания. Эта Комиссия является независимым агентством в составе судебной ветви органов государственной власти США. В отношении видов наказаний для юридических лиц Комиссия постановила следующее:

"Руководство по назначению наказания для организаций разработано таким образом, чтобы все санкции, налагаемые на организации и их представителей, обеспечивали бы справедливое наказание и адекватные меры устрашения и стимулировали бы организации использовать внутренние механизмы по предотвращению, выявлению и учету противоправных действий"*(242).

В соответствии с рекомендациями Комиссии по назначению наказания при вынесении приговора организации суд в первую очередь должен "обязать организацию

возместить любой вред, причиненный ее противоправным действием", чтобы вернуть целостность потерпевшим лицам*(243). Другими словами, еще до наложения судом штрафа организация обязана выплатить компенсацию потерпевшим. Затем суд должен определить, осуществлялась ли "деятельность организации преимущественно ради достижения преступной цели или преимущественно преступным способом"*(244). В этом случае суд обязан наложить штрафные санкции в размере, "достаточном для того, чтобы лишить такую организацию всех ее активов"*(245). Таким образом, если в рассмотренном выше гипотетическом примере подкупа государственного чиновника корпорация следовала стандартной для себя практике подкупа должностных лиц для получения выгодных контрактов, то при назначении наказания суд обязан рассчитать полную стоимость всех активов этой корпорации и наложить штраф в размере, обеспечивающем ее банкротство. Во всех случаях при назначении наказания в виде адекватных штрафных санкций суд должен учитывать два фактора - тяжесть преступления и степень виновности организации*(246). Первый фактор, "тяжесть преступления", определяется путем расчета в денежном выражении выгоды, полученной организацией в результате противоправных действий, и убытков, причиненных потерпевшим лицам такими противоправными действиями*(247). Иными словами, чем больше денег организация "заработала" преступным путем и чем значительнее вред, причиненный потерпевшим лицам, тем более тяжким считается преступление, совершенное организацией. Второй фактор, "степень виновности организации", определяется с учетом целого ряда других факторов, которые в обобщенном виде можно представить следующим образом:

1) меры по предотвращению и раскрытию противоправных действий, которые организация предпринимала до момента совершения преступления;

2) степень участия определенных категорий служащих в противоправной деятельности или степень их терпимости к противоправной деятельности;

3) действия организации после совершения правонарушения;

4) история деятельности организации*(248).

Полезно подробнее рассмотреть все эти факторы.

При анализе первого фактора - адекватности корпоративных мер по предотвращению и раскрытию противоправных действий до момента совершения преступления - суд оценивает степень эффективности внутренней корпоративной "программы по соблюдению правовых и этических норм"*(249). Для оказания помощи судьям в проведении такой оценки Комиссия по назначению наказания определила следующие параметры в качестве ключевых характеристик эффективности программы по соблюдению правовых и этических норм:

1. Организация обязана разработать и внедрить стандартные правила и процедуры по предотвращению и раскрытию противоправных действий.

2. (A) Управляющий орган организации обязан знать о содержании и применении программы по соблюдению правовых и этических норм и осуществлять разумный контроль над исполнением и эффективностью программы по соблюдению правовых и этических норм.

(B) Высшее руководство организации обязано обеспечить наличие в организации эффективной программы по соблюдению правовых и этических норм в соответствии с требованиями, изложенными в данном руководстве. Из числа высшего руководства назначается лицо (лица), несущее (несущие) полную ответственность за программу по соблюдению правовых и этических норм.

(C) Конкретный(е) сотрудник(и) или конкретные сотрудники организации должны осуществлять повседневный оперативный контроль над исполнением программы по соблюдению правовых и этических норм. Сотрудник(и), ответственный(е) за оперативный контроль, обязаны представлять регулярные отчеты вышестоящему и по мере необходимости высшему руководству или органу высшего руководства об

эффективности программы по соблюдению правовых и этических норм. Для осуществления оперативного контроля таким сотрудникам предоставляются адекватные ресурсы, адекватные полномочия и прямой доступ к высшему руководству или органу высшего руководства организации.

3. Организация обязана принять разумные меры для того, что бы не допустить включения в состав служащих с большими полномочиями лиц, которые, как организации известно, или должно было быть известно, в результате предварительной проверки, ранее занимались незаконной деятельностью или совершали поступки, не совместимые с принципами эффективной программы по соблюдению правовых и этических норм.

4. (A) Организация обязана принять разумные меры для того, чтобы регулярно и в практической форме доводить до сведения сотрудников, указанных в подпункте (B), стандартные правила и процедуры и иные аспекты программы по соблюдению правовых и этических норм, включая организацию эффективных учебных курсов и использование иных способов предоставления таким сотрудникам информации, необходимой им для выполнения их функций и обязанностей.

(B) Сотрудники, указанные в подпункте (A), являются членами высшего органа управления, руководителями высшего звена, сотрудниками с большими полномочиями, рядовыми сотрудниками организации и по обстоятельствам представителями организации.

5. Организация обязана принять разумные меры для того, чтобы:

(A) обеспечить соблюдение программы по соблюдению правовых и этических норм, включая проведение текущего контроля и проверок для выявления противоправных действий;

(B) регулярно проводить оценку эффективности программы организации по соблюдению правовых и этических норм; а также

(C) внедрить систему и оповестить всех сотрудников о внедрении системы, которая может использовать механизмы обеспечения анонимности и конфиденциальности, посредством которой сотрудники и представители организации могут, не опасаясь мести, заявить о готовящемся или совершенном преступлении или получить рекомендации об их действиях в связи с готовящимся или совершенном преступлением.

6. Программа организации по соблюдению правовых и этических норм подлежит последовательному внедрению и исполнению во всех подразделениях организации посредством применения (A) надлежащих стимулов для осуществления должностных обязанностей в соответствии с программой по соблюдению правовых и этических норм и (B) надлежащих дисциплинарных мер за совершение противоправных действий и за несоблюдение требования принять разумные меры для предотвращения или раскрытия противоправных действий.

7. После раскрытия противоправных действий организация обязана принять разумные меры для надлежащего реагирования на правонарушение и для предотвращения возможности совершения аналогичных правонарушений в будущем, включая внесение необходимых изменений и дополнений в программу по соблюдению правовых и этических норм.

8. Организация обязана регулярно оценивать риск совершения противоправных действий и принимать надлежащие меры по разработке, внедрению или изменению каждого предписания в целях снижения риска совершения правонарушений, выявленных в ходе такой проверки***(250)**.

При анализе второго фактора - степени участия ключевых сотрудников организации в преступлении - суд обязан учитывать размер организации (на основе общего числа сотрудников) и степень участия в противоправной деятельности внутри организации или попустительства ей или умышленной неосведомленности о ней

руководителей высшего звена*(251). При анализе третьего фактора - действий организации после совершения преступления - суды должны определить, препятствовала ли организация проведению следствия или судебного разбирательства по уголовному делу (отягчающее вину обстоятельство)*(252) или, наоборот, сотрудничала с органами следствия и признала свою ответственность за совершение преступления (смягчающее вину обстоятельство)*(253). При анализе четвертого фактора - истории деятельности организации - суд должен выявить ранее совершенные организацией правонарушения и особенно правонарушения, совершенные в течение 10 лет с момента применения к организации уголовно-правовых, гражданско-правовых или административных санкций за аналогичные правонарушения.

Таким образом, назначение надлежащего наказания не связано с применением жесткой математической формулы, а требует учета как количественных факторов, таких как финансовая выгода для организации, так и качественных показателей, таких как готовность организации сотрудничать с органами следствия. И хотя ни один фактор по отдельности не имеет решающего значения, практика показывает, что поведение организации после обнаружения правонарушения играет главную роль. Например, в деле США против норвежской морской туристической компании (United States v. Norwegian Cruise Lines) туроператор был привлечен к уголовной ответственности за нарушение его судами экологического законодательства. Корпорация признала свою ответственность за правонарушение, оказала активное содействие следствию и заплатила штраф в размере 1 млн долл. США. В другом, но очень сходном по фактическим обстоятельствам, деле морская туристическая компания Royal Caribbean Cruise, Ltd., которая препятствовала проведению расследования, вынуждена была в итоге заплатить штраф в размере 25 млн долл.*(254)

Заключение

Опыт США наглядно демонстрирует, что правовые вопросы, возникающие в связи с уголовным преследованием юридических лиц, такие, например, как возможность определения психического состояния и наличия умысла в действиях организации, а также возможность назначения адекватного наказания, могут быть легко решены. Но опыт США также демонстрирует, что институт уголовной ответственности юридических лиц является мощным правоприменительным оружием, способным вызвать катастрофические последствия для огромного числа ни в чем не повинных людей. Поэтому при введении этого института в уголовное законодательство страны необходимо одновременно ввести жесткие директивы для прокуроров и судей, чтобы обеспечить ответственное и надлежащее применение этого оружия для наказания и сдерживания корпоративных правонарушителей, а не для вымогательства.

Справочная информация*(255)

Прежде чем приводить справочную информацию об учредительных документах американских транснациональных корпораций, необходимо сделать ряд пояснений.

Во-первых, американское законодательство имеет рудиментарный характер, поскольку американское корпоративное, как и другие области права, в основном базируется на прецедентах. Основной функцией корпоративного права является приоритет защиты прав инвесторов над интересами и правами, возникающих из отношений с государством и третьими лицами.

Каждая американская корпорация имеет сертификат (или свидетельство) об инкорпорации*(256), который чем-то схож с российским свидетельством о

государственной регистрации юридического лица в налоговом органе, но по сути это и есть устав.

Большинство американских корпораций из-за благоприятного юридического и налогового режима созданы и зарегистрированы в штате Делавэр, США*(257), например, "Аутодеск Инк.", "Адобе Системз Инк.". В американском правопонимании место создания корпорации носит характер, сходный, скорее всего, с гражданством, поскольку корпорация, созданная на территории одного штата, навсегда остается к нему привязанной. Штат Делавэр не берет корпоративный подоходный налог с корпораций, не ведущих хозяйственную деятельность на территории штата. В то же время другие штаты, в частности Калифорния, где, например, находится штаб-квартира и основное место хозяйственной деятельности Компании "Аутодеск Инк.", не имеет права облагать налогом корпорацию, созданную в штате Делавэр.

Помимо этого существуют еще Bylaws, что в переводе означает "устав", но с точки зрения американского корпоративного права это чисто внутренний документ, который нигде не регистрируется и содержит только общие сведения, например, о том, что корпорацией управляет совет директоров, который в свою очередь наделяет полномочиями других лиц.

Еще одна немаловажная особенность в подтверждение того, что определенное лицо было назначено директором или наделено какими-то полномочиями, например доверенностью по представлению интересов корпорации в судебных органах, все официальные документы оформляются и выдаются лицом, занимающим должность Секретаря или Ассистента Секретаря, которое не является первым лицом Корпорации, а, как правило, ведет протоколы заседаний акционеров или совета директоров.

Далее в качестве примеров приводятся выдержки из Устава Корпорации "Майкрософт", свидетельств об инкорпорации (регистрации) Компании "Аутодеск Инк." и "Адобе Системз Инк.".

Устав Корпорации "Майкрософт"*(258)
(Извлечение)

Статья I. Акционеры

1.1 Ежегодное собрание. Ежегодное собрание акционеров Корпорации по избранию Директоров и решению других вопросов, которые могут быть вынесены на ежегодное собрание, проводится в час и день, назначенные Советом директоров или уполномоченным комитетом Совета директоров, в течение 150 дней после завершения финансового года.

1.2 Специальные собрания. Специальные собрания акционеров Корпорации могут быть созваны для любой цели или целей и в любое время Советом директоров или уполномоченным комитетом Совета директоров.

1.3 Место проведения собраний. Собрания акционеров проводятся в таком месте на территории штата Вашингтон или за его пределами, о котором Совет директоров или уполномоченный комитет Совета директоров сообщает в соответствующем уведомлении.

1.4 Уведомление. Письменное уведомление о каждом собрании акционеров с указанием даты, времени и места, а в случае специального собрания - цели (целей) его созыва направляется Корпорацией не менее чем за десять (10) (если в каком-либо конкретном случае закон не требует уведомления за больший срок) и не более чем за шестьдесят (60) дней до даты собрания каждому зарегистрированному акционеру по адресу, указанному в текущем реестре акционеров Корпорации.

1.5 Кворум акционеров. На всяком собрании акционеров большинство всех

акций, имеющих право голоса по какому-либо вопросу и представленных акционерами, присутствующими лично или через доверенных лиц, составляют кворум данной группы для принятия решения по этому вопросу.

Если акция представлена на собрании с иной целью, нежели возражение против проведения собрания или рассмотрения каких-либо вопросов, при... определении кворума она считается присутствующей до конца собрания и переноса этого собрания, если для отложенного собрания не устанавливается или не должна быть установлена новая дата регистрации. На повторно проведенном собрании могут рассматриваться вопросы, которые могли быть вынесены на собрание, указанное в первоначальном уведомлении.

При наличии кворума решение по вопросу принимается голосующей группой, когда число голосов, поданных в группе в пользу решения, превышает число голосов, поданных в группе против решения, если для данного вопроса не установлен иной порядок голосования нормами Закона о производственных и торговых корпорациях штата Вашингтон с поправками (далее "ЗПТКВ"), Статьями об инкорпорации или настоящим Уставом.

1.6 Перенос собрания. Большинство акций, представленных на собрании, даже если они не составляют кворум, позволяют перенести собрание на другое время. На повторно созванном собрании, где присутствует кворум, могут рассматриваться те же вопросы, что и на первоначальном собрании. Если собрание переносится на другой день, время или в другое место, уведомление о новой дате, времени или месте не направляется, если новая дата, время или место объявляется на собрании перед его переносом; однако если для отложенного собрания в соответствии с ЗПТКВ устанавливается или должна быть установлена новая дата регистрации, уведомление о переносе собрания направляется лицам, которые являются акционерами на новую дату регистрации,

1.7 Дата регистрации и книги передач. С целью определения акционеров, имеющих право на уведомление о собрании акционеров или отложенном собрании, или право голоса на таких собраниях, или право на получение дивиденда, а также для определения акционеров с любой другой законной целью Совет директоров может заранее установить дату регистрации не более чем за семьдесят (70), а в случае собрания акционеров не менее чем за десять (10) дней до даты, когда акционерами должно быть принято определенное решение.

Если дата регистрации в указанных целях не устанавливается, датой регистрации для определения акционеров является дата отправления уведомления или дата принятия Советом директоров резолюции, объявляющей дивиденды, по ситуации.

Если решение акционеров, имеющих право голоса на собрании акционеров, принято в порядке, указанном в данном разделе, такое решение распространяется на перенос собрания, если Совет директоров не установит новую дату регистрации, что он обязан сделать, когда собрание переносится более чем на сто двадцать (120) дней после даты, назначенной для первоначального собрания.

1.8 Регистрация голосов. Должностное лицо или агент, ответственный за книги передачи акций Корпорации, как минимум за десять (10) дней до каждого собрания акционеров готовит полный реестр акционеров, имеющих право голоса на таком собрании или его переносе, составленный по голосующим группам и в алфавитном порядке с указанием адреса и числа акций, принадлежащих каждому акционеру. Такой реестр предъявляется во время и в месте проведения собрания и предоставляется для проверки любому акционеру или агенту акционера в течение собрания.

1.9 Доверенности. Зарегистрированные акционеры могут голосовать на любом собрании лично или через доверенных лиц, снабженных доверенностями в письменной форме. Доверенность действительна, если она получена лицом, уполномоченным

производить подсчет голосов для Корпорации. Доверенность действительна в течение одиннадцати (11) месяцев, если в ней прямо не указан более длительный срок действия.

1.10 Организация собрания. Должностное лицо, назначенное Советом директоров Главным исполнительным директором (а в его отсутствие любое другое должностное лицо, назначенное Советом директоров), может определять порядок ведения собрания акционеров и является его Председателем. Секретарь Корпорации, если таковой присутствует на собрании акционеров, является Секретарем собрания. Если Секретарь отсутствует на собрании, Председатель собрания назначает Секретаря.

1.11 Порядок проведения собрания. Председатель собрания акционеров, назначенный согласно **Разделу 1.10**, по своему усмотрению определяет порядок проведения собрания в соответствии с конкретными указаниями Совета директоров.

Статья II. Совет директоров

2.1 Численность и квалификационные требования. Управление деятельностью и имуществом Корпорации осуществляет Совет, состоящий не менее чем из трех и не более чем из одиннадцати директоров. Число директоров может быть в любое время увеличено или уменьшено резолюцией Совета директоров или акционерами на годовом собрании. Директора не обязаны являться акционерами Корпорации или резидентами штата Вашингтон.

2.2 Избрание - срок пребывания в должности. На каждом годовом собрании акционеров директора избираются на срок до следующего годового собрания акционеров и избрания и аттестации из правопреемников. Если директора по какой-либо причине не избраны на ежегодном собрании, они могут быть избраны на специальном собрании акционеров, созванном для этой цели в порядке, предусмотренном настоящим Уставом.

2.3 Регулярные заседания. Регулярные заседания Совета директоров проводятся в местах и во время, которые может определить Совет, причем в случае такого определения уведомление не направляется. Регулярное заседание Совета может быть проведено без уведомления непосредственно после годового собрания акционеров в том же месте, где проводилось собрание.

2.4 Специальные заседания. Специальные заседания Совета директоров могут проводиться в любое время или в любом месте и созываться большинством директоров, Главным исполнительным директором или Главным операционным директором устным или письменным уведомлением каждого директора не менее чем за два (2) дня до такого заседания.

2.5 Уведомление. Уведомление о регулярных заседаниях Совета директоров не требуется. Уведомление о специальных заседаниях Совета директоров с указанием даты, времени и места таковых направляется не менее чем за два (2) дня до даты заседания. В уведомлении необязательно указывать цель заседания. Уведомление может быть устным или письменным.

2.6 Отказ от уведомления. Директор может отказаться от уведомления о специальном заседании Совета до или после заседания, и наличие такого отказа приравнивается к направлению уведомления. Отказ должен быть оформлен письменно за подписью директора, имеющего право на уведомление, и предъявлен Корпорации для включения в ее документацию. Присутствие на или участие директора в заседании составляет отказ от уведомления о таком заседании, если директор не присутствует на или не участвует в нем с единственной целью возразить против обсуждения вопросов, поскольку заседание созвано или проводится незаконно.

2.7 Кворум директоров. Большинство членов Совета директоров составляют кворум для решения деловых вопросов, однако, если на заседании Совета отсутствует кворум, большинство присутствующих могут перенести заседание на другое время, пока не состоится кворум. Если на заседании присутствует кворум, большинство присутствующих членов принимают решения по любому вопросу, вынесенному на заседание, если иное не предусмотрено Статьями об инкорпорации или настоящим Уставом.

2.8 Перенос заседания. Большинство присутствующих директоров, даже если они не составляют кворум, могут перенести заседание и продолжить его позднее. Уведомление о переносе заседания или вопросах, которые на него выносятся, кроме объявления об этом, не требуется. На перенесенном заседании, где присутствует кворум, могут рассматриваться любые вопросы, которые могли бы рассматриваться на первоначальном заседании.

2.9 Отставка. Любой директор Корпорации может в любое время подать в отставку, письменно уведомив об этом Совет директоров, Председателя, Президента или Секретаря Корпорации. Отставка вступает в силу после вручения уведомления, если в последнем не указана более поздняя дата вступления в силу.

2.10 Вакансии. Если иное не предусмотрено ЗПТКВ, при наличии любой вакансии в Совета директоров, включая вакансию, образовавшуюся в результате увеличения численности директоров, она может замещаться оставшимися директорами независимо от того, составляют ли они кворум.

2.11 Вознаграждение. Совет имеет исключительное право устанавливать размер вознаграждения директоров.

2.12 Комитеты. Своей резолюцией, принятой большинством полного состава Совета, Совет директоров может назначать из числа своих членов один или более комитетов, каждый из которых:

a. Состоит из двух (2) или более членов;

b. Руководствуется правилами, регулирующими заседания, принятие решение без заседаний, уведомление, отказ от уведомления, кворум и требования к голосованию Совета директоров; и

c. В пределах предусмотренного указанной резолюцией реализует или может реализовать все полномочия Совета директоров, за исключением того, что подобный комитет не имеет права:

(1) Разрешать или утверждать выплаты иным образом, нежели по формуле или в порядке, предписанном Советом директоров;

(2) Утверждать или предлагать решения акционеров, требующих утверждения акционерами согласно ЗПТКВ;

(3) Заполнять вакансии в Совете директоров или любом из его комитетов;

(4) Вносить поправки в Статьи об инкорпорации;

(5) Принимать, вносить поправки в или отменять положения Устава;

(6) Утверждать план слияния, не требующий утверждения акционерами; или

(7) Разрешать или утверждать эмиссию, или продажу, или контракт на продажу акций или определять назначение и соответствующие права, привилегии и ограничения класса или серии акций, если Совет директоров или старшее исполнительное должностное лицо Корпорации не уполномочили на это комитет, определив соответствующие ограничения.

Статья III. Специальные меры, принимаемые на собраниях акционеров, заседаниях Совета директоров и комитетов Совета

3.1 Решение, принятое в форме письменного согласия. Всякое решение,

которое должно или может быть принято на заседании Совета директоров или комитета Совета, может приниматься без про ведения заседания, если оно поддержано всеми членами Совета или всеми членами комитета, по ситуации. Такое решение должно быть подтверждено одним или более письменными согласиями, определяющими принятое решение, подписанными всеми директорами или всеми членами комитета, по ситуации, и переданными Корпорации для включения в протокол. Согласие директоров может быть подписано до или после принятия решения.

Решение, принятое единогласно в письменной форме, вступает в силу после подписания согласия последним директором, если в согласии не указана более поздняя дата вступления в силу.

3.2 Использование коммуникационного оборудования. Собрания акционеров, заседания Совета директоров и комитетов Совета могут проводиться с помощью конференц-связи или аналогичного коммуникационного оборудования, посредством которого все лица, участвующие в собрании, могут слышать друг друга. Участие с помощью таких средств составляет личное присутствие на собрании.

3.3 Устное или письменное уведомление. Устное уведомление передается лично или по телефону, средствам проводной или беспроводной связи, не обеспечивающим факсимильной передачи уведомления. Устное уведомление вступает в силу после передачи, если оно передано разборчиво.

Письменное уведомление может быть передано почтой, нарочным или лично; по телеграфу или телетайпу; или по телефону, средствам проводной или беспроводной связи, обеспечивающим факсимильную передачу уведомления и имеющим передатчик, генерирующий электронное подтверждение получения. Письменное уведомление вступает в силу в наиболее ранний из следующих сроков: (а) по получении; (б) через пять (5) дней после вручения почтовому ведомству США в случае отправки почтой первого класса; (в) в день, указанный в уведомлении о вручении, в случае пересылки заказным письмом или удостоверенным почтовым отправлением с уведомлением о вручении, если уведомление о вручении подписано адресатом или от его имени.

Статья IV. Должностные лица

4.1 Должности. В состав должностных лиц Корпорации могут входить Председатель, Президент, один или более вице-президентов (которые могут назначаться вице-президентами, Старшими вице-президентами или Исполнительными вице-президентами), Секретарь и Казначей, назначенные Советом директоров или Главным исполнительным директором. Корпорация может иметь дополнительных или вспомогательных должностных лиц (иногда именуемых "дополнительные должностные лица"), которых сочтут необходимыми для ее деятельность и могут периодически назначать Совет директоров, Главный исполнительный директор или Главный операционный директор. Кроме того, Совет директоров имеет право, но не обязан назначать таких должностных лиц, как Главный исполнительный директор, Главный операционный директор, Главный финансовый директор, и тому подобные. Одно и то же лицо может занимать любые две должности или более.

Если директор/должностное лицо не назначено Председателем или если назначенный Председатель отсутствует, Совет директоров избирает из числа своих членов Председателя Совета директоров. Председатель ведет все заседания Совета директоров и обладает полномочиями, определенными Советом директоров.

4.2 Назначение и срок пребывания в должности. Должностные лица Корпорации ежегодно назначаются Советом директоров на первом заседании Совета

директоров, проводимом после каждого годового собрания акционеров. Если на таком заседании должностные лица не назначены, их назначение производится в возможно короткий срок после этого, или должности могут оставаться вакантными. Каждое должностное лицо пребывает в должности до назначения и аттестации его правопреемника или своей предшествующей смерти, отставки или отстранения от должности.

4.3 Права и обязанности Главного исполнительного директора.

Главный исполнительный директор осуществляет общее руководство и надзор за деятельностью Корпорации, обеспечивает выполнение всех приказов, решений и резолюций Совета директоров, а также наделяется прочими правами и выполняет прочие обязанности, предусмотренные настоящим Уставом, или, в пределах соответствия Уставу, наделяется прочими правами и обязанностями, предписанными Советом директоров.

4.4 Права и обязанности других должностных лиц. Всякое должностное лицо, кроме Главного исполнительного директора, имеет права и выполняет обязанности, предусмотренные настоящим Уставом, или, в пределах соответствия Уставу, выполняет обязанности, предписанные Советом директоров, Главным исполнительным директором или должностным лицом, уполномоченным Советом директоров определять обязанности такого должностного лица. Определение обязанностей Главным исполнительным директором или другим должностным лицом проверяется Советом директоров, но имеет полную силу при отсутствии такой проверки.

4.5 Вознаграждение и договорные права. Совет директоров имеет право (а) устанавливать вознаграждение всем должностным лицам и служащим Корпорации, будь то в форме заработной платы, премии, акционерного опциона или иной, конкретно или по формуле, принятой для определенных категорий должностных лиц или служащих, и (б) уполномочивать должностных лиц Корпорации устанавливать вознаграждение подчиненным им служащим. Совет директоров имеет право назначить Комитет по вознаграждениям и делегировать такому комитету любые или все полномочия, связанные с вознаграждением. Назначение на должность само по себе не создает договорных прав.

4.6 Отставка или отстранение от должности. Любое должностное лицо Корпорации может в любое время подать в отставку, письменно уведомив об этом Совет директоров. Всякая отставка вступает в силу после вручения уведомления, если в уведомлении не указана более поздняя дата, и не ущемляет договорных прав соответствующего должностного лица, при наличии таковых.

Совет директоров большинством голосов полного состава Совета вправе отстранить от должности любое должностное лицо или агента на каком-либо основании или без такового. Всякое должностное лицо или помощник должностного лица, назначенное другим должностным лицом, также может быть отстранено от должности любым должностным лицом, уполномоченным назначать должностных лиц или помощников должностных лиц. Отстранение от должности не ущемляет договорных прав соответствующего лица, при наличии таковых.

4.7 Вакансии. Если должность по какой-либо причине становится вакантной, директора могут назначить преемника или преемников для пребывания в этой должности в течение оставшегося срока или оставить ее вакантной.

Статья V. Сертификаты акций и их передача

5.1 Выдача; сертификаты акций. Корпорация не вправе выпускать акции без разрешения Совета. Такое решение определяет максимальное число подлежащих

выпуску акций, встречное удовлетворение за таковые и содержит заявление о том, что директора считают такое встречное удовлетворение адекватным. Акции могут, но не обязаны быть подтверждены сертификатами. Сертификаты акций Корпорации имеют форму, соответствующую нормам ЗПТКВ или уставу корпорации-предшественницы и после вступления в силу настоящего Устава содержат:

a. Название Корпорации и указание, что Корпорация организована по законам штата Вашингтон;

b. Фамилию лица, которому выдан сертификат; и

c. Число и категория акций, а также обозначение серии, при наличии таковой, подтвержденных сертификатом.

Сертификат имеет оригинал или факсимиле подписей двух должностных лиц Корпорации и скрепляется печатью Корпорации.

5.2 Передача акций. Акции, подтвержденные сертификатами, могут быть переданы путем передачи сертификата в сопровождении передаточной надписи на обороте сертификата или письменной доверенности на переуступку или передачу таковых по книгам Корпорации за подписью зарегистрированного держателя сертификата. Передача акций регистрируется в книгах Корпорации после их переуступки или индоссации.

5.3 Правила и нормативы эмиссии, передачи и регистрации акций. Совет директоров имеет право и полномочия определять представляющиеся ему надлежащими или обоснованными правила и нормативы эмиссии, передачи и регистрации акций. В случае утраты, порчи или уничтожения сертификата акций дубликат сертификата может быть выдан на условиях, установленных Советом. Совет имеет право и полномочия периодически назначать одного или более трансфертных агентов и регистратора акций

5.4 Акции без сертификатов. Совет директоров вправе разрешить эмиссию некоторых или всех акций без сертификатов. В пределах разумного срока после эмиссии или передачи акций без сертификатов Корпорация направляет акционеру в форме выписки сведения, указание которых в сертификате предусмотрено ЗПТКВ.

Статья VI. Книги и документы

6.1 Бухгалтерские книги, протоколы и реестр акций. Если иное не предусмотрено законом, Корпорация:

a. Постоянно ведет протоколы всех собраний акционеров и заседаний Совета директоров, регистрацию всех решений, принятых Советом директоров без проведения заседаний, а также регистрацию всех решений, принятых комитетом Совета директоров, реализующих полномочия Совета директоров от имени Корпорации;

b. Ведет соответствующую бухгалтерскую документацию;

c. Или ее агент ведет реестр акционеров в форме, обеспечивающей подготовку перечня фамилий и адресов акционеров в алфавитном порядке по категориям акций с указанием числа и категории акций, принадлежащих каждому акционеру; и

d. Хранит копии следующей документации в своей главной конторе:

(1) Статей или Повторно принятых статей об инкорпорации и всех действующих поправок к таковым;

(2) Устава или Повторно принятого Устава и всех действующих поправок к таковому;

(3) Протоколов собраний акционеров и регистрации решений, принятых акционерами без проведения собраний, за последние три (3) года;

(4) Финансовых отчетов за последние три (3) года, включая балансы, достаточно подробно показывающие финансовое положение Корпорации на конец каждого

финансового года, и отчет о доходах, отражающих результаты ее операций в течение каждого финансового года, подготовленные на основе общепризнанных бухгалтерских принципов или, в ином случае, на основе, разъясненной в таковых;

(5) Всех письменных сообщений акционерам за последние три (3) года;

(6) Перечня фамилий и служебных адресов действующих директоров и должностных лиц; и

(7) Последний годовой отчет, представленных Секретарю штата Вашингтон.

6.2 Копии резолюций. Всякое лицо, имеющее дела с Корпорацией, может полагаться на копию любых документов о заседаниях, резолюциях или голосовании Совета директоров или акционеров, если она заверена Секретарем, помощником секретаря или другим должностным лицом, уполномоченным Советом.

Исправленное и дополненное свидетельство об инкорпорации "АУТОДЕСК, ИНК."*(259)
(В соответствии с разделами 242 и 245 Общего Корпоративного права Штата Делавэр)
(Извлечение)

Кэрол А. Бартц и Марсия К. Стерлинг настоящим удостоверяют:

Первое: Они являются соответственно Главным исполнительным директором и секретарем Аутодеск, Инк. - Корпорации, созданной и существующей в соответствии с Общим Корпоративным правом штата Делавэр (далее "Общее Корпоративное право");

Второе: Первая редакция свидетельства об инкорпорации Корпорации, первоначально зарегистрированной 10 мая 1994 года, вместе со всеми последующими поправками, теперь дополнена и переформулирована следующим образом:

Статья I

Название Корпорации: Аутодеск, Инк. (далее "Корпорация").

Статья II

Адрес зарегистрированного офиса Корпорации*(260) на территории штата Делавэр: Корпорейшен Траст Центр, Орандж стрит, 1209, город Вилмингтон, округ Нью-Касл, 19801. Наименованием официального представителя по указанному адресу - The Corporation Trust Company.

Статья III

Целью создания Корпорации является участие в любой законной деятельности, которой корпорации имеют право заниматься согласно Общему Корпоративному праву.

Статья IV

Раздел 1. Виды акций. Корпорация правомочна выпускать два вида акций, именуемые, соответственно, "обыкновенные акции" и "привилегированные акции". Общее число всех видов акций, которое Корпорация имеет право выпустить, составляет семьсот пятьдесят миллионов (750,000,000) обыкновенных акций,

номинальной стоимостью 0.01 доллара США (далее "Обыкновенная акция"), и два миллиона (2,000,000) Привилегированных акций номинальной стоимостью 0.01 доллара США (далее "Привилегированная акция"). Из числа Привилегированных акций, 750,000 акций обозначаются как Участвующие Привилегированные акции Серии А номинальной стоимостью 0.01 доллара США ("Участвующие Привилегированные акции Серии А").

Раздел 2. Привилегированные акции. Корпорация имеет право в любое время выпускать Привилегированные акции одной или нескольких серий. Совет Директоров Корпорации имеет право в зависимости от ограничений, предусмотренных законом, путем принятия резолюции (резолюций) устанавливать назначение, права, льготы по акциям, а также преимущества или ограничения по любой серии Привилегированных акций, включая неограниченное право устанавливать резолюцией (резолюциями) права на получение дивидендов по акциям, доли прибыли, право держателя одного вида акций конвертировать его в другой, право голоса, права и условия по выкупу акций (включая средства из резервного фонда), выкупную цену и право на отмену льгот по любым полностью не выпущенным сериям Привилегированных акций, а также устанавливать количество акций, составляющих какую-либо часть серий или наименований акций указанных выше.

Совет Директоров также правомочен увеличивать (однако не более общего количества акций определенного вида) или уменьшать (однако не менее известного числа указанных акций) количество акций любой серии, количество которых было им установлено, следующей за выпуском акций указанных серий в зависимости от прав, льгот, а также преимуществ или ограничений по акциям, установленным в резолюции Совета Директоров, который устанавливает исходное количество акций по каждой серии. Если количество акций какой-либо серии будет уменьшено таким образом, то акции, подвергшиеся такому сокращению должны вновь приобрести прежний статус, который они имели до принятия резолюции, устанавливающей исходное количество акций по каждой серии.

Раздел 3. Участвующие Привилегированные акции Серии А. Соответствующие права, льготы, преимущества и ограничения применяются к Привилегированным акциям Серии А следующим образом:

(a) Дивиденды и выплаты в счет погашения кредита

(i) с учетом преимущественного права держателей любых серий Привилегированных акций, являющемуся первоочередным по отношению к держателям Участвующих Привилегированных акций Серии А в отношении дивидендов, держатели Привилегированных акций Серии А правомочны получать, если это будет установлено Советом Директоров в соответствии с законно достижимой целью, ежеквартальные дивиденды наличными в последний день января, апреля, июля и октября каждого года (каждый из этих дней далее именуется как "Ежеквартальный день выплаты дивидендов"), который исчисляется с момента первого выпуска акции или выпуска Участвующих Привилегированных акций Серии А, из расчета суммы за акцию (округляется до цента), при условии соблюдения обязательств, упоминающихся в дальнейшем, равной 1000 единицам совокупной стоимости наличных дивидендов, и 1000 единицам совокупной стоимости (оплаченных в натуре) всех безналичных дивидендов или других, отличных от дивидендов, выплат в счет погашения кредита, оплачиваемых обыкновенными акциями или долями обыкновенных акций, выпущенных в обращение (путем переклассификации или иным способом) заявленные обыкновенными акциями с даты, предшествующей Ежеквартальному дню выплаты дивидендов, или, по отношению к первому Ежеквартальному дню выплат, с первого выпуска любых акций или выпуска Участвующих Привилегированных акций Серии А. В случае, если Корпорация после наступления 14 декабря 1995 года ("Даты объявления прав на дивиденды по акциям":

(A) объявит о выплате дивидендов по Обыкновенным акциям, оплачиваемых Обыкновенными акциями, (B) выделит отдельно находящиеся в обращении обыкновенные акции, или (C) объединит находящиеся в обращении обыкновенные акции в меньшее количество долей, то в каждом таком случае количество акций, которыми обладали держатели Участвующих Привилегированных акций Серии A в соответствии с приведенным выше условием, может быть увеличено путем умножения такого числа на дробь, числитель которой равняется числу обыкновенных акций, находящихся в обращении непосредственно после наступления указанного события, а знаменатель которой - числу обыкновенных акций, которые находились в обращении до наступления указанного события.

(ii) Корпорация имеет право объявлять дивиденды или выплаты в счет погашения кредита по Участвующим Привилегированным акциям Серии A таким образом, как установлено в параграфе (i), но после объявления дивидендов или выплат в счет погашения кредита по Обыкновенным акциям (отличных от тех, по которым дивиденды выплачиваются в Обыкновенными акциями).

(iii) Накопление дивидендов по выпущенным в обращение Участвующим Привилегированным акциям Серии A начинается с Ежеквартального дня выплат дивидендов, предшествующему дате выпуска данных акций, если дата выпуска таких акций предшествует учетной записи о дате первого Ежеквартального дня выплат дивидендов, в случае чего дивиденды по данным акциям начнут накапливаться с даты выпуска таких акций; либо если дата выпуска совпадает с Ежеквартальным днем выплат или с днем, следующим за днем регистрации держателей Участвующих Привилегированных акций Серии A, управомоченных получать квартальный дивиденд до наступления Ежеквартального дня выплат дивидендов, однако в обоих случаях дивиденды начинают накапливаться с установленного Ежеквартального дня выплат дивидендов. На накопленные, но не выплаченные дивиденды проценты не начисляются. Дивиденды, выплаченные по Участвующим Привилегированным акциям Серии A, в количестве, меньшем, чем общая сумма таких дивидендов на момент накопления и подлежащих оплате по таким акциям, распределяются на долевой основе между всеми находящимися в обращении на тот момент акциями. Совет Директоров вправе установить дату регистрации держателей Участвующих Привилегированных акций Серии A, имеющих право получать дивиденды или выплаты в счет погашения кредита, установленные далее, по которым период до даты регистрации не будет составлять более 30 дней от даты, установленной для платежа.

(b) Право голоса по акциям. Держатели Участвующих Привилегированных акций Серии A обладают следующими правами голоса:

(i) При условии соблюдения настоящих обязательств держатель одной Участвующей Привилегированной акции Серии A имеет 1000 голосов при голосовании по любому вопросу, выносимому на решение собрания акционеров Корпорации. Если Корпорация после наступления Даты объявления прав на дивиденды по акциям (A) объявит о выплате дивидендов по Обыкновенным акциям, оплачиваемых Обыкновенными акциями, (B) выделит отдельно, находящиеся в обращении обыкновенные акции, или (C) объединит находящиеся в обращении обыкновенные акции в меньшее количество долей, то в каждом таком случае количество голосов, которыми обладали держатели Участвующих Привилегированных акций Серии A, может быть увеличено путем умножения такого числа на дробь, числитель которой равняется числу обыкновенных акций, находящихся в обращении непосредственно после наступления указанного события, а знаменатель которой - числу обыкновенных акций, которые находились в обращении до наступления указанного события.

(ii) Если иное не предусмотрено настоящим документом или законом, голосование держателей Участвующих Привилегированных акций Серии A и держателей Обыкновенных акций проводится совместно по всем вопросам,

выносимым на решение собрания акционеров Корпорации.

(iii) Если иное не предусмотрено законом, держатели Участвующих Привилегированных акций Серии А не имеют специальных прав принимать участие в голосовании и их согласие не будет учитываться при принятии какого - либо стратегически важного решения (исключая случаи когда они голосуют совместно с держателями обыкновенных акций, как это было установлено выше).

(c) Некоторые ограничения.

(i) Корпорация не вправе объявлять дивиденды, производить выплаты в счет погашения кредита, выкупать, покупать или иным образом приобретать какие - либо доли обыкновенных акций после первого их выпуска или выпуска Участвующих Привилегированных акций Серии А, только если одновременно с этим Корпорация не объявит дивиденды на Участвующие Привилегированные акции Серии А в порядке, установленном **Разделом 3 (a)** настоящего документа.

(ii) Всякий раз, когда образуется задолженность по квартальным и иным дивидендам или выплатам в счет погашения кредита, оплачиваемым по Участвующим Привилегированным акциям Серии А, как установлено **частью 3 (a)**, в данном случае также, как и по всем накопленным и невыплаченным дивидендам и выплатам в счет погашения кредита, вне зависимости от того, задекларированы они или нет, по находящимся в обращении Участвующим Привилегированным акциям Серии А, которые должны быть оплачены полностью, Корпорация не будет:

(A) объявлять или выплачивать дивиденды, производить выплаты в счет погашения кредита по акциям, выкупать, покупать или иным образом приобретать какие - либо акции ниже классом (как по дивидендам, так и при ликвидации Корпорации), чем Участвующие Привилегированные акции Серии А;

(B) объявлять или выплачивать дивиденды, производить выплаты в счет погашения кредита по акциям, выкупать, покупать или иным образом приобретать какие - либо равноценные Участвующим Привилегированным акциям Серии А акции (как по дивидендам, так и при ликвидации Корпорации), за исключением дивидендов, оплачиваемых пропорционально по Участвующим Привилегированным акциям Серии А и по всем подобным равноценным акциям, по которым оплачиваются дивиденды или по которым задолженность пропорциональна общему количеству таких акций, которым обладают держатели таких акций;

(C) объявлять или выплачивать дивиденды, производить выплаты в счет погашения кредита по акциям, выкупать, покупать или иным образом приобретать какие - либо равноценные Участвующим Привилегированным акциям Серии А акции (как по дивидендам, так и при ликвидации Корпорации), при условии, что Корпорация в любое время вправе выкупить или другим образом приобрести любые равноценные акции в обмен на те акции Корпорации, которые являются меньшими по классу (как по дивидендам, так и при ликвидации Корпорации), чем Участвующие Привилегированные акции Серии А;

(D) покупать или иным образом приобретать Участвующие Привилегированные акции Серии А или любые другие акции, равноценные Участвующим Привилегированным акциям Серии А, за исключением случая, когда предложение о покупке акций было выполнено в письменной форме или опубликовано (по решению Совета Директоров) для всех держателей указанных акций на так таких же условиях, что и для членов Совета Директоров, после учета дивидендов по итогам года и других смежных прав и других особых преимуществ соответствующих серий и классов, должен быть добросовестно, честно и объективно установлен результат на основе справедливого и равноправного подхода к соответствующим сериям и классам.

(iii) Корпорация запрещает своим дочерним компаниям покупать или иным образом приобретать любые акции Корпорации кроме случаев, когда Корпорация, согласно **параграфу (i) раздела 3 (c)**, может купить или иным способом приобрести

такие акции в указанное время и указанным способом.

(d) Вновь приобретенные акции. Любые Участвующие Привилегированные акции Серии А, купленные или каким бы то ни было способом приобретенные Корпорацией, аннулируются сразу после их приобретения. Любые такие акции после их аннулирования становятся правомочными, но не выпущенными Привилегированными акциями и могут быть переизданы как часть новой серии Привилегированных акций, в соответствии с резолюцией или резолюциями Совета Директоров, удовлетворяющими всем условиям, установленным выше.

(e) Ликвидация

(i) До момента ликвидации Корпорации (добровольной или принудительной), не должно проводиться никакого распределения прибыли между держателями акций, классом ниже (как по дивидендам, так и при ликвидации Корпорации), чем Участвующие Привилегированные акции Серии А, до того момента, пока держатели Участвующих Привилегированных акций Серии А не получат $ 1,000 за акцию плюс сумму, равную накопленным и невыплаченным дивидендам и выплатам в счет погашения кредита, в не зависимости от того, зарегистрированы они или нет, к дате такого платежа (далее "Особые условия при ликвидации Компании по акциям Серии А"). После того, как будет произведена полная оплата держателям Участвующих Привилегированных акций Серии А, никаких дополнительных выплат по им не производится, до тех пор, пока Держатели обыкновенных акций не получат сумму за акцию ("Корректировка выплат по обычным акциям"), равную частному, полученному при делении (A) Привилегированных акций Серии А на (B) 1,000 (как установлено в подпункте (iii) чтобы влиять на такие события как увеличение числа акций путем уменьшения номинала акций, выплата дивидендов по акциям и изменение структуры капитала Корпорации, относящиеся к обыкновенным акциям) (такой номер в случае (B) далее по тексту "Номер корректировки"). После оплаты полной стоимости Привилегированных акций Серии А и Обыкновенных акций по всем находящимся в обращении Привилегированным акциям Серии А и Обыкновенным акциям, держатели соответственно Участвующих Привилегированных акций Серии А и держатели Обыкновенных акций получат свои доли остаточных вкладов в пропорции со своим номером корректировки за каждую акцию по таким Привилегированным и Обыкновенным акциям соответственно.

(ii) В случае, если у Корпорации недостаточно средств для полного покрытия Привилегированных акций Серии А и покрытия всех остальных Привилегированных акций, или других равноценных им, если такие имеют место быть, названные остаточные средства должны быть распределены по держателям акций в соответствии с очередностью их удовлетворения. В случае, когда у Корпорации недостаточно средств для полного покрытия Обыкновенных акций, указанные остаточные средства должны быть распределены равномерно между держателями Обыкновенных акций.

(iii) Если Корпорация после наступления Даты объявления прав на дивиденды по акциям (A) объявит о выплате дивидендов по Обыкновенным акциям, оплачиваемых Обыкновенными акциями, (B) выделит отдельно, находящиеся в обращении обыкновенные акции, или (C) объединит находящиеся в обращении обыкновенные акции в меньшее количество долей, то в каждом таком случае Номер корректировки, фактически предшествующий данному событию, должен быть увеличен путем умножения данного Номера корректировки на дробь, числитель которой равняется числу обыкновенных акций, находящихся в обращении непосредственно после наступления указанного события, а знаменатель которой - числу обыкновенных акций, которые находились в обращении до наступления указанного события.

(f) Объединение, слияние и т.д. В случае слияния, присоединения или иной реорганизации Корпорации, в результате которой Обыкновенные акции заменяются на другие акции или ценные бумаги, на личность и/или другое имущество, Участвующие

Привилегированные акции Серии А одновременно оплачиваются согласно стоимости за каждую акцию (как это было установлено выше) в сумме, равной 1,000 единицам совокупной стоимости акций, ценных бумаг, наличности и/или другого имущества, (оплачиваемых в натуре), также как и в случае, когда Обыкновенная акция заменяется на другую. Если Корпорация после наступления Даты объявления прав на дивиденды по акциям (i) объявит о выплате дивидендов по Обыкновенным акциям, оплачиваемых Обыкновенными акциями, (ii) выделит отдельно, находящиеся в обращении Обыкновенные акции, или (iii) объединит находящиеся в обращении обыкновенные акции в меньшее количество долей, то в каждом таком случае размер суммы, установленный в предыдущем предложении относительно замены Участвующих Привилегированных акций серии А должен быть увеличен путем умножения дан ной суммы на дробь, числитель которой равняется числу обыкновенных акций, находящихся в обращении непосредственно после наступления указанного события, а знаменатель - числу обыкновенных акций, которые находились в обращении до наступления указанного события

(g) Невозможность выкупа. Участвующие Привилегированные акции Серии А не подлежат выкупу.

(h) Классификация. Участвующие Привилегированные акции Серии А классифицируются как меньшие классом по отношению ко всем остальным Привилегированным акциям относительно оплаты дивидендов и распределения прибыли, если иные условия не установлены по каждой конкретной серии.

(i) Исправления и поправки. Исправленное и дополненное свидетельство об инкорпорации Корпорации не может более подвергаться никаким поправкам и изменениям, которые могут существенно повлиять на права и особые преимущества держателей Привилегированных акций Серии А, равно как и негативно отразиться на них, не иначе как по решению, принятого большинством голосов держателей акций, голосующих отдельно по каждой серии.

(j) Дробные акции. Участвующие Привилегированные акции Серии А могут быть выпущены дробно, и обязывают владельца использовать свое право голоса, получать дивиденды, участвовать в распределении прибыли и использовать все остальные права, присущие владельцам Участвующих Привилегированных акций Серии А, пропорционально принадлежащей ему доли.

Статья V

Корпорация является объективно существующей.

Статья VI

Выборы руководства Корпорации не должны производиться по избирательным бюллетеням, если держатели акций не потребуют этого на собрании акционеров до того, как начнутся выборы или если это не содержится в Уставе корпорации.

Статья VII

Количество директоров, которые входят в Совет Директоров Корпорации, устанавливается Уставом Корпорации.

Статья VIII

В развитие прав и полномочий, установленных законами штата Делавэр, Совет Директоров правомочен принимать, изменять, вносить дополнения или аннулировать Устав Корпорации.

Статья IX

На основании норм общего Корпоративного права, ни один член Совета директоров Корпорации не может быть единолично ответственен за Корпорацию или ее акционеров по денежным обязательствам Корпорации.

Никакое изменение или аннулирование этой статьи, принятие каких-либо положений к данному Исправленному и Дополненному свидетельству об инкорпорации Корпорации, противоречащих данной статье, не может ограничить и отменить действие настоящей статьи в отношении любых вопросов, жалоб, заявлений, исков, которые могут возникнут до принятия такой поправки, отмены или изменения противоречащего положения.

Статья X

При выборах Членов Совета директоров Корпорации каждый акционер любой серии наделяется правом голоса по каждой имеющейся у него акции. Ни одному из акционеров не позволено накапливать голоса при голосовании на выборах членов Совета директоров.

Статья XI

Собрания акционеров могут проводиться как в пределах штата Делавэр, так и вне его территории, как это установлено в Уставе. Документация Корпорации может храниться (согласно законам штата Делавэр) вне территории штата Делавэр, в местах, установленных Советом Директоров или прописанных в Уставе Корпорации.

Статья XII

Корпорация оставляет за собой право вносить поправки, дополнять, изменять или аннулировать любое положение, установленное в настоящем Исправленном и Дополненном свидетельстве об инкорпорации Корпорации, согласно законам штата Делавэр.

Третье: Исправленное и дополненное свидетельство об инкорпорации Корпорации было надлежащим образом принято Советом Директоров данной Корпорации в соответствии с разделами 242 и 245 Общего Корпоративного права Штата Делавэр.

Четвертое: Исправленное и Дополненное свидетельство об инкорпорации Корпорации было надлежащим образом принято в соответствии с разделом 242 Общего Корпоративного права, большинством голосов Держателей акций Корпорации, выпущенных в оборот.

В удостоверение чего, нижеподписавшиеся зарегистрировали настоящее Исправленное и Дополненное свидетельство об инкорпорации Корпорации сегодня, 19 сентября, 2005 года.

[подпись] _____
Кэрол А. Бартц
Главный Исполнительный директор

[подпись] _____
Марсия К. Стерлинг
Секретарь

Аутодеск, Инк. Аффидевит
(Извлечение)

Я, Паскаль У. Ди Фронзо, Аутодеск, Инк., удостоверяю следующее:

3. Я - Старший Вице-Президент, Генеральный Советник и Секретарь Аутодеск, Инк., компании, надлежащим образом зарегистрированной в Штате Делавэр, Соединенные Штаты Америки, с юридическим адресом: 111 МакИннис Парквэй, 94903 Сан Рафаэль, Калифорния, США (далее "Компания"). Я надлежащим образом уполномочен Компанией дать настоящий Аффидевит от ее имени. Если ничего другого не установлено, информация, данная в этом Аффидевите, получена из моих личных знаний или подобрана из книг и документации Компании.

4. Указанное ниже, прикрепленное в Приложении А к настоящему документу, является подробной информацией по каждому из произведений, которые являются произведениями, охраняемые авторским правом, созданные и обнародованные Компанией. Авторские права на эти произведения принадлежат Компании.

В свидетельство чего, Я настоящим прилагаю здесь свою собственноручную подпись 12 августа 2007 года, г. Сан Рафаэль, Штат Калифорния, США

Аутодеск, Инк.
[подпись]
Паскаль У. Ди Фронзо
Старший Вице-Президент,
Генеральный Советник и Секретарь

Штат Калифорния)
)s.s.
Округ Марин)

В штате Калифорния, Округ Марин, 12 августа 2007 года предстал передо мной, Кристиной Дж. Калб, лично явившийся Паскаль У. Ди Фронзо, который представил мне достаточные доказательства того, что он является лицом, чьим именем подписан настоящий документ, и подтвердил, что он подписал настоящий документ в силу имеющихся у него полномочий, и что его подписью на настоящем документе, лицо или организация, от имени которых он действует, удостоверили настоящий документ.

Я подтверждаю под страхом наказания за лжесвидетельство по законам Штата Калифорния, что сведения, изложенные выше, являются подлинными и достоверными.

В подтверждение чего моя подпись и официальная печать

[подпись]
Кристина Дж. Калб

Печать: Кристина Дж. Калб, Свидетельство о назначении N 1617435, государственный нотариус - Калифорния, Округ Марин. Срок моих полномочий истекает 31 октября 2009 г.

Приложение А

Наименование произведения	Регистрацион-ный номер	Дата регистрации	Дата опубликования	Автор	Заявитель
AutoCAD 2009 and User Assistance Cue Cards	PENDI NG	PENDI NG	3.25.08	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD 386 (Release 10)	TX342 6 788	7.17.1992	12.15.89	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Architectura l Desktop and User's Guides	TX 4 800 787	12.16.1998	10.19.98	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Architectura l Desktop Release 2 and User's Guides	TX 4 986 290	8.30.1999	7.15.99	Autode sk, Inc.	Autode sk. Inc.
AutoCAD Architectura l Desktop Release 3 and User's Guides	TX 5 225 940	1.16.2001	12.15.00	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Architecture 2008 and User's Guide	TX657 6 203	5.23.07	03.27.07	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Architecture 2009 and User's Guide	PENDI NG	PENDI NG	3.26.08	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Civil 3D 2008	PENDI NG	PENDI NG	4.16.2007	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Civil 3D 2009	PENDI NG	PENDI NG	4.15.08	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Civil 3D - Land Desktop Companion 2009	PENDI NG	PENDI NG	4.15.08	Autode sk. Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Data Extension (ADE) and User's Guides	TX 3 983 213	1.9.1995	10.8.93	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Date Extension Release 2 and User's Guide	TX 4 382 823	10.10.1996	7.22.96	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Designer and User's Manual	TX381 7 067	5.16.1994	2.22.94	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Designer Release 2 and User's Manuals	TX 4 235 090	6.5.1996	3.14.96	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.

AutoCAD Electrical 2004 and User's Guide	TX 5 886 921	1.5.2 004	10.3.03	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Electrical 2005 and User's Guide	TX 6-030-426	9.15.04	6.29.04	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Electrical 2006 and User's Guide	TX 6 161 282	5.4.2005	3.24.2005	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.
AutoCAD Electrical 2007 and User's Guides	TX 6 351 709	5.16.06	3.23.06	Autode sk, Inc.	Autode sk, Inc.

Свидетельство об Инкорпорации Адобе Системз (Делавэр) Инкорпорейтед*(261) (Извлечение)

Адобе Системз Инкорпорейтед, Корпорация, созданная и существующая в соответствии с законами штата Делавэр, настоящим удостоверяет:

Первое: Название корпорации - Адобе Системз (Делавэр) Инкорпорейтед;

Второе: Первоначальное свидетельство об инкорпорации Корпорации было зарегистрировано Секретарем Штата Делавэр 9 мая 1997 года и первоначальное название корпорации было Адобе Системз (Делавэр) Инкорпорейтед

"..."

теперь (свидетельство) сформулировано следующим образом:

I.

Название корпорации: Адобе Системз (Делавэр) Инкорпорейтед.

II.

Адрес зарегистрированного офиса Корпорации на территории штата Делавэр: 2711 Centreville Road, Suite 400 City of Wilmington 19908 Country of New Castle, и наименованием официального представителя Корпорации в штате Делавэр по данному адресу является Corporation Service Company.

III.

Предметом и целью деятельности Корпорации является участие в любой законной деятельности, которой корпорации имеют право заниматься согласно Общему корпоративному закону штата Делавэр.

IV.

A. Корпорация правомочна выпускать два класса акций, именуемые, соответственно, "обыкновенные акции" и "привилегированные акции"...

B. Корпорация имеет право в любое время выпускать Привилегированные акции одной или несколькими сериями. Совет Директоров корпорации имеет право в порядке принятия соответствующего документа ("Назначение привилегированных акций"), составленного в соответствии с Общим корпоративным законом штата Делавэр, время от времени устанавливать или изменять на значение, права, льготы по акциям каждой такой серии, а также преимущества или ограничения по любой серии Привилегированных акций, и устанавливать время от времени количество долей, составляющих любую серию; а также увеличивать или сокращать число акций любой серии, следующей за выпуском такой серии акции, однако, при этом предусмотрено, что такие число акций не может быть меньше числа выпущенных на это время акций такой серии. В случае, если количество долей в серий будет уменьшено в соответствии с приведенным выше условием, акции, подвергшиеся такому сокращению, будут иметь статус, который они имели до принятия решения, первоначально установившего число акций в такой серии.

"..."

V.

Для руководства и управления делами Корпорации, определение, ограничение и регулирование прав Корпорации, ее директоров и держателей акций любого класса, устанавливается следующим:

A.

(1) Руководство и управление Корпорации осуществляется Советом Директоров Численный состав Совета Директоров определяется исключительно на основании одно или ряда решений, принятых Советом Директоров.

(2) С учетом прав владельцев любой серии привилегированных акций на избрание дополнительных директоров в установленных обстоятельствах, директора корпорации будут отнесены к двум классам, а именно к классу I и классу II. Принадлежность директоров корпорации к определенному классу устанавливается на основании решения или решений, принятых советом директоров. На первом ежегодном собрании акционеров, которое состоится после наступления 30 ноября 1997 года, срок полномочий директоров Класса I истекает, и директора Класса I должны быть переизбраны на следующие полные два года. На втором ежегодном собрании держателей акций, которое состоится после наступления 30 ноября 1997 г., срок полномочий директоров Класса II истекает, и директора Класса II должны быть избраны переизбраны на следующие полные два года. На каждом последующем годовом собрании акционеров директора корпорации будут избираться на следующие два полных года вместо директоров соответствующего класса, срок полномочий которых истек на дату проведения такого годового собрания.

Несмотря на установленные в данной статье условия, избранный директор исполняет свои должностные обязанности до момента избрания и введения в должность его преемника или до момента собственной смерти, отставки или смещения с должности. Сокращение численности совета директоров не ведет к сокращению срока исполнения должностных полномочий каким-либо избранным директором.

(3) С учетом прав владельцев любых серий привилегированных акций весь состав совета директоров или любой директоров корпорации может быть смещен с должности в любое время как с указанием причины, так и без указания причины, на основании решения, принятого большинством голосов владельцев большинства акций, предоставляющих право голоса, от числе всех выпущенных голосующих акций корпорации, предоставляющих право голоса при решении вопроса об избрании директоров корпорации ("Голосующие акции").

(4) С учетом прав владельцев любых серий привилегированных акций, вакансии в составе совета директоров, образовавшиеся в связи со смертью, отставкой, дисквалификацией, смещение с должности члена совета директоров, а также образовавшиеся по любой иной причине, и вновь созданные должности директоров в составе совета директоров, связанные с увеличением численного состава совета директоров, заполняются (если только совет директоров корпорации не примет решения о заполнении вакантных и новых должностей на основании решения акционеров и если только иное не предусмотрено законодательством) только на основании решения, принятого большинством голосов действующих директоров корпорации (несмотря на отсутствие кворума), а не акционерами корпорации. Любой директор, избранный в соответствии с приведенным выше положением, будет занимать должность в течение срока, оставшегося не использованным предыдущим директорам, до момента избрания и введения в должность преемника.

B.

(1) С учетом положений пп. (h) статьи 43 Устава, корпорация имеет право вносить изменения и принимать новую редакцию своего устава на основании решения, принятого большинством голосов владельцев большинства акций, предоставляющих право голоса, от числе всех выпущенных голосующих акций корпорации. Совет Директоров также имеет право вносить изменения в Устав корпорации и принимать его в новой редакции.

(2) Избрание Директоров Корпорации может не производиться в форме тайного голосования, если только это не предусмотрено уставом корпорации.

(3) После утверждения Секретарем штата Делавэр Соглашения и Плана Слияния, регулирующего слияние Корпорации и Калифорнийской Корпорацией Адобе Системз Инкорпорейтед, держатели акций Корпорации не имеют права принимать какие-либо решения, кроме как на ежегодных или внеочередных собраниях акционеров, проводимых в соответствии с Уставом.

(4) Внеочередные собрания держателей акций Корпорации могут созываться для решения любого вопроса или вопросов (i) Председателем Совета Директоров, (ii) Президентом, (iii) Советом Директоров на основании решения, принятого большинством правомочных директоров (невзирая на наличие вакансий в составе совета директоров на дату представления такого решения на утверждение совета директоров) или (iv) акционерами корпорации, обладающими не менее чем 10% голосов на собрании, и должно проводиться в месте, в день и час, установленные Советом Директоров.:

(5) Заблаговременное уведомление держателей акций Корпорации о кандидатах на посты директоров, а также по вопросам повестки дня собрания Корпорации производится в соответствии с Уставом Корпорации.

VI.

A. Директор Корпорации не несет персональной ответственности за Корпорацию или держателей ее акций, за материальный ущерб или нарушение фидуциарной обязанности директора корпорации, кроме ответственности за: (i) нарушение обязанности директора по сохранению лояльности по отношению к Корпорации и держателям ее акций, (ii) недобросовестные действия или действия, которые влекут за собой должностные преступления или преднамеренное нарушение закона (iii) согласно статье 174 Общего корпоративного закона штата Делавэр, или (iv) совершение любой сделки, в результате которой директор получает личную выгоду. Если после утверждения акционерами корпорации этой статьи в Общий корпоративный закон штата Делавэр будут внесены изменения, направленные на дальнейшее ограничение

или исключение личной ответственности директоров, в таком случае ответственность директора корпорации будут ограничена или исключена в соответствии с положениями Общего корпоративного закона штата Делавэр с учетом внесенных изменений.

B. Любой пересмотр или внесение изменений в статью VI должны распространяться исключительно на будущие действия и не могут наносить ущерб правам, предоставленным статьей VI, действующей в момент совершения определенного действия или допущения без действия, на основании которых возникает ответственность или право на получение компенсации.

VII.

A. Корпорация оставляет за собой право вносить изменения, дополнения или принимать в новой редакции любые положения данного Свидетельства об инкорпорации в таком порядке, который предусмотрен в настоящее время или будет предусмотрен в будущем законом, за исключением положений параграфа B настоящей статьи VII. При этом предусмотрено, что все права, предоставленные акционерам корпорации настоящим документом, регулируются настоящим положением.

B. Несмотря на любые другие положения Свидетельства об Инкорпорации или закона, которые в иных обстоятельствах могли бы предусматриваться сокращение требований к число голосов участников голосования или отмену голосования, но в дополнение к любому требованию законодательства, данного Свидетельства об Инкорпорации или документа о назначении привилегированных акций, в отношении голосования держателей голосующих акций определенного класса или серии, решение о внесении изменений или принятия в новой редакции статей V, VI и VII может быть принято только большинством голосов владельцев всех выпущенных на этот момент голосующих акций.

В удостоверение чего, Свидетельство об Инкорпорации было зарегистрировано сегодня, 22 июня 2001 года нижеподписавшимся, который подтверждает достоверность и правильность документа.

[подпись] _____
Брюс Р. Чизен
Президент и
Главный Исполнительный директор

[подпись] _____
Колин М. Пулиот
Секретарь

Аффидевит Adobe Systems, Inc.
(Извлечение)

Я, Даниель С. Полиак, из Адобе Системз Инкорпорейтед, удостоверяю нижеследующее:

1. Я, Старший Корпоративный Юрист и Заместитель Секретаря Адобе Системз Инкорпорейтед, компании, надлежащим образом зарегистрированной в Штате Делавэр, Соединенные Штаты Америки, далее "Компания". Я надлежащим образом уполномочен компанией дать настоящий Аффидевит от ее имени. Если ничего другого не установлено, информация, изложенная в этом Аффидевите, получена из моих личных знаний или подобрана из книг и документации Компании.

2. Указанное ниже является подробной информацией по каждому произведению, которые являются произведениями, охраняемыми авторским правом, созданными и обнародованные Компанией. Компания является правообладателем на эти произведения. Копии сертификатов государственной регистрации Соединенных Штатов прилагаются.

Произведение, охраняемое авторским правом (название, версия)	Год выпуска	Дата первого издания	Место первого издания
Adobe Acrobat 7.0 Professional (Windows)	2004	12/21/2004	San Jose, California, USA
Adobe Acrobat 7.0 Professional (Mac)	2004	12/21/2004	San Jose, California, USA
Adobe Acrobat 7.0 Standard (Windows)	2004	12/21/2004	San Jose, California, USA
Adobe Acrobat 7.0 Standard (Mac)	2004	12/21/2004	San Jose, California, USA
Adobe Acrobat Distiller Server 6.0 Windows	2003	12/1/2003	San Jose, California, USA
Adobe After Effects 6.0 Mac	2003	7/23/2003	San Jose, California, USA
Adobe After Effects 6.0 Win	2003	7/23/2003	San Jose, California, USA
Adobe Type Manager Deluxe 4.1 Windows	2000	6/5/2000	San Jose, California, USA
Adobe Type Manager Deluxe 4.5 Mac	1999	5/13/1999	San Jose, California, USA
Adobe Audition 1.5 Win	2004	5/17/2004	San Jose, California, USA
Adobe Creative Suite Mac	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe Creative Suite Win	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe Dimensions 3.0 Mac/Win	1997	5/15/1997	San Jose, California, USA
Adobe Encore DVD 1.5 Win	2004	5/21/2004	San Jose, California, USA
Adobe Font Folio 9.0 Mac	2001	2/5/2001	San Jose, California, USA
Adobe Font Folio 9.0 Win	2001	2/5/2001	San Jose,

			California, USA
Adobe Font Folio Open Type Windows	2003	8/11/2003	San Jose, California, USA
Adobe Font Folio Open Type Mac	2003	8/11/2003	San Jose, California, USA
Adobe Frame Maker 7.0 Mac	2002	5/21/2002	San Jose, California, USA
Adobe Frame Maker 7.0 Win	2002	5/21/2002	San Jose, California, USA
Adobe CoLive CS Mac	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe GoLive CS Win	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe Illustrator CS Mac	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe Illustrator CS Win	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe InCopy CS Mac	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe InCopy CS Win	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe InDesign CS Win	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe InDesign CS Mac	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe LiveCycle Designer 7.0 Win	2004	12/24/2004	San Jose, California, USA
Adobe Normalizer 7.0 Win	2005	1/11/2005	San Jose, California, USA
Adobe Normalizer 7.0 Mac	2005	1/11/2005	San Jose, California, USA
Adobe PageMaker 7.0 Mac	2001	7/10/2001	San Jose, California, USA
Adobe PageMaker 7.0 Win	2001	7/10/2001	San Jose, California, USA
Adobe Photoshop CS Win	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe Photoshop CS Mac	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA

Adobe Photoshop Elements Win 2.0	2002	7/28/2002	San Jose, California, USA
Adobe Photoshop Elements Mac 2.0	2002	7/28/2002	San Jose, California, USA
Adobe Premiere Pro Win	2003	10/24/2003	San Jose, California, USA
Adobe Streamline 4.0 Mac/Win	1997	4/28/1997	San Jose, California, USA

DC: 1173206-1

В подтверждение чего, я настоящим прилагаю собственноручную подпись 22 июля 2005 г., г. Сиэтл, Вашингтон, США

Даниель С. Полиак
Адобе Системз Инкорпорейтед
Старший Корпоративный Юрист и
Заместитель Секретаря

Штат Вашингтон)
)SS.
Округ Кинг)

22 июля 2005 г. передо мной, нижеподписавшейся, Государственным Нотариусом штата Вашингтон, надлежащим образом уполномоченной и будучи в установленном порядке приведенной к присяге, предстал Даниель С. Полиак, известный мне как персона, лично подписавшая вышеупомянутый документ, и подтвердивший что подписал этот документ, а также клятвенно подтвердивший мне, что он имел право составить этот документ как Старший Корпоративный Юрист и Заместитель Секретаря Адобе Системз Инкорпорейтед и совершил это действие от имени Корпорации безо всякого принуждения для осуществления упомянутых выше целей Корпорации.

В подтверждение чего я настоящим прилагаю собственноручную подпись и официальную печать даты и года указанного выше.

Гвендолин Е. Фуллер
Государственный Нотариус
Штата Вашингтон, находящаяся
в г. Сиэтл. Срок действия моих
полномочий истекает 25 апреля 2008 г.

Печать: Гвендолин Е. Фуллер, штат Вашингтон, Срок действия моих полномочий истекает 25 апреля 2008 г.

Ю.В. Козубенко

---

*(1) Веллер М. Перпендикуляр. М., 2008. С. 5.

*(2) Московский журнал международного права. 1997. N 1. С. 167-178.

*(3) Постановление Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(4) Постановление Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике

рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(5) Вестник ВАС РФ. 2008. N 2.

*(6) См., например: Козубенко Ю.В. Защита прав на программы для ЭВМ: некоторые случаи из судебной практики // Авторское право в науке, образовании и бизнесе: материалы научно-практической конференции. Екатеринбург, 2008.

*(7) Данные приведены с сайта Business Software Alliance: "http://w3.bsa.org/russia/ press/newsreleases/globalstudypr.cfm".

*(8) См.: Большова А.К., Симкин Л.С. О развитии института компенсации за нарушение исключительных прав // Вестник ВАС РФ. 2004. N 6.

*(9) Цит. по: Вулф Т. Электрический тест на кислотность Kool-Aid. Н.-Й., 1999. С. 83.

*(10) Коллинз Д. От хорошего к великому. Почему одни компании совершают прорыв, а другие нет... СПб., 2004. С. 65.

*(11) Цит. по: Уголовное право России: Общая часть: учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб., 2006. С. 385.

*(12) Уголовное право. Общая часть: учебник для вузов / отв. ред. И.Я. Козаченко и З.А. Незнамова. М., 1999. С. 15.

*(13) Любопытно по этому поводу высказывание Г.Ф. Шершеневича. "Субъекты права, - пишет Шершеневич, - это те центры, юридические точки, к которым нормами объективного права прикрепляются субъективные права как коррелативы обязанностей, возложенных на членов правового общения. Субъект права составляет лишь прием юридической техники. Все право существует **ради интересов людей**, и если эти интересы приводят в настоящее время к тому, что каждый человек считается правоспособным, то **те же интересы требуют создания субъектов права и помимо человека...** Всякий субъект права есть представление, внушенное объективным правом ради большего удобства разграничения человеческих интересов. В этом случае субъектом права пользуются, как точкой или линией в математике, как меридианом в географии, - их нет в действительности, но предположение их необходимо (выделено мной. - Ю.К.)" (Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Рига, 1924. С. 586-587).

*(14) См.: Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций. СПб., 2004. С. 772-773.

Однако подобное понимание объективной действительности происходит в рамках юридической конструкции "правоотношение" - не более того. К тому же подобное наложение конструкции правоотношения на конструкцию состава преступления приводит, порой, к ложным выводам относительно самого объекта преступления, смешение понятий субъекта преступления и субъекта правоотношения, т.е. частичной подмене конструкции состава преступления конструкцией правоотношения, что недопустимо.

*(15) Потерпевшим выступают люди в лице общества, государства или собственно физического или юридического лица. В этом смысле автор присоединяется к мнению Ж. Маритена. По его мнению, государство - это "лишь абстрактная сущность, не являющаяся ни моральной личностью, ни субъектом прав. Права, приписываемые ему, не есть его собственные права; это права политического общества, которое в идеале замещается абстрактной сущностью, а в реальности представлено **людьми** (выделено мной. - Ю.К.), на которых возложено бремя общественных дел и которые облечены особыми полномочиями" (Маритен Ж. Народ и государство. М., 2000. С. 25). Это утверждение применимо и к обществу, и к юридическим лицам.

*(16) См.: Обзор судебной практики ВС РФ от 1 июня 2005 г. "Обзор судебной практики прекращения военными судами уголовных дел в связи с примирением с

потерпевшим и деятельным раскаянием".

*(17) См.: Пункт 5 ст. 2, 6 ФЗ от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" // РГ. 2007. 29 июля.

*(18) См.: Дозорцев В.А. Информация как объект исключительного права // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. статей / Исслед. центр частного права. М., 2005. С. 227.

*(19) Поэтому неудивительно, появление на правовом горизонте сразу двух правообладателей - Корпорации "Майкрософт" и Серго А.Г. на программу Windows Vista. См., например: "www.internet-law.ru".

*(20) Пункт 3 Стандартного лицензионного соглашения с конечным пользователем по использованию программного обеспечения Корпорации "Майкрософт".

*(21) Пункт 4 Стандартного лицензионного договора в отношении программного обеспечения Autodesk (Глобальное соглашение).

*(22) Пункт 3 Стандартного соглашения по Программе СЕЛЕКТ "Бентли" (Общие положения. Приложение В) от 1 августа 2004 г.

*(23) Архив Кировского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-623/2005.

*(24) Архив Октябрьского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-810/2005.

*(25) См.: Масловский Е.К. Англо-русский словарь по вычислительной технике и программированию. 7-е изд., испр. и доп. М., 2006.

*(26) Думается, нет необходимости отдельно заострять внимание на различении инсталлированной программы и программы, записанной на инсталляционный диск (последняя и именуется - дистрибутивом). Автором принимается за аксиому: "Форма программного обеспечения, используемая для его распространения, почти никогда не совпадает с формой программного обеспечения на работающей системе".

*(27) Материал из Википедии - свободной энциклопедии // "http://ru.wikipedia.org". Согласно ее данным "Дистрибутив обычно содержит программы для начальной инициализации системы (в случае дистрибутива операционной системы - инициализация аппаратной части, загрузка урезанной версии системы и запуск программы-установщика), программу-установщик (для выбора режимов и параметров установки) и набор специальных файлов, содержащих отдельные части системы (так называемые пакеты)".

*(28) Экспертиза программного обеспечения Компании Autodesk: справ. пособие. 2007. С. 6.

*(29) Что, на наш взгляд, не совсем верно, так как происходит совпадение предметов двух различных преступлений. См.: Пункт 5 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(30) Архив Кировского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-381.

*(31) См.: Соловьев Л.Н. Вредоносные программы: расследование и предупреждение преступлений. М., 2004. С. 45.

Отметим также в связи с общераспространенной путаницей, встречающейся на практике, что под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ понимаются любые ее изменения, в том числе перевод такой программы с одного языка на другой язык, а под адаптацией - внесение изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя (пп. 9 п. 2 ст. 1271 ГК РФ)

*(32) И нет ничего удивительного, когда в результате программно-технической экспертизы признаков модификации программы установить не удалось, но в то же время программа является "взломанной", т.е. модифицированной, измененной - имеет признаки контрафактности. Последнее время такое встречается сплошь и рядом.

*(33) Конечно, нельзя не признать, что так называемые последствия второго уровня - уничтожение, копирование и т.п. действия в отношении компьютерной информации - не исключают совершения самостоятельных действий. В то же время представляется более правильным рассматривать неправомерный доступ не в качестве причины, а в качестве необходимого условия совершения указанного деяния, т.е. когда он сопряжен с уничтожением, блокированием, модификацией или копированием компьютерной информации.

*(34) См.: Статья 2 ФЗ от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" // РГ. 2007. 29 июля.

*(35) См.: Указ Президента РФ от 6 марта 1997 г. N 188 "Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера" // РГ. 1997. 14 марта.

*(36) РГ. 2004. 25 авг.

*(37) См.: Пункт 1 ч. 1 ст. 3 ФЗ от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" // РГ. 2004. 5 авг.

*(38) Архив Чкаловского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 289.

*(39) См.: Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998. С. 106-114.

*(40) Хемингуэй Э. По ком звонит колокол. М., 2006.

*(41) Ранее уже упоминалось о разнице в понимании потерпевшего в уголовно-правовом и уголовно-процессуальном смысле. Далее пойдет речь о потерпевшем в основном именно в уголовно-процессуальном смысле.

*(42) Необходимо иметь в виду, что в соответствии с п. 2 ст. 1234 ГК РФ договоры об отчуждении исключительных авторских прав на зарегистрированную в Роспатенте программу для ЭВМ подлежат обязательной регистрации. В отношении других договоров соответствующей обязанности законом не предусмотрено.

*(43) См.: Глава VII Закона РФ от 27 декабря 1991 г. N 2124-1 "О средствах массовой информации" // РГ. 1992. 8 февр.

*(44) Эти же сведения относительно других произведений можно получить из реестра правообладателей, составляемого Российским авторским обществом и постоянно поддерживаемого на сайте РАО - "www.rao.ru".

*(45) Бюллетень международных договоров. 2003. N 9.

*(46) Международные нормативные акты ЮНЕСКО. М., 1993.

*(47) "www.copirighter.ru/full/index.html?uscopyright1.htm".

*(48) Следует также отметить, что все официальные документы, исходящие от иностранного правообладателя, как доверенность, аффидевит, свидетельство об инкорпорации Компании и т.п., должны быть скреплены апостилем, удостоверенным, например, в США Секретарем соответствующего Штата. См.: Статьи 2-4 Конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов (заключена в Гааге 5 октября 1961 г., вступила в силу для России 31 мая 1992 г.) // Бюллетень международных договоров. 1993. N 6.

*(49) Примеры аффидевитов иностранных фирм-правообладателей см. в справочной информации к настоящей работе.

*(50) Имеется в виду компенсация морального вреда. См.: § 4 гл. 59 ГК РФ.

*(51) Пункт 10 Постановления Пленума ВС РФ от 20 декабря 1994 г. N 10 "Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда" // РГ. 1995. 8 февр.

*(52) Архив судебного участка N 10 Ленинского района г. Тюмени. Уголовное дело N 1-298-05/10.

*(53) Архив Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1/15-2007.

*(54) См.: Постановление Пленума ВС РФ от 11 января 2007 г. N 2 "О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания" // РГ. 2007. 24 янв.

*(55) Архив Курганского городского суда. Уголовное дело N 22-976.

*(56) Речь идет именно об имуществе потерпевшего, так как исключительные права автора относятся к имуществу юридического лица и учитываются в составе указанного имущества как нематериальные активы, предоставленные право обладателем (лицензиаром) в пользование (при сохранении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности). Указанные активы не списываются и подлежат обособленному отражению в бухгалтерском учете у правообладателя (лицензиара). См.: Пункт 38 Приказа Министерства финансов РФ от 27 декабря 2007 г. N 153н "Об утверждении положения по бухгалтерскому учету "Учет нематериальных активов" (ПБУ 14/2007) // РГ. 2008. 2 февр.

*(57) Архив Саткинского городского суда Челябинской области. Уголовное дело N 1-211/2007.

*(58) Архив Сургутского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа - Югра. Уголовное дело N 1-580/2008.

*(59) В то же время существует точка зрения, что правообладатель терпит и реальный ущерб, в который входят, например, расходы на выявление правонарушения и изобличение правонарушителя, документальное фиксирование доказательств, оплата услуг юридических представителей. Однако на практике доказать его крайне сложно. Зачастую сами правообладатели не желают предоставлять указанные сведения, ссылаясь на режим коммерческой тайны (См., например: Хаметов Р. Предмет доказывания по делам о нарушении авторских прав // Хозяйство и право. 1997. N 10; Симкин Л.С. Программы для ЭВМ: правовая охрана (правовые средства против компьютерного пиратства). М., 1998. С. 80).

*(60) См.: Абзац 5 п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(61) Архив Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-508/07.

*(62) Архив Центрального районного суда г. Тюмени. Уголовное дело N 1-717/08.

*(63) К слову сказать, высшая судебная инстанция в своих разъяснениях не уделила должного внимания данному моменту. См.: Пункт 39 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(64) См.: Пункт 25 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(65) Пункт 25 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(66) См.: "http://www.microsoft.com/Rus/Partner/Licensing/default.mspx", а также "http://www.asbis.by/products/microsoft/license.html".

*(67) Информация взята с официального сайта Корпорации "Майкрософт" по следующей ссылке: "http://www.microsoft.com/technet/prodtechnol/winxppro/deploy/wpadepl.msp x".

*(68) А это означает (методом исключения), что возможен либо коробочный, либо OEM-вариант лицензирования.

*(69) Ключ продукта при коробочном, либо OEM-варианте лицензирования является уникальным - единственным в своем роде.

*(70) См.: Приговор Курганского городского суда от 5 февраля 2007 г. по обвинению К. в совершении преступлений, предусмотренных ст. 146 ч. 2, 272 ч. 1, 273 ч. 1, 272 ч. 1, 273 ч. 1, 272 ч. 1, 273 ч. 1, 272 ч. 1, 273 ч. 1, 272 ч. 1, 273 ч. 1, 272 ч. 1, 273 ч. 1, 146 ч. 2, 272 ч. 1, 273 ч. 1, 272 ч. 1, 273 ч. 1 УК РФ // Архив Курганского городского суда. Уголовное дело N 1-261-07.

*(71) Поскольку А.М. Поносов разместил в информационной сети Интернет все решения судов, вынесенные в отношении него по факту нарушения авторских прав для сведения неограниченного круга лиц, то автор настоящей работы позволил себе "вещи называть своими именами".

*(72) Постановление Президиума Пермского краевого суда от 19 декабря 2008 г. по делу N 44-у-6093.

*(73) См.: Пункт 25 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(74) См., например: Толковый словарь Ушакова; Ожегов С., Шведова Н. Толковый словарь русского языка; Толковый словарь русского языка / под ред. Т.Ф. Ефремовой; Этимологический русскоязычный словарь Фасмера // "www.slovopedia.com".

*(75) Из приговора мирового судьи судебного участка N 2 Октябрьского района г. Екатеринбурга от 20 марта 2008 г. по уголовному делу Б., оправданной в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ.

*(76) См.: Пункт 25 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(77) Определение КС РФ от 5 февраля 2004 г. N 25-О "По жалобе гражданки Ивкиной Валентины Оноприевны на нарушение ее конституционных прав частью 1 статьи 45 и статьей 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" // Вестник КС РФ. 2004. N 6.

*(78) О Международной ассоциации производителей программных продуктов (BSA) см.: "www.bsa.org".

*(79) Следует отметить, что удельный вес таких дел, поддерживаемых BSA, например, в Уральском регионе невелик. По сравнению с общим количеством дел только одного правообладателя - члена BSA - в 2007 году, участие в которых принимал автор настоящей работы, можно выразить в соотношении как 4 : 182.

*(80) Достоевский Ф.М. Объявление о подписке на журнал "Время" на 1861 // Собрание сочинений: в 15 т. Л., 1993. Т. 11.

*(81) См.: Пункт 42 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(82) Архив Следственного отдела по г. Кургану Следственного управления Следственного комитета при прокуратуре по Курганской области. Уголовное дело N 750070.

*(83) Архив Советского районного суда г. Челябинска. Уголовное дело N 647157.

*(84) См.: Постановление ФАС Уральского округа от 25 декабря 2007 г. N Ф09-

10016/07-С6 по делу N А76-2673/07. Определением ВАС РФ от 23 апреля 2008 г. N 2417/08 отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в по рядке надзора данного постановления, решения Арбитражного суда Челябинской области от 5 июня 2007 г. и постановления Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 4 сентября 2007 г.

*(85) К договору о передаче полномочий по управлению права применяются общие положения об обязательствах (ст. 307-419 ГК РФ) и о договоре (ст. 420-453 ГК РФ), поскольку иное не вытекает из содержания или характера права, пере данного в управление. В то же время правила о договорах об отчуждении исключительных прав и о лицензионных договорах к указанному договору не применяются.

*(86) Крылов И.Ф. Пути развития тактики экспертизы. М., 1968.

*(87) Пункт 4 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(88) Там же.

*(89) Пункт 11 Постановления Пленума ВС СССР от 16 марта 1971 г. N 1 "О судебной экспертизе по уголовным делам" // Бюллетень ВС СССР. 1971. N 2.

*(90) Термин "контрафактные произведения" используется в ст. 1302 ГК РФ.

*(91) Пункт 15 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(92) Из приговора мирового судьи судебного участка N 2 Октябрьского района г. Екатеринбурга от 20 марта 2008 г. по уголовному делу Б., оправданной в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ.

*(93) См.: Пункт 5 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(94) См.: Мачковский Г.И. Французско-русский юридический словарь. 2004. О данном понятии см. также: Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891.

*(95) Письмо Курганского областного суда от 7 мая 2007 г. N 01-03/911.

*(96) В таких случаях необходимо решать вопрос о возбуждении уголовного дела по факту совершения преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ.

*(97) См., например: Пункт 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности" // Вестник ВАС РФ. 2008. N 2.

*(98) В данном случае нельзя согласиться с Ю.К. Орловым в том, что объекты нематериального характера не имеют какого-либо процессуального статуса, и в отношении их не может быть установлен какой-либо процессуальный режим, поскольку программы для ЭВМ являются объектами авторского права и выступают предметом преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ (См.: Орлов Ю.К. Объекты экспертного исследования // Труды ВНИИСЭ. М., 1974. Вып. 8. С. 34).

*(99) См., например: Орлов Ю.К. Заключение эксперта и его оценка. М., 1995; Шляхов А.Р. Судебная экспертиза: организация и проведение. М., 1979.

*(100) Статья 24 ФЗ от 31 мая 2001 г. N 73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" // РГ. 2001. 5 июня.

*(101) Из приговора мирового судьи судебного участка N 2 Октябрьского района г. Екатеринбурга от 20 марта 2008 г. по уголовному делу Б., оправданной в совершении

преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ.

*(102) См.: Статья 8 ФЗ от 31 мая 2001 г. N 73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" // РГ. 2001. 5 июня.

*(103) По этому поводу см. судебную практику ВС РФ: Определение ВС РФ от 30 марта 2005 г. N 72-004-36 // СПС "Одна компания"; Определение ВС РФ от 29 сентября 2006 г. N 9-006-56 // СПС "Одна компания"; Определение ВС РФ от 27 декабря 2006 г. N 53-006-74 // СПС "Одна компания".

*(104) Архив Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1/15-2007.

*(105) Представляется очевидным, что любое постановление может выноситься только в рамках уголовного дела. Кроме того, уголовно-процессуальный закон для при влечения специалиста к участию в следственном действии не предусматривает вынесение постановления, об участии специалиста делается отметка в протоколе следственного действия.

*(106) Из приговора мирового судьи судебного участка N 2 Октябрьского района г. Екатеринбурга от 20 марта 2008 г. по уголовному делу Б., оправданной в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ.

*(107) Данная мера применяется также в качестве предварительной обеспечительной меры в порядке ст. 99 АПК РФ. (См.: Пункт 18 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 7 июля 2004 г. N 78 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 8.)

*(108) См.: Экспертиза программного обеспечения Компании Autodesk: справ. пособие. 2007. Autodesk Inc.

*(109) Из заключения эксперта по уголовному делу N 1-612/06. Архив Железнодорожного суда г. Екатеринбурга.

*(110) "http://www.kasparov.ru/material.php?id=499481E74F7A9".

*(111) За весь период эксплуатации ЭВМ программа может быть несколько раз переустановлена, а каждый раз при переустановке программы системная дата инсталляции программы меняется, что не позволяет с абсолютной точностью утверждать, что определенная экспертом дата создания записи программы является датой ее первоначальной инсталляции.

*(112) См., например: Статья 2 Конвенции, учреждающей Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности, от 14 июля 1967 г. // СПС "Одна компания".

*(113) См.: Козубенко Ю.В. Установление обстоятельств, характеризующих предмет уголовного преследования, на примере ст. 146 УК РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. N 8.

*(114) Архив Железнодорожного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-612/06.

*(115) См.: Статья 1 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. N 3523-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" // РГ. 1992. 20 окт.

*(116) См.: Материалы круглого стола "Проблемы правоприменения по делам, связанным с защитой авторских прав и интеллектуальной собственности"// Российский юридический журнал. 2009. N 1. См. также: "http://www.ruzh.org/?q=node/86".

*(117) См., например: Компьютерное пиратство: методы и средства борьбы: методич. пособие. 14-е изд., с изм. и доп. М., 2008. С. 43.

*(118) См.: Материалы круглого стола "Проблемы правоприменения по делам, связанным с защитой авторских прав и интеллектуальной собственности" // Российский юридический журнал. 2009. N 1.

*(119) Справедливости ради отметим, что позиции ученых по этому вопросу разделились. Одни (как например проф. З.А. Незнамова) придерживаются традиционного понимания проблемы. Другие высказывают противоположную точку

зрения. По мнению, например, И.В. Шишко, "...интеллектуальный элемент вины в налоговых преступлениях (и ряде других преступлений в сфере экономической деятельности) должен обязательно включать осознание лицом противоправности своего деяния" (См.: Шишко И.В. Некоторые проблемы применения "налоговых" норм УК // Современная преступность: Состояние, тенденции, средства преодоления. Екатеринбург, 1999. С. 148). В связи с этим И.В. Шишко полагает целесообразным включить осознание противоправности в определение умысла (ст. 25 УК РФ) как элемент дизъюнкции: "Преступление признается совершенным с прямым (косвенным) умыслом, если лицо осознавало общественную опасность или противоправность своих действий (бездействия)... Такая дефиниция умысла исключит необходимость установления осознания противоправности очевидно общественно опасных преступлений и осознание общественной опасности преступлений, в которых это осознание вторично к осознанию противоправности или вообще невозможно" (Цит. по: Волженкин Б.В. Некоторые вопросы общей характеристики преступлений в сфере экономической деятельности по Уголовному кодексу РФ // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права: сб. науч. статей / Санкт-Петербургский государственный университет; под общ. ред. В.Ф. Попондопуло, О.Ю. Скворцова. М., 2005. Вып. 5).

*(120) См., например: Трайнин А.Н. Должностные и хозяйственные преступления. М., 1938. С. 16. Однако данную точку зрения разделяют не все ученые.

*(121) См.: Пункт 16 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(122) См., например, позицию доц. М.В. Кирюшкина (Козубенко Ю.В., Пранцкевичене И.М. Проблемы правоприменения по делам, связанным с защитой авторских прав и интеллектуальной собственности // Правоведение. 2006. N 6).

*(123) Данный вывод следует из пп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, п. 3 ст. 9 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений (заключена в г. Берне 9 сентября 1886 г.), а также системного толкования пп. 1 п. 1 ст. 1280 и п. 2 ст. 1275 ГК РФ.

*(124) См.: Согласованное заявление в отношении ст. 1 (4), Договор ВОИС по авторскому праву (Принят 20.12.96 Дипломатической конференцией) // СПС "Одна компания"; Распоряжение Правительства РФ от 21 июля 2008 г. N 1052-р "О присоединении Российской Федерации к договору Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву, принятому Дипломатической конференцией по некоторым вопросам авторского права и смежных прав в г. Женеве 20 декабря 1996 года" // СПС "Одна компания".

*(125) Архив судебного участка N 8 Орджонидзевского района г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-36/2007.

*(126) См.: Приговор Верх-Исетского районного суда г. Екатеринбурга от 23 января 2009 г. по уголовному делу в отношении Е., осужденного за совершение преступления, предусмотренного п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ // Архив Верх-Исетского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-3/09.

*(127) См.: Пункт 6 Постановления Пленума ВС РФ от 29 апреля 1996 г. N 1 "О судебном приговоре" // РГ. 1996. 22 мая.

*(128) См.: Абзац 2 п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(129) См.: Постановление Курганского городского суда от 28 мая 2007 г. о возвращении уголовного дела прокурору // Архив Курганского городского суда.

Уголовное дело N 22-976.

*(130) См.: Пункт 9 Постановления Пленума ВС РФ от 29 апреля 1996 г. N 1 "О судебном приговоре" // РГ. 1996. 22 мая.

*(131) См.: Кассационное определение Свердловского областного суда от 20 июля 2007 г. по уголовному делу N 22-7408-2007.

*(132) См.: Определение КС РФ от 20 октября 2005 г. N 404-О "По жалобе гражданки Вержуцкой Людмилы Германовны на нарушение ее конституционных прав частью 7 статьи 236 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" // Вестник КС РФ. 2006. N 2.

*(133) Из постановления Курчатовского районного суда г. Челябинска от 13 августа 2007 г. по уголовному делу в отношении К., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ.

*(134) См.: Обзор судебной практики ВС РФ от 1 июня 2005 г. "Обзор судебной практики прекращения военными судами уголовных дел в связи с примирением с потерпевшим и деятельным раскаянием" // СПС "Одна компания".

*(135) Архив Снежинского городского суда Челябинской области. Уголовное дело N 1-21-/2007. Следует, кстати, отметить, что некоторые суды, пользуясь правом возвращения дела прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ, в качестве существенного нарушения закона указывают на то, что наименование программ для ЭВМ в нарушение Федерального закона от 1 июня 2005 г. "О государственном языке Российской Федерации" приведено на иностранном языке. Поэтому иногда в приговорах суды приводят транслитерацию после наименования программ на иностранном языке.

*(136) Из приговора Октябрьского районного суда г. Екатеринбурга от 13 июля 2006 г. по обвинению В. и С. в совершении преступления, предусмотренного п. "б" ч. 3 ст. 146 УК РФ.

*(137) Ломброзо Ч. Гениальность и помешательство. Параллель между великими людьми и помешанными. СПб., 1892.

*(138) См.: Холодковская Е.М. Дееспособность психических больных в судебно-психиатрической практике. М., 1967. С. 49.

*(139) Пример приводится по следующему источнику: Кондрашева Т.В. Субъект преступления // Уголовное право. Общая часть: учебник для вузов. М., 1999. С. 174.

*(140) Архив Кировского районного суда города Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-465.

*(141) РГ. 1993. 13 марта.

*(142) См.: "http://copyright.samara.ru/sudprak/detail.php?ID=359".

*(143) См.: Пункт 25 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(144) Кодекс разрешил пародию. Высшие суды готовят постановление по авторскому праву // РГ. 2009. 23 янв.

*(145) См, например: Письмо Роспотребнадзора от 5 апреля 2005 г. N 0100/2416-05-32 "О проведении контрольно-надзорных мероприятий, направленных на нераспространение контрафактных аудиовизуальных произведений и фонограмм" // СПС "Одна компания".

*(146) См., например: Решение Координационного совещания руководителей право охранительных органов Тюменской области от 29 июня 2006 г. N 3-1 "О мерах по борьбе с нарушениями законодательства, регулирующего вопросы защиты объектов интеллектуальной собственности".

*(147) См., например: Материалы круглых столов, периодически проводимых автором "http://www.ruzh.org/?q=node/61".

*(148) Письмо Роспотребнадзора от 5 апреля 2005 г. N 0100/2416-05-32 "О

проведении контрольно-надзорных мероприятий, направленных на нераспространение контрафактных аудиовизуальных произведений и фонограмм" // СПС "Одна компания".

*(149) Об этом свидетельствует и официальная статистика. Так, г. Екатеринбург последние годы занимает первые места среди других регионов России по раскрываемости преступлений в сфере интеллектуальной собственности. Кроме того, в городе уже давно нет развалов с контрафактными дисками с программами для ЭВМ.

*(150) Архив Верх-Исетского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-990/05.

*(151) См.: Пункт 24 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(152) См.: Хохлов В.А. Авторское право: Законодательство, теория, практика. М., 2008. С. 141-142.

*(153) Например, Франция и Соединенное Королевство. См.: Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право. СПб., 2004. С. 36-43. Данным понятием в указанном смысле пользуется и судебная практика. См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 25 октября 2005 г. N 11997/05 по делу N А40-56185/04-5-446 // СПС "Одна компания".

*(154) См., например: Калятин В.О. Постановление Пленума ВС: новые ответы на старые вопросы // Цивилист. 2006. N 3; Хохлов В.А. Авторское право: Законодательство, теория, практика. М., 2008. С. 228.

*(155) Постановление Президиума ВАС РФ от 25 октября 2005 г. N 3919/05 по делу N А14-4597/04/177/21 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 3.

*(156) См.: Пункт 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности" // Вестник ВАС РФ. 2008. N 2.

*(157) Из постановления по делу об административном правонарушении от 19 апреля 2007 г. мирового судьи судебного участка N 1 Кировского района г. Екатеринбурга.

*(158) См., например: Постановление заместителя председателя Свердловского областного суда. Дело N 4-а-443 (334) 2007.

*(159) Решение Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга от 21 декабря 2006 г., вынесенное по жалобе на постановление мирового судьи судебного участка N 7 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга от 18 октября 2006 г. в отношении ООО "Г." по делу об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ // Архив судебного участка N 7 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга. Административное дело N 5-480/2006.

*(160) Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" // РГ. 2005. 19 апр.

*(161) См.: Решение Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга от 21 декабря 2006 г., вынесенное по жалобе на постановление мирового судьи судебного участка N 7 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга от 18 октября 2006 г. в отношении ООО "Г." по делу об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ // Архив судебного участка N 7 Орджоникидзевского района г. Екатеринбурга. Административное дело N 5-480/2006.

*(162) См.: Постановление заместителя председателя Свердловского областного суда. Дело N 4-а-443 (334) 2007.

*(163) Постановление мирового судьи судебного участка N 2 Кировского района г. Екатеринбурга от 29 сентября 2006 г. в отношении ООО "У." по делу об

административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ //Архив судебного участка N 2 Кировского района г. Екатеринбурга. Административное дело N 5-546/2006.

*(164) Определение судьи Свердловского областного суда от 31 января 2007 г. по административному делу N 71-35/3007.

*(165) См.: Пункт 34 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" // РГ. 2005. 19 апр.

*(166) Дозорцев В.А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. статей / Исслед. центр частного права. М., 2005. С. 68.

*(167) См., например: Дело N А76-20487/2008-19, рассмотренное Арбитражным судом Челябинской области по иску Компании "Аутодеск Инк." к ООО "П.".

*(168) См.: Пункт 18 Информационного письма ВАС РФ от 7 июля 2004 г. N 78 "Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер" // Вестник ВАС РФ. 2004. N 8.

*(169) См.: Определение Арбитражного суда Свердловской области от 19 апреля 2006 г. по делу N А60-8461/06-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru".

*(170) Постановление Арбитражного суда Свердловской области от 29 мая 2006 г. по делу N А60-8461/06 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru".

*(171) См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 95.

*(172) Здесь и далее согласно авторскому замыслу речь в основном пойдет о компенсации нарушения авторского права.

*(173) См. также: Решение Арбитражного суда Свердловской области от 2 мая 2007 г. по делу N А60-2087/07-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru"; решение Арбитражного суда Свердловской области от 23 августа 2007 г. по делу N А60-4442/07-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru"; решение Арбитражного суда Воронежской области от 10 февраля 2009 г. по делу N А14-14732/2008-458-32 // "http://www.arbitr.ru"; постановление ФАС Московского округа от 15 августа 2005 г. по делу N КГ-А40/7404-05 // СПС "Одна компания".

*(174) См.: Пункт 23 проекта Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 22 января 2009 г. "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации". Подготовлен Управлением анализа и обобщения судебной практики ВАС РФ // "http://www.seneschal.ru/articles/31".

*(175) См., например: Старженецкий В.О. О природе компенсации за нарушение исключительных прав // Вестник ВАС РФ. 2003. N 11; Погуляев В. Компенсация - особый способ защиты исключительных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2003. N 7; Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика его применения. М., 1999 и др.

*(176) См.: Симкин Л.С. Из практики рассмотрения дел о правовой охране программ для ЭВМ // Вестник ВАС РФ. 1997. N 8.

*(177) См.: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2003. С. 384.

*(178) См.: Гаврилов Э.П. Некоторые актуальные вопросы авторского права и смежных прав // Хозяйство и право. 2005. N 1; Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (исключительные права). М., 2000. С. 424.

*(179) См.: Гурский Р.А. Компенсация в системе гражданско-правовых способов защиты авторского права // Новая правовая мысль. 2005. N 3.

*(180) См.: Постановления ФАС Московского округа от 31 августа 2004 г. по делу N КГ-А40/6637-04, от 24 августа 2004 г. N А40/6641-04.

*(181) Данная точка зрения является весьма распространенной. См., например: Хохлов В.А. Авторское право: законодательство, теория, практика. М., 2008. С. 246.

*(182) См.: Пункт 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. N 47 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" // РГ ("Ведомственное приложение"). 1999. 6 нояб.

*(183) См.: Пункт 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности" // Вестник ВАС РФ. 2008. N 2.

*(184) Решение Арбитражного суда Свердловской области от 3 февраля 2009 г. по делу N А60-14391/2008-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru".

*(185) Приговор Верх-Исетского районного суда г. Екатеринбурга от 23 января 2009 г. по уголовному делу в отношении Е., осужденного за совершение преступления, предусмотренного п. "в" ч. 3 ст. 146 УК РФ // Архив Верх-Исетского районного суда г. Екатеринбурга. Уголовное дело N 1-3/09.

*(186) См. об этом подробнее: Козубенко Ю.В. Уголовное преследование: опыт комплексного исследования. СПб., 2006.

*(187) См., например: Сударев отделался годом условно // Самарская газета. 2009. 21 янв. (статья также опубликована в интернет-издании по адресу "http://www.samru.ru").

*(188) См., например: Microsoft запугивает российских пользователей Windows // "http://feya-saba.livejournal.com/21969.html"; Доморощенные вымогатели от копирайта // "http://grumbler-eburg.livejournal.com/33003.html".

*(189) РГ. 2002. 27 июля.

*(190) Решение Арбитражного суда Свердловской области от 16 ноября 2008 г. по делу N А60-24088/2008-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru".

*(191) См. также: Пункт 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. N 47 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" // РГ ("Ведомственное приложение"). 1999. 6 нояб.

*(192) См., например: Решение Арбитражного суда Свердловской области от 2 мая 2007 г. по делу N А60-2087/07-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru"; решение Арбитражного суда Свердловской области от 23 августа 2007 г. по делу N А60-4442/07-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru"; решение Арбитражного суда Воронежской области от 10 февраля 2009 г. по делу N А14-14732/2008-458-32 // "http://www.arbitr.ru"; постановление ФАС Московского округа от 15 августа 2005 г. по делу N КГ-А40/7404-05 // СПС "Одна компания".

*(193) Решение Арбитражного суда Свердловской области от 9 декабря 2008 г. по делу N А60-26735/2008-С7 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru".

*(194) См.: Решение Арбитражного суда Свердловской области от 29 мая 2008 г. по делу N А60-4214/08 // "http://www.ekaterinburg.arbitr.ru".

*(195) См. также: Пункт 5 Информационного письма ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности" // Вестник ВАС РФ. 2008. N 2.

*(196) В данном случае автор пользуется терминологией ст. 118 Конституции РФ, которая не знает такого вида судопроизводства, как арбитражное.

*(197) Определение КС РФ от 15 января 2008 г. N 193-О-П по жалобе гражданина Суринова Татевоса Романовича на нарушение его конституционных прав статьей 90 Уголовно-процессуального кодекса РФ // СЗ РФ. 2008. N 18. Ст. 2090.

*(198) Об этом, в частности, свидетельствует номенклатурный номер 193-О-П.

Сам КС РФ говорит о своих решениях буквально следующее: "Решения Конституционного суда РФ... имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение, не присущее правоприменительным по своей природе актам судов общей юрисдикции и арбитражных судов" (Постановление КС РФ от 16 июня 1998 г. N 19-П по делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации // РГ. 1998. 30 июня).

*(199) См.: Статьи 6, 106 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. N 1-ФКЗ "О Конституционном суде Российской Федерации" // РГ. 1994. 23 июля.

*(200) Абзац 3 п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(201) См.: Статьи 1275, 1280 ГК РФ.

*(202) См.: Абзац 3 п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(203) Пункт 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности" // Вестник ВАС РФ. 2008. N 2.

*(204) См., например: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / под ред. П.А. Лупинской. М., 2005.

*(205) См., например: Постановление ФАС Уральского округа от 16 сентября 2004 г. по делу N 09-3028/04-ГК // СПС "Одна компания".

*(206) См.: Пункт 15 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(207) См.: Пункт 16 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(208) См.: Пункт 23 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(209) См. также: Пункт 39 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" // РГ. 2006. 28 июня.

*(210) См.: Пункт 5 Постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также незаконном использовании товарного знака" // РГ. 2007. 5 мая.

*(211) См.: Beale S.S. and Safwat A.G. What Developments in Western Europe Tell Us About American Critiques of Corporate Criminal Liability. 8 Buff. Crim. L. Rev. 89, 126-27, 2004 (Бил С.С. и Сэфуат А.Дж. Что последние события в Западной Европе говорят нам о критикуемой в США уголовной ответственности юридических лиц. 2004).

*(212) См.: Khanna V.S. Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve - 109 Harv. L. Rev. 1477, 1479-1480, May 1996. (Хана В.С. Уголовная ответственность

юридических лиц: для чего она нужна? 1996).

*(213) Anonymous Case (No. 935), 88 Eng. Rep. 1518, 1518 (K.B. 1701).

*(214) Rest. 2d Torts, § 821B.

*(215) The State v. the Morris and Essex Railroad Co., 23 N.J.L. 360 (1852).

*(216) Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 668 Mass 339 (1854).

*(217) Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 668 Mass 339, 345.

*(218) Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 668 Mass 339, 345.

*(219) Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 668 Mass 339, 346.

*(220) Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 668 Mass 339, 346.

*(221) New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481, 495 (1909).

*(222) New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481, 495 (1909).

*(223) New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481, 495 (1909).

*(224) 18B Am. Jur. 2d Corporations § 1844.

*(225) Granite Construction Co. v. Superior Court, 149 Cal. App. 3d 465, 467 (5th Dist. 1983).

*(226) United States v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844, 855 (1st Cir. 1987).

*(227) United States v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844, 855 (1st Cir. 1987).

*(228) Joel M. Androphy, Richard G. Paxton & Keith A. Byers. General Corporate Criminal Liability, 60 Tex. B.J. 124 (1997). (Джоел М. Андрофи, Ричард Джи. Пакстон и Кит А. Байерс. Общая уголовная ответственность юридических лиц. 1997).

*(229) United States v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844, 856 (1st Cir. 1987).

*(230) Joel M. Androphy, Richard G. Paxton & Keith A. Byers, General Corporate Criminal Liability, 60 Tex. B.J. 121 (1997).

*(231) Joel M. Androphy, Richard G. Paxton & Keith A. Byers, General Corporate Criminal Liability, 60 Tex. B.J. 121 (1997).

*(232) United States v. BI-Co Pavers, 741 F.2d 730, 737 (5th Cir. 1984).

*(233) United States v. Hilton Hotels Corp., 467 F.2d 1000, 1004-07 (9th Cir. 1972).

*(234) Standard Oil Co. of Texas v. United States, 307 F.2d 120, 128 (5th Cir. 1962).

*(235) Standard Oil Co. of Texas v. United States, 307 F.2d 120, 128 (5th Cir. 1962).

*(236) United States v. American Medical Laboratories, 770 F.2d 399, 407 (4th Cir. 1985).

*(237) Memorandum from Paul J. McNulty, Deputy Attorney General to Heads of Department Components and United States Attorneys, 2006 (hereinafter the "McNulty Memorandum"). (Меморандум Пола Дж. Макналти, заместителя министра юстиции США, для начальников департаментов Министерства юстиции США и федеральных прокуроров США, 2006 г. (далее - Меморандум Макналти)).

*(238) McNulty Memorandum at 6.

*(239) McNulty Memorandum at 9.

*(240) McNulty Memorandum at 10.

*(241) Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non-Prosecution Agreements, Corporate Crime Reporter, December 28, 2005. (Преступление без наказания: эпоха соглашений о приостановлении и прекращении уголовного преследования: обзор судебных решений по уголовным делам против юридических лиц, 28 декабря 2005 г.)

*(242) United States Sentencing Guidelines ("USSG"), Chapter 8, Introductory Commentary. (Руководство США по назначению наказания. Глава 8, Вступительные комментарии.)

*(243) USSG, Chapter 8, Introductory Commentary.

*(244) USSG, Chapter 8, Introductory Commentary.

*(245) USSG, Chapter 8, Introductory Commentary.
*(246) USSG, Chapter 8, Introductory Commentary.
*(247) USSG § 8C2.4(a)(2).
*(248) USSG, Chapter 8, Introductory Commentary.
*(249) USSG § 8B2.1.
*(250) USSG § 8B2.1.
*(251) USSG § 8C2.5.
*(252) USSG § 8C2.5(e).
*(253) USSG § 8C2.5(f).
*(254) См.: David M. Nissman. Corporate Crime Prevention Programs, United States Attorneys Bulletin. November 2003. P. 23. (Дэвид М. Ниссман. Корпоративные программы по предотвращению преступлений: бюллетень федеральных прокуроров США, ноябрь 2003. С. 23).
*(255) Нижеприведенная информация является именно справочной, а не официальной публикацией документов, поскольку является неофициальным переводом и приводится исключительно в научных целях и (или) целях правоприменения. Данная информация является общедоступной и размещена на сайтах каждого из правообладателей.
*(256) В некоторых вариантах перевода можно встретить - "Свидетельство о регистрации юридического лица. Лицензия (разрешение) на функционирование в качестве корпорации, выдаваемое властями штата. Подписывается секретарем штата" (См.: Англо-русский лингвострановедческий словарь "Американа-II" / под ред. М.В. Васянина, О.Н. Гришиной, И.В. Зубановой, А.Н. Натарова, Е.Б. Санниковой, Г.В. Черновой [и др.]).
*(257) См., например: "http://en.wikipedia.org/wiki/Delaware_corporation".
*(258) См.: "http://www.microsoft.com".
*(259) См., например: "http://investors.autodesk.com/phoenix.zhtml?c=117861&p=irol-govHighlight s".
*(260) Решением Совета директоров Корпорации "Аутодеск Инк." с 22 марта 2007 года адрес зарегистрированного офиса на территории штата Делавэр - Гринтри Драйв, 160, офис 101, город Довер, округ Кент, индекс 19904.
*(261) См., например: "http://www.adobe.com/aboutadobe/invrelations/corpgovern.html".