**Защита интеллектуальной собственности в аспекте таможенного регулирования**

Муромская Е.В.

Защита интеллектуальной собственности таможенными органами в РФ осуществляется по следующим направлениям:

1. Применение мер по приостановлению выпуска товаров, регламентированных главой 38 Таможенного кодекса РФ (далее – ТК РФ).

2. Правоохранительная деятельность таможни, направленная на привлечение правонарушителей к административной ответственности, регламентированная Кодексом об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), а также Методическими рекомендациями по квалификации и расследованию административных правонарушений, предусмотренных ч. 1 ст. 7.12. и ст. 14.10 КоАП РФ (письмо ФТС России от 29.06.2007 г. № 01-06/24387).

Приостановление выпуска товаров на таможенную территорию Российской Федерации

Исходя из установленных п. 5 ст. 403 ТК РФ функций таможенных органов, их деятельность, связанная с защитой прав интеллектуальной собственности, урегулирована гл. 38 ТК РФ, а также Положением о защите прав интеллектуальной собственности таможенными органами (далее – Положение), утвержденным Приказом ГТК РФ от 27.10.2003 N 1199.

Товары, содержащие объекты интеллектуальной собственности и перемещаемые через таможенную границу, подлежат таможенному оформлению и таможенному контролю в порядке, установленном таможенным законодательством Российской Федерации.

В целях осуществления защиты прав владельца зарегистрированного товарного знака от его неправомерного использования таможенными органами применяется следующий механизм защиты интеллектуальной собственности при осуществлении таможенного контроля товаров.

Таможенный орган принимает меры по защите интеллектуальной собственности, в частности:

1. Вносит сведения об объекте интеллектуальной собственности в таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности (ст. 395 ТК РФ).

2. Приостанавливает выпуск товаров на основании заявления правообладателя (ст. 393 ТК РФ).

3. Предоставляет информацию правообладателю, которая может понадобиться ему для доказывания нарушения его прав (ст. 398 ТК РФ).

Применение мер по приостановлению выпуска товаров базируется на введении специального института деятельности таможни, а именно - введении таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности. Суть его заключается в накоплении и систематизировании таможенными органами информации об объектах интеллектуальной собственности, в отношении которых имеются подозрения о незаконном использовании прав.

Статьей 395 ТК РФ предусмотрено, что ФТС России ведет реестр объектов интеллектуальной собственности, в отношении которых принято решение о принятии мер, связанных с приостановлением выпуска товаров. Включение объектов интеллектуальной собственности в указанный реестр осуществляется на следующих условиях:

1) принятие ФТС России решения о принятии мер, связанных с приостановлением выпуска товаров в порядке, предусмотренном ст. 394 ТК РФ;

2) обеспечение правообладателем исполнения обязательства о возмещении имущественного вреда способами, предусмотренными гражданским законодательством.

В силу статьи 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, оговоренными законом или договором.

Вместо обеспечения правообладатель может представить договор страхования риска ответственности за вред, причиненный вышеуказанным лицам.

В любом случае и сумма страхования, и сумма обеспечения не должна превышать 500 000 рублей.

Включение объектов интеллектуальной собственности в реестр объектов интеллектуальной собственности осуществляется на безвозмездной основе.

Пунктом 3 ст. 395 ТК РФ предусмотрены следующие основания для исключения объекта интеллектуальной собственности из реестра:- заявление правообладателя (его представителя);- необеспечение правообладателем исполнения обязательства о возмещении имущественного вреда вышеназванными способами;- истечение срока правовой охраны объекта интеллектуальной собственности;- необращение правообладателем в течение сроков приостановления выпуска товаров в суд общей юрисдикции, в арбитражный суд, третейский суд, орган дознания, органы предварительного следствия в соответствии с их компетенцией за защитой своих нарушенных прав.

В целях обеспечения доступа к информации об объектах интеллектуальной собственности, включенных в реестр, ФТС России опубликовывает перечень указанных объектов в своих официальных изданиях.

Правообладатель, имеющий достаточные основания полагать, что может иметь место нарушение его прав в соответствии с законодательством Российской Федерации об интеллектуальной собственности в связи с перемещением через таможенную границу товаров, являющихся, по его мнению, контрафактными, или при совершении иных действий с товарами, находящимися под таможенным контролем, вправе подать заявление в федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в области таможенного дела, о принятии мер, связанных с приостановлением выпуска таких товаров, с указанием сведений о правообладателе и документах, подтверждающих наличие и принадлежность права на товарный знак.

Заявление может быть подано от имени правообладателя его представителем.

Срок, установленный для рассмотрения заявления о приостановлении выпуска товаров федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в области таможенного дела, составляет один месяц. Его исчисление начинается со дня поступления заявления. Этот срок в целях обеспечения проверки достоверности представленных сведений может быть продлен федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в области таможенного дела, до двух месяцев. В течение этого срока федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в области таможенного дела, вправе запрашивать документы, подтверждающие заявленные сведения, у третьих лиц, а также у государственных органов, которые обязаны в течение 10 дней со дня получения запроса представить запрашиваемые документы.

По окончании рассмотрения заявления федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в области таможенного дела, обязан принять решение о принятии мер в соответствии с гл. 38 ТК РФ либо об отказе в принятии таких мер.

Федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в области таможенного дела, вправе отказать правообладателю в принятии мер, связанных с приостановлением выпуска товаров, в следующих случаях:- правообладатель (его представитель) представил недостоверные сведения;- правообладателем (его представителем) не соблюдены требования п. 2 ст. 395 ТК РФ, согласно которому правообладатель должен либо обеспечить обязательство о возмещении имущественного вреда, который может быть причинен декларанту, собственнику, получателю товаров или лицу, указанному в ст. 16 ТК РФ, либо представить договор страхования риска ответственности за причинение вреда в пользу названных лиц.

В случае если должностным лицом таможенного органа при проверке грузовой таможенной декларации (далее – ГТД) и прилагаемых документов и/или проведении таможенного досмотра выявлены товары, обладающие признаками контрафактных, выпуск таких товаров приостанавливается на 10 рабочих дней.

Товары, в отношении которых принято решение о приостановлении выпуска, приобретают (сохраняют) статус находящихся на временном хранении.

Решение о приостановлении выпуска товаров принимается начальником таможенного органа или лицом, его замещающим, в виде резолюции на рапорте, содержащем мотивированное обоснование приостановления выпуска, составленном должностным лицом таможенного органа незамедлительно после выявления признаков контрафактности. Решение принимается не позднее окончания рабочего дня, в течение которого составлен рапорт.

Исчисление срока действия решения о приостановлении выпуска товаров начинается со следующего рабочего дня после даты его принятия.

В ГТД либо на дополнительном листе к основной ГТД на товары, в отношении которых принято решение о приостановлении выпуска товаров, проставляется штамп "Выпуск приостановлен" с указанием даты принятия решения, заверяемый подписью и проставлением оттиска личной номерной печати должностного лица таможенного органа, ответственного за выпуск товаров.

О принятом решении федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в области таможенного дела, уведомляет правообладателя (его представителя) в письменной форме в течение трех дней со дня принятия решения.

Срок принятия мер, связанных с приостановлением выпуска товаров, определяется правообладателем самостоятельно, но он не должен быть более пяти лет. Этот срок не может превышать срок действия исключительных прав на объект интеллектуальной собственности, внесенный в реестр, и он может быть продлен по заявлению правообладателя, например, в случае продления срока действия регистрации товарного знака.

В течение указанного срока правообладатель может брать пробы и образцы товаров, находящихся под таможенным контролем, с разрешения таможенного органа, проводить их исследование, осматривать, фотографировать или иным способом фиксировать такие товары, а также получать дополнительную информацию, которая ему требуется для доказательства нарушения его прав (например, информация об отправителе, производителе товара).

Дальнейшая судьба приостановленного к выпуску товара решается в соответствии с нормами гражданского законодательства, законодательства об административных правонарушениях, уголовного законодательства.

При обращении за защитой своих прав в суд, правообладатель вправе подать заявление о принятии мер по обеспечению иска в порядке главы 8 АПК РФ, главы 13 ГПК РФ. Одной из подобных мер является наложение ареста.

Также товар может быть изъят или на него может быть наложен арест в качестве мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении, предусмотренных КоАП РФ, по решению органов, уполномоченных принимать указанные решения, либо конфискован в случае привлечения лица, ввозившего данный товар, к административной ответственности.

Следует отметить, что решение о приостановлении выпуска товаров подлежит отмене по истечении срока такого приостановления в случае, если таможенный орган в течение этого срока не получил в отношении данных товаров одного из следующих решений: об изъятии; о наложении ареста; о конфискации (п. 1 ст. 399 ТК РФ).

Решение о приостановлении выпуска товаров подлежит отмене до истечения срока приостановления выпуска товаров, если:

1) правообладатель (его представитель) обратился в таможенный орган с просьбой об отмене решения о приостановлении выпуска товаров;

2) объект интеллектуальной собственности исключен из Реестра.

Решение о приостановлении выпуска товаров подлежит отмене в день, когда стало известно о наличии вышеуказанных оснований.

Отмена решения о приостановлении выпуска товаров осуществляется начальником таможенного органа, принявшим такое решение, или лицом, его замещающим, в виде резолюции на соответствующем обращении правообладателя (его представителя) или на рапорте уполномоченного должностного лица таможенного органа, составленном в день, следующий за днем истечения срока приостановления выпуска товаров в случае, предусмотренном пунктом 66 Положения, либо в день, когда стало известно об исключении объекта интеллектуальной собственности из Реестра.

После отмены такого решения выпуск товаров осуществляется в порядке, установленном таможенным законодательством Российской Федерации.

После отмены решения о приостановлении выпуска товаров, которые декларировались путем подачи дополнительного листа, на основном листе ГТД делается отметка о дате выпуска таких товаров.

Если после изъятия или ареста товары не будут конфискованы или уничтожены в соответствии с уголовным, гражданским законодательством или законодательством об административных правонарушениях, оборот таких товаров на территории Российской Федерации допускается после их выпуска таможенными органами в соответствии с таможенным законодательством Российской Федерации.

В соответствии со ст. 400 ТК РФ меры, связанные с приостановлением выпуска товаров в соответствии с Положением, не применяются таможенными органами в отношении товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности и перемещаемых через таможенную границу физическими лицами или пересылаемых в международных почтовых отправлениях в незначительном количестве, если такие товары предназначены для личных, семейных, домашних и иных, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности нужд.

В соответствии с п. 2 ст. 281 ТК РФ предназначение товаров определяется таможенным органом, исходя из заявления физического лица о товарах, перемещаемых через таможенную границу, характера товаров и их количества, а также из частоты перемещения товаров через таможенную границу.

При выявлении таможенными органами признаков административных правонарушений (преступлений), производство по которым отнесено в соответствии с законодательством Российской Федерации к компетенции других государственных органов, таможенные органы в соответствии со статьей 411 ТК РФ незамедлительно передают в установленном порядке информацию об этом соответствующим государственным органам.

Согласно требованиям п. 3 ст. 397 ТК РФ правообладатель в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации несет ответственность за имущественный вред, причиненный декларанту, собственнику, получателю товаров или лицу, указанному в статье 16 ТК РФ, в результате приостановления выпуска товаров в соответствии с Положением, если в установленном законодательством Российской Федерации порядке не будет определено, что товары (включая их упаковку и этикетку) являются контрафактными.

Изложенное свидетельствует о том, что процедура, регламентированная главой 38 ТК РФ, направлена в первую очередь на обеспечение содействия правообладателю в защите его прав, предоставление ему возможности отслеживать перемещение контрафактных товаров и своевременно реагировать на выявленные нарушения. При этом данная процедура едина и ее элементы не могут быть реализованы отдельно друг от друга. Например, таможенный орган не вправе осуществлять приостановление выпуска товаров, обладающих признаками контрафактных, если соответствующий объект интеллектуальной собственности не включен в таможенный реестр. В частности, такая позиция высказана в письме ГТК РФ от 27.09.2004 N 01-06/27410 "О разъяснениях по применению отдельных положений Приказа ГТК России от 27.10.2003 N 1199".

Между тем, представленную процедуру не следует считать обязательно предваряющей реализацию правоохранительных функций таможни, которые могут быть реализованы как на основе информации, полученной таможенными органами в результате вышеуказанной процедуры, так и независимо от нее.

Принятие таможенными органами мер по приостановлению выпуска товаров на основании заявления правообладателя в порядке, предусмотренном гл. 38 ТК РФ, не связано с применением административных процедур и направлено в первую очередь на содействие правообладателю в защите его прав и законных интересов. Правообладатель, подав соответствующее заявление в порядке, предусмотренном ст. 394 ТК РФ, получает возможность отслеживать с помощью таможенных органов перемещение через таможенную границу РФ предполагаемой контрафактной продукции.

**Правоохранительная деятельность таможни**

В силу подпункта 12 пункта 2 статьи 28.3 КоАП РФ таможенные органы наделены полномочиями составлять протоколы, т.е. возбуждать дела по ст.14.10, ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ.

Незаконное использование товарного знака

Статья 14.10 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за незаконное использование товарного знака, знака обслуживания и наименования мест происхождения товара в виде штрафа, налагаемого на граждан, должностных лиц, юридических лиц с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования мест происхождения товаров.

Правонарушение, предусмотренное ст. 14.10 КоАП РФ, может быть выявлено таможенным органом:

1. На стадии осуществления таможенного оформления и таможенного контроля товаров.

2. В ходе таможенного контроля после выпуска товаров (например, при проведении таможенной ревизии в соответствии со ст. 376 ТК РФ).

3. В ходе оперативно-розыскных мероприятий (в том числе по результатам совместных рейдов с сотрудниками УВД на рынках, в торговых центрах и иных местах продажи товаров).

4. При расследовании дел об административных правонарушениях (далее - дела об АП), возбужденных по другим составам (например, по ст. ст. 16.1, 16.2, 16.3 КоАП РФ).

5. По результатам рассмотрения полученных в соответствии с п. п. 2, 3 ч. 1 ст. 28.1 КоАП РФ материалов, содержащих данные, указывающие на наличие события административного правонарушения (в том числе заявлений правообладателя или организаций, представляющих интересы правообладателя на территории Российской Федерации по защите исключительных прав на товарные знаки, о привлечении к административной ответственности конкретного лица, незаконно использующего соответствующий товарный знак, знак обслуживания и наименование места происхождения товаров в связи с перемещением товаров через таможенную границу Российской Федерации).

Согласно ст. 28.1 КоАП РФ поводами к возбуждению дела об административном правонарушении являются: непосредственное обнаружение вышеуказанных сведений должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, материалы, поступившие из правоохранительных органов, из других государственных органов, органов местного самоуправления, общественных объединений, сообщения и заявления физических и юридических лиц, сообщения в средствах массовой информации.

Как правило, возбуждение дела по ст. 14.10 КоАП РФ осуществляется, на основании заявления правообладателя, поскольку именно правообладатель обладает всей полнотой информации о выпускаемых им товарах, сведениями об уполномоченных им лицах, официальных импортерах, дистрибьюторах, а также сможет отличить контрафактный товар от оригинального.

Исходя из содержания изложенных норм КоАП РФ, защита исключительного права на товарный знак может быть реализована без применения мер по приостановлению выпуска товара. При наличии информации о конкретной поставке контрафактного товара, таможенный орган будет руководствоваться информацией, полученной из заявления правообладателя, а не из таможенного реестра.

Заявление о привлечении к административной ответственности должно включать:

- сведения о правообладателе;

- наименования (указания или изображения) товарных знаков (знаков обслуживания);

- описание товарных знаков (знаков обслуживания);- перечень товаров и услуг с указанием их классов в соответствии с Международной классификацией товаров и услуг (МКТУ), в отношении которых зарегистрирован товарный знак или знак обслуживания;

- сведения о документах, подтверждающих регистрацию товарных знаков (знаков обслуживания) в соответствии с законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации;

- сведения о договорах уступки в случае, если исключительные права приобретены по договору об уступке товарного знака, лицензионных (сублицензионных) договорах и лицензиатах (сублицензиатах);

- сведения о документах, подтверждающих введение товаров, обозначенных товарными знаками, в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия;

- подробная информация о товарах, являющихся, по мнению правообладателя, контрафактными.

Следует отметить, что таможенные органы правомочны возбуждать дела об АП по ст. 14.10 КоАП РФ (в том числе по фактам реализации незаконно ввезенных на таможенную территорию Российской Федерации контрафактных товаров на внутреннем рынке) только в случае установления факта ввоза контрафактных товаров на таможенную территорию Российской Федерации (то есть места, времени и способа такого ввоза), вследствие чего такими действиями правонарушителем было нарушено исключительное право правообладателя товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров.

При неподтверждении места, времени и способа перемещения товаров через таможенную границу Российской Федерации, то есть неустановление ранее его ввоза, таможенные органы должны направить материалы, содержащие информацию об административных правонарушениях, для принятия решения в порядке ст. 28.1 КоАП РФ в органы внутренних дел (милиции) либо в органы государственной инспекции по торговле, качеству товаров и защите прав потребителей, которые уполномочены составлять протоколы об административных правонарушениях на основании п. 1 ч. 2 ст. 28.3 и п. 63 ч. 2 ст. 28.3 КоАП РФ соответственно.

Не могут рассматриваться в качестве достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.10 КоАП РФ, такие обстоятельства, как:

- присутствие на обнаруженных на внутреннем рынке Российской Федерации товарах надписей на иностранном языке, свидетельствующих об их производстве за границей;

- низкое качество товаров, отсутствие сведений о месте изготовления продукции, присутствие на товарах товарных знаков иностранных компаний-правообладателей;

- наличие товарного знака, знака обслуживания и наименования места происхождения товаров в таможенном реестре объектов интеллектуальной собственности либо в Государственном реестре товарных знаков, знаков обслуживания и наименования мест происхождения товаров Роспатента без установления факта непредоставления правообладателем права на использование указанных обозначений конкретному правонарушителю.

К характерным признакам контрафактной продукции, в частности, относятся:

1) несоответствие наименования страны происхождения, указанного на товаре (упаковке), со страной вывоза товара;

2) инструкция по применению товара является фото- или электронной копией;

3) текстильные товары без указания состава ткани, инструкции по уходу;

4) товар перевозится навалом или в разукомплектованном виде (духи, часы, одежда и др.);

5) существенно занижена стоимость товара или сумма страховки по сравнению с товарами (страховкой) подобного типа;

6) товары представляют собой этикетки, наклейки, бирки, ярлыки, вкладыши, обложки, футляры, маркированные коробки или штампы;

7) отсутствие импортера или получателя товаров в списках лицензиатов;

8) ввоз (вывоз) осуществляется через пограничные пункты пропуска, которые не использует импортер (экспортер) подлинных товаров;

9) ввоз осуществляется из страны, которая не является местом изготовления подлинных товаров;

10) товары маркированы товарными знаками, сходными до степени смешения (т.е. ассоциирующимися в целом) с товарными знаками, указанными в Государственном реестре товарных знаков, знаков обслуживания и наименования мест происхождения товаров, таможенном реестре объектов интеллектуальной собственности;

11) низкое качество упаковки (в том числе полиграфии, отсутствие защитных идентификационных марок и знаков) и самой продукции.

В случае выявления данных, свидетельствующих о незаконном использовании права на товарный знак, знак обслуживания и наименование места происхождения товаров, до возбуждения дела об административном правонарушении необходимо установить:

- охраняются ли обнаруженные объекты интеллектуальной собственности на территории Российской Федерации; если охраняются, то кому принадлежит исключительное право на товарный знак, знак обслуживания и на наименование места происхождения товара;

- предоставлялось (передавалось) ли правообладателем право (заключался ли договор, соглашение или получалось ли согласие владельца) на использование товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товаров конкретному лицу для соответствующих однородных товаров;

- признаки контрафактности товаров, позволяющие их отличить от оригинальных товаров (по возможности с представлением образцов оригинальных товаров с нанесенными на них обозначениями (объектами интеллектуальной собственности) либо подробного описания конкретного обозначения, на основании которого выдано свидетельство на товарный знак, знак обслуживания и наименование места происхождения товара (при условии их предоставления правообладателем);

- а также получить заявление (информацию) правообладателя (его представителя) о нарушении его прав в соответствии с Законом.

В случае отсутствия в действиях физического лица признаков преступления и достаточности доказательств уполномоченное должностное лицо таможенного органа составляет протокол об административном правонарушении без проведения административного расследования.

После составления протокола об административном правонарушении в соответствии со ст. ст. 23.1, 23.8 и 28.8 КоАП РФ протокол и материалы дела об АП, возбужденного в отношении граждан и должностных лиц, в течение суток направляются для рассмотрения в суды общей юрисдикции, а по делу, возбужденному в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей - в арбитражный суд.

Порядок направления (передачи) судьям дел об АП для рассмотрения установлен Приказом ФТС России от 28 апреля 2007 г. N 552 "Об утверждении порядка направления (передачи) судьям дел об административных правонарушениях для рассмотрения".

Лица, нарушающие исключительные права владельцев товарных знаков, могут быть подвергнуты и уголовной ответственности. В случае, когда незаконное использование чужого товарного знака для однородных товаров совершается неоднократно или причинило крупный ущерб (то есть, если сумма ущерба превышает 250 тыс. руб.), правонарушение влечет уголовную ответственность, предусмотренную ст. 180 УК РФ.

Согласно п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда 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" неоднократность по смыслу части 1 статьи 180 УК РФ предполагает совершение лицом двух и более деяний, состоящих в незаконном использовании товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров. (При этом может иметь место как неоднократное использование одного и того же средства индивидуализации товара (услуги), так и одновременное использование двух или более чужих товарных знаков или других средств индивидуализации на одной единице товара).

Применительно к ч. 2 ст. 180 УК РФ неоднократным признается совершение два и более раза незаконного использования предупредительной маркировки в отношении товарного знака или наименования места происхождения товара, не зарегистрированных в Российской Федерации.

**Нарушение авторских и смежных прав**

Объективную сторону административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ, образует незаконное использование экземпляров произведений или фонограмм, если они являются контрафактными, либо на экземплярах произведений или фонограмм указана ложная информация об их изготовителях, о местах их производства, а также об обладателях авторских и смежных прав, а равно иное нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода.

Слово "контрафактный" происходит от французского слова "contrefacon" - нарушение прав интеллектуальной собственности.

Таким образом, "контрафактный" означает "нарушающий авторские или смежные права".

Нарушение существенных условий авторского договора является нарушением авторского права, так как указанные действия осуществляются за пределами правомочий, предоставленных автором.

Экземпляры произведений и фонограмм, изготовленные и (или) распространенные с нарушением существенных условий договора о передаче исключительных прав, являются контрафактными. В частности, если воспроизведение превышает тираж, предусмотренный в договоре, то превышение тиража следует рассматривать как нарушение авторского права и смежных прав.

Контрафактными являются и экземпляры произведений и объектов смежных прав, в которых наряду с правомерно используемыми объектами авторского права и смежных прав используются неправомерно воспроизведенные (например, глава в книге, рассказ или статья в сборнике либо фонограмма на любом материальном носителе).

Следует отметить, что понятие "контрафактность" является сугубо юридическим. Поэтому назначение экспертизы для определения контрафактности экземпляра произведения недопустимо, и перед экспертами необходимо ставить вопрос только об определении "признаков контрафактности".

В большинстве случаев незаконного использования экземпляры произведений и фонограмм будут по тем или иным параметрам (признакам) отличаться от легальных копий. Характеристики отличий, выявленные соответствующими экспертами-специалистами, позволяют сделать вывод о наличии признаков контрафактности исследуемых товаров, которые в свою очередь, будут служить лишь косвенными доказательствами нарушения авторских и смежных прав.

Окончательный вывод о контрафактности товаров можно сделать лишь на основании подтверждения юридического факта отсутствия разрешения правообладателя на конкретный способ использования товара (ввоз, воспроизведение и т.п.).

К признакам контрафактности аудиовизуальных произведений могут относиться:

1) отсутствие маркировки, содержащей наименование лицензиата и номера лицензии на корпусе аудио- или видеокассеты, на корпусе (защитном кожухе) иного магнитного или немагнитного носителя, а также на внутреннем кольце оптического диска вокруг установочного отверстия со стороны считывания.Данная информация наносится при изготовлении экземпляров аудиовизуальных произведений и фонограмм в соответствии с Положением о лицензировании деятельности по воспроизведению (изготовлению экземпляров) аудиовизуальных произведений и фонограмм на любых видах носителей, утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации от 28 апреля 2006 г. N 252.

2) наличие на одном оптическом носителе двух и более фильмов (аудиовизуальные произведения в формате DVD в гражданский оборот выпускаются по одному фильму на каждом диске), а также наличие на диске фильмов, официальный выпуск которых только планируется (по информации РАПО);

3) отсутствие документов (договора с правообладателем, лицензии органа коллективного управления авторскими и смежными правами), предоставляющих право использовать аудиовизуальные произведения путем их распространения;

4) двусторонние носители (склеенные между собой стандартные компакт-диски), поскольку такая продукция не выпускается в России и за рубежом, отсутствует какая-либо техническая документация на их изготовление;

5) на полиграфическом оформлении отсутствуют данные о правообладателе, производителе (изготовителе) на территории Российской Федерации;

6) лицензия на носителе не соответствует лицензии на полиграфическом оформлении;

7) товар перевозится навалом или в разукомплектованном виде (компакт-диски, видео-, аудиокассеты и др.);

8) компакт-диски, нанизанные на стержень, незаписанные материальные носители;

9) компакт-диски, аудиокассеты, видеокассеты без указания маркировки, содержащей наименование лицензиата и номера лицензии на корпусе аудио- или видеокассеты, на корпусе (защитном кожухе) иного магнитного или немагнитного носителя, а также на внутреннем кольце оптического диска вокруг установочного отверстия со стороны считывания;

10) магнитная лента и корпуса для видеокассет поставляются раздельно;

11) отсутствие данных о заключенных лицензионных договорах при ввозе (вывозе) партий магнитных, оптических, механических носителей информации.

В соответствии со ст. ст. 16, 38 Закона к незаконному использованию экземпляров произведений и фонограмм относятся:

1) распространение экземпляров произведений и фонограмм, их продажа, сдача в прокат;

2) ввоз (импортирование) экземпляров произведений и фонограмм в целях распространения;

3) воспроизведение экземпляров произведений и фонограмм и др.

Так, основными способами совершения правонарушения в области воспроизведения фонограмм являются:

1) фальсификация (подделка под идентичность), что подразумевает полное повторение оригинала. При этом пиратские копии и их упаковка внешне практически не отличается от оригинала. При этом воспроизводятся также товарные знаки, голографические наклейки, прочие символы оригинального товара;

2) монтаж, то есть комбинация различных фонограмм в несвойственной оригиналу последовательности, но с сохранением оригинальных названий;

3) компиляция, то есть компоновка фрагментов оригинальных фонограмм без сохранения оригинальных названий;

4) бутлегерство, то есть нелегальная запись исполнения музыкального произведения. Например, запись концерта без разрешения фирмы звукозаписи с помощью тайно пронесенной звукозаписывающей аппаратуры.

С учетом положений ст. 11 ТК РФ, под ввозом в Российскую Федерацию применительно к диспозиции ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ экземпляров произведений и фонограмм, являющихся контрафактными, следует понимать фактическое пересечение такими товарами таможенной границы и все последующие предусмотренные ТК РФ действия с экземплярами произведений и фонограмм, до их выпуска таможенными органами.

При выявлении правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ, необходимо учитывать возможную совокупность составов правонарушений (например, ст. ст. 14.10, 16.2, 16.3 КоАП РФ).

При отсутствии подтверждения факта ввоза товаров, обладающих признаками контрафактных, на таможенную территорию Российской Федерации таможенные органы не вправе возбуждать дела об АП по ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ, поскольку данные товары, продаваемые на внутреннем рынке, не могут однозначно относиться к иностранным товарам (они могут быть произведены на внутреннем рынке Российской Федерации). В данной ситуации для принятия решения в порядке ст. 28.1 КоАП РФ соответствующие материалы, содержащие информацию об административном правонарушении, таможенным органам необходимо направить в органы внутренних дел (милиции) на основании подп. 1 п. 2 ст. 28.3 КоАП РФ.

В случае, когда незаконное использование авторского права или смежных прав совершается в крупном размере, т.е. если стоимость экземпляров произведений или фонограмм превышает пятьдесят тысяч рублей, правонарушение влечет уголовную ответственность, предусмотренную ст. 146 УК РФ. При этом возможна совокупность преступлений, предусмотренных ст. ст. 171, 180, 188, 242, 327 УК РФ.

Устанавливая признаки крупного или особо крупного размера деяний, предусмотренных ч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ, следует исходить из розничной стоимости оригинальных (лицензионных) экземпляров произведений или фонограмм на момент совершения преступления, исходя при этом из их количества, включая копии произведений или фонограмм, принадлежащих различным правообладателям. При необходимости стоимость экземпляров произведений или фонограмм, а также стоимость прав на использование объектов интеллектуальной собственности может быть установлена путем проведения экспертизы (п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации 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").

Таким образом, в ходе расследования в целях решения вопроса о том, является ли экземпляр произведения контрафактным, необходимо оценивать все фактические обстоятельства дела, в частности, обстоятельства и источник приобретения лицом указанного экземпляра, правовые основания его импорта, продажи и др., наличие договора о передаче (предоставлении) права пользования (например, авторского или лицензионного договора с автором или обладателем смежных прав), соответствие обстоятельств использования произведения условиям этого договора (выплата вознаграждения, тираж и т.д.), заключение экспертизы изъятого экземпляра произведения.

При квалификации действий виновных по делам о преступлениях, предусмотренных ст. ст. 146, 147, 180 УК РФ, не должен учитываться причиненный потерпевшему моральный вред, в том числе связанный с подрывом его деловой репутации. Требования о компенсации морального вреда могут быть рассмотрены в рамках уголовного дела путем разрешения предъявленного потерпевшим гражданского иска.

Потерпевшими от нарушения авторских и смежных прав являются правообладатели, в том числе авторы, исполнители, производители фонограмм, организации эфирного или кабельного вещания, которым административным правонарушением причинен имущественный или моральный вред (ущерб).

В большинстве случаев авторы и владельцы смежных прав не сами реализуют свои правомочия, а передают права на использование произведений другим лицам. Факт передачи прав на использование экземпляров произведений и фонограмм подтверждается авторским или лицензионным договором.

Для признания правообладателя потерпевшим на практике используются каталоги лицензионной аудио-, видеопродукции и базы данных правообладателей.

При невозможности определения авторских прав на территории Российской Федерации "правообладателем" признается зарубежный производитель. Права зарубежных производителей защищаются на территории Российской Федерации по действующим международным договорам.

В качестве имущественного вреда могут рассматриваться неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) (ст. 15 ГК РФ).

В качестве причинения морального вреда (физические и нравственные страдания) могут рассматриваться последствия распространения сведений, порочащих деловую репутацию физического или юридического лица (ст. ст. 151 - 152 ГК РФ).