

УДК 343.13

О.В. Овчинникова
O. Ovchinnikova

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАКОННОСТИ ПРИ ВЫЯВЛЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В статье производится анализ следственной и судебной практики по преступлениям в сфере интеллектуальной собственности, по результатам которого автором разработаны критерии провокации в деятельности должностных лиц органа дознания при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий по данной категории преступлений, исключающие применение их результатов в доказывании по уголовному делу.

Ключевые слова: преступления в сфере интеллектуальной собственности, оперативно-розыскная деятельность, законность, провокация.

THE RULE OF LAW IN IDENTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY CRIMES

The article analyzes the investigative and judicial practice of intellectual property crimes, on its basis the author has developed the provocation criteria in the inquiry agency officials' activities while implementing criminal procedures for this category of crimes, excluding the application of its results in the criminal case proving.

Keywords: intellectual property crimes, criminal procedures, legality, provocation.

С каждым годом возрастает число объектов интеллектуальной деятельности человека, соответственно увеличивается и число правоотношений по поводу этих объектов как внутри отдельного государства, так и в международном масштабе.

Сфера незаконного производства и оборота контрафактной продукции является одним из самых высокодоходных направлений получения криминальных доходов. При этом потребительский рынок Российской Федерации относится к наиболее криминально пораженным сегментам. Он характеризуется наличием значительного количества контрафактных и фальсифицированных товаров.

По экспертным оценкам, подавляющее большинство выявляемых фактов реализации контрафактной продукции приходится на аудио- и видеоносители (от 25 до 90%). Несколько менее подвержены подделке одежда и обувь (свыше 50% по отдельным группам и товарным знакам), продукты питания (до 20% по алкогольному сегменту), автомасла и автозапчасти, парфюмерия и бытовая химия (до 5-10%) [7, с. 23].

На территории Челябинской области в 2014 году дифференциация объектов преступного посягательства выглядит следующим образом:

29,7% уголовных дел возбуждено по фактам реализации нелегальных DVD-дисков;

8,1% уголовных дел – по фактам использования нелегального программного обеспечения в деятельности юридических лиц;

62,2% уголовных дел – по фактам оказания услуг по установке нелегальных программ на персональные компьютеры физических лиц.

Обобщая опыт расследования данной категории преступлений, необходимо отметить, что в 85% случаев их выявление осуществляется в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка».

В соответствии со ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (далее – Закон об ОРД) ее результаты могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам. При этом ст. 89 УПК РФ требует их соответствия требованиям уголовно-процессуального законодательства [1].

Одним из основных принципов уголовного процесса является соблюдение законности при производстве по уголовному делу (ст. 7 УПК РФ). Однако по данной категории преступлений в 2014 году судами Челябинской области вынесено два оправдательных приговора. Основанием для принятия указанных решений явились ошибки, допущенные оперативными сотрудниками при проведении оперативно-розыскных мероприятий:

вынесение постановления о проведении мероприятия через несколько дней после начала телефонных переговоров с установщиком;

передача материалов оперативно-розыскной деятельности следователю в отсутствие соответствующего постановления.

Кроме того, суд отметил, что действия сотрудников полиции, проводивших оперативно-розыскное мероприятие, носят провокационный характер. При этом сами сотрудники считают, что действовали в рамках своих полномочий.

В связи с этим возникает вопрос о причинах, приводящих к нарушению законности при осуществлении оперативно-розыскной деятельности. Мы полагаем, что основной из них является отсутствие законодательного определения критерия «провокационности» действий сотрудников полиции.

Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 211-ФЗ предприняты определенные шаги в этом направлении: ст. 5 Закона об ОРД дополнена положениями, о том, что сотрудникам полиции запрещается подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация), а также фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности [2]. Однако четкое определение понятия «провокация» отсутствует.

Тем не менее, ряд разъяснений дан в решениях Европейского суда по правам человека. Например, в постановлении по делу «Ваньян против Российской Федерации» указано, что если преступление было предположительно спровоцировано действиями тайных агентов публичной власти и ничто не предполагает, что оно было бы совершено и без какого-либо вмешательства, то эти действия уже не являются деятельностью тайного агента и представляют собой подстрекательство к совершению преступления [3].

Аналогичную позицию занимает и Верховный Суд Российской Федерации, который отмечает, что результаты оперативно-розыскного мероприятия могут быть положены в основу приговора, если они получены в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у виновного умысла на незаконный оборот запрещенных предметов, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния [4].

Вышеизложенное определяет необходимость соблюдения ряда условий при проведении оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», в ходе которого разрабатываемое лицо производит установку нелегальных программ на жесткий диск компьютера, предоставленного сотрудниками оперативного подразделения.

В целях соблюдения конституционных прав граждан, недопущения случаев провокации совершения преступлений оперативно-розыскное мероприятие «проверочная закупка» должно производиться только при наличии у органа дознания сведений о ранее совершенных фактах установки нелегального программного обеспечения [8]. Сотрудникам оперативного подразделения необходимо получить заявление и объяснение лица, которому установщик ранее сбывал контрафактные компьютерные программы; изъять компьютер, на котором эти программы использовались.

Следует выяснить, каким образом установщик рекламировал свои услуги, приобрести к материалу страницу газеты с объявлением, либо распечатку с соответствующего интернет-сайта.

Вышеуказанная информация является обязательным основанием для проведения оперативно-розыскного мероприятия, постановление о проведении которого выносится только после ее получения.

Положительным примером является уголовное дело № 4313218, возбужденное по признакам преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ.

Оперуполномоченным отдела экономической безопасности и противодействия коррупции Отдела полиции «Металлургический» УМВД России по г. Челябинску выявлен факт установки нелегального программного обеспечения на персональный компьютер, принадлежащий гр. С. В ходе доследственной проверки гр. С. опрошен, с него истребовано объяснение о привлечении лица, установившего контрафактные программы, компьютер изъят и исследован, факт контрафактности установленных программ подтвержден справкой специалиста.

Указанная информация стала основанием для проведения оперативно-розыскного мероприятия в отношении установщика компьютерных программ гр. К., преступная деятельность которого была пресечена.

Уголовное дело по обвинению гр. К. в совершении 2-х преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 146 УК РФ окончено производством в срок до 2-х месяцев и направлено в суд. В настоящее время идет судебное рассмотрение.

Кроме того, И.И. Крапива считает, что к провокационным действиям, подстрекательским, склоняющим и побуждающим в косвенной форме к совершению противоправных действий, следовало бы отнести действия, противоречащие нормативным правовым актам оперативно-розыскного характера [6, с. 31].

Следовательно, при документировании проводимого мероприятия необходимо выполнять требования ст. 15 Закона об ОРД о том, что в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.

Результаты оперативно-розыскной деятельности, предоставляемые следователю для согласования вопроса о возбуждении уголовного дела должны содержать следующие материалы:

1. Постановление о проведении оперативного мероприятия проверочная закупка, утвержденное руководителем органа дознания, либо его заместителем. Лицо, в отношении которого проводилось ОРМ, по его окончании должно быть ознакомлено с данным постановлением.

2. Протокол осмотра и передачи денежных купюр участнику мероприятия, выполняющему роль покупателя компьютерных программ.

3. Протокол проведения оперативно-розыскного мероприятия, в котором должны быть отражены:

данные участников ОРМ и представителей общественности, привлеченных к его проведению;

осмотр системного блока, в ходе которого в присутствии представителей общественности зафиксировано отсутствие на жестком диске компьютера операционной системы и других программ;

перечень программ, работа с которыми поручена разрабатываемому лицу и результаты их установки;

факт передачи денежных средств за оказанные услуги;

оглашение проведения оперативного мероприятия.

Необходимо отметить, что для легализации результатов ОРД в рамках расследования уголовных дел и рассмотрения их судом участие посторонних лиц в мероприятии необходимо. В научно-методической литературе высказывается мнение, что таких лиц не следует называть «понятыми», лучше – «незаинтересованные лица», «представители общественности», «присутствующие» и т.п. Не следует разъяснять им права и обязанности, предупреждать их об ответственности и ссылаться при этом на произвольные статьи УПК, ФЗ об ОРД и т.п. Таких правоустановлений в законодательстве нет. В ходе предварительного следствия такие лица должны быть допрошены в качестве свидетелей, посредством

чего надо подтвердить достоверность полученных с их участием сведений. Сами протоколы, акты и т. п. в этом случае должны рассматриваться в качестве доказательств как иные документы (ст. 84 УПК) [5, 7].

Серьезно следует отнестись к подбору присутствующих граждан. Это должны быть незаинтересованные лица, имеющие навыки пользования компьютерной техникой и понимающие смысл проводимых манипуляций.

К протоколу в обязательном порядке должна прилагаться аудио-, либо видеозапись проведения мероприятия, из содержания которой должно быть понятно, что установщик знал о контрафактности предлагаемых им программ.

4. Протокол добровольной выдачи денежных средств установщиком.

5. Осмотр места происшествия, в ходе которого производится изъятие:

системного блока компьютера, либо жесткого диска, на котором установлены программы, при этом упаковка изъятых предметов должна исключать возможность доступа к установке программ;

оптических и цифровых носителей информации, принесенных установщиком.

Осмотр должен производиться должностным лицом, не являющимся участником ОРМ, после окончания ОРМ и регистрации материала в КУСП.

По преступлениям данной категории одной из задач осмотра места происшествия является изъятие электронных носителей информации.

Рекомендуем прибегнуть к помощи специалиста, по аналогии с требованиями ч. 9.1 ст. 182 УПК РФ, в соответствии с которой электронные носители информации изымаются с участием специалиста. По ходатайству собственника носителей, либо содержащейся на них информации, специалистом, участвующим в осмотре места происшествия, осуществляется копирование информации, на предоставленные им электронные носители.

6. Объяснения участников ОРМ, представителей общественности, установщика нелегальных программ.

7. Акт исследования жесткого диска, на который устанавливались программы в ходе ОРМ, и изъятых носителей информации.

В ходе исследования должны быть определены признаки контрафактности установленных программ, правообладатель и их ориентировочная стоимость.

8. Объяснения представителя правообладателя, в котором указана точная стоимость программы

и факт отсутствия у задержанного лица лицензии на используемое программное обеспечение. К объяснению должна прилагаться доверенность на право представления интересов правообладателя.

В ходе опроса правообладателя о размере причиненного ущерба должна быть указана стоимость той модификации программы, которая изъята при проведении оперативно-розыскного мероприятия. Если установленная программа уже снята с производства, следует уточнить, продолжает ли она являться объектом охраны авторского права, либо выпущена в свободный оборот, и указать ее стоимость на настоящее время. Недопустимо применять стоимость более поздних выпусков программы, поскольку это разные объекты интеллектуальной собственности.

Необходимо обратить внимание, что факт незаконного использования нелицензионной программы доказывается только в том случае, если эта программа присутствует как на жестком диске, так и на электронном носителе информации, изъятом у установщика. Размер ущерба рассчитывается исходя из стоимости незаконно установленных программ, для привлечения к уголовной ответственности он должен превышать сумму 100 тыс. рублей.

При этом умысел на установку нелицензионного программного обеспечения в крупном размере должен сформироваться у установщика независимо от действий сотрудников полиции.

Недопустимо, чтобы сотрудники полиции настаивали на установке дорогостоящей программы, своими действиями провоцируя обвиняемого на совершение преступления.

Так, Орджоникидзевским районным судом г. Магнитогорска оправдан гр. Н., обвиняемый в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ за установку нелицензионного программного обеспечения.

В ходе судебного заседания гр. Н. пояснил, что 22.10.2012 он впервые опубликовал в газете объявление следующего содержания: «ремонт компьютеров». Через несколько дней ему позвонил молодой человек, который попросил установить компьютерные программы, в том числе и «Компас 3D». Он ответил, что этих программ у него нет, но их можно скачать из Интернета. Заказчика ответ устроил. Гр. Н. скачал из Интернета необходимые заказчику программы и про-

извел их установку на предоставленный компьютер. После чего ему было объявлено, что производилось оперативно-розыскное мероприятие «проверочная закупка».

Гр. Н. пояснил, что ранее он никому не устанавливал нелицензионное программное обеспечение, в своем объявлении не указывал, что может установить контрафактные программы, поэтому считает, что на совершение преступных действий его спровоцировали сотрудники полиции.

Суд согласился с доводами подсудимого отметив в приговоре, что все подготовительные действия должны быть, выполнены подсудимым до начала проведения ОРМ, а не по просьбе сотрудников полиции.

Учитывая вышесказанное, основными критериями провокации в оперативно-розыскной деятельности при выявлении преступлений в сфере интеллектуальной собственности являются:

установление контактов оперативных сотрудников с разрабатываемым лицом до вынесения постановления о проведении оперативно-розыскного мероприятия в целях его подстрекательства в совершению преступления;

проведение оперативно-розыскного мероприятия в отсутствие у органа дознания сведений о реальной преступной деятельности разрабатываемого лица;

склонение лица к совершению противоправных действий в крупном размере, обеспечивающих его привлечение к уголовной ответственности (требование участника ОРМ установить дорогостоящую программу);

создание условий, облегчающих совершение преступления (передача в ходе мероприятия электронного носителя информации с контрафактной программой для установки);

нарушение требований Закона об ОРД и ведомственных нормативно-правовых актов в ходе проведения и документирования оперативно-розыскного мероприятия.

Наличие хотя бы одного из этих критериев исключает возможность использования материалов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовному делу и исключает привлечение лица, в отношении которого проводилось оперативно-розыскное мероприятие к уголовной ответственности.



Примечания

1. Об оперативно-розыскной деятельности : федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ // Российская газета. – 1995. – 18 августа.

2. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму : федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 211-ФЗ // Российская газета. – 2007. – 1 августа.

3. Постановление Европейского суда по правам человека от 15 декабря 2005 г. по делу «Ваньян (Vanuyan) против Российской Федерации» (жалоба № 53203/99) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. – 2006. – № 7 // СПС КонсультантПлюс

4. О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 г. № 14 // Российская газета. – 2006. – 28 июня.

5. Кожевников К. М. Организация прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью по делам коррупционной направленности // Законность. – 2013. – № 3. – С. 7.

6. Крапива И. И. Соблюдение законности в оперативно-розыскной деятельности и провокация // Журнал российского права. – 2009. – № 3.

7. Смыков С. И. Некоторые аспекты противодействия посягательствам на авторские и смежные права // Российский следователь. – 2009. – № 5. – С. 23.

ОВЧИННИКОВА Оксана Витальевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры государственных и гражданско-правовых дисциплин факультета Подготовки сотрудников правоохранительных органов, Южно-Уральский государственный университет (НИУ).

E-mail: ovchinnikova-ov@yandex.ru

OVCHINNIKOVA Oksana, Candidate of Law, Assistant Professor of the Chair of State and Civil Disciplines of the Faculty of Law Enforcement Officers' Training, South Ural State University (NRU).

E-mail: ovchinnikova-ov@yandex.ru