

9. Криминалистика / Пор ред. В.А. Образцова. М.: Юрист, 1997. 756 с.
10. Домбровский Р. Предмет криминалистики. Рига, 1973. 56 с.
11. Комисарчук Р.В. Епістемологічні основи криміналістики. Jurnalul juridic national: teorie și practică, № 2 (30). Ч. 1, 2018. С. 164– 167.
12. Комисарчук Р.В. Предпосылки формирования учения о криминалистической технологии. «Legea si Viata». № 5/2. 2018. С. 99– 103.
13. Комисарчук Р.В. Аналітична парадигма криміналістичної технології. Visegrad Journal on Human Rights. № 2. 2018. С. 81–85.
14. Комисарчук Р.В. Криміналістична технологія в системі юридичної освіти. Jurnalul juridic national: teorie și practică, № 3 (31), 2018. С. 115– 118.
15. Комисарчук Р.В. Криминалистика – технология борьбы с преступностью (криминалистическая технология). «Legea si Viata». № 8, 2018.
16. Балацкий Е.В. Наука и технологии: новая модель отношений. Научно-исследовательские исследования. 2008: Сб. науч. тр. / РАН ЮНИОН. Центр науч.-информ. исслед. по науке, образованию и технологиям; Отв. ред. Ракитов А.И. М., 2008.
17. Управление качеством образования: (Методологический аспект) / В. Кондратьев, Л.Ф. Матронина / научно-исследовательские исследования, 2008: сб. науч. трудов / отв. ред. А.И. Ракитин. М., 2008. С. 260– 266.
18. Gross H. Gesammelte Kriminalistische Aufsätze. Leipzig: F. C. W. Vogel, 1902. VIII, 432 S.

УДК 343.98;347.772

НАСЛІДКИ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ

CONSEQUENCES OF THE ILLEGAL USE OF TRADEMARKS AS AN ELEMENT OF FORENSIC CHARACTERISTICS

Поліщук І.Ю.,
здобувач кафедри криміналістики та судової медицини
Національна академія внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню шкоди, що завдається незаконним використанням торговельної марки з позиції криміналістики та судової експертизи. Акцентовано увагу на неправомірності застосування принципу витіснення оригінальної продукції контрафактною у разі порушення прав на luxury-бренди. Обґрунтовано наявність моральної шкоди в юридичної особи-власника торговельної марки.

Ключові слова: незаконне використання торговельних марок, контрафакт, упущена вигода, моральна шкода юридичній особі, принцип витіснення, судова експертиза у сфері інтелектуальної власності.

Статья посвящена исследованию вреда, наносимого незаконным использованием товарного знака с позиции криминалистики и судебной экспертизы. Акцентируется внимание на неправомерности применения принципа вытеснения оригинальной продукции контрафактной в случаях нарушения прав на luxury-бренды. Обосновано наличие морального вреда у юридического лица-владельца торговой марки.

Ключевые слова: незаконное использование товарных знаков, контрафакт, упущенная выгода, моральный вред юридическому лицу, принцип вытеснения, судебная экспертиза интеллектуальной собственности.

The article is devoted to the investigation of the harm caused by the illegal use of the trademark from the standpoint of forensic science and forensic expertise. The issues of forensic examination of missed profit as a result of illegal use of trademarks are analyzed.

It is noted that the victim may for a long time not be aware of the illegal use of his trademark, since this crime does not cause changes in the material objects of the owner of the trademark. In the case of the illegal use of a trademark, the consequences in the form of lost profits are available, but they do not create either material or ideal traces.

Attention is drawn to the lack of a methodological justification of the algorithm for calculating losses as a result of the illegal use of trademarks. It is proposed to apply the royalty method as most appropriate in establishing the lost benefit of the trademark owner.

It is proved that the illegal use of trademarks causes not only pecuniary damage in the form of lost profits, but also moral damage to legal entities of the trademark owner (business reputation is violated).

It is noted that the establishment of the type of harm affects the final outcome of the investigation, therefore the answer to the question "Did the one sale of a counterfeit product out of the market one realization of the original" in each particular criminal proceedings against the illegal use of the trademark is mandatory.

The emphasis is placed on the unlawfulness of the principle of displacement the original product counterfeit in cases of violation of the rights to luxury brands. It is noted that the question of establishing the admissibility of the use of the principle of displacement belongs to the behavioral stereotypes of consumers, therefore, should be solved, as well as determination of the non-material damage to the business reputation of the owner of the trade marks, specialists of social psychology.

The article provides examples of judicial practice in criminal proceedings for the investigation of the illegal use of trademarks.

Key words: illegal use of a trademark, counterfeiting, missed profit, moral damage to legal entities, principle of displacement, forensic expertise of intellectual property.

Постановка проблеми. Насиченість українського ринку контрафактними товарами та низька ефективність боротьби з порушенням прав інтелектуальної власності дискредитує Україну в європейській і міжнародній спільноті. Попри більш ніж 17-літнє існування окремої статті у кримінальному законі, що захищає права власників торговельних марок, незаконне використання цього об'єкта інтелектуальної власності в Україні є звичайним явищем.

Відкритим залишається питання дослідження на дисертаційному рівні криміналістичних особливостей злочинних наслідків незаконного використання торговельних марок, що зумовлює актуальність статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Криміналістична характеристика незаконного використання торговельних марок значно відрізняється у кількісному та якісному складі від так званого «типового набору» криміналістично значущих ознак інших злочинів.

О.О. Алексєєв писав, що криміналістичну характеристику «складає опис властивостей та ознак, які мають значення для розкриття механізму злочину, характеру слідів, що залишились, умов вчинення злочину...» [1, с. 429]. При цьому він визначав криміналістичну характеристику як ідеальну модель типових зв'язків і джерел доказової інформації; вірогідну модель події; систему даних (відомостей) про злочин, які сприяють розслідуванню; систему

узагальнених фактичних даних, знання яких необхідно для організації розслідування злочинів [1, с. 429].

А.В. Старушкевич зазначав «п'ять елементів криміналістичної характеристики, які виділив А.І. Баянов, зокрема, це спосіб підготовки, вчинення та приховання злочину, предмет і наслідки злочинного замаху, особа потерпілого, особа злочинця, мотив і ціль вчинення злочину» [2, с. 23].

Зважаючи на це, для розслідування незаконного використання торговельних марок не має більш криміналістично значимої ознаки, ніж шкода, що завдається цим злочином.

Водночас саме ця ознака є найбільш складною у розумінні та дискусійною. І та обставина, що слідчий під час розслідування незаконного використання торговельних марок повинен звернутися з клопотанням до слідчого судді для проведення експертизи з визначення розміру матеріальних збитків і шкоди немайнового характеру, заподіяних цим злочином, не означає, що йому не потрібно розуміти суть і механізм завдання такої шкоди (п. 6 ч. 1 ст. 242 Кримінального процесуального кодексу України) [3].

Постановка завдання. Метою статті є встановити суть шкоди, що завдається внаслідок незаконного використання торговельних марок як елемента криміналістичної характеристики та проаналізувати основний принцип, на якому базується її розрахунок, – «принцип витіснення» оригінальної продукції контрафактною.

Виклад основного матеріалу. Під час конструювання кримінально-правової норми в ст. 229 Кримінального кодексу України (далі – КК) для позначення суспільно небезпечних наслідків незаконного використання торговельних марок законодавець використав поняття *матеріальна шкода*.

У науково-практичному коментарі ст. 229 КК України вказується, що ця категорія містить *пряму дійсну шкоду та втрачену вигоду* [4, с. 574]. Під *прямою дійсною шкодою* розуміють втрату, погіршення або зниження цінності майна, необхідність для підприємства провести затрати на відновлення, придбання майна чи інших цінностей або провести зайві грошові виплати [5].

Положення ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) визначають, що *збитками* є втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (*реальні збитки*) та доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (*упущена вигода*) [6].

Отже, в аспекті тематики дослідження поняття «матеріальна шкода» та «збитки» використовуються в однаковому значенні.

Традиційно збитки як інститут цивільного права досліджуються цивілістами [7; 8]. Водночас у галузі кримінального права чільне місце в дисертаційних роботах кандидатського та докторського рівнів займає питання шкоди від злочинних посягань на об'єкти інтелектуальної власності [9; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17]. Окрім того, наявні праці, що безпосередньо досліджують злочинні наслідки в господарських злочинах, зокрема шкоду від незаконного використання торговельних марок [18, с. 212–225].

У наукових пошуках не залишилися осторонь економісти, оцінювачі та судові експерти, зважаючи на економічний характер збитків і необхідність їх розрахунку, що здійснюється саме цими фахівцями [19; 20; 21; 22; 23].

Аналізуючи наукову вітчизняну та зарубіжну літературу з питань матеріальної шкоди, завданої внаслідок незаконного використання торговельних марок, виявлено її різне тлумачення та підходи до обчислення.

Очевидно, що за незаконного використання торговельних марок злочинець не знищує та не пошкоджує жодних матеріальних речей. Право інтелектуальної власності на торговельну марку та оригінальний товар у потерпілого

залишаються. За таких обставин єдиною складовою матеріальної шкоди, завданої внаслідок незаконного використання торговельної марки, є *упущена вигода* її власника.

Відсутність будь-яких змін у матеріальній дійсності суперечить усталеному серед юристів поняттю пізнання у кримінальному процесі, яке, за словами Б.В. Романюка, «здійснюється за загальними законами діалектико-матеріалістичної гносеології, в основі якої лежить процес відображення як певна властивість матерії, під якою в узагальненому вигляді розуміють результат діалектичної взаємодії матеріальних об'єктів» [24, с. 36].

Так само виникає протиріччя в тезі «злочин завжди матеріальний і викликає сукупність пов'язаних із ним змін, що відбуваються в органічній і неорганічній природі» [25, с. 96].

За незаконного використання торговельних марок злочинець неправомірно застосовує зображення торговельної марки на власному контрафактному товарі. Коли споживач купує контрафактний товар замість оригінального, у власника торговельної марки виникає упущена вигода.

«Неодержані доходи можуть бути спричинені тим, що винна особа, незаконно використовуючи чужий знак, розширює сферу збуту своєї продукції й у такий спосіб послаблює на ринку попит на оригінальні товари, які виробляються та реалізуються власником знака на товар», – стверджується у науково-практичному коментарі ст. 229 КК України [4, с. 574].

Ці факти переконують, що потерпілий може довгий час і не здогадуватись про незаконне використання його торговельної марки, оскільки цей злочин не викликає змін у матеріальних предметах власника торговельної марки.

Під час вчинення цього злочину наслідки у формі упущеної вигоди наявні, але вони не створюють ні матеріальних, ні ідеальних слідів.

Матеріальне відображення таких наслідків створюється шляхом розрахунку та фіксації в документальній формі безпосередньо самим власником торговельної марки або його представником чи іншою спроможною або уповноваженою на це особою.

Саме це є найбільшою особливістю всіх злочинів у сфері інтелектуальної власності та незаконного використання торговельних марок зокрема, що не завжди до кінця усвідомлюється правниками.

Наслідки цього злочину, як і сама торговельна марка, «нематеріальні», навіть за умови того, що законодавець визначає у кримінальному праві упущену вигоду складовою матеріальної шкоди, а науковці та практики це визнають.

Ряд учених одноставно вказує на те, що збиток за незаконного використання торговельних марок постає у формі упущеної вигоди [23, с. 108; 22; 19, с. 34; 26; 27, с. 61–62; 28, с. 280; 18, с. 214; 29, с. 101; 30, с. 36]. Однак точиться дискусія за конкретизації способу обрахунку цього показника.

Загальною ознакою, яка присутня в існуючих підходах, є догма – *одиниця контрафактного товару витісняє одиницю оригінального товару*, яку ще називають *принципом витіснення*. В Україні вказаний принцип закріплений в узагальненнях господарського судочинства щодо вирішення спорів, пов'язаних із захистом авторського права та суміжних прав (п. 50 постанови ВГСУ від 17 жовтня 2012 р. № 12) [31]. Треба визнати, що хоча зазначена концепція піддавалась критиці як у вітчизняних джерелах [27, с. 61], так і в зарубіжних [23, с. 138], кількісно обчислювати збитки, завдані внаслідок незаконного використання торговельних марок, без цього припущення проблематично. Інша річ, як саме його використовувати.

В Україні досі, зокрема шляхом судової експертизи, поширеним способом визначення упущеної вигоди внаслідок незаконного використання торговельних марок є знаходження чистого доходу, шляхом добутку кількості

контрафактних товарів на ціну оригінальних, що, на наш погляд, є некоректним [32, с. 84; 33; 30, с. 40].

На наше переконання, помилка допускається в обох множниках. Наприклад, під час обчислення кількості контрафактних товарів, крім фактично проданих підробок, враховують виготовлені й ті, що зберігаються з метою продажу. А під час зазначення ціни оригінальної продукції користуються документами третіх осіб – роздрібних посередників. За таких умов із ціни товару не виокремлюють частину економічної вигоди, що приходить на торговельну марку.

Показовою в цьому плані буде справа № 727/6979/14-к, у якій суд визнав підсудного винним і задовольнив цивільний позов компанії HUBLOT SA GENEVE на суму 1,757 млн грн, що еквівалентно на дату винесення вироку 63,29 тис. дол. США [34]. У вказаній справі було встановлено реалізацію 1 контрафактного годинника на суму 200 грн, за допомогою контрольної закупки було зафіксовано реалізацію 2 од. контрафактних годинників на суму 1400 грн та під час обшуку було виявлено й вилучено 6 контрафактних годинників. Водночас судовим експертом було встановлено розмір матеріальної шкоди внаслідок незаконного використання торговельної марки шляхом множення 9 од. контрафактних годинників на рекомендовану вартість, підтверджену листом ТОВ «Часовий салон «Кристал», яке займається роздрібною торгівлею оригінальних годинників компанії HUBLOT SA GENEVE в сумі 1,757 млн грн.

Є впевненість у тому, що застосований у вказаній справі підхід визначення матеріальної шкоди хибний.

По-перше, за встановлених у справі обставин не можна давати категоричну відповідь щодо наявності матеріальної шкоди для тих одиниць контрафактного товару, які не були реалізовані.

По-друге, використані дані про ціну 1 од. оригінального годинника з торговельною маркою HUBLOT дає змогу встановити суму, за яку можна було б купити 9 од. годинників із торговельною маркою HUBLOT у ТОВ «Часовий салон «Кристал». Ця сума не є упущеною вигодою компанії HUBLOT SA GENEVE внаслідок незаконного використання її торговельної марки.

По-третє, у зазначеному підході можна піддати сумніву правомірність застосування принципу витіснення – «Чи дійсно контрафактний годинник за ціною 200 грн міг витіснити з ринку оригінальний годинник за ціною близько 219 тис грн?».

Якщо не зважати на аргумент про правомірність застосування принципу витіснення, вважаємо, що вищенаведені обчислення є незавершеним розрахунком. У знайдений сумі враховується собівартість товару, що включає матеріали, енергію, заробітну платню та нарахування на неї, комерційні та інші витрати.

Правильним було б виокремити в чистому доході частину прибутку, яка припадає на торговельну марку або ліцензійні платежі (роялті), які міг би отримати власник торговельної марки, якби порушник уклав ліцензійну угоду.

В юридичній літературі запропонований нами підхід не тільки підтримується [11, с. 158], а й критикується представниками власників торговельних марок [35, с. 118].

Однак все ж таки більшість вітчизняних і зарубіжних дослідників [23, с. 108; 19, с. 34; 18, с. 224; 30, с. 47] вважає обчислення недоотриманого роялті (плати за користування торговельних марок) найбільш правильним підходом до визначення матеріальних збитків, завданих внаслідок незаконного використання торговельних марок.

Як приклад наведемо справу № 127/23453/13-к, де суд встановив, що шкода, заподіяна потерпілому внаслідок незаконного використання торговельної марки полягає в упущеній вигоді, що обраховано через ліцензійну плату [36].

Також показовою щодо розуміння суті матеріальної шкоди, заподіяної внаслідок незаконного використання торговельної марки, буде справа № 472/806/15-к, у якій суд констатував: «За використання торгової марки без дозволу матеріальна шкода власнику заподіюється внаслідок зменшення обсягу товарів, що ним реалізується, та попиту на них, тому втрачена вигода полягає в розмірі прибутку, який він міг би отримати, але не отримав внаслідок появи на ринку фальсифікованого товару, або розмірі ліцензійної винагороди, що є прибутком (доходом), який недоотриманий власником торгової марки, якби особа використовувала торгову марку на законних підставах... Упущена вигода під час порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, зокрема торговельної марки, має місце лише за наявності фактичної реалізації контрафактного товару» [37].

З проведеного аналізу слідчої та судової практики випливає, що тільки в 15 % випадків був використаний метод роялті до визначення матеріальних збитків.

Виділення з ціни товару частки економічної вигоди характерне не тільки для об'єктів інтелектуальної власності. І.В. Подколзін у дисертації дійшов висновку, що «у визначенні розміру упущеної вигоди торговельних підприємств орієнтиром може слугувати торговельна націнка, але зменшена на відповідну суму витрат, які вони несуть у разі здійснення ними торговельної діяльності» [8, с. 16].

Ми вважаємо, що упущена вигода не єдина шкода, що завдається власнику за незаконного використання його торговельної марки. Майже у всіх випадках незаконного використання торговельних марок заподіюється шкода діловій репутації суб'єктів господарювання, оскільки торговельна марка незаконно використовуються на товарах значно нижчої якості, що викликає у споживачів негативне ставлення й до оригінальних товарів [4, с. 574].

Треба брати до уваги те, що на кваліфікацію за ст. 229 КК України це не впливає, однак може враховуватись під час призначення покарання та відшкодуватись шляхом цивільного позову.

Під час розслідування незаконного використання торговельних марок слідчий повинен орієнтуватися в таких питаннях: «Чи дійсно продаж контрафактного товару унеможливує продаж оригінального?»; «Чи дійсно споживач не знав, що купує підробку?»; «Чи зміг би споживач придбати оригінальний товар?» (фінансовий аспект); «Чи можливо придбати оригінальний товар у населеному пункті, де продавався контрафактний товар?» (фізичний аспект) і так далі.

Ці питання є важливими, оскільки відповіді на них дадуть змогу прийняти рішення з приводу заподіяння *матеріальної* або *немайнової* шкоди.

Внаслідок цього буде закріплена правомірність застосування для розрахунку упущеної вигоди власника торговельної марки принципу *одиниця контрафактного товару витісняє одиницю оригінального товару* або прийняте рішення про відсутність складу злочину, оскільки має місце лише порушення ділової репутації.

Тут варто зазначити, що кримінальне процесуальне законодавство виключає можливість для юридичної особи мати статус потерпілого, якщо йому завдано лише немайнової шкоди (ч. 1 ст. 55 КПК України) [3]. Тому за незаконного використання торговельної марки це означає закриття кримінального провадження, зважаючи на те, що воно здійснюється у формі приватного обвинувачення (п. 1 ч. 1 ст. 477 КПК України) [3].

Як бачимо, встановлення виду шкоди впливає на кінцевий результат розслідування, тому відповідь на питання «Чи витіснила з ринку одна реалізація контрафактного товару одну реалізацію оригінального» в кожному конкретному кримінальному провадженні з незаконного використання торговельної марки є обов'язковою.

Є серйозні заперечення щодо використання принципу витіснення одним контрафактним товаром одного оригі-

нального шляхом продажу в усіх випадках. На нашу думку, за умови значної різниці в ціні контрафактного товару та конкретного їхня місця продажу таке витіснення неможливе.

На мал. 1 показані результати експерименту «Пошук контрафакту» у магазинах, що розташовані на території базару в Дарницькому районі м. Києва. У рамках експерименту було виявлено контрафактний топ із незаконним використанням двох торговельних марок компанії ЛУІ ВЮІТТОН МАЛЛЕТІЕР згідно зі свідоцтвами України № 18914 та № 18915 вартістю **129 грн** і контрафактний гаманець із незаконним використанням торговельної марки компанії Шанель САРЛ згідно з міжнародною реєстрацією № 731984 від 10 лютого 2000 р. вартістю **72 грн**.



Рис. 1 – Контрафактні товари

На рис. 2 наведені оригінальні товари вказаних виробників та ціни на них з офіційних сайтів <https://us.louisvuitton.com> та <https://www.chanel.com>.

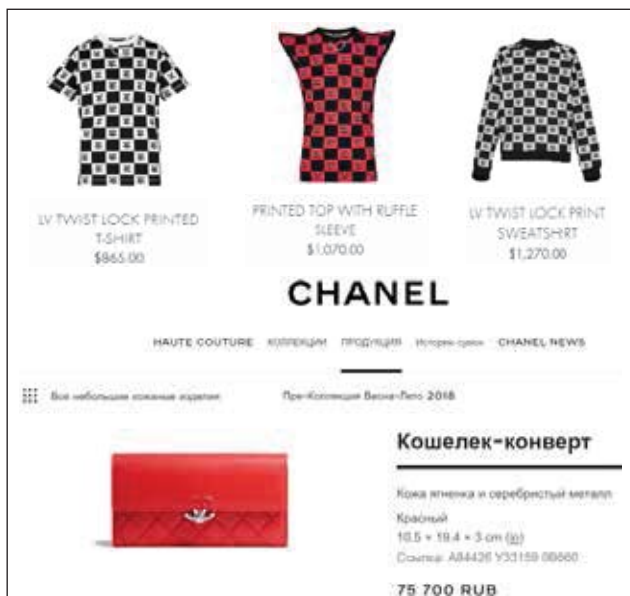


Рис. 2 – Оригінальні товари

Не потребує додаткових аргументів теза, що особа, котра купить контрафактний гаманець за **72 грн** з незаконним використанням торговельної марки компанії Шанель Сарл, не в змозі придбати оригінальний товар за більш ніж за **32 тис. грн**¹.

Використання за такої ситуації *принципу витіснення* для розрахунку матеріальної шкоди є недопустимим. Визначення упущеної вигоди через ціну оригінального товару навіть із виокремленням економічних вигод, що при-

падають на торговельну марку, будуть порушувати суть упущеної вигоди.

Т.Є. Крисань у своїй дисертаційній роботі писала, що «перший критерій, яким повинні користуватися правозастосовувачі для визначення упущеної вигоди, – звичайні умови цивільного обороту (а не теоретично можливі особливо сприятливі ситуації)...» [7, с. 139].

Ще у 1925 р. під час визначення упущеної вигоди Ф. Вольфон говорив про елементи припущення. Роздумуючи про властивості та ознаки даних, які можуть лежати в основі визначення упущеної вигоди, він стверджував, що вони «ни в коєм случае не должны быть фантастическими, они также не должны исходить из спекулятивных расчетов» [38, с. 89].

Упущена вигода як складова матеріальної шкоди є все одно шкодою майбутнього, тому її настання є ймовірним. «Суд не повинен брати до уваги таке отримання майна, яке є проблематичним і на яке не можна розраховувати з вірогідністю, що практично розглядається як достовірність», – вказує Т.Є. Крисань, посилаючись на вчених-цивілістів радянської епохи [7, с. 139–140].

З наведеного вище випливає, що у змодельованій ситуації ні компанії Шанель САРЛ, ні компанії ЛУІ ВЮІТТОН МАЛЛЕТІЕР за незаконного використання їхніх торговельних марок матеріальна шкода у формі упущеної вигоди не заподіяна.

Будь-яке визначення упущеної вигоди в описаній ситуації з використанням ціни оригінального товару буде порушувати принцип компенсаційності відшкодування збитків, що «виходить із неприпустимості збагачення потерпілої сторони» [7, с. 143].

Однак у кримінальному судочинстві України щодо справ незаконного використання торговельних марок поки що саме так і виходить.

У згадуваному вище нами вирокі зі справи № 727/6979/14-к щодо незаконного використання торговельної марки компанії HUBLOT SA GENEVE на годинниках вказано «суд вважає необґрунтованою позицію прокурора щодо необхідності призначення остаточного покарання в розмірі майнової шкоди, завданої злочинником, оскільки отриманий обвинуваченим злочинний дохід внаслідок вчинення інкримінованих злочинів становить **1600 грн** і є значно меншим від розміру заподіяної майнової шкоди» [34]. Нагадаємо, що в цій справі використовувався принцип витіснення, за яким матеріальна шкода була обрахована добуток всіх виявлених контрафактних годинників на дистриб'юторську ціну оригінальних, і був задоволений цивільний позов на суму 1,757 млн грн, що еквівалентно на дату винесення вироку 63,29 тис. дол. США.

Вказаний вирок є «взірцем» патової ситуації, що склалась у слідчій і судовій практиці розслідування незаконного використання торговельних марок, і пояснює 8 % показник направлених до суду кримінальних проваджень від облікованих протягом останніх 5-х років.

В.М. Маркова, досліджуючи питання соціально-психологічної характеристики образу торговельної марки, встановила, що він є емоційно-забарвленим, соціально значимим феноменом, що має характер стереотипу та склався у свідомості споживача, тому може психологічно впливати на його поведінку. Психологічними механізмами соціально-психологічного впливу на споживачів «являються механізми убеждения, внушения, подражания и заражения, которые составляют основу процессов формирования потребительского поведения», – вказує зазначений психолог [40, с. 8].

На наше переконання, за незаконного використання торговельної марки, коли очевидним є неможливість витіснення надто дешевим контрафактним товаром оригінального, заподіюється немайна шкода, що полягає в порушенні ділової репутації власника торговельної марки.

Реальний платоспроможний споживач, котрий у змозі придбати «брендову» річ із високою ціною для підкрес-

¹ Згідно з офіційним курсом НБУ станом на 23 липня 2018 р. 10 RUB = 4.1655 UAH

лення свого майнового статусу, не бажає, аби подібні до його речей «підробки» були в інших осіб. З цих підстав він перестає купувати оригінальні речі, оскільки на ринку представлено багато схожих «підробок».

В.М. Маркова підкреслювала, що соціально-психологічний зміст образу торговельної марки виявляється, зокрема, у сприйнятті її унікальності [40, с. 20].

За таких обставин принцип витіснення *одиноцею контрафактного товару одиниці оригінального товару* не працює. Математично не можливо спрогнозувати кількісну залежність у поведінці двох, не пов'язаних між собою осіб. Покупець дешевого контрафактного товару ніколи б не купив дорогої оригінальної речі, однак через те, що багато осіб купили його, гіпотетичний покупець оригінального товару вже не бажає його купувати через втрату цим товаром його винятковості.

Звертаємо окрему увагу, що вищезазначене стосується виключно тих випадків, коли принцип витіснення неможливий, і це є очевидним широкою загалом. На практиці трапляються ситуації, за яких особа дійсно вважає, що купує оригінальну продукцію, оскільки ціна та місце продажу не викликають у неї сумнівів.

Результати опитування свідчать, що різниця в ціні оригінального та контрафактного товарів залежить від виду товару,

що підробляється. Для «брендових» речей, як продемонстровано вище, питома вага ціни контрафакту в ціні справжніх товарів може складати менше ніж 1 відсоток, а в разі «підробок» сигарет і кави ціна контрафакту сягає 75 % від ціни оригіналу.

За таких обставин найкраще у кожному конкретному випадку незаконного використання торговельних марок встановлювати можливість застосування принципу витіснення, що є головним як для виду шкоди, що завдається, так і для можливості її подальшого розрахунку.

Підсумовуючи, зазначимо, що під час розслідування незаконного використання торговельних марок слідчий не може нехтувати питаннями змістовного наповнення шкоди внаслідок цього злочину та її розмежування на матеріальну та немайнову. У цій ситуації неприпустимо перекладати такі питання на розсуд експертів, що, як відомо, також помиляються, особливо в економічних дослідженнях у сфері інтелектуальної власності, які сьогодні не мають наукової методологічної основи [39].

Питання встановлення допустимості використання *принципу витіснення* належить до поведінкових стереотипів споживачів, тому повинно вирішуватись, як і визначення розміру немайнової шкоди діловій репутації власника торговельних марок, фахівцями в галузі соціальної психології.

ЛІТЕРАТУРА

1. Криміналістика: підручник / В.В. Пясковський, Ю.М. Черноус, А.В. Іщенко, О.О. Алексєєв та ін. К.: Центр учбової літератури, 2016. 544 с.
2. Старушкевич А.В. Криміналістична характеристика злочинів: навч. посібник. К.: 1997. 44 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-є вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавроюка. К.: Атіка, 2005. 1064 с.
5. Про судову практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками. Пленум від 29 грудня 1992 р. № 14. Верховний Суд України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-92>.
6. Цивільний кодекс України: Закон від 16 січня 2003 р. № 435-IV. Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
7. Крисань Т.Є. Збитки як категорія цивільного права України: дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.03. Одеса, 2008. 198 с.
8. Подколзін І.В. Збитки та їх відшкодування в договірному праві України: автореф. дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.03. Київ, 2009. 22 с.
9. Берзін П.С. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України: дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Київ, 2004. 311 с.
10. Бондарев В. Н. Уголовно-правовая охрана интеллектуальной собственности: дисс. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Ростов н/Д, 2002. 227 с.
11. Дімітров М.М. Кримінальна відповідальність за незаконне використання знака для товарів та послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару: дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Київ, 2016. 238 с.
12. Долотов Р. О. Механизм уголовно-правового регулювання в сфері протиправних посягань на об'єкти інтелектуальної власності: дисс. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Саратов, 2009. 225 с.
13. Лепина Т.Г. Уголовно-правовая охрана интеллектуальной собственности: дисс. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Курск, 2014. 235 с.
14. Молчанов Д.В. Уголовно-правовая охрана интеллектуальной собственности: автореф. дисс. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Москва, 2009. 28 с.
15. Нерсисян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: автореф. дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Київ, 2008. 22 с.
16. Титов С.Н. Уголовно-правовое обеспечение охраны интеллектуальной собственности: дисс. ... к. ю. н.: спец. 12.00.08. Москва, 2013. 209 с.
17. Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Україні: перспективи розвитку та гармонізації з Європейським законодавством: дис. ... д. ю. н.: спец. 12.00.08. Харків, 2011. 504 с.
18. Берзін П.С. Наслідки у складах злочинів у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: навч. посібник. К.: КНТ. 2007. 392 с.
19. Бутнік-Сіверський О.Б. Методики розрахунків – складова спеціальних знань і як доказ у висновку судової економічної експертизи у сфері інтелектуальної власності. Проблеми теорії та практики судової експертизи з питань інтелектуальної власності: матер. наук.-практ. конф. (м. Київ, 21 грудня 2017 р.). Київ: НДЦСЕВ Мін'юсту, 2017. С. 29–36.
20. Гордон В. Смит Оценка товарных знаков; пер. с англ. Бюро переводов РОЙД. М.: ИД «КВИНТО-КОНСАЛТИНГ», 2010. 384 с.
21. Костин А.В. Оценка убытков правообладателей товарных знаков от контрафакции: дисс. ... к. э. н.: спец. 08.00.05. Москва, 2009. 158 с.
22. Русма Дж., Керр Дж. и Рейли Р. Анализ упущенной выгоды и экономического ущерба от нарушения прав интеллектуальной собственности. Business Valuations Guide. 2007. № 1. С. 158–175.
23. Brennan N., Hennessy J. Forensic accounting and intellectual property infringement. Commercial Law Practitioner. 2001. № 8 (5). P. 103–109.
24. Романюк Б.В. Сучасні теоретичні та правові проблеми використання спеціальних знань у досудовому слідстві: дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.09. Київ, 2002. 222 с.
25. Чернявський С.С. Методика розслідування злочинів у сфері банківського кредитування: дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.09. Київ, 2001. 303 с.
26. Поліщук І.Ю. Застосування дохідного оціночного підходу при проведенні судової експертизи з визначення матеріальної шкоди при порушенні прав на торговельну марку. Криміналістика і судова експертиза. 2014. Вып. 59. С. 428–436.
27. Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової охорони інтелектуальної власності в Україні. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2015. № 1. С. 50–68.

28. Дімітров М.М. Особливості визначення розміру заподіяної матеріальної шкоди при кваліфікації злочину, передбаченого ст. 229 КК України. Наукове забезпечення досудового розслідування: проблеми теорії та практики: зб. тез доповідей V Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 8 липня 2016 р.). Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2016. С. 280–281.
29. Савич С.С. Відшкодування майнової шкоди, завданої внаслідок неправомірного використання торговельної марки (польський досвід адаптації законодавства до стандартів ЄС). Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 7. С. 99–107.
30. Лавровська І.Б. Матеріальна шкода та упущена вигода в судовій практиці про злочини у сфері інтелектуальної власності. Вісник Верховного Суду України. 2013. № 7 (155). С. 35–47.
31. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності. Пленум від 17 жовтня 2012 р. № 12. Вищий господарський суд України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12/print1520607323674977>.
32. Поліщук І.Ю. Незаконне використання знака для товарів та послуг: особливості об'єктивної сторони складу злочину (ст. 229 КК України). Юридична Україна. 2013. № 11. С. 81–87.
33. Полищук И.Ю. Как нельзя считать ущерб вследствие нарушения прав на торговую марку. URL: <http://afo.com.ua/ru/news/2/1132>.
34. Вирок Шевченківського районного суду м. Чернівці від 27 лютого 2015 р. у справі № 727/6979/14-к. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44479810>.
35. Компанець Є.М. Розрахунок матеріальної шкоди (збитків) правовласників у кримінальному провадженні: робота над помилками. Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності: теорія і практика. 2017. Вип. 4. С. 111–121.
36. Вирок Вінницького міського суду Вінницької області від 23 грудня 2013 р. у справі № 127/23453/13-к. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36496194>.
37. Вирок Веселинівського районного суду Миколаївської області від 22 серпня 2017 р. у справі № 472/806/15-к. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68412503>.
38. Вольфсон Ф. Учебник гражданского права РСФСР. Ч. 1. Москва: Юридическое издательство НКЮ РСФСР. 1925. 155 с.
39. Стародубов І.В., Поліщук І.Ю. Наукові та методичні основи економічних досліджень у сфері інтелектуальної власності. Судова експертиза. 2014. № 2. С. 23–29.
40. Маркова В. М. Социально-психологические характеристики образа торговой марки: автореф. дисс. ... к. псих. Н.: спец. 19.00.05. Москва, 2009. 24 с.