

*Науково-практичний коментар*

**до Закону України  
«Про захист від  
недобросовісної  
конкуренції»**



## Асоціація протидії недобросовісній конкуренції

Член LIDC – Міжнародної ліги конкурентного права /Швейцарія/



НАЛАШТУЙСЯ  
на чесну гру!

- Сприяння розвитку добросовісних конкурентних відносин на національному і міжнародному рівні
- Захист прав споживачів та виробників від проявів недобросовісної конкуренції
- Захист, сприяння та допомога членам АПНК в боротьбі з недобросовісною конкуренцією
- Співпраця з державними органами у боротьбі проти недобросовісної конкуренції в Україні
- Участь у законотворчій діяльності: комітети, робочі та ініціативні групи, громадські ради при державних інституціях
- Проведення навчальних і наукових заходів, семінарів, тренінгів
- Огляд та аналіз законодавства

### Сфери інтересів АПНК включають боротьбу з:

- Недобросовісною конкуренцією у сфері інтелектуальної власності
- Неправомірним використанням ділової репутації суб'єктів господарювання
- Поширенням інформації, що вводить в оману
- Піратством та торгівлею контрафактною продукцією
- Зловживаннями та порушеннями на ринку реклами
- Проявами дискредитації суб'єктів господарювання
- Порушеннями прав на комерційну таємницю
- Демпінговими змовами та картелями
- Зловживанням домінуючим положенням на ринку
- Створенням бар'єрів для виходу на ринок нових учасників
- Антиконтурентними узгодженими діями під час державних закупівель
- Антиконтурентними діями органів влади
- Паралельним імпортом

[www.aruc.org.ua](http://www.aruc.org.ua)

## LEGAL PATHFINDER for your business in Ukraine



- КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО / M&A
- ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ
- АНТИМОНОПОЛЬНЕ І КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО
- ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ
- АРБИТРАЖ
- ПОДАТКОВЕ ПРАВО
- НЕРУХОМІСТЬ І ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО
- ФАРМАЦЕВТИЧНЕ ПРАВО
- БАНКІВСЬКЕ ТА ФІНАНСОВЕ ПРАВО
- ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНЕ ПАРТНЕРСТВО
- ДЕРЖАВНІ ЗАКУПІВЛІ
- ТРУДОВЕ ПРАВО
- ВІДНОСИНИ З ДЕРЖАВНИМИ ОРГАНАМИ
- БАНКРУТСТВО
- ПРЕДСТАВНИЦТВО ІНТЕРЕСІВ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СУДІ З ПРАВ ЛЮДИНИ
- ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ
- ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ У ЗЛОЧИНАХ У СФЕРІ ПІДПРИЄМНИЦТВА
- ЕНЕРГЕТИЧНЕ ПРАВО
- СІЛЬСЬКЕ ГОСПОДАРСТВО

[mail@arzinger.ua](mailto:mail@arzinger.ua)  
[www.arzinger.ua](http://www.arzinger.ua)

### Головний офіс

Бізнес-центр «Євразія»,  
вул. Жилианська, 75,  
5-й поверх,  
01032, Київ, Україна  
Тел.: +38 (044) 390 55 33,  
Факс. +38 (044) 390 55 40

### Західноукраїнська філія

вул. Генерала Чупринки 6,  
офіс 1,  
79013, Львів, Україна  
Тел.: +38 (032) 242 96 96,  
Факс: +38 (032) 242 96 95

### Південноукраїнська філія

Бізнес-центр «Покровський»,  
вул. Жуковського, 33,  
6-й поверх, офіс 601  
65045, Одеса, Україна,  
Тел./Факс: +38 (048) 711 74 74

Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності  
Національної академії правових наук України



Асоціація протидії недобросовісній конкуренції  
член *LIDC* (Швейцарія)

**Arzinger** 

Адвокатське об'єднання *Arzinger*



Науково-практичний коментар  
до Закону України  
«Про захист від недобросовісної конкуренції»

Київ  
ВД «Юридична газета»  
2013

УДК 343.533.6(094.58)

ББК 67.9(4Укр)412.2

НЗ4

*Рекомендовано вченою радою Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України (протокол № 4 від 30 квітня 2013 року)*

Авторський колектив:

**Г. О. Андрощук**, завідувач лабораторії правового забезпечення розвитку науки і технологій Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України, кандидат економічних наук, доцент; **Т. Б. Бондарев**, адвокат, партнер-засновник, керуючий партнер АО *Arzinger*; **Н. А. Іваницька**, адвокат, кандидат юридичних наук, старший юрист АО *Arzinger*; **С. В. Шкляр**, адвокат, кандидат юридичних наук, партнер-засновник АО *Arzinger*.

Рецензенти:

**Галянтич М. К.** — заступник директора з наукової роботи Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України, доктор юридичних наук, професор  
**Лагутін В. Д.** — завідувач кафедри економічної теорії та конкурентної політики Київського національного торговельно-економічного університету, доктор економічних наук, професор

**НЗ4 Науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».** Науково-практичне видання / Г. О. Андрощук, Т. Б. Бондарев, Н. А. Іваницька, С. В. Шкляр. — К. : ВД «Юридична газета», 2013. — 176 с.

**ISBN 978-617-7119-00-4**

Видання присвячене висвітленню основних практичних проблем, що виникають під час інтерпретації положень Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Науково-практичний коментар побудований таким чином, щоб надати можливість читачу простежити кваліфікацію антиконкурентних порушень, ознайомитися з доктринальним тлумаченням, практикою правозастосування органів Антимонопольного комітету України, господарських судів, підходами до розгляду аналогічних справ іноземними конкурентними відомствами і судами, розвинути навички техніки тлумачення оціночних понять, які є ключовими у конкурентному законодавстві.

Коментар розрахований на адвокатів, суддів, працівників органів Антимонопольного комітету України, юристів-практиків, науковців, підприємців, викладачів та студентів вищих навчальних закладів.

**УДК 343.533.6(094.58)**

**ББК 67.9(4Укр)412.2**

© Андрощук Г. О., Бондарев Т. Б., Іваницька Н. А., Шкляр С. В., 2013

© ВД «Юридична газета», оригінал-макет, 2013

**ISBN 978-617-7119-00-4**

## ЗМІСТ

ВІД АВТОРІВ.....	7
УМОВНІ СКОРОЧЕННЯ.....	9

### Глава 1

#### ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Стаття 1. Недобросовісна конкуренція.....	12
Стаття 2. Застосування Закону.....	31
Стаття 3. Законодавство України про захист від недобросовісної конкуренції.....	34

### Глава 2

#### НЕПРАВОМІРНЕ ВИКОРИСТАННЯ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

Стаття 4. Неправомірне використання позначень.....	40
Стаття 5. Неправомірне використання товару іншого виробника.....	64
Стаття 6. Копіювання зовнішнього вигляду виробу.....	67
Стаття 7. Порівняльна реклама.....	79

### Глава 3

#### СТВОРЕННЯ ПЕРЕШКОД СУБ'ЄКТАМ ГОСПОДАРЮВАННЯ У ПРОЦЕСІ КОНКУРЕНЦІЇ ТА ДОСЯГНЕННЯ НЕПРАВОМІРНИХ ПЕРЕВАГ У КОНКУРЕНЦІЇ

Стаття 8. Дискредитація суб'єкта господарювання.....	90
<i>(Статтю 9 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008)</i>	
Стаття 10. Схилення до бойкоту суб'єкта господарювання.....	95
Стаття 11. Схилення постачальника до дискримінації покупця (замовника).....	99
<i>(Статтю 12 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008)</i>	
Стаття 13. Підкуп працівника, посадової особи постачальника.....	101
Стаття 14. Підкуп працівника, посадової особи покупця (замовника).....	101
Стаття 15. Досягнення неправомірних переваг у конкуренції.....	105
Стаття 15-1. Поширення інформації, що вводить в оману.....	108

### Глава 4

#### НЕПРАВОМІРНЕ ЗБИРАННЯ, РОЗГОЛОШЕННЯ ТА ВИКОРИСТАННЯ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ

Стаття 16. Неправомірне збирання комерційної таємниці.....	119
Стаття 17. Розголошення комерційної таємниці.....	131
Стаття 18. Схилення до розголошення комерційної таємниці.....	133
Стаття 19. Неправомірне використання комерційної таємниці.....	135



## **Глава 5**

### **ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ**

#### **ЗА НЕДОБРОСОВІСНУ КОНКУРЕНЦІЮ**

Стаття 20. Види відповідальності .....	142
Стаття 21. Накладення штрафу за недобросовісну конкуренцію.....	144
<i>(Статтю 22 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008)</i>	
<i>(Статтю 23 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008)</i>	
Стаття 24. Відшкодування шкоди .....	149
Стаття 25. Вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання .....	152
Стаття 26. Спростування неправдивих, неточних або неповних відомостей .....	153

## **Глава 6**

### **ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ**

#### **ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ**

Стаття 27. Процесуальні засади діяльності органів Антимонопольного комітету України щодо захисту від недобросовісної конкуренції .....	156
Стаття 28. Строк звернення із заявою про захист прав.....	159
Стаття 28-1. Строк давності притягнення до відповідальності за недобросовісну конкуренцію.....	160
Стаття 29. Попереднє рішення у справі.....	164
Стаття 30. Рішення органів Антимонопольного комітету України.....	166
<i>(Статтю 31 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008)</i>	
<i>(Статтю 32 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008)</i>	
Стаття 33. Правила професійної етики.....	168

## ВІД АВТОРІВ

Конкурентне законодавство є неодмінною частиною механізму, що забезпечує системний вплив держави на економіку. Його основні завдання — захист і підтримка конкурентних відносин. Розвинена конкуренція між підприємствами розглядається як оптимальний спосіб забезпечення рівноваги між попитом і пропозицією, що сприяє захисту інтересів споживачів. Проте там, де існує конкуренція, можливі акти недобросовісної конкуренції.

З огляду на функціональне призначення, конкуренція є об'єктом захисту з боку держави та саморегулюючих недержавних організацій.

В Україні відносини, пов'язані із захистом від недобросовісної конкуренції, регулюються законами України «Про Антимонопольний комітет України», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист економічної конкуренції», «Про рекламу», «Про захист прав споживачів» та іншими законодавчими актами. Конкурентне законодавство виконує головну роль у всьому законодавстві, що впливає на стан економіки, і є «конституцією ринкової економіки».

Чинна законодавча база становить солідний доробок у правовій системі, при цьому актуальним є питання щодо правильного застосування господарськими судами та органами Антимонопольного комітету України зазначених положень законодавства, набуття ними позитивного досвіду у розв'язанні конфліктних ситуацій між суб'єктами господарювання на товарних ринках. Адже конкуренція є одним із ключових стимулів розвитку економіки і противагою на шляху реалізації недобросовісних практик, які можуть завдати шкоди інтересам споживачів та суб'єктів господарювання. Розвиток конкурентного законодавства в Україні є ознакою якісних змін у суспільній свідомості, поступового переходу до побудови ефективної економічної системи.

Практика правозастосування законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема про захист від недобросовісної конкуренції, свідчить про необхідність вдосконалення підходів до застосування ключових категорій і нормативних положень та нерозуміння принципів, які лежать в основі правового регулювання, а також концепції звичаїв ділового обороту.

Маючи справу у повсякденній роботі із правозастосуванням у цій сфері, Асоціація протидії недобросовісній конкуренції та Адвокатське об'єднання *Arzinger* узагальнили національний та власний досвід і практику в цьому науково-практичному виданні, присвяченому проблемам тлумачення та розуміння ключового акту національного законодавства у сфері захисту від недобросовісної конкуренції. Зазначимо, що це перший в Україні науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Авторський колектив, до складу якого входять як науковці у сфері інтелектуальної власності, так і практикуючі адвокати, консультанти з питань засто-

сування конкурентного законодавства, ставив перед собою завдання наблизити праворозуміння цієї складної проблематики до тих адекватних стандартів, що існують у світі й базуються на багатовікових традиціях права.

Ми розуміємо, що питання, пов'язані із захистом економічної конкуренції та захистом від недобросовісної конкуренції, є нестандартними правовими казусами на перетині економіки і права, вимагають високої правової культури, творчого мислення, гнучкості й обізнаності у базових категоріях економіки. Саме тому автори спробували позбавити це видання надмірного теоретизування. Однак ми також переконані, що основоположні поняття, без розуміння та інтерпретації яких неможливе правильне правозастосування, потребують доктринального аналізу і підґрунтя. До таких понять і категорій слід віднести категорії економічної конкуренції, недобросовісності і добросовісності, звичаю ділового обороту, ознак і складу правопорушення, принципів правового регулювання та інші.

Під час підготовки цього видання було використано безцінний науково-практичний доробок німецького професора А. Дерингера, який здійснив перший постатейний коментар до однойменного Закону та разом із О. І. Мельниченком, А. І. Медведєвим, С. М. Мороз, Г. О. Андрощуком, В. С. Білоусом, В. І. Єременком (Російська Федерація), М. В. Оніщуком, С. М. Іголкиним, Н. М. Каплюк, Т. Г. Рахмановою був серед членів міжнародного авторського колективу. Зазначений коментар так і не вийшов офіційним друком і зберігся виключно в рукописі. Посилання на висновки шанованого професора, які, ми вважаємо, зберегли актуальність і до сьогодні, містяться в нашому виданні.

Науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» побудований таким чином, щоб надати читачу можливість простежити кваліфікацію антиконкурентних порушень у динаміці, ознайомитися з досвідом іноземних судів і відомств, розвинути навички техніки тлумачення оціночних понять, які є ключовими в конкурентному законодавстві.

## УМОВНІ СКОРОЧЕННЯ

- АМКУ** — Антимонопольний комітет України  
**ВАСУ** — Вищий адміністративний суд України  
**ВГСУ** — Вищий господарський суд України  
**ВОІВ** — Всесвітня організація інтелектуальної власності  
**ВООЗ** — Всесвітня організація охорони здоров'я  
**ВСУ** — Верховний Суд України  
**ГКУ** — Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV  
**ГПК** — Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 №1798-XII  
**ЄС** — Європейський Союз  
**ЄСПЛ** — Європейський суд з прав людини  
**Закон, Закон про недобросовісну конкуренцію** — Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР  
**Закон про АМКУ** — Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 № 3659-XII  
**Закон про зазначення походження товарів** — Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 № 752-XIV  
**Закон про захист економічної конкуренції** — Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III  
**Закон про захист прав споживачів** — Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 № 1023-XII  
**Закон про знаки для товарів і послуг** — Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 № 3689-XII  
**Закон про рекламу** — Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 № 270/96-ВР  
**ККУ** — Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III  
**КУпАП** — Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X  
**МВС** — Міністерство внутрішніх справ України  
**МОЗ** — Міністерство охорони здоров'я України  
**МТП** — Міжнародна торгова палата  
**ОДА** — обласна державна адміністрація  
**ОСР** — орган із саморегулювання  
**Паризька конвенція** — Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20.03.1883

**COT** — Світова організація торгівлі

**Угода ТРИПС** — Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994

**УПС** — Угода про партнерство та співробітництво між Україною і Європейським Співтовариствами та їх державами-членами від 16.06.1994, ратифікована Законом України від 10.11.1994 № 237/94-ВР

**ЦКУ** — Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV

**GWB** — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.08.1998 — Закон Німеччини проти обмежень конкуренції від 26.08.1998

**UWG** — Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03.07.2004 — Закон Німеччини проти недобросовісної конкуренції від 03.07.2004

Під час підготовки фотоілюстративних матеріалів використано: матеріали справ, розглянутих зарубіжними та національними судовими органами і конкурентними відомствами; базу даних ДП «Український інститут промислової власності»; офіційні інформаційні матеріали, розміщені на сайтах АМКУ та його територіальних відділень; зображення з відкритих інтернет-ресурсів:

<http://www.optimum7.com/internet-marketing/sem/what-is-ambush-marketing.html>

<http://www.kingcontent.com.au/blog/ambush-marketing-and-the-olympics-part-2/>

<http://buytheway.uscannenber.org/official-non-sponsor-of-that-event/>

<http://m.sportsbusinessdaily.com/Journal/Issues/2011/09/05/Marketing-and-Sponsorship/US-Open-ambush.aspx>

<http://tysa.ua/ua/collection/uzhgorod>

<http://www.nissan.ua>

<http://www.infiniti.ua>

<http://www.klm.com>

<http://mitsubishi-motors.com.ua>

[http://www.svidomo.org/defend\\_article/8819](http://www.svidomo.org/defend_article/8819)

<http://black.ua>

Daniel Kaplan, U.S. Open mad as ale over ads [Електронний ресурс]. – Режим

доступу: <http://m.sportbusinessdaily.com/Journal/Issues/2011/09/05/Marketing-and-Sponsorship/US-Open-ambush.aspx>.

окремі ілюстрації взято із:

Нестуля Т. В. Правові засади захисту від недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності: Практика застосування органами Антимонопольного комітету України законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. Навч. посіб. — К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2007.

# ЗАКОН УКРАЇНИ

## Про захист від недобросовісної конкуренції

Цей Закон визначає правові засади захисту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції.

Закон спрямований на встановлення, розвиток і забезпечення торгових та інших чесних звичаїв ведення конкуренції при здійсненні господарської діяльності в умовах ринкових відносин.

### Глава 1

### ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

---

Глава 1 коментованого Закону є вступною, містить загальні нормативні положення щодо системи правового захисту суб'єктів господарювання від недобросовісної конкуренції, а також визначає сферу правового регулювання цього нормативно-правового акта. Глава містить правові приписи, що розкривають поняття недобросовісної конкуренції (ст. 1), окреслюють коло суспільних відносин, що врегульовуються цим законодавчим актом (ст. 2), та встановлюють систему нормативного регулювання відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції (ст. 3).

Правоположення аналізованої глави містять єдину у вітчизняному законодавстві нормативну дефініцію недобросовісної конкуренції, спрямовану на розкриття сутності цього виду антиконкурентних практик, що має місце у господарській діяльності та справляє негативний вплив на стан економічної конкуренції. Відповідна дефініція наводиться у положеннях Закону через конструкцію генерального делікту, що включає в себе всі дії господарюючих суб'єктів, які виходять за межі торгових та інших чесних звичаїв у сфері комерційної діяльності.

Крім того, бланкетні норми, що містяться у положеннях вступної глави коментованого Закону, вказують на тісний зв'язок передбаченого ним правового регулювання з правовими приписами інших чинних нормативно-правових актів у сфері захисту економічної конкуренції, зокрема Закону України «Про захист економічної конкуренції». Цей зв'язок виявляється насамперед у спільності юридичної термінології, яка використовується в обох законодавчих актах, що безперечно сприяє однаковому тлумаченню правових приписів та їх застосуванню до суспільних відносин.

## Стаття 1. Недобросовісна конкуренція

**Недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Недобросовісною конкуренцією є дії у конкуренції, зокрема визначені главами 2–4 цього Закону.**

**Терміни, які вживаються для цілей цього Закону, визначені Законом України «Про захист економічної конкуренції».**

**Ключові терміни:** *конкуренція, господарська діяльність, недобросовісна конкуренція, торгові та інші чесні звичаї*

**Правова конструкція генерального делікту.** Нормативна дефініція, яка міститься у коментованій статті, за юридичною конструкцією формулює генеральний делікт, який поглинає всі дії, що виходять за межі торгових та інших чесних звичаїв у господарській діяльності.

Визначення недобросовісної конкуренції через генеральний делікт має свої безперечні переваги і прийняте у більшості держав світу. Однак така правова конструкція логічно поєднана з низкою проблем, які виявляються під час кваліфікації поведінки господарюючих суб'єктів.

Зокрема, такі труднощі обумовлюються двома чинниками. По-перше, звичай як джерело правового регулювання викликає необхідність у зверненні до оціночних понять і принципів, культура застосування яких у національній правозастосовній практиці ще не досягла достатнього рівня. По-друге, оскільки законодавцем не встановлено вичерпний перелік складів актів недобросовісної конкуренції, виникає питання щодо сфери виникнення антиконкурентного правопорушення та його суб'єктів.

З іншого боку, з огляду на об'єктивну неможливість передбачити всі можливі дії у конкуренції, які не відповідали б правилам чесної поведінки у господарському обороті, конструкція генерального делікту дає змогу визначити ознаки акту недобросовісної конкуренції.

Конструкція загальної заборони правопорушення використана також у статті 10bis Паризької конвенції<sup>1</sup>, чинної для України з 25 грудня 1991 року. Відповідно до вказаної норми актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт у конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах.

**Об'єкт і об'єктивна сторона конкурентного правопорушення.** Слід звернути увагу на те, що у наведеному положенні статті 10bis Паризької конвенції міститься вужче посилення на звичаї у промислових і торговельних справах, водночас частина 1 коментованої статті оперує поняттям

---

<sup>1</sup> [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_123](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_123).

господарської діяльності, яке в національному законодавстві охоплює як комерційну, так і некомерційну діяльність, що відрізняються притаманною метою — одержання прибутку.

Зокрема, під господарською діяльністю законодавець розуміє діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. За змістом частини другої ст. 3 ГКУ господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва — підприємцями. Далі зазначається, що господарська діяльність може здійснюватись і без мети одержання прибутку (некомерційна господарська діяльність).

Постає питання, чи може акт недобросовісної конкуренції бути здійснений в межах некомерційної діяльності, або стаття 10bis Паризької конвенції є підставою для того, щоб обмежити сферу антиконкурентних порушень виключно діяльністю, спрямованою безпосередньо на одержання прибутку.

З'ясування цього питання має винятково важливе значення для кваліфікації актів недобросовісної конкуренції, що передбачає чітке окреслення правовідносин, на які посягає правопорушення, та загальної ознаки протиправності поведінки. Так, характер нормативної дефініції (конструкція генерального делікту) розкриває ознаки недобросовісної конкуренції саме через визначення об'єкта (конкурентних відносин) та об'єктивної сторони, яка виражається у порушенні чесних звичаїв у діяльності суб'єктів господарювання.

Зокрема, це питання актуалізується з огляду на те, що у своєму підпорядкуванні (контролі) комерційні юридичні особи можуть мати некомерційних суб'єктів господарювання, які можуть діяти з порушенням правил чесної ділової практики для здобуття протиправних переваг у конкуренції для інших суб'єктів господарювання.

Структурний аналіз зазначених елементів правопорушення (об'єкта й об'єктивної сторони) вказує на те, що визначальним для з'ясування наявності відповідного складу є встановлення того, чи впливає порушення чесних звичаїв у господарській діяльності на відносини економічної конкуренції.

У свою чергу, економічна конкуренція характеризується: 1) наявністю на ринку великої кількості незалежних покупців і продавців конкретного продукту чи ресурсу; 2) свободою для покупців і продавців входити на ті чи інші ринки або залишати їх.

Закон України «Про захист економічної конкуренції» у ст. 1 визначає економічну конкуренцію (конкуренцію) як змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття, завдяки власним досягненням, переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а



окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку.

Одночасно з суті економічної конкуренції впливає, що хоча сфера антиконкурентних порушень не обмежена виключно діями у підприємницькій діяльності, за своєю природою вона не виходить за межі суспільних відносин, які складаються у сфері обігу матеріальних благ, що мають цінове вираження, та потрапляють до цивільного обороту за ініціативи їхнього праволодільця прямо або опосередковано з метою отримання прибутку.

Отже, недобросовісна конкуренція може мати місце виключно у стані конкуренції, тобто у стані змагання гравців ринку між собою за споживачів (з метою збільшення своєї частки на ринку). Однак слід мати на увазі, що поняття стану конкуренції для цілей коментованої статті та Закону в цілому не означає, що акт недобросовісної конкуренції може бути спрямовано виключно проти суб'єкта господарювання, який перебуває в межах одного товарного ринку з порушником, тобто лише між прямими конкурентами.

Відносини конкуренції можуть складатися між суб'єктами господарювання, які виробляють також і не взаємозамінні товари чи перебувають на різних рівнях виробництва або розподілу товару, однак у них може бути одна група споживачів або контрагентів.

Хрестоматійним тут є приклад з практики німецьких судів, де рекламне гасло «Замість квітів — кава» продавця кави було розцінено як початок конкурентних відносин вказаного продавця кави з продавцем квітів, оскільки їхні магазини розташовувалися поруч і в обох продавців була та сама група споживачів, яка не могла задовольнити свій попит на обидві групи товарів (купити і квіти і каву одночасно), тому мала робити вибір на користь лише одного товару.

Більше того, недобросовісна конкуренція однієї особи може бути спрямована на досягнення конкурентних переваг третьою особою в порівнянні з прямими конкурентами такої третьої особи — наприклад, використання відомої торговельної марки під час реклами товару, що належить до іншого товарного ринку, чи використання прихованої реклами у фільмі або телепрограмі (продактплейсмент) тощо. У такому випадку праволоділець чи телеканал не мають на меті отримання конкурентних переваг для себе особисто, однак сприяють просуванню чужого товару, в результаті чого саме власник такого товару й отримує переваги в конкуренції (тут стану конкуренції визначається товарними межами ринку рекламованого товару третьої особи).

Таке широке розуміння об'єктивної сторони акту недобросовісної конкуренції дає змогу вирішити проблему кваліфікації дій, які самі по собі не містять ознак спрямованості на порушення прав інших суб'єктів господарювання, обмеження покупців у реалізації можливості вільно здійснювати придбання товарів або послуг чи введення їх в оману щодо якостей продукції та її виробника.

Але попри зовнішню правомірність такі дії виходять за межі добросовісності і мають своїм наслідком отримання необґрунтованих переваг у конкуренції.

Прикладом змодельованого порушення може бути ембуш-маркетинг, який за чинним національним законодавством не кваліфікується як окремих склад антиконкурентного правопорушення. Ембуш-маркетинг пов'язаний з використанням інформаційних приводів у спорті, мистецтві, інших сферах суспільного життя і у формальному значенні протиставляється офіційному спонсорству відповідних заходів. При цьому очевидно, що прояви ембуш-маркетингу не містять у собі ані ознак недобросовісної реклами, ані ознак порушення ділової репутації інших суб'єктів господарювання або неправомірного використання об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема засобів індивідуалізації товарів і послуг, які зазвичай реєструються для представницької діяльності щодо таких заходів (наприклад, символіка Олімпійських ігор).

За відсутності спеціального законодавчого регулювання коментована стаття є підставою для кваліфікації проявів ембуш-маркетингу як акту недобросовісної конкуренції. Так, ембуш-маркетинг спрямований на отримання конкурентних переваг у підприємницькій діяльності (на ринку) без додаткових часових, інтелектуальних і фінансових витрат на посилення власного конкурентного становища. Якщо офіційне спонсорство пов'язане з витратами на фінансування певного заходу, що дає можливість привернути увагу громадськості і потенційних покупців, то ембуш-маркетинг використовує асоціацію з таким інформаційним приводом без будь-яких адекватних вкладень в організацію і проведення відповідного заходу.

Зокрема, маркетингові практики пов'язані із просуванням товару чи послуг на ринку, тому зв'язок із фінансовим результатом торговельної або виробничої діяльності виявляється у підвищенні продажів завдяки такій формі промоції. Інша річ, коли товари з символікою або асоціацією певної події розповсюджуються безоплатно, тобто ця діяльність здійснюється без мети отримання прибутку.

Світовій практиці відомі різні методи боротьби з проявами ембуш-маркетингу. Наприклад, політика забезпечення дотримання прав офіційних спонсорів змагань на Вімблдоні дозволяє охоронцям вилучати на зберігання у відвідувачів однойменного клубу всі товари, щодо яких є підозра, що вони є носіями ембуш-маркетингу. Однак це не завадило у 2004 році компанії *Procter & Gamble*, яка не була офіційним спонсором, продати 24 тис. упаковок чіпсів *Pringles* з написом *These are not tennis balls* — очевидний натяк на щорічний турнір.

У 2011 році компанія *Anheuser-Busch InBev*, власник торговельної марки пива *Stella Artois*, не маючи статусу офіційного спонсору турніру *US Open*, розмістила рекламні щити неподалік від місця проведення тенісного турніру з очевидним посиланням на захід. Асоціація тенісу США висунула вимогу зняти ці щити, виступаючи на захист офіційного спонсора чемпіонату, *Heineken*.

### Ілюстрації ембуш-маркетингу під час спортивних змагань



Рис. 1. Напис на чіпсах Pringles: «Це не тенісні м'ячі» — очевидна асоціація з Вімблдоном (2004 рік).

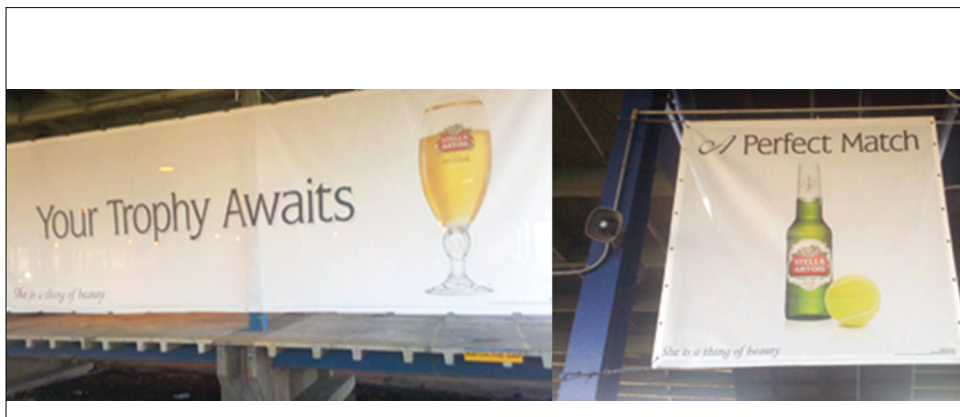


Рис. 2. Написи на рекламних щитах: «Твоя нагорода чекає на тебе» (1), «Ідеальна пара» (2). Турнір US Open, США, 2011 рік.



Рис. 3. Напис на рекламному щиті: «Офіційний спонсор найбільшої спортивної події в Лондоні цього року! Ми радимо не пропустити (Ахем, Лондон у Франції)». Літні Олімпійські ігри, Лондон, Великобританія, 2012 рік.

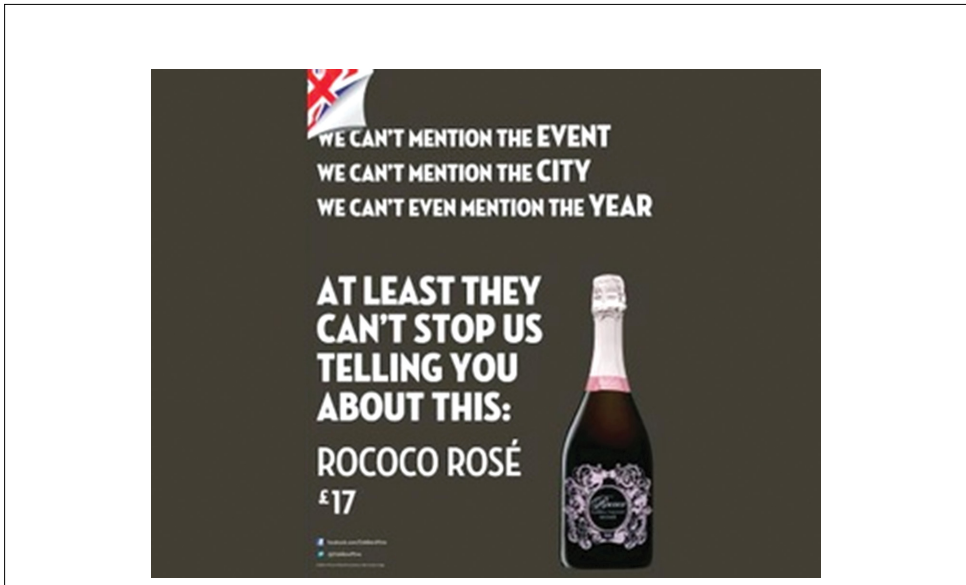


Рис. 4. Напис на рекламному щиті: «Ми не можемо згадувати подію, ми не можемо згадувати місто, ми навіть не можемо згадувати рік. Принаймні нам не можуть заборонити сказати це: Roco Rosé 17 фунтів». Літні Олімпійські ігри, Лондон, Великобританія, 2012 рік.

У господарській діяльності для кваліфікації дії як акту недобросовісної конкуренції ключовим є зіставлення (протиставлення) з категорією добросовісної поведінки — справедливої та чесної поведінки, якої слід очікувати від сторін у їхніх ділових відносинах та якої дотримувався б лояльний громадянин, чесна особа<sup>2</sup>.

Поняття добросовісності як оціночне вживається в багатьох актах чинного законодавства. У контексті правового регулювання економічної конкуренції, захисту прав споживачів та відносин у сфері підприємництва ця категорія має тісний зв'язок з таким регулятором, як правила чесної поведінки, торгівлі та інші чесні практики тощо.

У коментованій статті вживається поняття «звичай», розуміння якого має ключове значення. Застосовуючи це визначення для інтерпретації поняття акту недобросовісної конкуренції, слід було б вважати, що звичай як джерела правового регулювання конкурентних відносин формується в межах добросовісної поведінки суб'єктів права, яка не допускає зловживань правами чи дій, спрямованих безпосередньо або опосередковано на завдання шкоди інтересам інших учасників ринку. Тому звичай в цьому розумінні більше наближений до поняття «практика» ділової поведінки. Тому помилково ототожнювати чесні ділові звичаї (чесну ділову практику) із звичаєм ділового обороту, який виражається у конкретному неписаному, але повторюваному правилі поведінки. Звичай, про який ідеться у коментованій статті, за своєю суттю наближений до принципу, оскільки має загальний універсальний зміст і не може бути конкретизований ситуативно. Адже неможливо надати вичерпний перелік добросовісної поведінки у ділових відносинах або у сфері господарювання, як і неможливо скласти завершений перелік актів недобросовісної конкуренції. Якщо ж дотримуватися протилежного підходу, то коментована стаття втрачає реальний зміст і не може бути застосована до невизначеного спектру актів недобросовісної конкуренції, тобто використана для тих завдань, для яких вона призначена.

Для прикладу звернімося до практики застосування судами поняття «торгівлі та чесні звичаї у конкуренції», зокрема розгляньмо висновки судів у господарській справі за позовом ДП «Писарівський спиртзавод» до АМКУ про визнання недійсним рішення<sup>3</sup>.

Судовими інстанціями у справі встановлено, що згідно з оспорюваним рішенням АМКУ дії спиртзаводу щодо використання під час виробництва та реалізації коньяку ординарного під назвою «Графський Ужгородський» є порушенням, передбаченим ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та ст. 10bis Паризької конвенції у вигляді дій з конкуренції, що суперечать чесним торговим звичаям у підприємницькій діяльності. Також встановлено, що у спиртзаводу фактично немає підстав для

---

<sup>2</sup> Демченко Т. С. Недобросовісність заявника у законодавстві про товарні знаки: Монографія. — К.: ТОВ «Лазурит – Поліграф», 2008. — С. 25.

<sup>3</sup> Постанова ВГСУ від 15 березня 2011 року у справі № 6/519-45/183.

використання у господарському обігу під час виробництва та реалізації ординарного коньяку в назві останнього позначення «Ужгородський», і таке використання свідчить про намір неправомірно скористатися діловою репутацією коньячного заводу.



Рис. 5. Зображення пляшки марочного коньяка вищої якості «Ужгород» виробництва Ужгородського коньячного заводу (створений в 1982 р., виборів найвищі міжнародні відзнаки — Гран-прі міжнародного конкурсу-дегустації, 4 Великі золоті медалі, 32 Золоті медалі).

Продукція, яку виробляв спиртзавод, не мала походження із Закарпатського регіону. За висновком Українського інституту промислової власності Державного департаменту інтелектуальної власності від 09.09.2009, заявлене спиртзаводом у заявці від 28.09.2007 позначення «Графський Ужгородський» не відповідає умовам надання правової охорони.

Скасовуючи рішення АМКУ, ВГСУ зазначив, що для встановлення того, що дії суб'єкта господарювання суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям, однак при цьому не підпадають під ознаки недобросовісної конкуренції, визначені у главах 2–4 названого Закону, попереднім судовим інстанціям необхідно було перевірити, чи встановив АМКУ в оспорюваному рішенні, яке конкретно правило поведінки, що є торговим або іншим чесним звичаем у підприємницькій діяльності, було порушено спиртзаводом; чи з'ясував він (АМКУ) зміст цього правила та чи наявні докази існування такого правила (правил) саме як звичаю.

Отже, з аналізу аргументів суду у наведеній справі можна зробити висновок, що підставою для скасування рішення АМКУ стало недоведення комітетом джерела та змісту конкретного торгового звичаю, який був порушений відповідачем, а в підсумку — його існування. Спір по суті зводився до встановлення критеріїв та підходів у визначенні поняття «чесний звичай у підприємницькій діяльності». Слід зазначити, що вказана практика ВГСУ аналогічна в інших справах про оскарження рішення АМКУ, за яким порушника визнано винним у вчиненні акту недобросовісної конкуренції на підставі ст. 1 Закону (з урахуванням статті 10bis Паризької конвенції).

Водночас позиція ВГСУ, в якій стверджується відсутність у діях відповідача акту недобросовісної конкуренції є, на наш погляд, дещо передчасною, а посилення суду на поняття звичаю, яке міститься в статті 7 ЦКУ, не може застосовуватися у справах про недобросовісну конкуренцію, оскільки Закон має відмінний від ЦКУ предмет регулювання та не є частиною цивільного законодавства. Наведена практика, завищуючи стандарти доказування в аналогічних справах, фактично позбавляє будь-якої ефективності ст. 1 Закону. Виходячи з усталених у вітчизняній практиці підходів у правозастосуванні коментованої статті та поняття «чесні звичаї у підприємницькій діяльності», звернімося для порівняння до міжнародного досвіду, де ці категорії історично дістали більший розвиток як у доктрині, так і у правозастосовній практиці.

Поняття *honest practices*, яке використано у ст. 10bis Паризької конвенції в англomовному перекладі<sup>4</sup> має значення «**чесна практика** (у торгових та промислових справах)», водночас в Україні вказане поняття перекладено як «**чесні звичаї**».

У національному законодавстві держав-членів ЄС використовуються такі аналоги визначення поняття «чесна торгова практика» (чи «чесні торгові звичаї» згідно з українським законодавством) — «публічна мораль» (*public morals*)<sup>5</sup>, «добра мораль» (*bonos mores*)<sup>6</sup>, «чесна торгова практика» (*fair commercial practices*)<sup>7</sup>, «добра ринкова практика» (*good marketing practices*)<sup>8</sup>, «протиправність» (*unlawfulness*)<sup>9</sup>, «винність» (*fault*)<sup>10</sup>.

З викладеного випливає, що у контексті Паризької конвенції актом недобросовісної конкуренції слід вважати таку дію чи поведінку, яка суперечить етичним правилам ведення ділової практики загалом (а не окремим звичаям у діловій практиці) та є нечесною, тобто недобросовісною.

Додатковим підтвердженням того факту, що поняття *honest practices* за змістом Паризької конвенції має ширше значення, ніж звичай, є п. 3 ст. 10bis Паризької конвенції, який наводить три блоки заборон найтипівіших порушень *honest practices*, одним із яких є «дії, здатні будь-яким чином **викликати змішування** щодо підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента».

Отже, у наведеній вище справі АМКУ проти спиртзаводу суд залишив поза увагою п. 3 ст. 10bis Паризької конвенції, в якому прямо передбачено випадок, що мав місце і у цій справі: використання порушником позначення товару, яке могло викликати змішування відносно коньяку «Ужгородський» та його справжнього виробника (що підтверджувалося і відмовою порушнику в реєстрації одно-

---

<sup>4</sup> [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs\\_wo020.html#P213\\_35515](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P213_35515).

<sup>5</sup> Німеччина.

<sup>6</sup> Австрія, Греція, Португалія.

<sup>7</sup> Бельгія, Італія, Іспанія, Люксембург.

<sup>8</sup> Данія, Фінляндія, Швеція.

<sup>9</sup> Нідерланди.

<sup>10</sup> Франція.

йменної торговельної марки). Викладений висновок підтверджується і позицією ВГСУ, висловленою в оглядовому листі від 22.10.2008 № 01-8/634<sup>11</sup>: «З огляду на наведене можна дійти висновку про те, що чесним звичаям у господарській діяльності суперечать та можуть бути визнані актом недобросовісної конкуренції будь-які дії, здатні викликати змішування відносно підприємства, товарів чи промислової або торговельної діяльності конкурента. При цьому поняття “пріоритет” у Законі використовується в розумінні переважного права на користування результатами правомірної, добросовісної та чесної підприємницької діяльності».

З наведеного вбачається, що ВГСУ констатував, що діяльність, спрямована на змішування... і в силу Закону (*per se*) суперечить «чесним звичаям у господарській діяльності» (*honest practices*) без необхідності доказування факту існування таких звичаїв та їхнього змісту.

З часом позиція судів змінилася. У постанові пленуму ВГСУ «Про деякі питання судової практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 № 12 у п. 90 зазначено, що АМКУ у подібних справах у своєму рішенні має встановлювати, яке правило поведінки, що є звичаєм, порушене, та встановити зміст цього правила, а також посилатися на докази, на підставі яких встановлено його зміст. Зокрема, суд зазначив, що стосовно сфери інтелектуальної власності документи, в яких відбивається зміст звичаю, розробляє ВОІВ.

Проте зауважмо, що такі питання ВОІВ не вирішує. Її основними завданнями є: стимулювання вдосконалення систем охорони інтелектуальної власності, національних законодавств, надання правової і технічної допомоги; адміністрування наявних і майбутніх союзів з охорони інтелектуальної власності; стимулювання укладення міжнародних угод з охорони інтелектуальної власності; інформаційна діяльність і міжнародна реєстрація об'єктів інтелектуальної власності.

Підсумовуючи, слід зазначити, що поняття чесного звичаю як регулятора конкурентних відносин, яке по суті є синонімом чесної практики, слід тлумачити максимально широко і розуміти як морально-етичні норми ведення бізнесу, джерело та зміст яких не завжди можливо передати за допомогою прямих доказів. У такому випадку, на наш погляд, головна роль має відводитися розсуду суду в розумінні того, яка дія в конкуренції є чесною, а яка так чи інакше спрямована на отримання конкурентних переваг нечесним, зокрема й з етичної точки зору, шляхом.

У світовій практиці для тлумачення поняття «добрі звичаї» застосовується так званий **економічно-функціональний підхід**. Підкреслюється, що йдеться не про відповідність добрим звичаям взагалі, а лише про **поведінку підприємців** у господарській діяльності. Істотним з цього погляду є не класичний критерій посилання на думку справедливого, пересічного члена громади, а оцінка,

<sup>11</sup> Оглядовий лист ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства» від 22.10.2008 № 01-8/634.



спрямована на забезпечення безперебійного функціонування неспотвореної конкуренції у якості, ціні та в інших адекватних властивостях товарів і послуг, які пропонуються споживачам на конкурентному ринку.

Як зазначено в літературі, керуючись цим критерієм, необхідно враховувати багато чинників, які суд повинен брати до уваги. Щоб вирішити спір, необхідно стежити за всіма обставинами фактичного конкретного випадку, насамперед за економічними і правовими.

Так, концепція добрих звичаїв як методологічний елемент телеологічного тлумачення уточнюється лише в певних ситуаціях. Тому і надалі актуальною залишається думка, сформульована польським дослідником З. Феніхель: «поняття добрих звичаїв — одне з тих понять, які розширюють владу судді. Тож, головне, аби та влада мала належне застосування»<sup>12</sup>.

У наведеній вище справі спиртзаводу наявність у діях відповідача акту недобросовісної конкуренції очевидна, однак формальний підхід до доказування, з яким погодився і ВГСУ, та недостатнє обґрунтування АМКУ своєї позиції в частині застосування Паризької конвенції та її пріоритету над національним законодавством у сфері недобросовісної конкуренції дали змогу відповідачу уникнути відповідальності, і правильне по суті рішення АМКУ було скасовано.

Однією з перших складних справ імітації, розглянутих АМКУ за коментованою статтею, є справа за заявою корпорації «МАРС, Інк.» (м. Маклін, штат Вірджинія, США) і ТОВ «МАРС Україна» (м. Бровари, Київська обл., Україна) про недобросовісну конкуренцію з боку ТОВ «КСК БОНО» (Чеська Республіка) і ТОВ «БОНО-Україна» під час виробництва та реалізації на українському ринку кормів для котів і собак з торговельною маркою «Супер БАЛАНС».

В основу підходу, який було використано під час розгляду цієї справи, покладено розуміння, що для визначення схожості дизайну упаковок під час їх порівняння важливішим є перше враження. Саме воно має найбільший вплив на споживача. Якщо перше враження від порівняння двох упаковок — враження схожості, а наступне порівняння виявить відмінності в окремих елементах за рахунок розбіжності, то під час оцінки схожості варто керуватися саме першим враженням.

Розглядаючи цю справу, АМКУ виходив з того, що дизайн упаковок, які порівнюються, схожий за загальним кольоровим фоном (фіолетовий), послідовністю розміщення позначень (словесний товарний знак, зображення kota, миска з їжею), кольорами товарного знака (білий на червоному фоні), тобто відтворюють суттєві елементи дизайну упаковок. Упаковки, які порівнюються, мають подібне композиційне вирішення — розміщення основних елементів дизайну, на яких найбільше фіксується увага. При цьому незначні відмінності у дизайні не впливають на загальне зорове враження.

---

<sup>12</sup> Fenichel Z. Pojęcie dobrych obyczajów w prawie polskim // Głos Prawa. — 1934. — Nr. 1–3. — S. 28.

Також у цій справі було проведено експертизу на предмет виявлення схожості оформлення пакування і порушення виключних прав інтелектуальної власності. Складений за її результатами висновок врахував рекомендації, викладені в розділі «Засоби правового захисту проти контрафакції» посібника з торгових марок ВОІВ<sup>13</sup>:

*«В окремих випадках загальновідомі товарні знаки використовуються імітатором таким чином, що вони не схожі з оригіналом до ступеню змішування і навіть можуть відрізнятися від нього. В таких випадках змішування виникає на ринку в основному через використання ідентичних або дуже схожих на ті, що використовуються на оригінальній упаковці чи ярлику, кольорів, графічних елементів. Ярлики й упаковки рідко реєструють як товарні знаки, тому згідно з правом товарних знаків у таких випадках немає підстав для подання позову про порушення прав на товарний знак. Ці випадки мають бути врегульовані правилами захисту від недобросовісної конкуренції.*

*[...] Імітатор користується репутацією справжнього товару для того, щоб ввести споживачів в оману. Якщо йому це не вдається, то він програв! Беручи це до уваги, очевидно, що продукція, на якій використовуються ті ж кольори і графічні елементи упаковки, вводить споживачів в оману незалежно від того, використовував імітатор схожий чи той же товарний знак».*

У ході розслідування було, зокрема, встановлено, що корпорація «МАРС, Інк.» є виробником кормів для тварин з відомими торговельними марками *Whiskas* і *Pedigree*. Власник відповідних торговельних марок з часу появи на ринку кормів завдяки якості продукції та активній рекламі набув ділової репутації. Про визнання, репутацію і відомість в Україні знаку для товарів і послуг *Whiskas* свідчить те, що його знає 69,9 % споживачів (за даними опитування, проведеного *TNS-Ukraine* у 2005 році), а з кормами торговельної марки *Pedigree* обізнані майже 62 % покупців.

За інформацією заявників, реалізація продукції протягом більш як десяти років здійснювалася при постійному рекламному супроводі (лише протягом 2001–2004 років витрати на телевізійну рекламу становили близько 2,5 млн доларів США, і у 2005–2006 роках витрати на рекламу не зменшувалися).

Під час розслідування АМКУ було також встановлено, що фонові кольори упаковок кормів мають правову охорону в Україні як невід'ємна складова комбінованих торговельних марок, а саме:

– ліловий/фіолетовий/бузковий (корми для котів) за свідоцтвами від 25.12.1997 № 9121, від 15.03.2002 № 23427 та від 15.05.2002 № 25126;

<sup>13</sup> Introduction to trademark law practice. The basic concepts. A WIPO rading manual. — Geneva, 1993. — Р. 99–100. Матеріали експертного висновку були надані Г. О. Андрощуком (атестованим судовим експертом з питань інтелектуальної власності Київського НДІ судових експертиз Міністерства юстиції України), якому було доручено проведення експертизи у цій справі.

– жовтий/оранжевий (корми для собак) за свідоцтвами від 25.04.1997 № 8033 і 8034 та від 15.07.2003 № 33080.



Рис. 6. Зовнішнє оформлення упаковок кормів для котів «Супер БАЛАНС» і Whiskas.



Рис. 7. Зовнішнє оформлення упаковок кормів для собак «Супер БАЛАНС» і Pedigree.

Як вказав заявник, під час виробництва кормів з торговельними марками Whiskas і Pedigree незмінно використовують зазначені фонові кольори як основні розрізняльні елементи упаковок для товарів, що реалізуються у країнах Європи, а також в Україні. Ця кольорова гама є суттєвими розрізняльними

елементами ідентифікації продукції торговельних марок *Whiskas* і *Pedigree* на товарному ринку і відображає сталу кольорово-графічну концепцію виробника.

Такий аргумент заявників був засвідчений дослідженням ринку кормів для котів і собак, що вказало: крім комбінованих знаків для товарів і послуг *Whiskas* і *Pedigree*, розрізняльну здатність на ринку забезпечували також забарвлення (фоновий колір) упаковок — відтінки фіолетового (бузкового) та жовтого (оранжевого) кольорів відповідно.

Водночас аналіз зовнішнього оформлення упаковок (коробок та бляшанок) кормів для котів *Whiskas* та «Супер БАЛАНС», а також кормів для собак *Pedigree* та «Супер БАЛАНС» встановив, що фонові кольори як елементи дизайну упаковок кормів «Супер БАЛАНС» є імітацією фонових кольорів упаковок кормів з торговельними марками *Whiskas* і *Pedigree*.

Зважаючи на те, що форма та матеріал упаковок (коробок, пакетів, бляшанок) кормів для тварин є типовими для цих товарів, упаковки «Супер БАЛАНС» з настільки подібними фоновими кольорами були здатні привернути увагу покупців завдяки їхній обізнаності у кормах *Whiskas* та *Pedigree*. Було також доведено, що використання схожої комбінації кольорів на упаковках товару забезпечує загальну схожість з упаковками кормів торговельних марок заявників навіть за наявності розбіжностей в окремих елементах.

Отже, поведінка виробника і замовника характеризувалась як «паразитуюча конкуренція», оскільки ці суб'єкти господарювання, імітуючи упаковки добре відомих марок, не витрачаючи грошей на рекламу та не докладаючи маркетингових зусиль, намагалися завоювати позиції на ринку. Суттєвим аргументом для такого висновку стало те, що імітація здійснювалася саме щодо кольорів упаковок продукції корпорації «МАРС, Інк.», що не може бути випадковим і свідчить про паразитування на чужій репутації. На підтвердження доводів заявників про недобросовісність маркетингових практик ТОВ «КСК БОНО» та ТОВ «БОНО-Україна» на українському ринку свідчить несхожість з упаковками *Whiskas* і *Pedigree* упаковок іншої продукції ТОВ «КСК БОНО», зокрема кормів *Bono* і *Petty*, які в Україні не реалізуються.

Отже, під час розслідування АМКУ було доведено, що дії ТОВ «КСК БОНО» і ТОВ «БОНО-Україна» щодо імітації на упаковках кормів для котів «Супер БАЛАНС» відтінків фіолетового (лілового, бузкового) фонового кольору, а на упаковках кормів для собак «Супер БАЛАНС» жовтого (оранжевого) фонового кольору, які використовуються на упаковках кормів торговельних марок *Whiskas* і *Pedigree* виробництва підприємств корпорації «МАРС, Інк.» і є охоронюваними елементами (визначають обсяг правової охорони) торгових марок корпорації «МАРС, Інк.», містять порушення, передбачені п. 1 частини третьої ст. 10bis Паризької конвенції і ст. 1 Закону, у вигляді дій у конкуренції, які здатні викликати змішування (плутанину) відносно підприємства, продуктів, що суперечать чесним звичаям у підприємницькій діяльності.

Рішенням АМКУ на порушників накладено штраф на загальну суму 86700 грн.

Якщо звернутися до правового регулювання в Росії, то в Законі Російської Федерації «Про захист конкуренції» недобросовісною конкуренцією є будь-які дії в конкуренції, які серед іншого суперечать вимогам **добросовісності, розумності та справедливості**. Вказане додатково підтверджує необхідність визначення торгових та інших звичаїв у конкуренції морально-етичними категоріями, які, будучи оціночними поняттями, мають застосовуватись АМКУ та судами на власний розсуд за критеріями добросовісності, розумності, справедливості в сукупності з іншими ознаками акту недобросовісної конкуренції.

Коментована стаття за юридичною технікою не є бланкетною і не відсилає з необхідністю до конкретної правової норми, яка містить визначення складу конкурентного правопорушення або його об'єктивної сторони. Однак ця стаття перебуває у тісному зв'язку з низкою інших статей цього Закону, виступаючи свого роду підґрунтям для формування концепції заборони недобросовісної конкуренції *per se*.

У системному зв'язку з коментованою знаходиться ст. 33 Закону, згідно з якою суб'єкти господарювання за сприяння Торгово-промислової палати України та інших зацікавлених організацій можуть розробляти правила професійної етики<sup>14</sup> у конкуренції для відповідних сфер господарської діяльності, а також для певних галузей економіки. Порушення таких правил етики ведення бізнесу також може бути кваліфіковане як акт недобросовісної конкуренції.

Більшість країн зі спеціальним законодавством у сфері захисту від недобросовісної конкуренції використовують такі терміни, як *honest trade practices* (Бельгія, Люксембург), *the principle of good faith* (Іспанія, Швейцарія), *professional correctness* (Італія), *good morals* (Німеччина, Греція, Польща). Прецеденти, сформовані судами США, посилаються на такі конструкції, як *the principles of honesty and fair dealing* або *the morals of the marketplace* (США)<sup>15</sup>.

Іншими словами, в основі правової конструкції такої заборони лежать принципи правового регулювання, які можуть трансформуватися і втілюватися в положення законодавства, правила етики, правові звичаї, ділові практики.

**Отже, під час кваліфікації дій суб'єктів підприємницької діяльності як актів недобросовісної конкуренції недопустимо застосовувати формально-юридичний підхід, шукаючи положення законодавства або звичай у цивільно-правовому значенні, які були б порушені аналізованою поведінкою.**

---

<sup>14</sup> Докладніше про правила професійної етики у конкуренції див. коментар до ст. 33.

<sup>15</sup> Protection against unfair competition: analysis of the present world situation by World Intellectual Property Organization. International Bureau [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://books.google.com/books?id=XiKiFw2sdzwC&pg=PA23&lpg=PA23&dq=act+of+competition+contrary+to+honest+practices+AND+united+states+court&source=bl&ots=JNmE1RBDPT&sig=tpxV-E0HEhYtpi3YxB64cLhcQpY&hl=en&ei=T9uuTaWYONH5sgal\\_YDYDA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEQQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com/books?id=XiKiFw2sdzwC&pg=PA23&lpg=PA23&dq=act+of+competition+contrary+to+honest+practices+AND+united+states+court&source=bl&ots=JNmE1RBDPT&sig=tpxV-E0HEhYtpi3YxB64cLhcQpY&hl=en&ei=T9uuTaWYONH5sgal_YDYDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEQQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false).

На завершення розгляду цього питання звернімося до прикладів з іноземної судової практики держав із прецедентною системою права, для того щоб показати, як суди інтерпретують принципи розумності, добросовісності й справедливості у справах про захист від недобросовісної конкуренції.

**MacDonald et al. v Vapor Canada Ltd., [1977] 2 S.C.R. 134<sup>16</sup>** (Канада)

За обставинами цієї справи Макдональд працював кілька років у компанії *Vapor Canada*, що здійснювала діяльність у сфері виробництва і продажу обладнання для опалення. Під час роботи він організував співпрацю *Vapor Canada* з підконтрольною йому *Railquip Enterprises Ltd.* Припинивши трудові відносини з компанією *Vapor Canada*, він подав заявку на тендер щодо постачання обігрівачів від імені *Railquip Enterprises Ltd.* Після цього компанія *Vapor Canada Ltd.* заявила, що для того, аби зробити це, Макдональд використав знання, отримані протягом роботи у *Vapor Canada Ltd.* До того ж він використав конфіденційну інформацію, порушивши свій трудовий договір та всупереч ст. 7(е) Канадського Акта про торгові марки.

Зазначена ст. 7(е) говорить про те, що ніхто не може вчиняти будь-яку іншу дію або слідувати будь-якій іншій діловій практиці, котра суперечить чесним промисловим чи торговим звичаям Канади (*honest industrial or commercial usage in Canada*).

У своєму рішенні у цій справі суд вказує, що ніколи не вважалося нечесним або неправильним для бізнесмена намагатись у будь-який чесний спосіб привернути увагу споживачів свого конкурента і таким чином зменшити кількість його клієнтури, яка була до того часу. Суд зазначив, що, читаючи вищезазначену статтю про заборону будь-якої іншої дії або ділової практики, яка суперечить чесним промисловим чи торговим звичаям Канади, стає очевидно, що дії чи практика є нечесними в тому сенсі, що вони певним чином вводять в оману або розраховані на те, щоб ввести в оману, належать до сфери дії цієї статті. Дії чи поведінка, які включають певний елемент довіри або конфіденційності, так само можуть розглядатись як такі, що підпадають під дію цієї статті. Але суд не вважає, що зміст цієї статті може бути розширено до того, щоб забороняти поведінку, яка може розглядатись як нечесна лише в сенсі використання на свою користь ринкової ситуації, навіть якщо така ситуація була створена переважно зусиллями цієї особи, якщо методи використання ринкової ситуації самі по собі не є нечесними.

У цьому рішенні також зазначається, що ст. 7(е) стосується грабіжницької практики у конкуренції на конкурентному ринку, на якому є два або більше претендентів чи конкурентів у бізнесі, включає незаконне заволодіння та нечесне використання в конкуренції інформації чи документів, набутих таким шляхом.

<sup>16</sup> <http://www.nomus.ca/en/case/SCC/19772SCR134>.

**Cable & Wireless Plc. and Another v British Telecommunications Plc. [1998] FSR 383<sup>17</sup>** (Великобританія)

Ця справа стосувалася реклами однієї телефонної компанії, яка порівнювала її послуги з послугами іншої компанії.

Цікавим у цьому сенсі є формулювання своєрідного тесту (запитання) судом для з'ясування того, чи діяв відповідач «відповідно до чесних звичаїв у промислових і торговельних справах». Суд, розглядаючи справу, поставив запитання: чи міг би розумний торговець чесно висунути такі твердження, спираючись на інформацію, яку він має? Відповідаючи на це запитання, суд вказав наступне. Це може означати, що він має захист, коли виявиться, що інформація, якою він володів, була так чи інакше неправильною. Він повинен буде зупинитися, коли інша інформація, що заслуговує довіри і показує, що він помиляється, стане доступною. Захист залежить не від того, чи розглядаєте ви його як чесного підприємця, а від того, чи інші розглядатимуть те, що він робить, як чесний вчинок. Його особиста думка з цього приводу справи не стосується.

**Digicel (St. Lucia) Ltd & Ors v Cable & Wireless Plc & Ors [2008] EWHC 2522 (Ch) (23 October 2008)**<sup>18</sup> (Великобританія)

У цьому рішенні суд застосував концепцію нечесності (*dishonesty*), яка була сформульована у справі *Royal Brunei Airlines Sdn Bhd v Tan* [1995] 2 AC 378: «у значенні цивільного права нечесність означає просто дії, відмінні від того, як вчинила б чесна особа за таких же обставин». Ця концепція далі була розвинута у справі *Barlow Clowes Limited v Eurotrust International Limited* [2006] 1 WLR 1476, у якій вказано, що «хоча нечесність — це суб'єктивний розумовий стан, але стандарти, за якими право визначає, чи є поведінка нечесною, є об'єктивними. Якщо за звичайними стандартами дії відповідача буде охарактеризовано як нечесні, то не важливо те, що відповідач оцінює їх за іншими стандартами».

**Barclays Bank plc v RBS Advanta [1996] RPC 307<sup>19</sup>** (Великобританія)

Ця справа про те, що *RBS Advanta* поширювала рекламну літературу, зокрема брошуру, яка містила порівняльну таблицю платежів та відсоткових ставок для різних кредитних карток, поміж яких була *Barclaycard Standard Visa*.

Суд зазначив, що оскільки зареєстрована торгова марка була використана не «відповідно до чесних звичаїв у промислових і торговельних справах», то в такому разі є порушення права. Для перевірки цього було застосовано об'єктивний тест для визначення того, чи вважатиметься таке використання чесним на думку представників розумної аудиторії.

---

<sup>17</sup> <http://www.whitecase.com/Publications/Detail.aspx?publication=585>.

<sup>18</sup> [http://www.twobirds.com/English/NEWS/ARTICLES/Pages/Digicel%20\(St%20Lucia\).Aspx](http://www.twobirds.com/English/NEWS/ARTICLES/Pages/Digicel%20(St%20Lucia).Aspx).

<sup>19</sup> <http://rpc.oxfordjournals.org/content/113/10/307.full.pdf+html>.

Мотивуючи рішення, суд вказав, що слова «у промислових і торговельних справах» не означають, що суд має дивитись на встановлені законом або погоджені у певних сферах кодекси поведінки. Хоча більшість цих кодексів було створено для забезпечення порядності, вони постійно регулювали також й інші питання. Як зазначено судом, природа товарів чи послуг без сумніву вплине на ступінь перебільшення (мається на увазі перебільшення в рекламі), яке є допустимим. Чесність, на думку суду, має вимірюватися відносно того, що розумно очікувалося відповідною публікою від реклами товарів чи послуг.

Резюмуючи, суд зазначив, що немає порушення права у порівняльній рекламі, окрім випадків, коли торгова марка використовується не відповідно до чесних звичаїв. Суд визнав, що якщо використання вважається чесним членами розумної аудиторії, то порушення нема. Той факт, що реклама жартує над товарами чи послугами власника права та підкреслює переваги відповідача — це нормальне явище у порівняльній рекламі. Її метою є відвернення споживачів від власника права. Жодна розумна людина не буде очікувати від торговця того, що він звертатиме увагу на всі переваги конкурента, і невчинення цього саме по собі не винесе таку поведінку за межі того, що вважається чесним розумними людьми. Якщо, з іншого боку, розумний читач скаже, що реклама є нечесною, наприклад, бо вона є такою, що значно вводить в оману, тоді буде порушення права.

\* \* \*

Слід також окремо зазначити про такий елемент об'єктивної сторони конкурентного порушення, як наслідки протиправного діяння, наприклад завдання шкоди чи потенційна можливість завдання шкоди конкурентам або споживачам внаслідок вчинення акту недобросовісної конкуренції. Сучасні тенденції у правозастосуванні свідчать про те, що ця ознака має факультативне значення під час кваліфікації певної дії чи поведінки як акту недобросовісної конкуренції та не підлягає доказуванню, якщо аналіз характеру дії чи поведінки у конкуренції підтверджує спрямованість певної дії чи поведінки суб'єкта підприємництва на досягнення неправомірних переваг у конкуренції. Однак наявність доказів завдання шкоди актом недобросовісної конкуренції посилює юридичний склад, що є підставою для притягнення порушника до відповідальності за вчинення акту недобросовісної конкуренції. При цьому, окремі склади актів недобросовісної конкуренції передбачають необхідність встановлення, наприклад, факту змішування (ст. 4), досягання неправомірних переваг у конкуренції (ст. 15-1).

**Суб'єкт і суб'єктивна сторона конкурентного правопорушення.** Метою недобросовісної конкуренції завжди є отримання конкурентних переваг у підприємницькій діяльності (на ринку) без додаткових часових, інтелектуальних і фінансових затрат на посилення власного конкурентного становища або:



– шляхом нечесного присвоєння чи використання одними підприємцями результатів інтелектуальної, економічної та іншої діяльності інших гравців ринків, яка дозволяє таким гравцям запропонувати споживачу вигідніші умови продажу своєї продукції (нижча ціна, краща якість);

– шляхом вчинення недобросовісного впливу на конкурентів, інших учасників ринку та споживачів, внаслідок чого послаблюється їхня ринкова влада та за рахунок цього посилюється ринкова влада порушника.

Недобросовісна конкуренція завжди виступає умисними діями, а не бездіяльністю, тобто активною формою діяльності, коли особа, що вчиняє акт недобросовісної конкуренції, усвідомлено та цілеспрямовано порушує установлені правові чи морально-етичні норми ведення підприємницької діяльності. Проте під час кваліфікації акту недобросовісної конкуренції вина порушника, зокрема її конкретна форма, значення не мають та доказуванню не підлягають<sup>20</sup>, водночас як наявність у порушника мотиву (мети) на досягнення неправомірних переваг у конкуренції презюмується та не підлягає доказуванню, якщо аналіз характеру дії чи поведінки у конкуренції свідчить про порушення чесних способів ведення конкурентної боротьби.

Як правило, суб'єктом недобросовісної конкуренції виступає юридична чи фізична особа, яка здійснює господарську діяльність з метою отримання прибутку, а отже, веде повноцінну конкурентну боротьбу для збільшення своєї ринкової влади та розміру прибутку.

Однак за окремими складами конкурентного правопорушення суб'єктом може бути також особа, яка безпосередньо не перебуває у конкурентних відносинах з особою, проти якої спрямовано акт недобросовісної конкуренції.

Тому під час визначення суб'єкта господарювання як учасника конкуренції для цілей застосування коментованої статті Закону в цілому не слід обмежуватися формально-юридичним визначенням «суб'єкт господарювання», оскільки фізична особа, наприклад, не маючи юридичної легалізації свого статусу як суб'єкта господарювання (підприємництва), тим не менше може бути фактичним учасником ділового обороту, а отже, і конкуренції, та діяти в конкуренції. Також суб'єктом господарювання вважаються особи, які здійснюють контроль за діяльністю іншої фізичної чи юридичної особи, зокрема група суб'єктів господарювання, якій притаманні ознаки пов'язаності.

Зазначене підтверджується визначенням суб'єкта господарювання, що міститься в Законі про захист економічної конкуренції, та підлягає застосуванню для цілей коментованої статті Закону в цілому, де фізична особа розглядається як суб'єкт господарювання, **якщо вона здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність** (тобто не вказується на необхідність наявності у такої особи юридичного дозволу про право на зайняття підприємницькою діяльністю). Однак слід врахо-

---

<sup>20</sup> Див. п. 3 рекомендацій президії ВГСУ від 29.10.2008 № 04-5/247.

увати, що діяльність осіб у конкуренції (без наявності легалізованого статусу суб'єкта господарювання) має відповідати ознакам підприємницької діяльності, зокрема така діяльність повинна бути систематичною та мати на меті отримання прибутку.

Вказані ознаки підлягатимуть доказуванню у справі про притягнення такої особи як фактичного учасника конкуренції до відповідальності.

Коректне застосування будь-якого нормативно-правового акта потребує визначення сфери його дії: предмета регулювання та суб'єктів права, на яких цей закон поширюється. Визначення дії нормативно-правового акта має ключове значення для вирішення колізій між актами однакової юридичної сили з посиланням, наприклад, на спеціальність тих чи інших положень або дію законів у часі.

## Стаття 2. Застосування Закону

**Закон застосовується до відносин, у яких беруть участь суб'єкти господарювання у зв'язку з недобросовісною конкуренцією, у тому числі у разі вчинення ними дій за межами України, якщо ці дії мають чи можуть мати негативний вплив на конкуренцію на її території, якщо інше не встановлено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.**

**Ключові терміни:** застосування Закону; сфера дії; дія Закону; територія, на яку поширюється Закон

Порівнюючи положення коментованої статті із відповідним положенням Паризької конвенції, що визначають сферу її дії, тобто ст. 1 Конвенції, можна зробити висновок, що хоча Паризька конвенція не містить суб'єктного критерію, за яким визначається сфера її дії, предметний критерій більш конкретизований. Зокрема, ця стаття визначає країни, до правовідносин в яких застосовуються її положення, перелік об'єктів охорони промислової власності, до яких належить і припинення недобросовісної конкуренції, визначення поняття промислової власності та сфери, що охоплюється її змістом.

Водночас Директива ЄС про недобросовісні комерційні практики містить вичерпний перелік не лише тих правовідносин, на які поширюється її дія, а й тих, на які її дія не поширюється, із зазначенням при цьому відповідних директив, що регулюють такі відносини. Так, відповідно до § 6 названої Директиви: «...Ця Директива не поширює свій вплив на врегульовані Директивою 84/450/ЕЕС відносини, які стосуються реклами, що вводить в оману підприємців, та порівняльної реклами. Надалі ця Директива не впливає на загальноприйнятну практику в галузі реклами і торгівлі, таку як законне розміщення реклами у фільмах і телепрограмах, встановлення відмінностей у брендах, проведення стимулюючих продажу акцій, тоб-

то діяльність, що правомірно впливає на сприйняття споживачем товарів і поведінку споживачів, не обмежує їхнє право на прийняття рішення на основі повної і достовірної інформації».

Коментована стаття визначає сферу дії Закону за змішаним суб'єктно-предметним критерієм, тобто одночасно визначає суб'єктів правовідносин, на яких поширюється дія цього Закону, а також вид правовідносин (предмет, з приводу якого вони виникають), необхідний для застосування Закону, — відносини у зв'язку з недобросовісною конкуренцією.

Буквальний зміст коментованої статті не дає можливості відповісти на запитання щодо виключного кола суб'єктів, на яких поширюється дія Закону. Проте системне тлумачення коментованої статті та ст. 1 Закону, а також поняття «економічна конкуренція» дає змогу зробити висновок про те, що хоча б один з учасників правовідносин, які є предметом регулювання Закону, має бути суб'єктом господарювання.

У 2008 році в коментовану статтю було внесено зміни, відповідно до яких з переліку суб'єктів виключено об'єднання суб'єктів господарювання, органи державної влади, громадян, юридичні особи та їх об'єднання, що не є господарюючими суб'єктами. Як зазначається в листі АМКУ «Про особливості застосування положень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»» від 18 грудня 2008 року № 689-VI» від 17.02.2009 зі сфери дії Закону виключаються особи, що не є суб'єктами господарювання відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», оскільки вони безпосередньо не беруть участі у відносинах економічної конкуренції, тобто не можуть вчиняти «дії у конкуренції». Зазначається також, що у разі вчинення органами влади чи органами місцевого самоврядування дій, пов'язаних з недобросовісною конкуренцією, в інтересах суб'єктів господарювання, такі дії зазначених органів, за наявності відповідних ознак, можуть бути кваліфіковані за ст. 15 або 18 Закону про захист економічної конкуренції. При цьому, за наявності відповідних доказів, суб'єкт господарювання, в інтересах якого вчинялись окреслені дії, може бути притягнутий до відповідальності за недобросовісну конкуренцію.

Для того щоб визначити, хто є суб'єктом господарювання, необхідно звернутися до Закону про захист економічної конкуренції (відсилання до його термінології міститься в частині третій ст. 1 коментованого Закону), який в абзаці 11 частини першої ст. 1 дає своє, відмінне від того, що пропонує ГКУ, визначення суб'єкта господарювання, відповідно до якого ним є:

– юридична незалежно від організаційно-правової форми та форми власності чи фізична особа, що здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність, зокрема, яка здійснює контроль над іншою юридичною чи фізичною особою;

– група суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими.

При цьому зазначається, що не вважається господарською діяльністю фізичної особи з придбання товарів народного споживання для кінцевого споживання<sup>21</sup>.

Як вже було зазначено, наявність лише визначених Законом суб'єктів є недостатньою для його застосування, оскільки коментована стаття передбачає змішану суб'єктно-предметну ознаку правовідносин, які регулюються цим Законом. Тобто для того, аби певні відносини підпадали під дію цього Закону, окрім суб'єктів необхідним є дотримання другої умови: ці відносини мають виникати у зв'язку з недобросовісною конкуренцією. Визначення недобросовісної конкуренції можна знайти в частині першій ст. 1 коментованого Закону, відповідно до якої недобросовісною конкуренцією є будь-які дії в конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Отже, передумовою застосування положень коментованого Закону є наявність конкуренції між суб'єктами господарювання, яких стосується порушення. У свою чергу, визначення економічної конкуренції міститься в абзаці 1 частини першої ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції, відповідно до якого нею є змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку.

Коментована стаття також визначає дію Закону в просторі. На відміну від того підходу, що застосовується в більшості законів України, де дія закону в просторі визначається територією України, Закон про захист від недобросовісної конкуренції застосовується до відносин, які впливають чи можуть вплинути на економічну конкуренцію на території України. Тобто Закон застосовується, зокрема, до дій, вчинених відповідними суб'єктами за межами України, якщо ці дії мають чи можуть мати негативний вплив на конкуренцію на її території, якщо інше не встановлено договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Ключовою ознакою у цьому випадку є вплив на економічну конкуренцію на території України. Саме наявність такого впливу дає підстави говорити про екстратериторіальну дію Закону.

Екстратериторіальна дія є характерною для актів про захист економічної конкуренції більшості юрисдикцій. Це пов'язано з поглибленням процесів глобалізації та інтенсифікації економічних зв'язків у сучасному світі, у зв'язку з чим національні ринки зазнають усе більшого впливу як з боку іноземних ринків, так і через поведінку суб'єктів господарювання поза межами національного ринку. Положення, закріплене у коментованій статті, втілює в собі доктрину

<sup>21</sup> Докладніше про визначення суб'єкта господарювання для цілей Закону див. коментар до ст. 1.

впливу в моделі здійснення екстратериторіальної юрисдикції і прямо припускає застосування українського конкурентного права щодо відносин, які хоч і відбуваються поза межами території України (і відповідно поза межами її територіальної та персональної юрисдикції), проте впливають чи потенційно можуть вплинути на економічну конкуренцію в межах її національного ринку.

Законодавство про захист від недобросовісної конкуренції є цілісною системою нормативно-правових актів, яка включає норми, що визначають, які діяння вважаються недобросовісною конкуренцією, визначають правові засади захисту від недобросовісної конкуренції, а також підстави і порядок притягнення до відповідальності за порушення у цій сфері.

### **Стаття 3. Законодавство України про захист від недобросовісної конкуренції**

**Відносини, пов'язані з захистом від недобросовісної конкуренції, регулюються цим Законом, Законом України «Про захист економічної конкуренції», Законом України «Про Антимонопольний комітет України», «Паризькою конвенцією про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року», міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, іншими актами законодавства, виданими на підставі законів чи постанов Верховної Ради України.**

**Ключові терміни:** *система законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, Паризька конвенція, акти законодавства про захист від недобросовісної конкуренції*

Відповідно до коментованої статті законодавство складається з коментованого Закону, законів України «Про захист економічної конкуренції», «Про Антимонопольний комітет України», Паризької конвенції, міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, інших актів законодавства, виданих на підставі законів чи постанов Верховної Ради України. До таких інших актів належать укази Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, відомчі акти АМКУ та інших міністерств і відомств.

Законодавство про захист від недобросовісної конкуренції побудовано за такою ієрархією.

Норми Конституції України, що мають найвищу юридичну силу в Україні і є нормами прямої дії. При цьому коментована стаття не включає Конституцію безпосередньо до складу законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. Однак незважаючи на це, безперечно, Конституція становить правову

основу для формування законодавства у цій сфері. Система правового регулювання у сфері захисту від недобросовісної конкуренції ґрунтується на її нормах та має їм відповідати. Отже, правомірно стверджувати, що Конституція України входить до системи законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, як і до всіх інших галузей та інститутів законодавства України. Таке твердження має значення під час застосування положення про пряму дію норм Конституції, зокрема частини другої ст. 42, яка передбачає, що **держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності; не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція**. Пункт 8 частини першої ст. 92 Конституції встановлює, що виключно законами України визначаються правові засади і гарантії підприємництва, правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання. Певною мірою захисту від недобросовісної конкуренції стосуються й інші норми Конституції, які встановлюють загальні засади правопорядку в Україні. Отже, оскільки ст. 8 Конституції гарантується право звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції України, а відповідні норми Конституції закріплюють принцип недопущення недобросовісної конкуренції, то за умови виявлення такого порушення, яке відповідатиме ознакам діяння, що кваліфікується як недобросовісна конкуренція, згідно з коментованим Законом, кожному гарантується право звернення до суду з метою захисту своїх прав та інтересів, якщо вони порушені внаслідок такого діяння.

Наступною ланкою системи правового регулювання захисту від недобросовісної конкуренції є закони України, основні з яких названі в тексті статті.

Одним з основних джерел правового регулювання відносин із захисту економічної конкуренції є міжнародні договори України. Основою для цього слугує ст. 9 Конституції України, якою встановлено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Особливе місце в системі правового регулювання захисту від недобросовісної конкуренції посідає Паризька конвенція. Ця Конвенція є однією з найперших та найважливіших міжнародних угод у сфері інтелектуальної власності. Частина друга ст. 1 Конвенції встановила, що об'єктом охорони промислової власності є, зокрема, припинення недобросовісної конкуренції, а стаття 10*bis* встановила базові стандарти захисту від недобросовісної конкуренції. Цю статтю покладено в основу коментованого Закону, зокрема, визначення недобросовісної конкуренції у Законі майже ідентичне тому, що встановлено в частині другій статті 10*bis* Конвенції. Конвенція передбачає три групи дій, які в будь-якому разі підлягають забороні:

– усі дії, здатні яким би то не було способом викликати змішування відносно підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента;

– неправильні твердження за умови комерційної діяльності, що здатні дискредитувати підприємство, продукти чи промислову або торговельну діяльність конкурента;

– вказівки чи твердження, використання яких під час здійснення комерційної діяльності може ввести громадськість в оману щодо характеру, способу виготовлення, властивостей, придатності до застосування чи кількості товарів.

Положення ст. 10bis Паризької конвенції є положенням чинного законодавства України. Водночас у разі застосування статей 20, 21 і 24 Закону про захист від недобросовісної конкуренції, відповідно до яких передбачена цим Законом відповідальність настає лише за «вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція», відповідні дії мають бути кваліфіковані не тільки на підставі пп. 1, 2 або 3 частини третьої ст. 10bis Паризької конвенції, а й за частиною першою ст. 1 Закону про захист від недобросовісної конкуренції<sup>22</sup>.

В інформаційному листі ВГСУ від 13.04.2007 № 01-8/229 у п. 14 підкреслюється, що у розгляді справ зі спорів, пов'язаних із захистом господарюючих суб'єктів (підприємців) і споживачів від недобросовісної конкуренції й одночасно — із захистом прав інтелектуальної власності, господарським судам з урахуванням обставин конкретної справи слід керуватися, крім Закону про захист від недобросовісної конкуренції, приписами Паризької конвенції (дата набуття чинності для України — 25.12.1991), яка у ст. 10bis передбачає обов'язок країн-учасниць забезпечити громадянам цих країн ефективний захист від недобросовісної конкуренції та містить визначення акту недобросовісної конкуренції у промислових і торговельних справах. Згідно з п. (2) ст. 1 Конвенції об'єктами охорони промислової власності є патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування та вказівки про походження чи найменування місця походження, а також припинення недобросовісної конкуренції<sup>23</sup>.

Прикладом застосування п. 1 частини третьої ст. 10bis Паризької конвенції є рішення АМКУ від 05.08.2005 № 232-р у справі № 27-26.4/44-05. Недобросовісною конкуренцією тут визнано вчинення відповідачем комплексу дій, кожна з яких окремо не могла спричинити змішування (плутанину) відносно діяльності конкурента (заявника). Комплекс зазначених дій полягав у використанні відповідачем позначення «Супутник», що є складовою фірмового найменування конкурента, та розміщення відповідачем свого офісу навп-

---

<sup>22</sup> Лист АМКУ «Про особливості застосування положень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»» від 18 грудня 2008 року № 689-VI» від 17.02.2009.

<sup>23</sup> Інформаційний лист ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 13.04.2007 № 01-8/229. Із змінами і доповненнями, внесеними інформаційними листами ВГСУ від 19.06.2007 № 01-8/432, від 15.04.2008 № 01-8/233.

роти офісу конкурента на тій же вулиці (що обумовило, використання і відповідачем, і конкурентом назви цієї вулиці, зокрема під час реклами, разом із позначенням «Супутник»).

Угода ТРІПС від 15.04.1994 у ст. 39 встановлює обов'язок охорони закритої інформації в процесі забезпечення ефективного захисту проти недобросовісної конкуренції, посилаючись на ст. 10bis Паризької конвенції, а стаття 40 цієї Угоди регулює здійснення контролю за антиконкурентною практикою через ліцензійні договори.

Як вбачається зі ст. 6 Закону, яка визначає актом недобросовісної конкуренції копіювання зовнішнього вигляду виробу, дія цієї статті не поширюється на вироби, що мають охорону як об'єкти права інтелектуальної власності. Іншими словами, із правового регулювання цієї статті Закону виключені питання захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, які підлягають вирішенню на підставі законодавства України про інтелектуальну власність.

Так, згідно з позицією АМКУ, з якою погодилися й суди<sup>24</sup>, питання, до прикладу, використання в рекламі об'єктів авторського права не належить до компетенції АМКУ, тому що зазначені питання вирішуються відповідно до п. 4 частини першої ст. 438 ЦКУ та п. 4 частини першої статті 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права», і звернення до АМКУ за вирішенням спору щодо правомірності використання однією особою в цивільному обороті об'єкта інтелектуальної власності без дозволу іншої особи не входить до компетенції АМКУ, оскільки не становить предмета недобросовісної конкуренції.

Однак положення ЦКУ та інших актів законодавства, які регулюють право інтелектуальної власності, можуть застосовуватися господарськими судами до правовідносин, що регулюються нормами конкурентного законодавства (зокрема Законом про захист від недобросовісної конкуренції), у вирішенні певних питань, пов'язаних, зокрема, з визначенням понять об'єктів правової охорони, поняття їх використання тощо, якщо такі питання не врегульовано нормами конкурентного законодавства.

У разі, коли тотожні за назвою поняття, вживані як у законах, що регулюють право інтелектуальної власності, так і в конкурентному законодавстві, є відмінними одне від одного за правовим змістом, господарському суду у розгляді справ, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства, слід виходити саме з приписів останнього.

Так, поняття «пріоритет», яке в коментованому Законі вживається в розумінні переважного права на користування результатами правомірної, добросовісної та чесної підприємницької діяльності, з огляду на відмінності у сферах регулювання за своїм правовим змістом не є тотожним поняттю «пріоритет» за законами України «Про охорону прав на промислові зразки», «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на знаки для

<sup>24</sup> Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 2 листопада 2010 року у справі 2а-4792/09/2670.



товарів і послуг», що визначають пріоритет як першість у поданні заявки про реєстрацію відповідних прав<sup>25</sup>.

Джерелом тлумачення конкурентного законодавства є також Директива Європейського парламенту та Ради ЄС 2005/29/ЄС від 11.05.2005 про недобросовісні комерційні практики щодо споживачів на внутрішньому ринку (Директива про недобросовісні комерційні практики). Директива наразі не входить до вітчизняної системи законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, але може використовуватися під час аналізу положень національного та міжнародного законодавства та формування правозастосовної практики в цій сфері.

Положення, спрямовані на захист економічної конкуренції, містяться також у підзаконних нормативно-правових актах, особливе місце серед яких посідають відомчі акти АМКУ, зокрема:

- Правила розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (затверджено розпорядженням АМКУ від 19.04.1994 № 5);

- Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції (затверджено розпорядженням АМКУ від 25.12.2001 № 182-р);

- Правила розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (затверджено розпорядженням АМКУ від 12.02.2002 № 24-р).

---

<sup>25</sup> Пункт 24 Рекомендацій президії ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 29.10.2008 № 04-5/247.

## Глава 2

# НЕПРАВОМІРНЕ ВИКОРИСТАННЯ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

---

Глава 2 коментованого Закону зосереджує увагу на проявах недобросовісних практик суб'єктів господарювання, пов'язаних з неправомірним використанням ними ділової репутації інших господарюючих суб'єктів. До таких правопорушень, зокрема, належать неправомірне використання позначень (ст. 4), товарів (ст. 5) інших суб'єктів господарювання без їхньої згоди, а також копіювання зовнішнього вигляду товарів інших виробників (ст. 6) та застосування позаправових методів реклами (порівняльна реклама) під час рекламування власних товарів, робіт і послуг (ст. 7).

Правові приписи аналізованої глави хоча й не містять дефініції ділової репутації суб'єкта господарювання, та все ж дають поняття відповідних антиконкурентних дій у сфері господарювання. Відповідні правові положення спрямовані на виокремлення необхідних ознак правопорушення, розкриття юридичного складу кожного з них для надання ефективного захисту потерпілій стороні від подібних практик.

Головною ознакою, що об'єднує всі правопорушення у сфері конкурентного законодавства, визначені у главі 2 коментованого Закону, є те, що такі дії передбачають умисне протизаконне використання носіїв ділової репутації інформації, що характеризує належний рівень професійних здібностей та управлінського досвіду конкурента, зокрема, на свою користь з метою отримання переваг у конкуренції. Отже, протиправні дії, пов'язані з неправомірним використанням ділової репутації інших суб'єктів господарювання, вирізняються насамперед об'єктом посягання та об'єктивною стороною.

## Стаття 4. Неправомірне використання позначень

**Неправомірним є використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання.**

**Використання у фірмовому найменуванні власного імені фізичної особи не визнається неправомірним, якщо до власного імені додається який-небудь відмітний елемент, що виключає змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.**

**Ключові терміни:** *ім'я, комерційне найменування, торговельна марка, дозвіл (ліцензія), пріоритет, ділова репутація, змішування*

Відповідно до положення абзацу 1 частини третьої ст. 10bis Паризької конвенції підлягають забороні всі і будь-які дії, здатні яким би то не було способом викликати змішування відносно підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента.

Отже, норми Паризької конвенції лягли в основу формування складу правопорушень, пов'язаних із неправомірним використанням позначень, передбачених ст. 4 коментованого Закону.

Положення ст. 4 Закону визначають:

- об'єкти права інтелектуальної власності, які перебувають під охороною як позначення згідно з коментованим Законом;
- встановлення відсутності дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, що уповноважений давати такий дозвіл, як підстави для кваліфікації використання позначень як акту недобросовісної конкуренції;
- постановку питання про доведення давності (пріоритету) використання позначення;
- визнання за цих умов факту використання позначення суб'єкта господарювання неправомірним;
- можливість застосування ст. 4 Закону до правопорушень, у яких використовуються не тільки тотожні, а й схожі на них позначення, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати такі позначення;
- встановлення застереження про можливість використання у фірмовому найменуванні власного імені за певних обставин.

**Об'єкт.** Системне тлумачення коментованої статті дає підстави для висновку про те, що об'єктом посягання відповідного антиконкурентного правопорушення є ніщо інше як ділова репутація суб'єкта господарювання, недоторканність якої захищається законом. Зокрема, позначення, які мають статус об'єктів інтелектуальної власності (засобів індивідуалізації), позначення, які не охороняються законами про захист інтелектуальної власності, рекламні матеріали та інші атрибути бренду, що є носіями ділової репутації, а їх неправомірне (несанкціоноване правоволодільцем або законом) використання є посяганням на ділову репутацію у **конкурентних відносинах**.

Ідентифікація об'єкта цього конкурентного правопорушення є суттєвим з погляду необхідності розмежування сфери правового регулювання конкурентного законодавства і законодавства про захист об'єктів інтелектуальної власності та законодавства про захист ділової репутації. Так, посягання на виключні права інтелектуальної власності або на ділову репутацію, яке відбувається поза межами конкурентних відносин та не створює конкурентних переваг для порушника, належить до сфери регулювання і захисту виключно відповідних інститутів цивільного законодавства. Якщо ж посягання має на меті або ж своїм результатом отримання конкурентних переваг, тоді такі дії слід кваліфікувати як антиконкурентне правопорушення.

Сказане, однак, не означає, що під час кваліфікації та розгляду справи за складом, який передбачений коментованою статтею, не повинно застосовуватися законодавство про охорону прав на засоби індивідуалізації (об'єкти інтелектуальної власності) чи про охорону ділової репутації.

Отже, об'єктом цього правопорушення є суспільні відносини у сфері економічної конкуренції, які встановлюють і охороняють режим використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань.

Відповідно до чинного законодавства України особа, яка вважає, що її права на об'єкт права інтелектуальної власності порушено, може звернутися до суду та довести факт порушення на підставі спеціальних законів у сфері охорони прав на об'єкти виключних прав.

Водночас такі закони передбачають захист лише тих об'єктів права інтелектуальної власності, які пройшли відповідну реєстрацію та на які отримано охоронний документ, у зв'язку з чим набули статусу об'єкта інтелектуальної власності. Виняток становить порядок набуття прав на комерційне (фірмове) найменування, який не передбачає виконання формальних процедур для виникнення однойменного об'єкта правової охорони. Крім того, особливий режим правової охорони відповідно до ст. *bis* Паризької конвенції встановлюється для добре відомих торговельних марок, для яких не вимагається обов'язкова реєстрація з метою охорони від можливого змішування із знаками, що є їх відтворенням або імітацією.

У листі АМКУ «Про особливості застосування положень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 18.12.2008 № 689-VI» від 17.02.2009 № 54/01 підкреслюється, що положення ст. 4 Закону забезпечують захист від недобросовісної конкуренції у вигляді неправомірного використання ділової репутації не на підставі охоронного документа (до прикладу, патенту на промисловий зразок чи свідоцтва на знак для товарів і послуг), а виходячи з першості у використанні будь-якого позначення чи сукупності позначень, що забезпечують індивідуалізацію діяльності відповідного суб'єкта господарювання з-поміж інших.

Додатково до цього законодавство про захист від недобросовісної конкуренції може забезпечити правову охорону від змішування для імені, рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, які не є охороноздатними в межах інших законів у сфері інтелектуальної власності.

У згаданому вище листі АМКУ зазначається, що стосовно вказівок на такі позначення, як назви літературних, художніх творів, які належать до об'єктів авторського права, то їх неправомірне використання зазвичай не пов'язується з діями у конкуренції (тобто із «змаганням між суб'єктами господарювання»). Також неправомірне використання зазначень походження товарів, за наявності відповідних ознак, може кваліфікуватися за ст. 15-1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Зупинімося на основних видах позначень, несанкціоноване використання яких охоплюється коментованою статтею.

**Неправомірне використання знаків для товарів і послуг.** Значення торговельних марок для конкуренції проаналізовано в низці рішень Європейського суду справедливості. Зокрема, в рішенні у справі компанія «Ай Дейч Ті Інтернаціональ Гайцтехнік ГмбХ та Анор» проти компанії «Ідеаль-Штандард ГмбХ енд Анор» (справа С-9/93) (ЄС, 22.06.1994) [1994] 2 СЕС ЕСТ 256, 258 зазначено, що метою закону про товарні знаки є захист власників від шахрайства з боку третіх осіб, які можуть мати намір скористатися репутацією певної торгової марки, створюючи ризик введення в оману споживачів. У справі компанія «Дойче Рено АГ» проти «Ауді АГ» (справа С-317/91) (ЄС, 30.11.1993) [1995] 1 СЕС ЕСІ 339, 353 суд наголосив, що зміст прав на товарний знак полягає у захисті власника знаку від ризику введення в оману, який дозволив би третім особам незаконно скористатися репутацією товарів цього власника. У справі компанія «Кенон Кабушікі Кайша» проти корпорації «Метро-Голдвін-Майер Інк.» (справа С-39/97) (ЄС, 02.04.1998 року) основною функцією товарного знаку визначено гарантування справжності походження позначеного знаком товару споживачу та кінцевому користувачу, даючи їм змогу безпомилково відрізнити товар чи послугу від інших товарів та послуг, які мають інше походження. Далі суд розвинув свою думку: для того щоб товарний знак був спроможний виконувати свою

основну роль у системі неспотвореної конкуренції, яку намагається запровадити договір, він повинен гарантувати, що всі товари і послуги, для яких він використовується, були надані під контролем одного підприємства, котре несе відповідальність за їхню якість.

Слід зазначити, що дотримання основних норм захисту торговельних марок відповідає нагальним інтересам широкого загалу. По-перше, торговельні марки стимулюють підтримання доброї репутації, яка обумовлюється передбачуваною якістю товарів. Захист інвестиції власників торговельних марок у якість знака та товари, які цією маркою представлені, створює стимул для збільшення інвестицій та розробки нових, досконаліших товарів. По-друге, оскільки торговельна марка як символ сама по собі містить інформацію щодо якості та типу товару, підтримання чинної системи торговельних марок захищає споживача, забезпечуючи передбачуваний рівень якості та зменшуючи витрати на пошук товару. І по-третє, торговельна марка є втіленням права власності підприємця на результати його праці зі створення торговельної марки, а також і ті товари та ідеї, які ця марка репрезентує, та на її популярність у споживачів, що є наслідком реклами й маркетингу.

Під час вирішення питання щодо тотожності або схожості до ступеня змішування позначень у контексті встановлення складу правопорушення, передбаченого коментованою статтею, прийнято керуватися п. 3 ст. 6 Закону про знаки для товарів і послуг та Правилами складання, подання і розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, затвердженими наказом Держпатенту України від 28.07.1995 № 116. Щодо встановлення тотожності і схожості позначень, то відповідно до п. 4.3.2.4 Правил позначення вважається тотожним з іншим позначенням, якщо воно збігається з ним у всіх елементах. Позначення вважається схожим настільки, що його можна сплутати з іншим позначенням, якщо воно асоціюється з ним в цілому, незважаючи на окрему різницю елементів. Крім того, для визначення наявності змішування діяльності підприємств, зокрема щодо використання ними торговельних марок чи інших позначень, необхідно враховувати ступінь розрізновальної здатності знака, масштаби діяльності і репутацію власників, рівень поінформованості споживачів і схожість знаків, товарів або послуг (постанова ВГСУ від 26.01.2010 у справі № 16/47).

Виходячи з аналізу статистики розгляду справ в АМКУ, слід зробити висновок, що стаття 4 є однією з найчастіше застосовуваних для захисту від актів недобросовісної конкуренції.

Наведемо приклади двох діаметрально протилежних рішень органів АМКУ в аналогічних справах. До Запорізького відділення Комітету надійшла заява від ЗАТ «Оболонь» (м. Київ) про неправомірне використання ТОВ «ЛГЗ «Кристал»» (м. Запоріжжя) його об'ємного товарного знака у вигляді пляшки<sup>26</sup>. ЗАТ «Оболонь» та ТОВ «ЛГЗ «Кристал»» здійснюють ідентичну діяльність – виробництво слабоалкогольних напоїв. Свою продукцію обидва підприємства розливають у

<sup>26</sup> Андрощук Г. О. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції. Навч. посіб. — К.: Ін-т економіки та права «Крок», 2002. — С. 168–169.

пляшки місткістю 0,33 л з написом «ОБОЛОНЬ». Свого часу ЗАТ «Оболонь» за рішенням Держпатенту України отримало свідоцтва на об'ємний товарний знак у вигляді пляшки та на словесний товарний знак у графічному зображенні «ОБОЛОНЬ». Згідно з експертним висновком патентного повіреного пляшка з позначенням «ОБОЛОНЬ», яка використовується ТОВ «ЛГЗ “Кристал”» як тара для розливу напоїв, тотожна пляшці, в яку розливає свою продукцію ЗАТ «Оболонь». За цих обставин можливе змішування продукції двох зазначених підприємств. Запорізьким відділенням Комітету дії ТОВ «ЛГЗ “Кристал”» кваліфіковано за статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» як неправомірне використання без дозволу уповноваженої на те особи знаків для товарів і послуг, інших позначень, що може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта, який має пріоритет на їх використання. На ТОВ «ЛГЗ “Кристал”» накладено штраф у розмірі 2040 грн.

Обставини наступної справи докладно викладено у праці Т. В. Нестулі<sup>27</sup>.

До АМКУ звернулося ЗАТ «Оболонь», вважаючи порушеними свої права на знак для товарів і послуг «Оболонь». Провівши дослідження, Комітет не виявив у діяч виробників пива «Чернігівське» ознак недобросовісної конкуренції, оскільки використання скляної тари з чужим фірмовим клеймом (витисненим знаком) не здатне призвести до змішування товарів через однозначну ідентифікацію на етикетці пива «Чернігівське» товару та його виробника. Адже АТ «Чернігівський пивкомбінат «Десна» вкладає значні кошти у рекламування торговельної марки «Чернігівське» на конкурентному ринку пива не для того, щоб реалізовувати свою продукцію під торговельною маркою «Оболонь».

Отже, порушення компанією «Десна» чесних звичаїв у підприємницькій діяльності не було встановлено за відсутністю доказів того, що це підприємство навмисно використовує чужий знак для товарів і послуг «Оболонь» з метою отримання переваг у конкуренції шляхом введення в оману споживачів. За фактом використання скляної пляшки з рельєфним позначенням «Оболонь» можна швидше констатувати не прояв недобросовісної конкуренції, а певні недоліки в обігу вторинної тари для розливу продукції ЗАТ «Оболонь».

Аналіз наведених вище результатів розгляду органами АМКУ двох аналогічних справ про недобросовісну конкуренцію (неправомірне використання чужих позначень), де у першому випадку було визнано порушення й накладено штраф, а у другому — відмовлено в розгляді справи, дозволяє говорити, що прийнятним слід вважати підхід, коли всебічно з'ясовуються фактичні обставини діяльності суб'єктів господарювання і, зокрема, використання ними об'єктів промислової власності (знаків для товарів і послуг, промислових зразків тощо). За результатами такого до-

---

<sup>27</sup> Нестуля Т. В. Правові засади захисту від недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності: Практика застосування органами Антимонопольного комітету України законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. Навч. посіб. — К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2007. — С. 99.

слідження у першому випадку було встановлено, що дії суб'єкта господарювання не відповідають складу правопорушення, визначеного у Законі як недобросовісна конкуренція.



Рис. 8. Зображення пляшки (об'ємна торговельна марка «Оболонь») з етикеткою пива «Чернігівське».

Зазначмо, що в обох проаналізованих випадках основною причиною конфлікту стала неправомірна реєстрація свого часу Держпатентом України стандартних пляшок (місткістю 0,33 і 0,5 л), які не мають розрізняльної здатності (оскільки вони стандартні) як знаків для товарів і послуг. Однак відповідного припису для Держпатенту України АМКУ так і не зробив, а отже, повторення подібних випадків у майбутньому не виключено.

Так, в АМКУ розглянуто заяви корпорації «МАРС ІНК» (далі — Корпорація) та її дочірнього підприємства «МАРС Україна» про недобросовісну конкуренцію з боку ТОВ «Кафе «Романтика»» і ТОВ «Кафе «Юність»» (м. Кременчук Полтавської обл.) у вигляді неправомірного використання ділової репутації Корпорації під час виробництва і реалізації кондитерських виробів з торговою маркою «Смак ніжності» через введення у господарський обіг позначень «Снікерс», «Снікершок» та «Баунті», а також упаковки шоколадного батончика «Кокос», яка є схожою за дизайном з упаковкою шоколадного батончика «Баунті». Корпорація протягом тривалого часу реалізує на українському ринку шоколадні кондитерські вироби з торговельною маркою «СНІКЕРС» та «Баунті».

Обізнаність споживачів у цій продукції, її популярність та широкий попит забезпечуються незмінно високою якістю, дизайном упаковки та активним рекламуванням у засобах масової інформації. Зокрема, телевізійна реклама шоколадних батончиків «Баунті» становить щорічно близько 1,5 млн грн.



Корпорація є власником серії знаків для товарів і послуг «СНІКЕРС», «Баунті» за свідоцтвами, отриманими протягом 1997–2003 років. Рішенням Апеляційної палати Державного департаменту інтелектуальної власності від 21.04.2005 знак «Баунті» визнано добре відомим в Україні.



Рис. 9. Упаковки шоколадних батончиків «СНІКЕРС» та «Баунті».

ТОВ «Кафе “Романтика”» і ТОВ «Кафе “Юність”», виготовляючи цукерки торгової марки «Смак ніжності», використовували на упаковках (коробках) та на касових чеках позначення «Снікерс» та «Снікершок». Крім того, дизайн упаковки цукерок «Батончик “Кокос”» за композиційно-кольоровим оформленням був схожий з дизайном упаковки шоколадного батончика «Баунті».

Використання у господарському обігу кафе цих позначень, які є об'єктами промислової власності Корпорації або спотвореним варіантом її торгових марок («Снікершок»), а також упаковки цукерок «Батончик “Кокос”», яка за композиційно-кольоровим оформленням є схожою з упаковкою шоколадного батончика «Баунті», має ознаки дій у конкуренції, що суперечать торговим чесним звичаям у підприємницькій діяльності, у вигляді неправомірного використання чужої ділової репутації (ст. 1 Закону).

Керуючись ст. 46 Закону про захист економічної конкуренції, з метою припинення дій, які мають ознаки порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, та усунення причин цих порушень державний уповноважений АМКУ надав ТОВ «Кафе “Романтика”» і ТОВ «Кафе “Юність”» рекомендації:

1. Припинити використання у господарській діяльності об'єктів промислової власності корпорації «МАРС ІНК», зокрема знака «СНІКЕРС», «СНИКЕРС» та «Баунті», і позначень, які є похідними від них чи схожими до ступеня змішування («Снікершок»), а також упаковки «Батончик “Кокос”», що є схожою за дизайном з упаковкою шоколадного батончика «Баунті», який виробляє Корпорація.

2. Здійснити інвентаризацію упаковок цукерок з торговою маркою «Смак ніжності», на яких використовуються такі позначення, вилучити ці упаковки з господарського обігу і надати Комітету підтвердні матеріали.

3. Надати зразки нових упаковок продукції, виготовлених без порушення прав корпорації «МАРС ІНК» та третіх осіб.

Отримані Комітетом матеріали свідчать про належне виконання зазначених рекомендацій, а саме: з упаковок усунуто чужі знаки та їх імітацію, змінено дизайн упаковки «Батончика “Кокос”» та вилучено чужі знаки з фіскальних чеків<sup>28</sup>.

**Неправомірне використання чужого комерційного (фірмового) найменування.** Фірмове найменування має стійкий зв'язок з діловою репутацією підприємства і тому представляє значну цінність для суб'єкта господарювання. У статті 8 Паризької конвенції закріплено положення про те, що фірмове найменування охороняється в усіх країнах Союзу без обов'язкового подання заявки чи реєстрації.

ЦКУ визначено правові засади охорони комерційного (фірмового) найменування, яке згідно з частиною першою ст. 489 Кодексу призначено, щоб вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводити в оману споживачів щодо її справжньої діяльності. Отже, комерційні (фірмові) найменування допомагають ідентифікувати та відрізнити підприємство та його комерційну діяльність від інших підприємств і їхньої комерційної діяльності.

Як зазначено у ст. 490 ЦКУ, майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування визначають не тільки право на його використання, а й право перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне (фірмове) найменування, зокрема забороняти таке використання.

Стаття 8 Паризької конвенції накладає зобов'язання здійснювати охорону фірмових найменувань в усіх країнах Союзу, не даючи при цьому жодних пояснень щодо способів охорони та її видів. У більшості випадків прямі конкурентні відносини між підприємствами є важливим, але не вирішальним чинником під для з'ясування того, чи могло використання тотожного або схожого фірмового найменування викликати у споживача змішування щодо підприємств або їх взаємовідносин. Іноді охорона виходить за межі конкретної галузі, в якій первісно використовувалося фірмове найменування, тому що часто беруться до уваги такі ринкові чинники, як виробнича практика, ймовірність розширення діяльності підприємства. Можливість охорони ділової репутації підприємств від недобросовісної конкуренції у вигляді неправомірного використання їхніх фірмових (комерційних) найменувань (що створює загрозу змішування діяльності) є ширшою від сфери охорони комерційного (фірмового) найменування як об'єкта права власності.

Для встановлення ознак антиконкурентного правопорушення підлягають доведенню, зокрема, такі обставини:

– використання позначення, що входить до комерційного найменування, з метою, що суперечить чесним діловим звичаям у конкуренції;

<sup>28</sup> Мельниченко О. Як боротися з недобросовісною конкуренцією? [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2642>.

– заявник уже набув власну ділову репутацію на певному товарному ринку;  
– особа, у діях якої заявник вбачає ознаки порушення, під час державної реєстрації намагалася використати ділову репутацію заявника для входження на ринок;

– використання тотожних або схожих фірмових найменувань здатне призвести (або вже призвело) до змішування діяльності самостійних підприємств.

Звернімось до прикладів припинення органами АМКУ актів недобросовісної конкуренції, що полягали у неправомірному використанні чужих фірмових найменувань.

Компанія «НИССАН» є провідною міжнародною компанією, що спеціалізується на виробництві легкових автомобілів та запчастин до них, які маркуються добре відомими знаками для товарів і послуг, зокрема *NISSAN* та *INFINITI*.

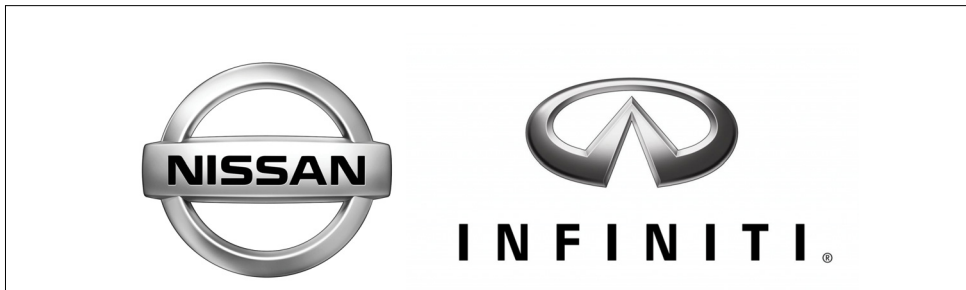


Рис. 10. Зображення добре відомих знаків для товарів і послуг *NISSAN* та *INFINITI*.

Упродовж багатьох років компанія «НИССАН» є одним з лідерів у постачанні на світовий ринок легкових автомобілів, зокрема легкових автомобілів класу «люкс». З метою належного захисту в Україні своїх законних прав на знаки для товарів і послуг компанією «НИССАН» було здійснено 49 державних реєстрацій знаків для товарів і послуг. Зокрема щодо знаків для товарів і послуг, які містять позначення *INFINITI*, в Україні було здійснено чотири державні реєстрації. Вперше позначення *INFINITI* було використано ТОВ «Ніссан Мотор Україна» у жовтні 2005 року.

З вересня 2007 року позначення *INFINITI* використовує в господарській діяльності приватне підприємство «Авто-Актив», яке є уповноваженим офіційним дилером ТОВ «Ніссан Мотор Україна». Права на використання знаків для товарів і послуг *INFINITI* надані ПП «Авто-Актив» відповідно до дилерської угоди від 25.09.2007 з ТОВ «Ніссан Мотор Україна».

У травні 2008 року стало відомо, що в мережі Інтернет за адресою, яка має доменне ім'я *infiniti-ua.com.ua*, розміщений і функціонує сайт, який містить інформацію про ТОВ «ІНФІНІТІ ЦЕНТР УКРАЇНА» та рекламу цього товариства. При цьому на сайті використовувалися знаки для товарів і послуг у вигляді позначень *NISSAN* та *INFINITI*.

Порівняльний аналіз сайту *infiniti-ua.com.ua*, що використовує товариство для розміщення своєї реклами, та сайту, який має доменне ім'я *infiniti.ua* і належить компанії «НІССАН», показав, що на сайті з доменним ім'ям *infiniti-ua.com.ua* використано основні елементи інтернет-сайту, що належить компанії «НІССАН» і містить рекламу компанії щодо продажу автомобілів марки *INFINITI*.

Сукупність використання ТОВ «ІНФІНІТІ ЦЕНТР УКРАЇНА» позначень «ІНФІНІТІ» (мова укр.) та «ИНФИНИТИ» (мова рос.), схожих до ступеня змішування з всесвітньо відомим знаком *INFINITI* (у назві товариства, сервісної станції товариства, рекламних матеріалах тощо), може створювати у споживача враження, що ТОВ «ІНФІНІТІ ЦЕНТР УКРАЇНА» є офіційним представником (дилером) виробника автомобілів зазначеної марки, і відповідно призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання та використання його ділової репутації.

Заявник не надавав дозволу (згоди) ТОВ «ІНФІНІТІ ЦЕНТР УКРАЇНА» на використання позначень «ІНФІНІТІ» та «ИНФИНИТИ». Отже, використання ТОВ «ІНФІНІТІ ЦЕНТР УКРАЇНА» позначень «ІНФІНІТІ» (мова укр.) та «ИНФИНИТИ» (мова рос.) як частини фірмового найменування здійснено без дозволу заявника та створює умови для змішування діяльності ТОВ «ІНФІНІТІ ЦЕНТР УКРАЇНА» з діяльністю компанії «НІССАН», яка має пріоритет на їх використання.

Рішенням АМКУ дії ТОВ «ІНФІНІТІ ЦЕНТР УКРАЇНА» (м. Київ, Україна), що полягають у використанні під час здійснення господарської діяльності позначень «ІНФІНІТІ» (мова укр.) та «ИНФИНИТИ» (мова рос.) як частини **фірмового найменування** без дозволу (згоди) компанії «НІССАН ДЖИДОША КАБУШКІ КАІША» (м. Йокогама, Японія), визнано порушенням законодавства про захист економічної конкуренції. На порушника накладено штраф.

У справі за заявою компанії «KLM — Королівські Голландські Авіалінії» (Нідерланди) про неправомірне використання їхньої ділової репутації приватним підприємством «КЛМ — Туристична компанія» (м. Київ) було встановлено ознаки порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.



Рис. 11. Зареєстровані знаки для товарів і послуг компанії KLM.

Компанія-заявник, сферою діяльності якої є надання послуг на повітряному транспорті і виконання інших видів діяльності комерційного, промислового чи

фінансового характеру, була заснована 07.10.1919. З моменту заснування компанія *KLM* створила власну мережу представництв у різних країнах світу, зокрема й в Україні. Позначення *KLM* було зареєстровано в Україні як знак для товарів і послуг, про що, зокрема, свідчили відповідні свідоцтва (№ 26764 та 26765 від 15.08.2002) по класу 35 (розповсюдження в засобах масової інформації друкованих рекламних матеріалів; радіо-, теле- та кінореклама; публікація рекламно-інформаційної продукції, використання її у внутрішній та зовнішній документації). Крім того, заявником було подано заявки на реєстрацію знака для товарів і послуг *KLM* (№ 2003044017 та 2003044018 від 18.04.2003) по класу 39 (екскурсії туристичні, попереднє замовлення та влаштування подорожей, автобусне перевезення, експедирування вантажів). Слід також зазначити, що в Україні компанія *KLM* активно рекламувала свою діяльність та послуги.

Водночас приватне підприємство «КЛМ – Туристична компанія» було зареєстроване 13.03.2001. Основні види його діяльності на момент розслідування — туризм та освіта за кордоном, що реалізовувалися в усіх регіонах України. Рекламні матеріали «КЛМ – Туристична компанія» розміщувались у друкованих засобах масової інформації.

Як було з'ясовано під час розслідування, ПП «КЛМ» з моменту державної реєстрації використовувало фірмове найменування українською («КЛМ — Туристична компанія») та англійською (*KLM — Travel Company*) мовами. Заявник у справі також повідомив, що дозволу від нього ПП «КЛМ» на використання вказаних позначень не отримувало.

Розглянувши заяву про вчинення акту недобросовісної конкуренції, АМКУ дійшов висновку, що використання приватним підприємством «КЛМ – Туристична компанія» у своїй господарській діяльності та, зокрема, у комерційному (фірмовому) найменуванні позначень «КЛМ» та *KLM* могло призвести до виникнення у споживачів уявлення щодо організаційного чи економічного зв'язку між ПП «КЛМ» та компанією *KLM* чи її представництвом в Україні. Це вказувало на протиправне використання ПП «КЛМ» ділової репутації компанії *KLM* та неправомірне набуття ним переваг у конкуренції з іншими учасниками ринку.

Водночас Комітет вказав на недоцільність застосування в даному випадку норми статті 4 Закону, оскільки позначення, яке копіює українська туристична компанія, є лише частиною, хоча і домінуючою, фірмового найменування як заявника у справі, так і відповідача. Зазначмо, що у розробленому ВОІВ у 1967 році Типовому законі «Про товарні знаки, фірмові найменування та недобросовісну конкуренцію» для країн, що розвиваються, фірмове найменування визначається як «ім'я або позначення, яке визначає підприємство фізичної або юридичної особи».

Натомість Комітет кваліфікував дії ПП «КЛМ — Туристична компанія» як такі, що містили ознаки порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбаченого частиною першою ст. 1 Закону, у вигляді вчинення дій у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям

у підприємницькій діяльності. Керуючись рекомендаціями Комітету, ПП «КЛІМ — Туристична компанія» під час розгляду справи змінило комерційне (фірмове) найменування і здійснило державну перереєстрацію на ПП «ІНТЕРРА».

Яскравим прикладом застосування коментованої статті може слугувати справа, в якій АМКУ було доведено неправомірне використання ТОВ «Автоцентр КІА» у рекламних листівках позначення компанії *Mitsubishi* і торговельної марки (знаменитого бренду — трипроменевої зірки).



Рис. 12. Зображення добре відомого знаку для товарів і послуг компанії *Mitsubishi Corporation*.

Так, розслідуванням було встановлено, що компанія *Mitsubishi Corporation* (м. Токіо, Японія) і ТОВ «Торговий дім-НІКО» (м. Київ), що є офіційним дистриб'ютором компанії в Україні, ніколи не надавали ТОВ «Автоцентр КІА» згоди на подібне використання. Під час розгляду справи відповідач припинив порушення та сприяв розслідуванню, що було враховано під час визначення розміру штрафу.

АМКУ оштрафував ТОВ «Автоцентр КІА» (м. Одеса) на 25 тис. грн. за недобросовісну конкуренцію.

Відповідно до п. 1 ст. 489 ЦКУ правова охорона надається комерційному найменуванню, якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо її діяльності.

Чинне законодавство України не містить ані вимог щодо тотожності комерційного найменування найменуванню юридичної особи (ст. 90 ЦКУ), ані вимог щодо певного змісту комерційного найменування (зокрема стосовно зазначення організаційно-правової форми підприємства).

За таких обставин, беручи до уваги призначення комерційного найменування як засобу індивідуалізації, який не потребує державної реєстрації та має правову охорону з моменту його першого використання, необхідно встановлювати:

- чи має особа, права якої порушено, комерційне найменування; яке саме та з якого моменту вона його використовує (пріоритет);
- чи використовує порушник спірне найменування в господарській діяльності, в якій формі та стосовно яких товарів і послуг;

– чи є позначення, яке використовує порушник, тотожним або схожим з комерційним найменуванням особи, права якої порушено, та чи може використання порушником спірного позначення ввести в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються (постанова ВГСУ від 31.08.2010 у справі № 22/284/08-28/289/09).

**Неправомірне використання упаковки товару, зовнішнього оформлення друкованих видань.** ВГСУ у своїй постанові від 01.03.2011 у справі № 24-31/125-09-4988 зазначив, що, розглядаючи позов про визнання недійсним рішення АМКУ, яким встановлено відповідний склад конкурентного правопорушення, господарський суд має перевірити повноту дослідження та обґрунтованість висновків рішення АМКУ стосовно:

– виробництва позивачем та відповідачем продукції з використанням спірного оформлення упаковки (зокрема в частині факту використання та дати його початку);

– першості однієї із сторін у фактичному використанні спірного оформлення упаковки в господарській діяльності (із встановленням наявності відповідної продукції).

Отже, обов'язковому доведенню підлягає не лише тотожність чи схожість (до змішування) оформлення упаковок товарів, а й першість (пріоритет) у їх використанні.

Також ВГСУ у вказаній постанові зазначає, що обсяг правової охорони торговельної марки за свідоцтвом України в частині її зображення обмежується виключно словесним позначенням (яке не охоплює інші зображувальні елементи), а використання промислового зразка за патентом України не лише для виготовлення та розповсюдження власне цього виробу (упаковки), а й для позначення певних товарів (чим є застосування упаковки для пакування цих товарів) виходить за межі правового захисту, що надається власникові патенту згідно з п. 2 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» (постанова ВГСУ від 02.03.2010 у справі № 38/108). Слід враховувати вказану правову позицію суду, але не варто забувати про норми спеціального законодавства. Адже відповідно до п. 4 ст. 5 Закону про знаки для товарів і послуг **«обсяг правової охорони, що надається, визначається зображенням знака та переліком товарів і послуг, внесеними до Реєстру, і засвідчується свідоцтвом з наведеними у ньому копією внесеного до Реєстру зображення знака та переліком товарів і послуг».** Тобто відповідно до п. 2 ст. 5 цього Закону **об'єктом знака може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень.** Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, у тому числі власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, а також будь-яка комбінація таких позначень.

Однак сам лише факт використання чужого позначення (засобу індивідуалізації), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних

видань, якщо це не надало порушникові конкретних конкурентних переваг, не може вважатись актом недобросовісної конкуренції, який передбачений коментованою статтею. Отримання таких конкурентних переваг не може презюмуватись і підлягає доведенню належними засобами доказування, зокрема шляхом дослідження ринку щодо збільшення/зменшення обсягів продукції/послуг, які були реалізовані з порушенням виключних прав на засоби індивідуалізації. Важливо, що передумовою отримання переваг у конкуренції є не тільки і не стільки факт здійснення аналогічної господарської діяльності, а й наявність спільного кола споживачів, клієнтів, контрагентів, які можуть сплутати діяльність двох суб'єктів господарювання. Якщо ж коло споживачів, клієнтів, контрагентів є відмінним, це означає, що змішування на конкурентному ринку немає і відповідна дія не може розглядатись як акт недобросовісної конкуренції та підпадає під регулювання виключно законодавства про охорону прав інтелектуальної власності або про захист ділової репутації.

**Суб'єкт.** Аналіз коментованої статті дає підстави для висновку, що ім'я, комерційне (фірмове) найменування та інші позначення без дозволу (згоди) особи, яка раніше почала використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, використовуються суб'єктом господарювання щодо себе, власного товару чи продукції для отримання неправомірних переваг у конкуренції.

У своєму листі «Про деякі питання практики застосування окремих норм чинного законодавства у вирішенні спорів» від 15.05.1997 № 01-8/167 Вищий арбітражний суд зазначає, що для визнання дій господарюючого суб'єкта недобросовісною конкуренцією, яка підпадає під ознаки ст. 4 зазначеного Закону, має значення тотожність або схожість фірмового найменування, а також наявність конкуренції, тобто змагальності підприємців, коли самостійні дії обмежують можливості кожного з них впливати на умови реалізації товарів на ринку товарів. При цьому вид підприємств не має вирішального значення для відповідної кваліфікації дій підприємця.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона цього правопорушення передбачає необхідність встановлення трьох елементів: діяння (яким є використання позначень), наслідків (дійсних або ймовірних) та причинно-наслідкового зв'язку між діянням та наслідками.

Діянням в аналізованому правопорушенні є неправомірне використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знаку для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень. Отже, перелік позначень не є вичерпним, що дає підстави для довільної інтерпретації переліку позначень цієї статті суб'єктами правозастосування.

Обов'язковим елементом об'єктивної сторони цього правопорушення є наслідки (гіпотетичні або такі, що реально настали) у вигляді змішування



з діяльністю суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати відповідні позначення.

Зокрема, здійснюючи тлумачення ст. 4 Закону, ВГСУ у своєму листі «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства» від 21.08.2007 № 01-8/741 уточнює, що недобросовісною конкуренцією є, зокрема, таке неправомірне використання чужих позначень, яке не лише призвело, а й може призвести до змішування з діяльністю іншого господарського суб'єкта.

**Суб'єктивна сторона.** Однією з умов відповідальності за неправомірне використання позначень є вина у формі умислу чи необережності. Водночас вираження вини у випадку недобросовісної конкуренції має свою специфіку, що виявляється насамперед у недобросовісній поведінці правопорушника, що завдало або може завдати шкоди як конкуренту, так і конкурентним відносинам у цілому.

Яскравим прикладом порушення коментованої статті є справа ПрАТ «Львівський лікєро-горілочний завод». Компанія використовувала позначення горілочного виробу *ABSOLUT* та дизайн зовнішнього оформлення пляшки, які раніше почав застосовувати у господарській діяльності її конкурент — іноземна компанія «Абсолют Компані Актієболаг» (м. Стокгольм, Швеція).



Рис. 13. Зображення зовнішнього оформлення горілки *ABSOLUTE LVOV* і оригінальної пляшки *ABSOLUT* шведської компанії.

Це стосується продукції Львівського лікєро-горілочного заводу під назвами: *ABSOLUTE LVOV*, *ABSOLUTE LVOV GOLD* та *ABSOLUTE LVOV PLATINUM*. Оскільки

компанія «Абсолют Компані Актієболаг» не надавала відповідної згоди на використання цього позначення, зазначені дії товариства визнані порушенням конкурентного законодавства. Бренд шведської горілки *Absolut* є по-справжньому унікальним, оскільки стрижневим атрибутом брэнда і головним героєм його рекламних комунікацій є не сам продукт, а його упаковка — оригінальна пляшка, яка з'явилася в 1979 році.

Історія *ABSOLUT* нараховує понад 130 років. Сьогодні вона є третьою за величиною торговою маркою алкогольних спиртних напоїв у світі (після *Bacardi* і *Smirnoff*), що реалізуються у 126 країнах. Оскільки дії ПрАТ «Львівський лікеро-горілчаний завод» могли призвести до змішування діяльності обох виробників, то АМКУ визнав їх неправомірними й оштрафував вітчизняного виробника на 100 тис. грн. за недобросовісну конкуренцію. Компанії 21.11.2012 уклали мирову угоду, відповідно до якої Львівський лікеро-горілчаний завод здійснив інвентаризацію спірної продукції та вжив заходів щодо вилучення цієї продукції із закладів торгівлі та громадського харчування.

Водночас слід зазначити, що неправомірно зареєстровані знаки для товарів і послуг за свідоцтвами № 133175 *ABSOLUTE LVOV* і № 82059 *Absolute Standart* залишилися поза увагою АМКУ, права на них є чинними.

Тут заслуговує уваги досвід Російської Федерації. У частині третій ст. 14 Федерального закону «Про захист конкуренції» № 135-ФЗ, зокрема, зазначено, що рішення федерального антимонопольного органу про встановлення недобросовісної конкуренції у вигляді набуття та використання виключного права на товарний знак **направляється заінтересованою особою у федеральний орган виконавчої влади з інтелектуальної власності для визнання недійсним надання правової охорони товарному знаку.**

**Порушення, пов'язані з неправомірним використанням зазначень походження товару.** У Паризькій конвенції, Мадридській угоді про припинення неправдивих або таких, що вводять в оману, зазначень походження на товарах від 14.07.1967, Лісабонській угоді з охорони найменувань місць походження та їх міжнародної реєстрації від 31.10.1958, Угоді ТРІПС для позначення цього об'єкта промислової власності використовуються три терміни: *indication of source* (зазначення про походження), *appellation of origin* (зазначення про місце походження або найменування місця походження товарів), *geographical indication* (географічне зазначення).

У статті 1(2) Паризької конвенції використовуються два терміни: *indication of source* або *appellation of origin* (зазначення походження або найменування місця походження), але це не свідчить про їх синонімічність навіть у межах однієї Конвенції.

Коментуючи відповідні норми Паризької конвенції, Г. Боденхаузен дає такі визначення понять зазначень походження та найменувань місць походження: «Зазначення походження (*les indications de provenance*) — всі вирази або всі знаки,

які використовуються для того, аби показати, що даний продукт (або послуга) вироблений певною країною або групою країн, у конкретному районі або іншому певному місці. Використання оманливих або неправильних зазначень за загальним правилом заборонено. ...Найменування місця походження (*une appellation d'origine*) — можна визначити як географічне найменування країни, району або місцевості для позначення виробленого там продукту, якість або характер якого пов'язані виключно або суттєво з даним географічним місцем, включаючи природні та соціальні чинники»<sup>29</sup>.

Термін «зазначення походження» використовується також у Мадридській угоді. Однак ні Паризька конвенція, ні Мадридська угода не дають визначення цих термінів.

Найчіткіше визначення зазначенню місця походження товарів дається в Лісабонській угоді про охорону найменувань місць походження та їх міжнародну реєстрацію, яка діє в рамках Паризької конвенції. У цьому визначенні юридичний та економічний аспекти доповнюють один одного. Відповідно до ст. 2 цієї Угоди найменуванням місця походження товарів вважається географічна назва країни, району або місцевості, яка використовується для позначення виробу з цієї місцевості, якість та властивості якого визначаються в основному географічним середовищем, зокрема природними та етнографічними чинниками. Відповідно до цього визначення можна виділити такі особливості найменування місця походження товарів:

- найменуванням місця походження товарів має бути назва певної місцевості, тобто назва певної обмеженої території країни, місцевості в країні, районі, області тощо;
- географічне середовище, яке включає природні умови певної території (клімат, рельєф, ґрунт, кількість опадів тощо) та/або людський чинник (професійний досвід, виробничі традиції, майстерність, спеціальні технології виготовлення товарів тощо);
- наявність специфічних властивостей, особливої якості товару з цієї місцевості обумовлює його унікальність серед маси однорідних товарів, що походять з інших місцевостей;
- залежність специфічних властивостей, товару від природних умов та/або людського чинника, якими характеризується місцевість, з якої походить товар. Такі найменування місць походження товарів є найстійкішими.

Співвідношення між термінами *appellation of source* (найменування місця походження товарів) та *geographical indication* (географічне зазначення) дають можливість виокремити низку відмінностей: на відміну від найменування місця походження товарів, яке складається виключно з найменування країни, району або місцевості, географічним зазначенням може бути будь-який вираз або символ, які вказують на певну країну, район або місцевість; на відміну

---

<sup>29</sup> Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. — М.: Прогресс. — 1977. — 377 с.

від географічного зазначення, яким може бути будь-який вираз, зокрема символ, який вказує на те, що продукт був вироблений у певній країні або місцевості, найменування місця походження товарів повинно збігатися з назвою продукту (наприклад, *Champagne, Tequila* тощо); найменування місця походження товарів обмежено тільки якістю та подібними характеристиками товару, а географічне зазначення, крім того, має справу з репутацією товару на ринку; найменування місця походження товарів можуть бути виключно географічні найменування, а географічним зазначенням також і символи.

Визначення зазначення походження товарів міститься в ст. 1 Закону про зазначення походження товарів, де зазначення походження товарів об'єднує такі терміни:

- просте зазначення походження товару (будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару);
- кваліфіковане зазначення походження товару (містить терміни: назва місця походження товару та географічне зазначення походження товару).

Зазначення походження товару, яке впевнено ввійшло в господарський оборот, завжди гарантує певні специфічні властивості товару, що позитивно впливає на рішення споживача про придбання товару. Тому цей вид позначень дуже часто стає предметом наслідування.

У результаті зловживань ним підприємства, що не мають фактичного відношення до місця, вказаного на товарах, отримують конкурентні переваги — успішно збувають товар, який не має особливих властивостей, і вводять тим самим споживача в оману. Водночас специфіка цього об'єкта і його нерозривний зв'язок з географічним середовищем, здавалося б, мають бути перешкодою для наслідування або підробки. Вище відзначалося, що перенести виготовлення товару, позначеного найменуванням місця походження, з однієї місцевості в іншу неможливо.

Проте неконтрольоване і неопротестоване використання підприємствами неправдивих відносно місця походження товару географічних вказівок, що зростає, зрештою призводить не лише до дискредитації найменування місця походження, а й поступово до його трансформації, як вже відзначалося, у видове позначення. Досить часто цей негативний процес має місце в результаті неправомірного використання найменувань місць походження товарів, коли вони стають об'єктом недобросовісної конкуренції.

Паризька конвенція містить положення, спрямовані на припинення актів недобросовісної конкуренції, зокрема незаконного використання вказівок походження і найменування місць походження товарів. У результаті зловживань найменуваннями місць походження особливі властивості товарів, які виробляються підприємствами, що мають на це право, нерідко втрачаються. Відомі випадки, коли їхня продукція поступово відходила на другий план, втрачалася на ринку, а потім зникала зовсім.

Для ефективної правової охорони найменувань місць походження товарів, перешкоди процесу їх розчинення деякі країни, що мають для цього спеціальне законодавство, яке регулює правовідносини в цій сфері, активно використовують також міжнародні правові механізми. Ними здійснюється цілеспрямована політика із відвойовування своїх найменувань місць походження товарів, які незаконно використовуються іншими країнами.

Широко відомий досвід Франції в цій сфері, яка багато уваги приділяє захисту найменувань місць походження товарів. Тут спеціальний контроль здійснюється за трьома групами товарів: винами, горілкою і сирами. Відповідно до чинного законодавства статуси пов'язаних з ними найменувань регламентовано державними декретами. Для забезпечення ефективної охорони найменувань місць походження товарів Франція укладає міжнародні й двосторонні угоди, веде постійну боротьбу проти їх неправомірного використання іншими країнами. Так, їй вдалося виграти процеси щодо неправомірного використання позначення «Шампанське» у Великобританії та Канаді.

Географічні зазначення за останні роки поступово набувають більшої ваги під час здійснення економічної діяльності. Лише в ЄС загальна кількість зареєстрованих географічних зазначень становить близько 4900, з яких основна частина припадає на зазначення для вин та спиртних напоїв (85 %).

Неконтрольоване використання цих позначень призводить до розмивання, появи підробок, втрати репутації, довіри до цього унікального національного надбання. Адже географічні зазначення слугують захистом нематеріальних цінностей, таких як ринкова диференціація, репутація і стандарти якості. Також вони є носіями культурної ідентичності нації, регіону, держави.

Зростання економічного значення цих об'єктів промислової власності, колізія норм законів викликали негативні тенденції, значну кількість конфліктів між виробниками, прояви недобросовісної конкуренції, введення в оману споживачів, зловживання правом, розгляд спорів в АМКУ і судових позовів. Неоднозначні й винесені судові рішення.

АМКУ розглянув низку справ щодо порушення прав на зазначення місця походження товарів.

Так, в АМКУ надійшло звернення Державного комітету стандартизації, метрології та сертифікації України щодо листа Посольства Грузії в Україні. У ньому йшлося про виробництво та реалізацію на українському ринку фальсифікованої алкогольної продукції під відомими грузинськими марками. Одночасно, за зверненням Антимонопольної служби Грузії, Комітет проводив дослідження з метою виявлення фактів виробництва та реалізації на українському ринку штучно мінералізованих вод та алкогольних напоїв з використанням зазначень грузинського походження («Боржомі», «Кіндзмараулі», «Хванчкара», «Ахашені», «Твіши», «Ереті» тощо).

Було виявлено факти реалізації вина «Кіндзмараулі», виробником якого є ЗАТ «Котнар» (м. Берегове Закарпатської обл.). При цьому на етикетці вина

містилися назви вина у грузинській, латинській та українській транслітерації, словесне позначення *GEORGIAN WINE* (грузинське вино), зображення медалей, а також словесне позначення, які належать департаменту державного регулювання виноградарства та виноробства «Самтрест» Міністерства сільського господарства та продовольства Грузії.

ЗАТ «Котнар» стверджувало, що виробництво вина грузинських марок здійснювалося шляхом переробки відповідних виноматеріалів і тому використання відповідного позначення було правомірним.

Однак, як відомо, мікрозона Кіндзмараулі знаходиться в Алазанській долині на території в 120 га у містечку, де річка Дуруджи з'єднується з Алазані. Внаслідок того, що кількість винограду, який тут збирається дуже обмежена, справжнє «Кіндзмараулі» — велика рідкість. Марка вина «Кіндзмараулі» є «контрольованою назвою за походженням». Для виробництва вина винороби використовують «кахетинський спосіб» (вино витримується і зберігається у конусоподібних глечиках, які називаються «квеври»). Законом Грузії «Про назви місць походження і географічні позначення товарів» назву «Кіндзмараулі» включено до списку апелласьонів Грузії і не може бути використано виробниками вина за межами відповідного географічного регіону.



Рис. 14. Етикетка продукції з неправомірним використанням позначення «Кіндзмараулі».

Як встановлено перевіркою, ЗАТ «Котнар» під час виробництва вина з грузинськими назвами використовувало виноматеріали як грузинського походження, так і походженням з європейських країн. Але повних та достовірних відомостей про імпорتنі поставки виноматеріалів для ЗАТ «Котнар», а також переліку осіб, які мають право виготовляти і реалізовувати вина грузинських назв та використовувати відповідні кваліфіковані зазначення походження товар, немає, у зв'язку з чим Комітет вирішив, що не можна зробити висновок щодо

правомірності застосування позначень «Кіндзмараулі», «Хванчкара», «Ереті», «Гареджі» та «Вазісубані» у господарській діяльності ЗАТ «Котнар».

Водночас ЗАТ «Котнар» не мало права на використання зображень чужих медалей на етикетках своєї продукції, а департамент «Самтрест» не надавав ЗАТ «Котнар» дозволу на використання на етикетках своєї продукції словесного та зображувального позначення, які належать цьому державному відомству Грузії.

Ці дії Комітетом було кваліфіковано як порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

За інформацією відповідача, з моменту початку розслідування органами АМКУ ЗАТ «Котнар» припинило випуск та реалізацію вин під назвами грузинського походження або з використанням на етикетках словесного та зображувального позначень департаменту «Самтрест», позначення *GEORGIAN WINE* (грузинське вино) та зображень чужих медалей.

Ще одна цікава справа — на межі конкурентного права та права торговельних марок і зазначень походження товарів. АМКУ розглянув заяву ВАТ «Банкомзв'язок» (м. Київ) та ВАТ «Лактіс» (м. Кам'янець-Подільський, Хмельницька обл.). Заявники вважали, що низка вітчизняних виробників твердих сирів не мають законних підстав для використання позначення «ЕДАМ» під час виробництва і реалізації своєї продукції, оскільки Державний департамент інтелектуальної власності в жовтні 2002 року надав «Банкомзв'язку» виключне право на використання цього знаку для товарів і послуг. У заяві до АМКУ власник знака «ЕДАМ» та його діловий партнер ВАТ «Лактіс» звинуватили виробників твердого сиру — ЗАТ «Дунаєвецький маслозавод» (м. Дунаївці, Хмельницька обл.), колективне підприємство «Хмельницька маслосирбаза» (м. Хмельницький), компанію «Агро Форум Україна» (м. Київ) та ВАТ «Святошин» (м. Київ) — у недобросовісній конкуренції та вимагали припинити виробництво сиру «ЕДАМ». За результатами дослідження Комітету із залученням провідних галузевих установ, зокрема, Національної академії харчових технологій (м. Одеса), фахівці дійшли висновку, що пріоритету у використанні позначення «ЕДАМ» («ЭДАМ») під час виробництва сирів не має жоден з учасників ринку твердих сирів — зокрема ВАТ «Лактіс», яке уклало ліцензійну угоду на використання цього знаку з ВАТ «Банкомзв'язок». **Адже тверді сири сичужні едамської (голландської) групи в Україні виготовлялися давно, з часів СРСР, коли їх випускали за відомою у світі технологією і відповідними стандартами під назвою «сир голландський». А з кінця 90-х років підприємства України почали виробляти ці сири під назвою «ЕДАМ». Тобто позначення «ЕДАМ» стало видовою назвою товару. Цей продукт виготовляється не лише вітчизняними підприємствами. Одним з основних постачальників таких сирів є, наприклад, Польща. Також було з'ясовано, що ВАТ «Банкомзв'язок» взагалі не використовувало у своїй господарській діяльності знак для товарів і послуг «ЕДАМ». Таким чином, АМКУ не виявив ознак недобросовісної конкуренції у діях українських підприємств щодо використання знака «ЕДАМ» при виробництві сиру.**

Зауважмо, що під позначеннями, які стали загальноновживаними для позначення товарів певного виду, розуміються **позначення, котрі використовуються для певного товару та в результаті тривалого застосування для одного й того ж товару або товару того ж виду різними виробниками стали зазначенням конкретного виду товару**. Загальноновживаним позначенням не надається **правова охорона**, оскільки вони не можуть виконувати функцію торгової марки — відрізнити товари й послуги одних виробників від однорідних товарів і послуг інших виробників, і тому повинні залишатися «вільними» для використання різними виробниками. Це усталений підхід усіх патентних відомств світу<sup>30</sup>. В Законі про знаки для товарів і послуг міститься норма щодо врегулювання цієї проблеми. Так, в п. 2 статті 6 Закону встановлено підстави для відмови в наданні правової охорони. Так, **не можуть одержати правову охорону позначення, які складаються лише з позначень, що є загальноновживаними як позначення товарів і послуг певного виду** (одна з підстав). Відповідно до п. 3 ст. 18 цього Закону **дія свідоцтва припиняється за рішенням суду у зв'язку з перетворенням знака в позначення, що стало загальноновживаним як позначення товарів і послуг певного виду після дати подання заявки** (див. Закон України про охорону прав на знаки для товарів і послуг).

І хоча свідоцтво на знак для товарів і послуг, видане на позначення, яке стало загальноновживаним, не було визнано недійсним, однак АМКУ зняв звинувачення вітчизняних виробників твердих сирів у недобросовісній конкуренції. Як бачимо, основною причиною конфлікту знову стала неправомірна реєстрація Державним департаментом інтелектуальної власності позначення, що стало загальноновживаним, як знака для товарів і послуг.

На думку АМКУ, **проявам недобросовісної конкуренції сприяє реєстрація загальноновживаних, видових позначень як знаків для товарів і послуг**. Це питання потребує негайного вирішення. Оприлюднення на сайті Державного департаменту інтелектуальної власності інформації стосовно заявок на видачу свідоцтв на знаки для товарів і послуг та патентів на промислові зразки сприяло б своєчасному внесенню заперечень проти реєстрації, котра може завдати шкоди діловій репутації учасників ринку<sup>31</sup>.

**Порушення, пов'язані з неправомірним використанням доменних імен (кіберсквотинг)**. Доменні імена, разом з комерційними (фірмовими) найменуваннями, торговельними марками, зазначеннями походження товарів, є одним з найцінніших видів нематеріальних активів. Їх неправомірне використання у конкурентних відносинах можна кваліфікувати як порушення згідно зі ст. 4 коментованого Закону.

<sup>30</sup> Андрощук Г. Торговельні марки, що стали загальноновживаними // Інтелектуальна власність в Україні. — 2013. — № 4. — С. 34–42.

<sup>31</sup> Інтелектуальна власність у формуванні інноваційної економіки України: проблеми законодавчого забезпечення та державного регулювання / Авт.-упор. Г. О. Андрощук. — К.: Парламентське вид-во, 2010. — С. 260.



Закон про знаки для товарів і послуг дає таке визначення доменного імені: «доменне ім'я — ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті». В електронній комерції доменне ім'я виконує чи може виконувати декілька функцій: 1) засіб індивідуалізації (торгова марка, комерційне (фірмове) найменування, зазначення походження товарів, міжнародна непатентована назва лікарського засобу, особисте ім'я); 2) засіб зв'язку власника і користувача; 3) маркетинговий інструмент, зокрема засіб реклами.

Сьогодні в зоні UA зареєстровано понад 700 тис. доменних імен. Кожні чотири хвилини в українському Інтернеті з'являється нове доменне ім'я. За оцінками експертів, щорічні обсяги цього ринку (реєстрація та підтримання чинності) становлять 20–25 млн грн. Відсутністю правового регулювання у цій сфері, недосконалістю Правил домену .UA користуються недобросовісні реєстратори. Так, згідно з базою даних Укрпатенту громадянин О. Б-в упродовж 2005–2008 років зареєстрував на своє ім'я понад 100 торгових марок (хоча більшість із них охороняються без реєстрації на підставі ст. 8 та 6bis Паризької конвенції), зокрема: *Google, Naftogaz, Starbucks, Ingok, AZOVSTAL, ZAPOROZHSTAL*, Правда, Криворіжсталь, МИТТАЛ, Леман, Про, Альфа, *icq, FAQ, IPO*, Метинвест, ДТЭК (ДТЕК), Смарт, *Ukrnafta, Interfax, SKM, ISD, Gorilka, PR, Banner, Economist*, Обком, Сьогодні та ін. Згідно з виданими свідоцтвами на торгові марки ТОВ «Хостмастер» делегувало О. Б-у доменні імена верхнього рівня UA. Таким чином, у розпорядженні оптового кіберсквотера опинилися доменні імена другого рівня, які збігаються з відомими комерційними (фірмовими) найменуваннями і добре відомими торговими марками: *Google.UA, Naftogaz.UA, Starbucks.UA, Leman.UA, Metinvest.UA, SKM.UA, Smart.UA, ISD.UA, Ukrnafta.UA* та назвами популярних засобів масової інформації: *Pravda.UA, Pro.UA, Obkom.UA, Interfax.UA*. Це лише один з багатьох прикладів кіберсквотингу в Україні.

Національне законодавство поки що не містить поняття «кіберсквотинг». На законодавчому рівні термін «кіберсквотинг» закріплено в законі США про захист від кіберсквотингу (*Anticybersquatting Consumer Protection Act-ACPA*), під яким розуміється **недобросовісна реєстрація, торгівля або використання доменного імені з метою отримання прибутку за рахунок ділової репутації (*goodwill*) знака, що належить іншій особі**. Відповідно до ст. 15 розділу 1125 Федерального зводу законів США кіберсквотером вважається особа, яка: 1) має недобросовісний намір отримати прибутки від знака для товарів і послуг, зокрема особистого імені, яке захищається законом як торговельна марка; 2) реєструє доменне ім'я, у разі якщо воно є тотожним або схожим до змішування зі знаком для товарів і послуг власника.

Особливістю кіберсквотингу як правопорушення є його суб'єктивна сторона, що характеризується недобросовісним наміром (*bad faith intent*). Для визначення в особи наявності недобросовісного наміру враховуються: ступінь схожості доменного імені з комерційним найменуванням або назвою, яка іншим

чином використовується для ідентифікації особи; наявність у доменному імені торгової марки чи будь-якого іншого об'єкта права інтелектуальної власності; наявність попереднього добросовісного (*bona fide*) використання доменного імені у зв'язку з пропозицією будь-яких товарів чи послуг; наявність добросовісного некомерційного використання особою знака на сайті, доступному під доменним іменем; наявність наміру в особи відвернути увагу споживачів від інтернет-розташування власника знака до іншого сайту, доступного під доменним ім'ям, яке може завдати шкоди діловій репутації знаку власника як у комерційних цілях, так і з метою дискредитації знака шляхом створення ймовірності плутанини щодо походження, джерела фінансування, належності сайту тощо, наявність пропозиції особи щодо передання, продажу чи відступлення (іншим чином) доменного імені власнику знака або третій стороні з метою отримання фінансової вигоди.

Кіберсквотери, користуючись безконтрольністю, а також тим, що така реєстрація не потребує значних фінансових витрат, реєструють на себе значну кількість різноманітних доменних імен, виставляючи їх згодом на продаж або пропонуючи їх власникам відомих знаків для товарів і послуг. Процеси проти українських кіберсквотерів уже розглядалися Арбітражним центром ВОІВ<sup>32</sup>.

Право на використання доменного імені, якщо воно має економічну цінність для особи, визнано правом власності в розумінні ст. 1 протоколу 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Такого висновку дійшов Європейський суд з прав людини у рішенні *Paeffgen GmbH v Germany* від 18.09.2007. З огляду на припис частини першої ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права», тому аналогічний підхід повинен бути застосований і в Україні.

Вирішення спорів, пов'язаних з доменними іменами, крім знання права інтелектуальної власності, потребує спеціальних знань у галузі інформаційних технологій, що, на наш погляд, і викликає найбільшу складність як в учасників спору, так і у фахівців адміністративних та судових органів, які розглядають такі справи.

В Україні судова практика у сфері доменних спорів ще не дуже поширена, однак з кожним роком спостерігається динаміка у бік її зростання. На сьогодні Єдиний державний реєстр судових рішень налічує понад 100 судових рішень, що стосуються доменних спорів.

У справах про захист прав на засоби індивідуалізації від їх неправомірного використання у доменних іменах судам доводиться використовувати не лише норми чинного законодавства, а й звичай ділової практики (на підста-

<sup>32</sup> Інтелектуальна власність у формуванні інноваційної економіки України: проблеми законодавчого забезпечення та державного регулювання / Авт.-упор.: Г. О. Андрощук. — К: Парламентське вид-во, 2010. — С. 255.

ві ст. 7 ЦКУ). Такими звичаями є, зокрема, Правила домену .UA від 27.07.2001, що вже активно використовуються судами як джерело права (наприклад, у рішенні господарського суду Донецької області від 25 жовтня 2006 року у справі № 14/190пд).

Є у цій сфері і міжнародні звичаї на зразок правил, розроблених інтернет-корпорацією з присвоєння імен та номерів (ICANN), зокрема Єдині правила розгляду спорів про доменні імена від 24.10.1999 (UDRP).

За офіційною статистикою, близько 70 тисяч українських доменів не використовуються за призначенням і належать кіберсквотерам.

28 лютого 2013 року Україна отримала право на делегування нового кириличного домену .УКР. У зв'язку з цим можна прогнозувати значне збільшення найближчим часом проявів недобросовісної конкуренції — кіберсквотингу в зоні нового кириличного домену .УКР.

## Стаття 5. Неправомірне використання товару іншого виробника

**Неправомірним використанням товару іншого виробника є введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи.**

**Ключові терміни:** *товар, введення в господарський обіг*

Положення коментованої статті закріплені також у ст. 33 ГКУ «Неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання», що відповідає назві глави Закону, в якій міститься коментована стаття. Це вказує на те, що товар через свої об'єктивні властивості є носієм ділової репутації його фактичного (оригінального) виробника, недоторканність якої (репутації) порушується внаслідок введення цього товару в обіг під чужим позначенням або без позначення.

Для цілей даної статті поняття «товар» слід тлумачити широко у значенні, яке сформульоване у Законі про захист економічної конкуренції. Зокрема, у вказаному Законі товар визначено як будь-який предмет господарського обороту, в тому числі продукція, роботи, послуги, документи, що підтверджують зобов'язання та права (зокрема цінні папери).

Якщо товар іншого виробника є складовою кінцевого продукту (товару) підприємця із збереженням свого функціонального призначення (комплектуючі вузли, деталі тощо) або використовується як основа (напівфабрикат) чи сировина для виготовлення товару, питання щодо неправомірності зняття позначень виробника товару треба розглядати з позицій впливу цих дій підприємця на конкурентні відносини на відповідних товарних ринках.

З огляду на відсутність у законах про захист економічної конкуренції окремого визначення виробника і з врахуванням сфер суспільних відносин, які ними регулюються, доречним є використання визначення, що міститься в Законі про захист прав споживачів<sup>33</sup>. У цьому Законі під виробником розуміється особа, яка виробляє товар або заявляє про себе як про виробника товару чи про виготовлення такого товару на замовлення, розміщуючи на товарі та/або на упаковці чи супровідних документах, що разом з товаром передаються споживачеві, своє найменування (ім'я), торговельну марку або інший елемент, який ідентифікує таку особу.

Під введенням товару в господарський обіг слід розуміти продаж, імпорт, пропонування до продажу, зокрема через мережу Інтернет, зберігання для цілей наступного продажу тощо.

Як свідчить практика, під позначеннями слід розуміти не лише позначення, безпосередньо нанесені на товар (наклейки, етикетки, нашивки), а також і окремі предмети інформаційного характеру, що супроводжують кожну одиницю або партію товару (технічні паспорти, інструкції, листки-вкладення тощо), які містять (або мають містити в розумінні споживача) інформацію про виробника товару.

Незважаючи на досить чітке формулювання коментованої статті, практика її застосування (судова й адміністративна) свідчить про наявність іноді помилкового тлумачення і, як наслідок, неправильної кваліфікації тих чи інших дій суб'єктів господарювання на товарному ринку.

Звернімося до прикладів із правозастосовної практики.

Рішенням Луганського обласного територіального відділення АМКУ № 01-29/55 від 5 серпня 2010 року у справі № 638<sup>34</sup> про порушення законодавства про захист економічної конкуренції ТОВ «Схід-сервіс» було притягнуто до відповідальності за порушення ст. 5 Закону, тобто за неправомірне використання товару іншого виробника, через те що відповідачем було реалізовано товар власного виробництва з додаванням технічної документації іншого виробника. Луганський окружний адміністративний суд, розглядаючи позов ТОВ «Схід-сервіс» про визнання рішення Комітету нечинним, зазначив, що визначення поняття неправомірного використання товару іншого виробника є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Суд встановив, що у самому рішенні Комітет не вказав, чію продукцію ТОВ «Схід-Сервіс» реалізовувало як свою і чи були змінені чи зняті позначення виробника на продукції; Комітетом було прийнято рішення про визнання ТОВ «Схід-Сервіс» винним у неправомірному використанні товару іншого виробника без достатніх на те підстав з неправильним визначенням об'єкта та об'єктивної сторони відповідного антиконкурентного порушення.

<sup>33</sup> Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 № 1023-ХІІ із подальшими змінами.

<sup>34</sup> Постанова Луганського окружного адміністративного суду від 20.12.2010 № 2а-8438/10/1270.

Так, реалізацію ТОВ «Схід-сервіс» товару власного виробництва з додаванням технічної документації іншого виробника було ототожнено з використанням товару іншого виробника під своїм позначенням, тобто Комітет вийшов за межі підстав притягнення до відповідальності за неправомірне використання товару іншого виробника, передбаченого ст. 5 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Господарський суд Дніпропетровської області задовольнив позов ТОВ «Реклама бізнес» до ВАТ «Видавництво “ЗОРЯ”» та ПП «Махом ПЛЮС» про порушення авторського права і закінчення порушень виключних прав на комерційне найменування «Дніпровський тиждень» та словесне позначення за свідомством України на знак для товарів і послуг. Проте у мотивувальній частині рішення суд серед іншого помилково послався на ст. 5 Закону, ототожнюючи чи сплутуючи неправомірне використання позначень з неправомірним використанням товару іншого виробника<sup>35</sup>.

Аналогічну помилку було допущено у справі за позовом фізичної особи-підприємця до ТОВ «САПСАН», у якому позивач вимагав від відповідача припинити використання запатентованого промислового зразка дверей, що порушує його право як власника на цей промисловий зразок. Рішенням господарського суду Донецької області<sup>36</sup>, залишеним у силі постановою Донецького апеляційного господарського суду<sup>37</sup>, позовні вимоги були задоволені, проте суди обох інстанцій у мотивувальній частині також посилались, зокрема, на ст. 5 Закону. Судові рішення мотивовано таким: фактично запатентований промисловий зразок і зразок, який використовується відповідачем, візуально не відрізняються, що ймовірно тягне за собою змішування цих зразків на ринку товарів і послуг; якщо відповідач вважає, що пріоритет промислового зразка належить йому, він не позбавлений права захищати свої права у встановленому законом порядку.

Зазначену помилку було виправлено ВГСУ, який дійшов висновку, що «**стаття 5 Закону України “Про захист від недобросовісної конкуренції”** передбачає відповідальність за неправомірне використання позначення товару іншого виробника. У випадку ж якщо предметом спору є неправомірне використання промислового зразка, а не позначення, то до таких відносин положення ст. 5 Закону України “Про захист від недобросовісної конкуренції” не застосовуються»<sup>38</sup>.

Отже, потрібно підкреслити, що введення в господарський обіг товару іншого виробника під власним позначенням (маркуванням) створює неправомірне

---

<sup>35</sup> Рішення господарського суду Дніпропетровської області у справі № 2/218-10 від 10 лютого 2011 року.

<sup>36</sup> Рішення господарського суду Донецької області у справі № 04-06/34/1 від 28 жовтня 2010 року.

<sup>37</sup> Постанова Донецького апеляційного господарського суду у справі № 04-06/34/1 від 11 січня 2011 року.

<sup>38</sup> Постанова ВГСУ у справі № 04-06/34/1 від 24 травня 2011 року. Судді — І. М. Бенедисюк, Б. Ю. Львов, В. М. Харченко.

мірні переваги у конкуренції, зокрема призводить до поширення ділової репутації одного суб'єкта господарювання на іншого, при тому що останній не здійснював витрат на виробництво, інновацію продукту, поліпшення його властивостей тощо. У даному випадку йдеться про розмивання впізнаваності товару серед споживачів, які ситуативно можуть придбати ідентичний товар у різних продавців. Іншими словами, асоціативний зв'язок між конкретним товаром і товаровиробником, притаманний будь-якому товарному ринку, зникає, що безперечно завдає шкоди добросовісному учаснику відповідного ринку, який попередньо зазнав витрат на маркетинг, збут і рекламу.

Таке антиконкурентне правопорушення перебуває у тісному причинно-наслідковому зв'язку з питанням про захист прав споживачів, які мають отримувати достовірну інформацію щодо справжнього виробника товару для реалізації права на пред'явлення претензій. Водночас зазначена проблема може стосуватися сфери правового регулювання конкурентного законодавства і компетенції АМКУ лише в тій частині, яка впливає на конкуренцію на відповідному товарному ринку.

## Стаття 6. Копіювання зовнішнього вигляду виробу

**Копіюванням зовнішнього вигляду виробу є відтворення зовнішнього вигляду виробу іншого суб'єкта господарювання і введення його у господарський обіг без однозначного зазначення виробника копії, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.**

**Не визнається неправомірним копіювання зовнішнього вигляду виробу або його частин, якщо таке копіювання обумовлено виключно їх функціональним застосуванням.**

**Дія цієї статті не поширюється на вироби, що мають охорону як об'єкти права інтелектуальної власності.**

**Ключові терміни:** *копіювання вигляду виробу, змішування, ділова репутація*

Як зазначає професор А. Дерингер, коментована стаття регулює експлуатацію репутації конкурента, але не через копіювання чи використання позначення, що йому належить, а через копіювання його виробу, який відомий усім як виріб даного конкурента. Копіювання чужих виробів є принципово дозволеним за умов ринкової економіки тією мірою, наскільки вони не захищені спеціальним правом (авторське право, промисловий зразок тощо). Бо у своєму розвитку сучасність спирається на інтелектуальні і технічні здобутки минулого. Конкурент, який здійснює копіювання, сприяє власним творчим досягненням добробуту суспільства та слугує прогресу суспільства. **Антиконку-**

**рентними стають лише дії того, хто використовує результат чужої діяльності та іншого способу використання для досягнення переваги щодо своїх конкурентів.**

Коментуючи цей Закон, свого часу А. Дерингер слушно зазначив, що такий випадок ми маємо, коли копійований виріб настільки точно повторює оригінальний виріб у його зовнішній формі та його вигляді в цілому, що звичайний споживач повинен вважати його продуктом оригінального виробника — за тим винятком, що виробник копії чітко зазначає, що цей товар вироблено ним, а не оригінальним виробником. Тому в німецькій юридичній літературі в галузі техніки кажуть про «рабську підробку», у нетехнічній галузі кажуть про «рабське копіювання», хоча ці слова є досить небезпечними. Вирішальне значення має здатність ознак оформлення бути оціненими в господарському обороті як знаки для місця походження та якості. Через це зразок необов'язково повинен бути скопійований у всіх деталях: достатньо вже факту підробки істотних елементів, так що відхилення не впадають в очі, а сам зразок чітко розпізнається у копійованому виробі. Крім цього, передумовою порушення є введення копійованого товару в господарський оборот.

На думку А. Дерингера, таке копіювання не є недобросовісним, якщо воно зумовлене функціональним застосуванням. Обладнання, предмети інтер'єру, інструменти — всі вони повинні мати чітку форму, з тим щоб ними можна було користуватися. Навіть якщо ця форма спочатку була розроблена яким-небудь виробником, копіювання не є недобросовісним, якщо виріб практично може бути використаний тільки в цій формі. Однак у таких випадках виробник, який здійснює копіювання, повинен робити все, що тільки можна уявити, наприклад, зазначити себе як виробника, щоб уникнути виникнення уявлення про те, що його товар вироблено оригінальним виробником.

При цьому А. Дерингер зазначає, що абзац третій цієї статті не поширюється на вироби, які мають охорону як об'єкти права інтелектуальної власності (тут мається на увазі, нарівні з авторським правом, і право промислової власності), оскільки предмет регулювання цієї норми є занадто звуженим, бо навіть і виріб, що перебуває під охороною як промисловий зразок, може мати певні ознаки оформлення, що не перебувають під охороною, але вказують на виробника та якість товару. Через це абзац третій треба розуміти так, що стаття не застосовується тією мірою, якою вироби мають охорону як об'єкти права інтелектуальної власності. Тому що тільки так копіювання може бути заборонене на підставі захисту від недобросовісної конкуренції.

На підставі ст. 10bis Паризької конвенції виокремлюють **три основні критерії** для встановлення факту «рабського копіювання»: 1) відтворення зовнішнього вигляду виробу конкурента; 2) створення небезпеки змішування як наслідок відтворення; 3) порушення чесних звичаїв у промислових або торгових справах.

За обсягом копіювання слід виокремлювати **три типи відтворення зовнішнього вигляду**: 1) без внесення очевидних змін; 2) відтворення

ня основних складових із внесенням змін лише в частині, що має другорядне значення; 3) відтворення другорядних частин із внесенням щонайменше однієї відмінної ознаки. Перші два типи можуть становити основу «рабського копіювання».

Важливою супутньою обставиною є **створення небезпеки змішування**. Відзначають взаємозв'язок копіювання та небезпеки змішування (ст. 10bis). Західноєвропейські законодавства мають розбіжності щодо концепції небезпеки змішування. До прикладу, французьке право не розглядає питання, чи приписує широка публіка виробам, що є копіями, те саме походження, що й оригінальні виробни. Суди визнають факт використання наслідувачем репутації виробника оригінального виробу в тих випадках, коли зовнішній вигляд виробу виконує ідентифікуючу функцію, вказує на походження виробу. Зазвичай суд досліджує небезпеку змішування поряд з іншими діями наслідувача й виносить єдине рішення про протиправність його дій. У ФРН небезпека змішування розглядається як об'єктивна умова, що сама по собі не робить відтворення незаконним, таким воно стає за виникнення суб'єктивних умов. Доктрина ФРН розрізняє **змішування товарів** та **небезпеку змішування**. Змішування товарів має місце, коли виробни настільки схожі, що їх можна сплутати. Як правило, таке копіювання не є протиправною дією; виняток становить систематичне копіювання всього асортименту виробів конкурента. **Небезпека змішування виникає, коли копіюється виріб, який має у зовнішньому вигляді ознаки, що вказують на його виробниче походження, коли споживачі приписують оригінальний виріб та копію одному виробнику**. Стаття 2548 Цивільного кодексу Італії забороняє копіювання виробів, якщо воно спричиняє небезпеку змішування, проте останнє поняття не розкривається. З метою встановлення змісту цього терміну прийнято звертатися до судового і доктринального тлумачення. Наводяться тлумачення як судів, так і доктринальні. Так, суд визначає небезпеку змішування як **«неможливість чи складність встановлення різниці та як наслідок можливість неправильного вибору»**. **Небезпека може виникнути лише у разі копіювання виробів, що характеризуються новизною, мають характерну форму, індивідуальність**. У законодавстві Іспанії небезпека змішування трактується як небезпека того, що споживач припише товару походження від фірми-конкурента виробника (аналогічно до ФРН та Італії) на підставі зовнішнього вигляду виробу.

Таким чином, тлумачення порушення чесних звичаїв у разі копіювання в законодавствах європейських держав зводяться в основному до того, що останнє має місце, якщо наслідувач випускає на ринок виріб, не турбуючись про імовірність його змішування зі скопійованим виробом і не вживає заходів задля перешкодження виникненню змішування. Подібним заходом є маркування скопійованого виробу товарним знаком виробника. **У випадках якщо відтворення зовнішнього вигляду виробу обумовлене функціональною необхідністю, воно не є протиправною дією**. Якщо між виробниками оригінального та скопі-



йованого виробів існують договірні відносини, виробник оригінальних виробів може вимагати від іншої сторони зміни поведінки щодо відтворення виробів.<sup>39</sup>

Зовнішній вигляд виробу призначений для надання йому унікальності та ексклюзивності, вирізнення продукції певного виробника або бренду з-поміж інших та слугує привертанню уваги споживачів. У свою чергу, це надає суб'єкту господарювання конкурентних переваг, сприяє популярності його продукції, впізнанню продукції та джерела походження продукції споживачами. Якщо виріб певної форми здобуває популярність і споживачі асоціюють виріб конкретної форми з певним джерелом походження, то форма виробу може розглядатись як ознака, що підлягає захисту від недобросовісної конкуренції.

Тому коментована стаття має **на меті** захистити дизайн, форму чи інші характерні риси продукції, які визначають її вигляд і сприйняття споживачами, від недобросовісного використання, якщо таке використання може призвести до змішування щодо джерела походження продукції.

Захист від дій, що викликають змішування, зокрема змішування стосовно форми товарів, запроваджено Паризькою конвенцією. Коментована стаття знаходить своє правове підґрунтя у ст. 10bis Паризької конвенції, яка визначає, що всі дії, здатні яким би то не було способом викликати **змішування** відносно підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента, визнаються актом недобросовісної конкуренції та підлягають забороні.

З огляду на те, що **копіювання зовнішнього вигляду виробу** може викликати можливість змішування стосовно джерела походження виробу, то зазначені дії розглядаються як неправомірне використання ділової репутації конкурента. Зовнішній вигляд та конкретна форма певних популярних товарів викликає у споживачів асоціації з джерелом походження цих товарів (наприклад, пляшка кока-коли), тим самим сприяє підвищенню ділової репутації виробника. Копіюванням зовнішнього вигляду виробів недобросовісні конкуренти намагаються викликати асоціації споживачів з конкретним виробником, тим самим привернути увагу споживачів до своїх товарів та завоювати переваги у конкуренції.

Саме у контексті неправомірного використання **ділової репутації** конкурента слід розглядати дії з копіювання зовнішнього вигляду виробу. Звернімось до справи, яку розглянув АМКУ про неправомірне використання ділової репутації конкурента, в якій, зокрема, порушено питання копіювання зовнішнього вигляду виробу.

Як встановив АМКУ, Люботинський завод «Продтовари» виробляв з метою наступної реалізації горілку «Житня Преміум» та «Пшенична Преміум», імітуючи дизайн і зовнішнє оформлення алкогольної продукції ДП «Українська горілчана компанія *Nemiroff*». Зокрема, використовувалися схожі кольори і назви, етикетки розміщувалися в однаковий спосіб, пляшки мали подібний вигляд,

---

<sup>39</sup> Otero Lastres J. Zur Rechtsfigur der sklavischen Nachahmung // GRUR Int. — 1986. — № 4. — S. 232–239.

що могло призводити до змішування господарської діяльності підприємств. Натомість у споживачів створювалося хибне враження, що горілка заводу виробляється компанією *Nemiroff*.



Рис. 15. Зображення оригінальної продукції ДП «Українська горілчана компанія *Nemiroff*» та імітації горілки «Життя Преміум» і «Пшенична Преміум» виробництва Люботинський завод «Продтовари».

За висновками АМКУ, дії Люботинського заводу «Продтовари» є неправомірним використанням ділової репутації конкурента, який мав пріоритет на зазначене оформлення продукції та зробив значний внесок у її рекламу.

Варто зазначити, що дія коментованої статті поширюється не на всі товари, а лише на виробу. Це викликає певну **проблематику** у застосуванні статті, що обумовлена обмеженнями щодо поширення захисту на риси продукції, викликані функціональним застосуванням або підлягають захисту як об'єкти права інтелектуальної власності.

Такі обмеження передбачені у другій і третій частинах коментованої статті.

Частиною другою коментованої статті передбачено, що не визнається неправомірним копіювання зовнішнього вигляду виробу або його частин, якщо таке копіювання обумовлено виключно їх функціональним застосуванням.

Так, судова практика Німеччини під час розгляду питань щодо виробів, зовнішнє оформлення яких спричинене їх функціональним застосуванням, виходить з того, що технічно необхідні риси виробу (тобто риси, які з технічних причин мають неодмінно застосовуватись у всіх схожих виробках) не можуть з правових підстав обґрунтовувати конкурентну своєрідність виробу.

Переїняття таких рис виробу з огляду на принцип свободи досягнень техніки не можна розцінювати з точки зору конкурентного законодавства. Тому переїняття рис виробу, які належать до технічного оформлення з огляду на призначення, продаж товару та сподівання споживачів, слугує вирішенню технічного завдання та не може розцінюватись як акт недобросовісної конкуренції.

При цьому риси, які є технічно обумовлені, але при цьому є замінімі та такі, що вільно обираються, надають виробу конкурентну своєрідність<sup>40</sup>. Переїняття саме таких рис може мати наслідком введення споживача в оману. Але якщо ри-

<sup>40</sup> Рішення Федерального суду Німеччини від 7 лютого 2002 року у справі № I ZR 289/99.

зику введення споживачів в оману щодо походження виробу не можна уникнути шляхом вжиття раціональних заходів<sup>41</sup>, то актом недобросовісної конкуренції такі дії не визнаються.

Отже, копіювання рис виробу, які належать до галузі техніки та слугують раціональному вирішенню технічного завдання, може становити акт недобросовісної конкуренції, якщо спричиненого такими діями ризику введення споживачів в оману можна уникнути шляхом вжиття відповідних заходів.

Інше обмеження передбачене частиною третьою коментованої статті, яка виключає з-під дії статті виробу, що мають охорону як об'єкти права інтелектуальної власності. Захист таких виробів віднесений до спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності.

Зовнішній вигляд виробу може мати правову охорону як об'єкт права інтелектуальної власності, якщо він відповідає умовам надання правової охорони як промисловий зразок, корисна модель або об'ємний знак для товарів і послуг.

Відповідно до п. 1 ст. 5 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» об'єктом промислового зразка може бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб.

Так, забороняється використовувати промисловий зразок без дозволу власника патенту. Використанням промислового зразка визнається виготовлення виробу із застосуванням запатентованого промислового зразка, застосування такого виробу, пропонування для продажу, зокрема через Інтернет, продаж, імпорт (ввезення) та інше введення його в цивільний оборот або зберігання такого виробу в зазначених цілях. Варто мати на увазі, що виріб визнається виготовленим із застосуванням запатентованого промислового зразка, якщо при цьому використані всі суттєві ознаки промислового зразка.

Отже, у випадках, якщо оформлення зовнішнього вигляду виробу підлягає захисту за спеціальним законодавством як промисловий зразок, корисна модель чи об'ємний знак для товарів і послуг та якщо копіювання такого об'єкта перебуває в межах наданої правової охорони, то надання такому об'єкту спеціального захисту від недобросовісної конкуренції за коментованим Законом не передбачено.

При цьому варто мати на увазі, що застосування спеціального законодавства обмежено переліком товарів, для яких такі об'єкти зареєстровані. Наприклад, захист промислового зразка на зовнішній вигляд промислового виробу може бути обмежений переліком товарів, для яких промисловий зразок зареєстрований: покриття для підлоги «МІРАЖ» (промисловий зразок України № 23422), упаковка для кальмара солоно-сушеного «П'ЯТАЧЁК ПО-УКРАИНСКИ» (промисловий зразок України № 23418).

Про обмежений обсяг захисту за спеціальним законодавством свідчить і національна судова практика. У тлумаченні, що міститься в постанові ВГСУ

---

<sup>41</sup> Рішення Федерального суду Німеччини від 12 лютого 2001 року у справі № I ZR 40/99.

від 02.03.2010 № 38/108, обсяг правової охорони торговельної марки за свідомством України в частині її зображення, на наш погляд, безпідставно обмежується виключно словесним позначенням (яке не охоплює інші зображувальні елементи), а використання промислового зразка за патентом України не лише для виготовлення та розповсюдження власне цього виробу (упаковки), а й для позначення певних товарів (чим є застосування упаковки для пакування пельменів та вареників) виходить за межі правової охорони, що надається власникові патенту згідно з п. 2 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки».

У такому разі захист від копіювання зовнішнього вигляду (дизайну) виробу для інших товарів можна отримати лише за законодавством про захист від недобросовісної конкуренції, і то за умови, що використаний дизайн викликає асоціації споживачів із джерелом походження виробів, захищених промисловим зразком, і може призвести до змішування щодо комерційного походження товарів.

Судова практика Німеччини йде в іншому напрямі та застосовує підхід, відповідно до якого вимоги щодо захисту від недобросовісної конкуренції у вигляді використання чужого продукту не залежать від вимог щодо захисту прав на об'єкти права інтелектуальної власності, зокрема промислові зразки, якщо наявні особливі обставини, які виходять за межі спеціального законодавства<sup>42</sup>.

У судовій практиці Німеччини справи про копіювання зовнішнього вигляду виробів, які мають охорону як об'єкти права інтелектуальної власності, розглядаються у контексті захисту прав на виріб як об'єкт права інтелектуальної власності та паралельного захисту від відтворення товару конкурента в порядку захисту від недобросовісної конкуренції.

Так, у справі I ZR 123/05 — «Валіза» (*Rillenkoffer/Siutcase*)<sup>43</sup> Федеральний суд Німеччини розглянув питання щодо правової охорони об'ємних (тривимірних) торгових марок від неправомірного використання третіми особами у порядку захисту прав на торгову марку, передбаченому Федеральним законом «Про охорону торгових марок та інших позначень»<sup>44</sup> та шляхом захисту від недобросовісної конкуренції у вигляді недобросовісного відтворення товарів конкурента у порядку, передбаченому Федеральним законом «Проти недобросовісної конкуренції»<sup>45</sup>.

Було розглянуто такі питання:

– під час вирішення, чи використовується тривимірне оформлення виробу як торгова марка, має враховуватися також розрізняльна здатність такої торгової марки;

<sup>42</sup> Рішення Федерального суду Німеччини від 28 травня 2009 року у справі № I ZR 124/06.

<sup>43</sup> Рішення Федерального суду Німеччини від 30 квітня 2008 року у справі № I ZR 123/05.

<sup>44</sup> Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen «Markengesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082; 1995 I S. 156; 1996 I S. 682), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2248) geändert worden ist».

<sup>45</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254).

– набір виробів із спільними рисами щодо призначення та оформлення може мати окрему цінність для споживача, тобто надавати правомірні переваги у конкуренції («конкурентна своєрідність»);

– введення в оману в разі надання пропозиції, що складається з декількох виробів (валіза з декоративними елементами).

Виріб позивача у справі становить комплект (лінію) валіз у формі об'ємної валізи різних розмірів, що були у продажу в Німеччині понад 50 років у формі об'ємної валізи різних розмірів. Форма зареєстрована в Німеччині як об'ємна (тривимірна) торговельна марка для «валіз і чемоданів (виготовлених з алюмінію або пластику)».

Відповідач був звинувачений у поширенні «валіз з декором на колесах» в Німеччині.

Федеральний суд Німеччини під час вирішення справи перш за все чітко розмежував захист прав на валізу як об'єкта права інтелектуальної власності на підставі реєстрації торгової марки від використання позначення, якщо таке використання може призвести до змішування із зареєстрованою торговою маркою, з одного боку, та захистом від відтворення товару конкурента в порядку захисту від недобросовісної конкуренції — з іншого боку.

Як зазначив суд, захист від недобросовісної конкуренції неодмінно пов'язаний із захистом конкретного виробу або лінії виробів, які мають «конкурентну своєрідність» і особливі риси, що вказують на походження виробу, та копіювання якого матиме наслідком невідворотне введення в оману щодо їх походження<sup>46</sup>.



Рис. 16. Комплект (лінія) валіз позивача, форма яких зареєстрована як об'ємна (тривимірна) торговельна марка для валіз і чемоданів різних розмірів.

В аспекті захисту порушених прав на торгову марку суд зазначив, що розрізняльна здатність об'ємної торгової марки впливає на сприйняття споживача-

<sup>46</sup> Пункт 9 §4 Федерального закону Німеччини «Проти недобросовісної конкуренції».

ми форми виробу як вказівки на його походження, з огляду на те, що споживачі сприймають цю форму як форму виробу позивача. Оскільки виріб широко продавався понад 50 років, це могло мати наслідком зростання розрізняльної здатності об'ємної торгової марки в результаті її тривалого використання.

В аспекті захисту від недобросовісної конкуренції суд підтвердив, що у випадку лінії валіз та чемоданів вимоги щодо захисту від недобросовісного відтворення можуть бути висунуті, якщо всі вироби лінії мають схожість щодо призначення та дизайну. При цьому суд відзначив, що не обов'язково доводити «конкурентну своєрідність» кожного з групи виробів, якщо характерні риси зовнішнього вигляду такого виробу не спричиняють у сприйнятті споживачів розмежування між виробами, що належать до однієї виробничої лінії, та виробами конкурентів.

Під час розгляду питань про копіювання зовнішнього оформлення виробу в контексті недобросовісної конкуренції судова практика Німеччини виходить з визначення конкурентної своєрідності виробу. Виріб має конкурентну своєрідність, якщо його конкретне оформлення або певні риси можуть вказувати заінтересованому колу осіб на його походження або особливості<sup>47</sup>.

Для коректного тлумачення змісту коментованої статті необхідно проаналізувати юридичний склад копіювання зовнішнього вигляду виробу як правопорушення у сфері конкуренції.

Склад правопорушення копіювання зовнішнього вигляду виробу, передбачений коментованою статтею, включає:

- відтворення суб'єктом господарювання зовнішнього вигляду виробу іншого суб'єкта господарювання;
- введення суб'єктом господарювання такого виробу у господарський обіг без однозначного зазначення виробника копії;
- можливість того, що такі дії призведуть до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.

**Об'єкт.** Об'єктом цього правопорушення є зовнішній вигляд виробу. У визначенні наказу Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 29.02.1996 № 89 виріб означає одиницю промислової продукції, кількість якої обчислюють у штуках (примірниках). З цього можна зробити висновок, що коментована стаття поширюється насамперед на промислову продукцію.

**Суб'єкт.** Для правильної кваліфікації діяння як копіювання зовнішнього вигляду виробу потрібно визначитися з колом суб'єктів цього порушення.

Відповідно до ст. 10bis Паризької конвенції підлягають забороні всі дії, здатні будь-яким способом викликати **змішування** відносно підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності **конкурента**. З аналізу наведеної та коментованої статей можна зробити висновок про те, що суб'єкт копіюван-

<sup>47</sup> Рішення Федерального суду Німеччини від 26 червня 2008 року у справі № I ZR 170/05.

ня зовнішнього вигляду виробу повинен обов'язково перебувати у конкурентних відносинах з особою, вигляд виробів якої імітується.

Також суб'єктом правопорушення може бути особа, яка діє в інтересах конкурента прямо або опосередковано, якщо конкурент може отримати від копіювання зовнішнього вигляду виробів неправомірні переваги в конкуренції.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона цього правопорушення передбачає необхідність встановлення трьох елементів: діяння (яким є поширення відомостей), наслідків (дійсних або ймовірних) та причинно-наслідкового зв'язку між діянням і наслідками.

Діянням в аналізованому правопорушенні є:

- відтворення конкурентом зовнішнього вигляду виробу;
- введення конкурентом такого виробу в господарський обіг без однозначного зазначення виробника копії.

Отже, недобросовісне копіювання зовнішнього вигляду виробу характеризується двома складовими. Перша — це дії конкурента, а саме: відтворення зовнішнього вигляду виробу, введення такого виробу в обіг, упущення або неоднозначне зазначення виробника копії.

Другою складовою є можливість того, що такі дії призведуть до змішування з діяльністю конкурента, тобто введення споживачів в оману щодо джерела походження товару. Зазначені наслідки (гіпотетичні або такі, що реально настали) є обов'язковим елементом об'єктивної сторони цього правопорушення.

Відповідно до постанови ВГСУ від 26.12.2011 № 15 «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» під час встановлення факту можливості настання зазначених наслідків у зв'язку з відповідними діями суб'єктів господарювання, передбачених коментованою статтею, судам необхідно з'ясувати та відображати в судових рішеннях, у чому конкретно полягають відповідні наслідки, що могли б настати в результаті дій суб'єктів господарювання, які мають ознаки недобросовісної конкуренції.

Щодо санкцій за вчинення порушення, передбаченого коментованою статтею, Закон, окрім накладення штрафу, передбачає також можливість звернення до суду з позовом про вилучення копій виробів іншого суб'єкта господарювання і у виробника, і у продавця.

Відповідно до листа ВГСУ від 15.01.2009 № 01-08/11 «Про Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»», вирішуючи спори у справах щодо вилучення копій виробів іншого суб'єкта господарювання, господарським судам необхідно в кожному конкретному випадку з'ясувати, чи може бути можливість змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання усунена в інший спосіб, ніж вилучення товарів чи копій виробів, і приймати рішення про таке вилучення лише за відсутності іншого способу захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єкта господарювання, який звернувся за захистом.

**Суб'єктивна сторона.** Копіювання зовнішнього вигляду виробу розглядається як неправомірне використання ділової репутації та спосіб досягнення неправомірних переваг у конкуренції. З цього слідує, що під час кваліфікації аналізованого правопорушення потрібно звертати увагу на спрямованість (мотив) цього правопорушення, який і має полягати у вказаних проявах та є обов'язковим елементом суб'єктивної сторони копіювання вигляду виробу та повинен бути встановлений під час розгляду відповідного спору судом або органами АМКУ.

Зміст коментованої статті дещо співзвучний з нормами закону Німеччини «Проти недобросовісної конкуренції», яка також базується на нормах ст. 10bis Паризької конвенції.

Закон Німеччини «Проти недобросовісної конкуренції» зокрема визначає, що недобросовісно діє особа, яка пропонує товари і послуги, що є відтворенням товарів або послуг конкурента. При цьому таке відтворення вважається недобросовісним, якщо особа такими діями спричинює введення споживачів в оману щодо господарського походження таких товарів або послуг та якщо такого введення в оману можна уникнути.

Судова практика Німеччини трактує норми закону так, що збут скопійованого виробу може бути визнаний актом недобросовісної конкуренції, якщо відтворений виріб має «конкурентну своєрідність» та додаються обставини, які дають змогу вважати такі дії недобросовісними. При цьому має місце взаємодія між ступенем «конкурентної своєрідності» виробу, способом та інтенсивністю відтворення і наявністю особливих обставин у конкуренції, за яких за вищої «конкурентної своєрідності» виробу та вищого ступеня відтворення ставилося б менше вимог для визнання відтворення недобросовісною конкуренцією та навпаки<sup>48</sup>.

З огляду на наявність у законі Німеччини критеріїв для визначення відтворення товарів і послуг конкурента актом недобросовісної конкуренції, суди під час розгляду справ мають встановити факт відтворення, можливість введення споживачів в оману щодо походження виробу та можливість уникнення введення споживачів в оману раціональним способом.

Варто зауважити, що на відміну від статті коментованого Закону закон Німеччини «Проти недобросовісної конкуренції» визначає більше критеріїв для визначення відтворення зовнішнього вигляду виробу актом недобросовісної конкуренції, а саме: якщо в таких діях має місце використання або зниження цінності оригінального виробу, недобросовісність здобуття знань для відтворення.

Так, за фактом відтворення зовнішнього вигляду виробу Федеральний суд Німеччини розглянув справу I ZR 124/06 *LIKEaBIKE*<sup>49</sup>. У справі суд встановив, що конкурентна своєрідність виробу залежить від загального враження, яке формують конкретне оформлення або певні риси виробу. Конкурентна своєрідність може бути посилена або базуватися на рисах оформлення, які самі

<sup>48</sup> Рішення Федерального суду Німеччини від 9 жовтня 2008 року у справі № I ZR 126/06.

<sup>49</sup> Рішення Федерального суду Німеччини від 28 травня 2009 року у справі № I ZR 124/06.



по собі та окремо взяті не здатні вказувати на походження виробу від певного виробника.

Виріб позивача у справі *LIKEaBIKE* представлений як виготовлене з дерева бігове колесо (велосипед без педалей) для дітей у декількох моделях, на одну з яких отримано промисловий зразок, а модель *mountain* (на ринку з 2000 року) відзначено премією за дизайн.

З 2004 року відповідач продає під позначенням *bykie* також виготовлене з дерева бігове колесо для дітей. Позивач вважає дерев'яне бігове колесо *bykie* неправомірним відтворенням зареєстрованого промислового зразка та недобросовісним відтворенням моделі *mountain*. Позивач обґрунтовує свої вимоги тим, що відповідач використав характеристики моделі *mountain*, які формують конкурентну своєрідність виробу, і таким чином вводить споживачів в оману щодо виробничого походження бігового колеса *bykie*.

Під час вирішення справи суд виходив з фактичної відомості виробу на ринку (з огляду на рекламу, збут), конкурентної своєрідності виробу, ризику введення споживачів в оману щодо походження виробу, можливості уникнення введення споживачів в оману раціональним способом.

Для визначення ступеня конкурентної своєрідності виробу суд керувався загальним враженням оригінального виробу. В оформленні рами суд вбачив характерну рису бігового колеса *LIKEaBIKE mountain*, яка надає виробу конкурентної своєрідності та яка була відтворена у біговому колесі *bykie*. Суд аргументував, що саме особливе оформлення дерев'яної рами колеса створює загальне враження колеса.

Особливості оформлення виробу можуть у своїй сукупності посилювати або формувати конкурентну своєрідність виробу, оскільки вона залежить від загального враження, яке передають конкретне оформлення або певні риси виробу. При цьому для вирішення питання, чи має місце введення споживачів в оману щодо походження виробу, має враховуватися відомість виробу у двох аспектах.

По-перше, відомість виробу у певного кола споживачів та, по-друге, конкурентна своєрідність виробу. При цьому інтенсивність перейняття характерних рис виробу, які формують його конкурентну своєрідність, а отже, схожість двох виробів, визначає ризик введення споживачів в оману щодо походження. Під час визначення схожості за основу береться загальне враження від двох зіставляваних виробів, оскільки споживачі сприймають продукт у всій сукупності його складових, не піддаючи виріб детальному аналізу.

Отже, норми як національного, так і європейського законодавства про заборону копіювання зовнішнього вигляду виробу як акту недобросовісної конкуренції слугують захисту індивідуального досягнення виробника.

При цьому для визначення копіювання зовнішнього вигляду виробу актом недобросовісної конкуренції враховуються такі чинники, як оригінальність у конкуренції та можливість змішування з діяльністю конкурента.

## Стаття 7. Порівняльна реклама

**Порівняльною є реклама, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого суб'єкта господарювання. Не визнається неправомірним порівняння в рекламі, якщо наведені відомості про товари, роботи, послуги підтверджені фактичними даними, є достовірними, об'єктивними, корисними для інформування споживачів.**

**Ключові терміни:** *реклама, недобросовісна реклама, порівняльна реклама*

Значна частина посягань на ділову репутацію в економічній конкуренції представлена порушеннями у сфері використання рекламної підтримки для просування товару на ринку [термін «товари» тут використано у широкому значенні, тому товар потрібно трактувати як будь-який предмет господарського обороту, в тому числі як продукцію, роботи, послуги, документи, що підтверджують зобов'язання та права (зокрема цінні папери)] (ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції).

Порівняльна реклама визнається коментованою статтею про явище проявом недобросовісної конкуренції внаслідок неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання і визначається як реклама, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (підприємця). Тим не менше, порівняння в рекламі визнається правомірним, якщо наведені відомості підтверджено фактичними даними, вони є достовірними, об'єктивними та корисними для інформування споживачів.

Для того щоб усвідомити шкідливість неправомірної, а іноді і правомірної порівняльної реклами для конкурентного середовища, його окремих суб'єктів та економічної стабільності в цілому, необхідно проаналізувати механізм впливу цього явища на об'єкти посягання.

Поряд з цим потрібно нагадати про певну специфіку ділової репутації суб'єкта господарювання як об'єкта захисту, яка полягає в тому, що **ділова репутація не є прямим об'єктом посягання під час вчинення недобросовісних дій**, які полягають у порівняльній рекламі.

В аналізованому випадку посягання здійснюється на її носії, тобто представлену на товарному ринку продукцію, фірмове найменування, знак для товарів і послуг та інші засоби ідентифікації суб'єкта господарювання. Шляхом посягання на згадані об'єкти досягається формування у споживачів асоціації (як правило, негативного характеру) щодо власника цих об'єктів.

По-перше, створення і підтримка споживчого попиту на продукцію порушника здійснюється за рахунок конкурента, тобто очевидним є факт здобуття необґрунтованої переваги в конкурентній боротьбі.

По-друге, неправомірно використовуючи знак для товарів і послуг, фірмове найменування свого конкурента, порушник забезпечує і розширює збут власної продукції. Проблема полягає в тому, що така продукція, як правило, виготовляється без додаткових витрат на модернізацію обладнання, дотримання стандартів якості, внаслідок чого її пропонують за нижчими цінами, що робить її привабливішою в очах потенційного покупця. А це знову ж таки породжує неправомірне здобуття переваги перед конкурентами на ринку.

Наслідки описаної ситуації цілком прогнозовані: добросовісний конкурент зазнає збитків, втрачаючи свого покупця і позитивну ділову репутацію. Одночасно формується негативний споживчий досвід, який закономірно переростає у стереотип щодо певного виробника або групи виробників, на ділову репутацію яких здійснено посягання, адже споживачі потрапляють в оману і, орієнтуючись на рекламу, прагнуть придбати кращий товар за нижчою ціною.

Отже, питання порівняльної реклами є актуальним у світлі зазначених вище важелів впливу цієї форми недобросовісної конкуренції на стан суб'єктів господарювання та споживачів.

Склад аналізованого правопорушення підпадає під загальні правила кваліфікації атків недобросовісної конкуренції — він є формальним, тобто для притягнення порушника до відповідальності достатньо довести факт вчинення дій, які визнаються недобросовісною конкуренцією.

При цьому потрібно звернути увагу на те, що Законом про рекламу передбачено також склад правопорушення, який визначений як недобросовісна реклама.

Недобросовісна реклама — це реклама, яка вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам, державі чи суспільству внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, замовчування, порушення вимог щодо часу, місця та способу розповсюдження.

Виходить, що порівняльна реклама не повністю співпадає із поняттям недобросовісної реклами.

Порівняльна реклама визнається правопорушенням тільки в тих випадках, коли відомості про товари, послуги, роботи, які в ній наводяться, не відповідають дійсності, а отже, не є достовірними, об'єктивними та корисними для інформування споживачів.

#### **Порівняльна реклама може бути двох видів:**

- 1) позитивна, тобто позитивне посилання на товар іншого суб'єкта господарювання (наприклад, «наша продукція така ж якісна, як і продукція конкурента»);
- 2) негативна, тобто негативне посилання на продукцію конкурента (наприклад, «наша продукція краща за продукцію конкурента»).

Закономірно, що мета позитивної порівняльної реклами полягає в поширенні здобутого високою якістю та іншими показниками авторитету і репутації конкурента на власну продукцію.

Негативна порівняльна реклама в якій використовуються недостовірні відомості, є по суті дискредитацією конкурента, що має наслідком створення

перепон на шляху просування його продукції на ринку і досягається шляхом привертання уваги споживачів до власної продукції за рахунок неіснуючих (вигадааних, гіпотетичних) недоліків продукції конкурента.

**Правомірна позитивна порівняльна реклама** — явище доволі суперечливе. З одного боку, порівняння в рекламі не визнається неправомірним, якщо наведені відомості підтверджено фактичними даними (наприклад, експертизою, незалежними маркетинговими дослідженнями), вони є достовірними, об'єктивними та корисними для інформування споживачів.

Заради справедливості слід зауважити, що сучасна «гнучкість» результатів маркетингових досліджень, інших експертних перевірок дає підстави припускати, що майже будь-яке порівняння може бути визнане таким, що здійснюється на користь інформування споживача, є достовірним і об'єктивним. З іншого боку, виникає питання про економічну (конкурентну) справедливість використання успішного бренда в порівняльній рекламі поряд з невідомою чи маловідомою маркою, навіть якщо таке порівняння здійснено з дотриманням зазначених вимог. Закон цього прямо не забороняє, але положення про неправомірне здобуття переваг у конкурентній боротьбі дає можливість кваліфікувати позитивну рекламу як акт недобросовісної конкуренції, якщо вона здійснена з метою отримання необ'єктивних і необґрунтованих конкурентних переваг.

Правове регулювання **негативної порівняльної реклами** теж залишає можливість для різних трактувань.

Поза увагою законодавця залишається таке суттєве питання, як **використання порівняння в рекламі не з конкретним товаром конкурента, а з певною абстрактною продукцією, за якою легко ідентифікувати виробника**. З такої позиції велику міру свободи надано правозастосовним органам, адже неправомірною така реклама може бути визнана тільки в тому випадку, якщо вона є недостовірною або здатна ввести в оману.

Європейський Парламент і Рада Європи ухвалили низку директив, які регулюють різнобічні аспекти реклами й рекламної діяльності. У зв'язку з наполегливим прагненням України стати членом ЄС національному законодавцю та відповідним правозастосовним органам слід звернути особливу увагу на нормативні акти, прийняті з окресленого питання європейськими колегами, зокрема на Директиву Ради Європи 84/450/EWG (ст. 4(2) про рекламу, що вводить в оману), доповнену Директивою 97/55/EWG про порівняльну рекламу.

У вказаних актах передбачено, що повноваження щодо вжиття заходів проти реклами, яка вводить в оману, і порівняльної реклами покладаються на суди та адміністративні органи. Варто зазначити, що Державний комітет України з питань технічного регулювання споживчої політики може розглядати окремі питання щодо порушень у рекламі разом з АМКУ. При цьому прерогативою АМКУ є порушення в рекламі конкурентного законодавства, тобто порівняльна та недобросовісна реклама. Крім того, згадані міжнародні акти вимагають, щоб під час застосування примусових заходів враховувались інтереси всіх сторін,

а особливо громадян. У тому випадку, коли реклама, що вводить в оману, або незаконна порівняльна реклама ще не були оприлюднені, зазначені органи можуть накласти заборону або розпочати відповідні судові дії з метою отримання дозволу на заборону відповідної реклами.

Українське законодавство не містить норм, які встановлювали б необхідний профілактичний захист від розповсюдження незаконної порівняльної (недобросовісної) реклами.

Директиви Ради Європи 84/450/EWG та 97/55/EWG встановлюють коригувальну рекламу, яка є порівняно новою для вітчизняного законодавства, але широко застосовується в Європі. Частина друга ст. 27 Закону про рекламу дає змогу визначеним органам забороняти рекламу, що порушує вимоги законодавства про рекламу, та вимагати її публічного спростування.

Крім того, вказаний Закон містить спеціальну ст. 28 «**Публічне спростування недобросовісної реклами**», котра передбачає, по-перше, що публічне спростування недобросовісної реклами здійснюється добровільно або за рішенням суду; по-друге, публічне спростування недобросовісної реклами здійснюється за рахунок винної особи; по-третє, публічне спростування недобросовісної реклами здійснюється через той самий рекламний засіб з використанням того самого простору, часу, місця і в тому ж порядку, в якому здійснювалась реклама. До речі, така можливість передбачена також ст. 2(1) Директиви ЄС 98/27/ЄС від 08.05.1998 про заборони з метою захисту інтересів споживачів.

Щодо проблеми використання в рекламі порівняння з абстрактним товаром наведемо, на наш погляд, цікавий і повчальний приклад з рекламної практики Росії, який цілком міг мати місце і на території України.

Російське законодавство забороняє порівняльну рекламу в явному вигляді. Компанія P&G використовувала в рекламних роликах прального порошку абстрактний звичайний порошок.

Ще наприкінці 1990-х років з'явилась ідея про реєстрацію однойменної марки, а отже, й отримання права пред'явити позов P&G за порушення закону про рекламу в частині посилання на товар конкурента в негативному контексті. Таким чином, виробники «звичайного порошку» скопіювали упаковку, яку було використано P&G у рекламі, а P&G тепер використовує інші формулювання.

Такий своєрідний гумор може мати продовження і в українській практиці, адже вітчизняний рекламний ринок залишає великий простір для маркетингових трюків.

У контексті розгляду проблем неправомірної порівняльної реклами слід також звернути увагу на питання щодо **наявності між порушником і потерпілим конкурентних відносин**.

Суперечливість вказаного питання впливає з раніше висловленої позиції про неоднакову природу неправомірної позитивної та негативної порівняльної реклами. Попередньо було зроблено висновок про те, що позитивна порівняль-

на реклама кваліфікується як неправомірне використання чужої ділової репутації, а негативна — як дискредитація суб'єкта господарювання.

У першому випадку наявність конкурентних відносин є обов'язковою ознакою цього правопорушення, у другому — наявності конкурентних відносин не вимагається. Це означає, що у випадку дискредитації шляхом порівняльної реклами відповідачем у справі про відшкодування завданих збитків може виступати не тільки конкурент, а й інша формально незаінтересована особа. Така позиція законодавця видається правильною і послідовною, виходячи з потенційної та легко реалізованої можливості конкурентів здійснювати дії, що дискредитують, через третіх осіб (громадян, засоби масової інформації тощо).

Порівняння на підставі оманливих або таких, що можуть ввести в оману, заяв стосовно власних продуктів або продуктів конкурентів заборонені законодавством про рекламу. Однак формальна правдивість реклами не може повністю виключати її недобросовісний характер. Порівняльну рекламу, крім правдивості, потрібно оцінювати відповідно до критеріїв посилення на репутацію суб'єкта господарювання, що може або створити передумови для отримання неправомірних переваг у конкуренції, або мати характер дискредитації.

Рішення щодо визнання порівняння в рекламі недобросовісною конкуренцією приймають органи АМКУ (статті 11, 26 Закону про рекламу). Споживачі реклами, яким було завдано шкоди недобросовісною та неправомірною порівняльною рекламою, мають право на відшкодування шкоди відповідно до законодавства України.

Оскільки чіткі критерії правомірності використання порівняльної реклами на сьогодні ще не визначено, тому, відповідно, є висока ймовірність неоднозначного тлумачення законодавчих норм щодо недобросовісної конкуренції. Практично будь-яка компетентна особа може вкладати своє розуміння в поняття «порівняльна реклама», виходячи з власних суб'єктивних суджень та оцінки цього явища.

Для кваліфікації дій у вигляді неправомірної порівняльної реклами не є необхідним встановлення негативних наслідків такої реклами, достатньо встановлення того, що наведені в ній відомості не є достовірними, об'єктивними та корисними для інформування споживачів. Зокрема для покладення відповідальності за порівняльну рекламу не вимагається доведення факту зниження попиту на товари господарюючого суб'єкта, з якими здійснено неправомірне порівняння<sup>50</sup>.

**Загальні обмеження: «недостовірні» та «дискредитуючі» порівняння.** Порівняння, яке ґрунтується на неправдивих або оманливих твердженнях про власну продукцію, або таке, що використовує недостовірні заяви про товари конкурентів, заборонено в усіх країнах.

<sup>50</sup> Див. п. 7 інформаційного листа ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 13.04.2007 № 01-8/229; п. 22 рекомендацій президії ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 29.10.2008 № 04-5/247.

Однак слід пам'ятати про те, що існує різниця в оцінці поняття «недостовірний», і особливо в оцінці поняття «дискредитуєчий». Деякі країни (особливо Німеччина) розглядають твердження про переваги або унікальність (скажімо, «найкращий» тощо) як такі, що вводять в оману, якщо не може бути доведено, що вони правильні, тим часом як у інших країнах вони можуть видаватися невинними перебільшеннями. Різні оцінки понять «дискредитуєчий» і «незаконне привласнення» мають навіть більше значення. У країнах з досить толерантним ставленням до правдивих, проте принижуючих тверджень до порівняльної реклами, як правило, ставляться поблажливо (особливо у Канаді, Великобританії та у США). Якщо тільки сказане є правдою, то суди не втручатимуться, навіть якщо посилання на конкурента чи його продукцію є явно принижуючим або експлуатує репутацію конкурента. У тих країнах, які традиційно надають особливої ваги захисту «чесного» підприємця, порівняльна реклама або суворо заборонена, або принаймні обмежується. Інколи один лише факт, що конкурента називають без його згоди, вважається дискредитуєчим, а отже, і проявом недобросовісної конкуренції. Згідно з правилом, що «чесний підприємець має право вимагати, щоб його ім'я не згадувалося, навіть якщо сказане є правдою», законодавство в деяких країнах (особливо у Бельгії та в Люксембурзі) чітко забороняє всі порівняння, які без потреби вказують на конкурента. Цей самий аргумент призводить до того, що суди в інших країнах (особливо у Франції, Німеччині, Італії та Нідерландах) більш-менш автоматично визнають порівняльну рекламу як таку, що суперечить практиці чесної комерції (а тому і загальним положенням закону про недобросовісну конкуренцію). Хоча інколи наголошують, що правильні порівняння мають робитися в інтересах споживачів, прецедентне право на практиці допускає порівняння лише за виняткових обставин. Наприклад, якщо порівняння надто потрібне споживачам, для протистояння неправомірному нападові на рекламодавця або для пояснення певної системи чи нових технічних розробок.

**Тенденція щодо дозволу достовірних порівнянь.** І все ж останнім часом таке негативне ставлення до порівняльної реклами змінюється. Дедалі більше утверджується розуміння, що достовірні порівняння відповідних фактів можуть не тільки зменшити витрати споживача на пошук інформації, а й мають позитивний вплив на економіку шляхом вдосконалення гласності на ринку. Суди тих країн, які традиційно розглядають порівняльну рекламу як принижуючу, поступово послабили заборони на всі заяви, що ідентифікують конкурента. Наприклад, у Франції порівняння цін, якщо вони базуються на правдивому, належному та достатньому матеріалі, дозволені. Більше того, нещодавні законодавчі акти щодо недобросовісної конкуренції принаймні опосередковано допускають порівняльну рекламу (особливо в Угорщині, Іспанії та Швейцарії). Зокрема на рівні ЄС було доповнено Директиву 84/450/ЄС положеннями, які визначають випадки, коли порівняльна реклама є дозволеною (Директива 97/55/ЄС від 06.10.1997).

**Особливі загрози порівняльної реклами.** З іншого боку не можна заперечувати, що порівняльна реклама набагато легше може перетворитися на недостовірну і принизливу, ніж решта форм реклами. Скажімо, якщо порівняння ґрунтується на недоречних (або на таких, що не підлягають порівнянню) аспектах, або якщо оманливим є загальне враження від неї. Такі потенційні загрози потребують особливих запобіжних заходів проти зловживань. Країни, в яких допускають порівняння (особливо у Греції, Угорщині, Іспанії та Швейцарії), надають особливого значення фактові, що навіть правильні твердження обов'язково мають бути не принизливими (як у Швейцарії), або що недоречні факти не повинні порівнюватися (як у Іспанії). Так, Директива 97/55/ЄС про порівняльну рекламу іде ще далі, чітко вимагаючи, аби порівнювалися тільки доречні об'єктивні характеристики, а також ті, що можуть бути доведені, щоб загальне враження не стало оманливим, щоб не виникав ризик непорозумінь щодо товарів, які порівнюються, і щоб конкурент і його продукція в жодному випадку не принижувалися чи дискредитувалися. Більше того, від рекламодавця можна вимагати доведення будь-яких тверджень, що наведені в дослідженнях на підтримку порівняння.

**Проблема використання знаків для товарів і послуг у порівняльній рекламі.** Порівняння інколи є неможливим без посилання на певний товарний знак, який стосується конкретного товару, послуги чи підприємства. У цих випадках до уваги слід брати не лише Закон про недобросовісну конкуренцію, а й Закон про товарні знаки.

У тих країнах, де товарні знаки захищаються виключно як вказівка на походження товару або послуги, використання товарного знака в порівняльній рекламі може не охоплюватися законом про товарні знаки. Проте є країни, де використання іншого товарного знака в порівняльній рекламі може розглядатися як порушення закону про товарні знаки (особливо у Бенілюксі, Франції, Великобританії і США). Наприклад, стаття 13А уніфікованого закону про товарні знаки країн Бенілюксу захищає «рекламну цінність» товарного знака від будь-якого використання у потенційно несприятливих обставинах (яке може також набувати форми небажаного посилання у порівняльній рекламі). Канадський закон про товарні знаки в цілому захищає репутацію товарного знака, тим часом як чинний закон про товарні знаки Великобританії у принципі забороняє будь-яке посилання на чужий товарний знак. Навіть у США, де в цілому дозволяється порівняльна реклама, так звані «антиослаблюючі законодавчі акти» введено в дію багатьма штатами і теоретично вони стосуються використання чужих товарних знаків у порівняльній рекламі, оскільки забезпечують, без огляду на наявність чи відсутність змішування, захист товарного знака від усіх дій, які можуть зашкодити діловій репутації або послабити вплив характерної ознаки товарного знака.

**Порівняння третіми сторонами.** У багатьох країнах тестування товарів здійснюють організації споживачів і/або приватні чи громадські устано-



ви, серед яких преса, телебачення та інші засоби масової інформації. Як правило, виникає два запитання: чи підпадає діяльність цих організацій під дію закону про недобросовісну конкуренцію і чи можна результати тестування використовувати в рекламі?

У тих країнах, які відмовилися від вимоги про існування конкуренції між позивачем і відповідачем (особливо у Бельгії, Данії, Нідерландах, Швеції та Швейцарії), закон про недобросовісну конкуренцію також застосовується до роботи цих організацій. В інших країнах (особливо у Франції та Німеччині) «несправедливі» випробування товарів, які мають несприятливий вплив на ділову репутацію, в основному розглядаються згідно з положеннями загального цивільного права.

Схоже, немає єдиної точки зору на те, чи можуть результати такого тестування використовуватися рекламодавцями і за яких обставин. У деяких країнах (наприклад у Німеччині), які в цілому не визнають порівняльної реклами, такий вид опосередкованого порівняння вважається дозволеним. В інших країнах (наприклад у Бельгії) конкурентові однозначно заборонено посилатися на тести, проведені організаціями споживачів, тоді як у деяких країнах (у Швейцарії) такі посилення суворо обмежуються. Відповідно до Директиви 97/55/ЄС про порівняльну рекламу тести, здійснені третіми сторонами, можуть використовуватися тільки за наявності недвозначної згоди особи, яка їх здійснювала, не згадуючи вже про те, що рекламодавець нестиме повну відповідальність за будь-які рекламні твердження, які ґрунтуються на таких дослідженнях.

Якщо звернутися до вітчизняної судової практики з аналізованого питання, показовою в цьому випадку буде постанова ВГСУ від 8 червня 2004 року у справі № 33/2-03-8111, де було встановлено такі обставини.

Адміністративною колегією Одеського обласного територіального відділення АМКУ прийнято рішення від 15.09.2003 № 23-рш, яким дії ДП «Б.» щодо опублікування в журналі «Добрые советы» (рос.) за січень 2003 року за власною ініціативою порівняльної реклами, яка містить недостовірну інформацію та необ'єктивні дані, що не є корисними для інформування споживачів та мають негативний вплив на конкуренцію на ринку шампанських вин, визнано порушенням конкурентного законодавства, передбаченими ст. 7 Закону у вигляді порівняльної реклами.

Також доречно звернутися до рішення господарського суду Дніпропетровської області від 16.12.2010 у справі № 16/264-10<sup>51</sup>, де судом встановлено таке.

Перевіркою, здійсненою територіальним відділенням АМКУ, було встановлено, що: на території торговельного приміщення ТК «Ельдорадо» за адресою: пр. Кірова, 8, м. Дніпропетровськ (далі — *Магазин*), комісією зафіксовано розміщення оригінальної інформації від 17 вересня 2009 року щодо асортименту, цін та знижок на товари іншого суб'єкта господарювання, який здійснює господарську діяльність з реалізації побутових електротоварів, радіо- та електроапаратури під торговою маркою *Comfy*; зазначена інформація *Comfy* розміщена в примі-

---

<sup>51</sup> Про перегляд рішення в апеляційному чи касаційному порядку відомостей немає.

щенні магазину (мова оригіналу): «Сравните, наши цены ниже!»; при цьому безпосередньо на оригінальному інформаційному матеріалі Comfy, шляхом наклеювання позначок з непрозорого білого картону, ТК «Ельдорадо» розміщено інформацію щодо власних цін у формі порівняння. Так, на зображення телевізора *LCD LE-19B 450C4WX Samsung 1366×768*, ціна 2433, який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо» прикріплено повідомлення такого змісту (мова оригіналу): «Наша модель телевізор *Dex LT 1907 — 2169*»; на зображення мобільного телефону *Samsung S3310Warm Silver — 999*, який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо» прикріплено повідомлення (мова оригіналу): «Наша ціна 989»; на зображення DVD-плеєра *BVK DV-319 SI 333* грн., який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо» прикріплено повідомлення (мова оригіналу): «Наша модель DVD *BVK DV-318 SL — 329*»; на зображення ноутбука *Lenovo G550 — 3888*, який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо», прикріплено повідомлення (мова оригіналу): «Наша модель — ноутбук *Acer 902G16 — 3879*»; на зображення мобільного телефону *Samsung S5230 — 1899* грн., який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо» прикріплено повідомлення (мова оригіналу): «Наша ціна — 1889»; на зображення обігрівача масляного *Saturn ST-ON 1657 — 222*, який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо» прикріплено повідомлення (мова оригіналу): «Наша модель *Elenberg H150715 — 209*»; на зображення мікрохвильової печі *Scarlett V=17л SC-1702 — 399*, який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо», прикріплено повідомлення (мова оригіналу): «Наша модель — СВЧ *Saturn 17MX02 — 399*», на зображення конвектора «Element» *CE — 1504* грн., який наведено в інформаційних матеріалах Comfy, ТК «Ельдорадо» прикріплено повідомлення (мова оригіналу): «Наша модель — *NOVAtek ЭВH-A80 — 689*». Водночас комісією зафіксовано, що, окрім СВЧ *Saturn 17MX02*, інші товари ТК «Ельдорадо» (телевізор *Dex LT 1907*, плеєр *DVD BVK DV-318 SL*, ноутбук *Acer 902G16*, масляний обігрівач *Elenberg H150715*), ціни на які наведено як порівняння до цін на товари Comfy, у Магазині відсутні; під час проведення перевірки біля входу в Магазин комісією зафіксовано розміщення інформації такого змісту (мова оригіналу): «При наявності дисконтної карточки Comfy скидка 3 %». За поясненням керівництва Магазину, 3 % знижка щодо придбання товарів ТК «Ельдорадо» надається покупцям за наявності в них дисконтної картки Comfy. У разі наявності в покупців дисконтних карток інших суб'єктів роздрібної торгівлі побутовими електротоварами, радіо- та телеапаратурою ТК «Ельдорадо» знижки не надаються. Проте під час здійснення перевірки комісією зафіксовано факт відмови покупцям у придбанні товару ТК «Ельдорадо» із знижкою за наявності дисконтної картки як Comfy, так і інших суб'єктів роздрібної торгівлі побутовими електротоварами, радіо- та телеапаратурою (відповідні записи є в книзі скарг Магазину від 05.10.2009, заяви № 2 та № 3).

Відповідно до висновків комісії, викладених у акті від 16.10.2009 № 37/01-32/07-09, розміщена в Магазині інформація (мова оригіналу) «Срав-

ните, наши цены ниже!» вочевидь повинна була впливати на наміри покупців щодо придбання товарів в ТК «Ельдорадо», оскільки за ціною вони нижчі, ніж у магазинах конкурентів. Проте за умови, що наведені в інформації товари ТК «Ельдорадо» не є тотожними товарам конкурентів і на день поширення інформації в магазині були відсутні, така інформація розглядається як неправдива, яка не містить даних щодо споживчих властивостей, характеристик, цін і знижок на них, а також як така, що містить посилання на обсяги продажу чи поставки товарів, яких фактично не було на день поширення інформації. Отже, зазначені дії ТК «Ельдорадо» суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності та містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого Законом.

У подальшому рішенням адміністративної колегії Дніпропетровського обласного територіального відділення АМКУ від 01.09.2010 № 38/01-12/07-10 у справі № 73/07-10-5/09 «Про порушення законодавства про захист недобросовісної конкуренції та накладання штрафу» дії ТОВ «Торгова компанія “Ельдорадо”» щодо поширення неправомірної порівняльної реклами, яка у 2009 році розміщувалася під слоганом (*мова оригіналу*) «Сравните, наши цены ниже!» в мережі магазинів побутової техніки та електроніки цього товариства, розташованих у м. Дніпропетровськ, визнано порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченим ст. 7 Закону, у вигляді порівняльної реклами, що містить порівняння з товарами іншого суб'єкта господарювання і не є об'єктивною, підтвердженою фактичними даними, корисною для інформування споживачів. На ТОВ «Торгова компанія “Ельдорадо”» за вчинене правопорушення законодавства про захист економічної конкуренції накладено штраф у розмірі 17000 грн.

Заперечуючи проти позову, ТОВ «Торгова компанія “Ельдорадо”» фактично не спростовувало вчинення ним дій, викладених в акті від 16.10.2009 № 37/01-32/07-09, щодо розміщення у торговельному приміщенні магазину за адресою пр. Кірова, 8, м. Дніпропетровськ інформації від 17 вересня 2009 року щодо асортименту, цін та знижок на товари іншого суб'єкта господарювання, який здійснює господарську діяльність з реалізації побутових електротоварів, радіо- та електроапаратури під торговою маркою *Comfy*, з відповідними наклеюваннями позначок з білого картону із зазначенням інформації щодо власних цін у формі порівняння.

У зв'язку з тим, що в зазначеному порівнянні пропонувалося порівнювати ціни на різні товари з різними технічними параметрами, а саме: на товари з нетотожним розміром, кольором, ємністю, потужністю, вагою, габаритами, маркою, технічні характеристики яких не можуть бути співставленими, така інформація є необ'єктивною, тому в цьому випадку порівняння вартості різних товарів з різною якістю є некоректним, здатне створити у покупців (споживачів) неправильне уявлення щодо споживчих властивостей товарів, що порівнюються, та взагалі не несе в собі корисної інформації для останніх.

## **Глава 3**

# **СТВОРЕННЯ ПЕРЕШКОД СУБ'ЄКТАМ ГОСПОДАРЮВАННЯ У ПРОЦЕСІ КОНКУРЕНЦІЇ ТА ДОСЯГНЕННЯ НЕПРАВОМІРНИХ ПЕРЕВАГ У КОНКУРЕНЦІЇ**

---

Глава 3 коментованого Закону спрямована на надання нормативного визначення окремим антиконкурентним правопорушенням у сфері господарювання, що вчиняються з метою створення об'єктивних перешкод іншим суб'єктам господарювання та спрямовані на досягнення над ними неправомірних переваг на ринку товарів, робіт та послуг.

Головною особливістю, що вирізняє аналізовані правопорушення від інших правопорушень у сфері економічної конкуренції, є їхній юридичний склад. Зокрема такі конкурентні порушення посягають на стабільне і сприятливе конкурентне середовище та виражаються в умисному чи необережному створенні перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та досягненні неправомірних переваг на певному ринку.

До таких правопорушень, відповідно до приписів коментованого Закону, належать дискредитація (ст. 8), схилення до бойкоту суб'єкта господарювання (ст. 10), схилення постачальника до дискримінації покупця (замовника) (ст. 11), підкуп працівника, посадової особи постачальника (ст. 13) чи працівника, посадової особи покупця (замовника) (ст. 14), поширення інформації, що вводить в оману (ст. 15-1) та досягнення неправомірних переваг у конкуренції (ст. 15).

## Стаття 8. Дискредитація суб'єкта господарювання

**Дискредитацією суб'єкта господарювання є поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, у тому числі щодо його товарів, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання.**

**Ключові терміни:** дискредитація, дифамація, поширення інформації, ділова репутація

Інформаційне середовище оточує суб'єктів господарювання і функціонує у реаліях конкурентної боротьби, яка провокує учасників відповідних відносин до проявів недобросовісної поведінки, прикладом якої є дискредитація.

Визначення в чинному законодавстві цього правопорушення спрямоване на конкретизацію правового регулювання інформаційних відносин для забезпечення чесної ділової практики у сфері господарської діяльності. Зокрема логіка побудови конкурентного законодавства, в основі якого лежить генеральний делікт антиконкурентного правопорушення, простежується і у техніці формулювання коментованої статті. Її суть зводиться до того, що будь-яка інформація може бути кваліфікована як така, що поширена з метою дискредитації суб'єкта господарювання, якщо вона завдає (або гіпотетично може завдати) шкоди його діловій репутації.

У цьому контексті дискредитацію доцільно порівняти з дифамацією (приниження честі, гідності, ділової репутації шляхом розповсюдження негативної недостовірної інформації), яка також є порушенням у сфері інформаційних відносин. Так, кваліфікація складу дискредитації з необхідністю не передбачає того, що поширювані відомості мають бути неправдивими, достатньо, щоб вони були неточними або неповними. Слід звернути увагу на те, що цей склад правопорушення також не потребує обов'язково негативного характеру поширюваної інформації. Така інформація може бути подана у неповному вигляді, що дозволить тому, хто поширює інформацію, маніпулювати сприйняттям цієї інформації адресатами: клієнтами, споживачами, іншими учасниками конкурентного ринку. Зокрема вирвані з контексту відомості без зазначення важливих уточнень, винятків, безперечно, спотворюють інформаційне тло і можуть кваліфікуватись як дискредитуючі. З іншого боку, наприклад, поширена конкурентом інформація про судовий спір за участю суб'єкта господарювання (в якому встановлено негативні факти щодо останнього) з оцінками правових позицій, які можуть часом визначати спрямованість інформації, зазвичай, не вважається дискредитацією.

Варто мати на увазі, що забороні дискредитації, яка має конструкцію генерального делікту, протистоїть право на свободу думки і слова, гарантоване ст. 10 Європейської конвенції з прав людини та ст. 34 Конституції України. Право на свободу думки і слова виводить із сфери регулювання коментованої статті інформацію, яка не відповідає ознакам твердження про факти. Такий висновок прямо впливає зі змісту ст. 30 Закону України «Про інформацію», відповідно до частини першої якої ніхто не може бути притягнутий до відповідальності за висловлення оціночних суджень. При цьому відповідно до частини другої вказаної статті оціночними судженнями, за винятком наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, зокрема з огляду на характер використання мовно-стилістичних засобів (вживання гіпербол, алегорій, сатири). Оціночні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості.

Під час визначення того, чи є поширена інформація оціночними судженнями або твердженнями про факти, доцільно брати до уваги критерії, визначені Європейським судом з прав людини у справах «Лінгенс проти Австрії», «Обершлік проти Австрії» (I і II), «Кастелс проти Іспанії» та «Санді таймс проти Сполученого Королівства».

Отже, предметом дискредитації не можуть бути оціночні судження, якщо тільки вони не є образливими і не підпадають під визначення наклепу.

Як свідчить національна судова практика, основними проблемними аспектами правозастосування, що впливають із тлумачення коментованої статті, є: 1) визначення суб'єкта правопорушення (тобто кола осіб, які можуть вчиняти відповідні дії, що мають ознаки дискредитації, та нести відповідальність за дискредитацію); 2) правова оцінка поширюваної інформації як такої, що відповідає ознакам неточності, неправдивості, неповноти, негативності; 3) встановлення дійсних або ймовірних наслідків завдання шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання від поширення відповідної інформації; 4) встановлення причинно-наслідкового зв'язку між поширенням такої інформації і завданням шкоди діловій репутації або можливим завданням шкоди діловій репутації.

Для уникнення помилкового тлумачення змісту коментованої статті необхідно проаналізувати юридичний склад дискредитації як правопорушення у сфері конкуренції.

Так, зі змісту наведеного правоположення, його розташування у внутрішній системі коментованого Закону можна встановити таку структуру правопорушення, яке іменується дискредитацією.

**Об'єкт.** Об'єктом цього правопорушення є ділова репутація, яка відповідно до ст. 201 ЦКУ є особистим немайновим благом і може бути визначена як суспільна оцінка діяльності особи. Єдине нормативне визначення поняття

«ділова репутація» міститься у ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 № 2121-III, у якій ділова репутація визначається як сукупність підтвердженої інформації про особу, що дає можливість зробити висновок про професійні та управлінські здібності такої особи, її порядність та відповідність її діяльності вимогам закону. Однак зазначене поняття застосовується виключно до правовідносин, на які поширюється цей Закон.

**Суб'єкт.** Саме суб'єктний склад аналізованого правопорушення дає змогу відрізнити дискредитацію від поширення інформації, що вводить в оману (ст. 15-1 коментованого Закону). Так, неточна, неповна, недостовірна інформація в останньому випадку повідомляється суб'єктом господарювання щодо власного товару чи продукції для отримання переваг у конкуренції.

Для правильної кваліфікації діяння як дискредитації потрібно визначитися з колом суб'єктів цього порушення.

Відповідно до ст. 10<sup>bis</sup> Паризької конвенції підлягають забороні будь-які твердження, що не відповідають дійсності, щодо існування комерційної діяльності, які здатні дискредитувати підприємство, продукти чи промислову або **комерційну діяльність конкурента**. У разі системного тлумачення наведеної та коментованої статей логічним видаватиметься висновок про те, що суб'єкт дискредитації повинен обов'язково перебувати у конкурентних відносинах з особою, щодо якої поширюється відповідна інформація. Спробуємо перевірити цей висновок шляхом ситуаційного моделювання.

Припустімо, суб'єкти господарювання перебувають між собою у клієнтських відносинах, наприклад, як банк та позичальник, які не є конкурентами, і банк поширює інформацію на підставі внутрішніх аналітичних даних про фінансову стабільність своїх клієнтів, звичайно, не зазначаючи при цьому відомостей, що становлять банківську таємницю, але в сукупності ця інформація дає підстави для висновку про ненадійність, нестабільність відповідного суб'єкта господарювання. Так, якщо за певними критеріями (показниками) суб'єкти господарювання розподіляються на групи, то така вибірка не може відповідати повноті інформації про комерційну діяльність суб'єкта господарювання. Цілком правомірно припускати, що відповідні рейтинги фінансової надійності впливають на ділову репутацію відповідних суб'єктів і цілком можуть мати дискредитуючий ефект. Прикладів поширення інформації не конкурентом про суб'єкта господарювання в діловій практиці є чимало, зокрема через засоби масової інформації або інституції, які здійснюють дослідження ринку, коли інформація висвітлюється неповно або з наголосом на конкретний аспект, необ'єктивно. Однак якщо розглядати обсяг і зміст інформації з точки зору вимог Закону України «Про інформацію», то такі вимоги не вважатимуться порушеними.

Тому якщо припустити, що суб'єктом дискредитації може бути виключно конкурент, то суб'єкт господарювання може захищати свою ділову репута-

цію виключно у випадку дифамації (поширення відомостей, які є твердженнями про факти, мають негативний зміст та не відповідають дійсності), тобто ці відомості повинні відповідати всім трьом ознакам. Такий підхід не відповідатиме меті коментованого Закону.

Тому суб'єктом дискредитації може бути й інша особа, яка діє в інтересах конкурента прямо або опосередковано, якщо конкурент може отримати від дискредитації суб'єкта господарювання неправомірні переваги в конкуренції.

Під час визначення суб'єктного складу відповідного судового спору доцільно брати до уваги рекомендації, викладені у постанові Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 № 1.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона цього правопорушення передбачає необхідність встановлення трьох елементів: діяння (яким є поширення відомостей), наслідків (дійсних або ймовірних) та причинно-наслідкового зв'язку між діянням та наслідками.

Діянням в аналізованому правопорушенні є поширення неправдивих, неточних або неповних відомостей. Поширенням інформації традиційно вважається повідомлення інформації для ознайомлення двом і більше особам, ділова репутація яких не є безпосереднім об'єктом дискредитації.

Обов'язковим елементом об'єктивної сторони цього правопорушення є наслідки (гіпотетичні або такі, що реально настали) у вигляді шкоди діловій репутації суб'єкта інформації. У цьому контексті неможливо не звернути увагу на проблематичність встановлення й оцінки шкоди особистим немайнавим правам, зокрема діловій репутації.

На наш погляд, правильним підходом до встановлення факту настання відповідних наслідків або можливості їх настання є оцінка низки обставин з погляду середньостатистичного розсудливого споживача товарів або послуг, які пропонуються до реалізації суб'єктом господарювання, щодо якого поширено відомості, котрі мають ознаки дискредитації. Отже, суд під час розгляду справи про дискредитацію повинен, спираючись на своє внутрішнє переконання, з'ясувати питання про те, чи могла вплинути поширена інформація на ділову репутацію суб'єкта господарювання з погляду споживача або інших учасників конкурентного ринку.

**Суб'єктивна сторона.** Слід звернути увагу на те, що в контексті конкурентного законодавства дискредитація розглядається як спосіб досягнення неправомірних переваг у конкуренції або створення перешкод суб'єктам господарювання, що впливає з назви розділу, в якому ця стаття розміщена. Запропонована інтерпретація вказує на те, що для кваліфікації аналізованого правопорушення потрібно звертати увагу на спрямованість (мотив) цього правопорушення, який повинен полягати у вказаних проявах обов'язковим



елементом суб'єктивної сторони дискредитації та має бути встановлений під час розгляду відповідного питання органами АМКУ або перегляду судом.

З національної судової практики відомі приклади, коли суд для встановлення складу дискредитації вдавався до призначення судової експертизи, ставлячи перед експертом завдання визначити правдивість або неточність (неповноту) поширеної інформації. На наш погляд, зазначені ознаки інформації належать до предмета доказування в цій категорії спорів і встановлені обставини мають підлягати правовій оцінці судом. На дослідження експерта, як нам видається, може бути передано вивчення впливу поширеної інформації на ділову репутацію суб'єкта господарювання, зокрема проведення соціологічних досліджень, які виявили б сприйняття середньостатистичним розумним учасником конкурентних відносин відомостей, які заявляються як такі, що дискредитують суб'єкта господарювання.

Важливим аспектом застосування коментованої статті є питання допустимих способів захисту (відновлення) прав, порушених внаслідок дискредитації. Так, у постанові Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 № 1 зазначено, що суди при вирішенні справ про ділову репутацію повинні забезпечувати баланс між конституційним правом на свободу думки і слова, правом на вільне вираження своїх поглядів та переконань, з одного боку, та [...] захистом права на спростування недостовірної інформації про особу, з іншого боку. У свою чергу, вибір способу захисту особистого немайнового права, зокрема права на повагу до гідності та честі, права на недоторканність ділової репутації, належить позивачеві. Водночас особа, право якої порушено, може обрати як загальний, так і спеціальний способи захисту свого права, визначені законом, який регламентує конкретні цивільні правовідносини. При цьому за аналогією закону як засоби захисту (відновлення) права на недоторканність ділової репутації можуть застосовуватися ті, що передбачені у статтях 277 і 278 ЦКУ, зокрема, спростування недостовірної інформації та/або право на відповідь, заборона поширення інформації, якою порушується право на недоторканність ділової репутації.

Необхідно звернути увагу на те, що згідно зі ст. 19 Конституції України правовий порядок ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що прямо не передбачено законодавством. У свою чергу, частина перша ст. 34 Конституції України кожному гарантує право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Тому суд не вправі зобов'язати відповідача вибачитися перед позивачем за дискредитацію, оскільки примусове вибачення як спосіб судового захисту ділової репутації не передбачено у ст. 16 ЦКУ та спеціальному законодавстві.

Крім того, відповідно до ст. 26 коментованого Закону у разі встановлення факту дискредитації господарюючого суб'єкта (підприємця) АМКУ,

його територіальні відділення мають право прийняти рішення про офіційне спростування за рахунок порушника поширених ним неправдивих, неточних або неповних відомостей у строк і спосіб, визначені законодавством або цим рішенням.

Нечесні та недобросовісні комерційні практики можуть полягати у створенні перешкод конкурентам різними методами задля досягнення переваг у конкуренції. Одним з таких методів є схилення до бойкоту суб'єкта господарювання. Подібні дії є порушенням засад професійної етики та чесних звичаїв у підприємницькій діяльності, але тим не менше вони мають місце в сучасних умовах ведення бізнесу.

*Статтю 9 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008*

## **Стаття 10. Схилення до бойкоту суб'єкта господарювання**

**Схиленням до бойкоту суб'єкта господарювання є спонукання його конкурентом іншої особи, безпосередньо або через іншу особу, до відмови від установаження договірних зв'язків із цим суб'єктом господарювання, до невиконання (розірвання) або виконання неналежним чином договірних зобов'язань перед цим суб'єктом господарювання.**

**Ключові терміни:** *бойкот, відмова від договірних зв'язків, невиконання договору*

**Об'єкт і об'єктивна сторона.** Зазначене конкурентне порушення посягає на стабільне і сприятливе конкурентне середовище та виражається у створенні перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції.

Під схиленням до бойкоту суб'єкта господарювання (бойкотом) слід розуміти спонукання третьої особи до такої поведінки щодо конкурента порушника, яка об'єктивно не виправдана та може виявлятися у таких діях:

- відмові від установаження договірних зв'язків із суб'єктом господарювання;
- розірванні існуючих договірних зв'язків із суб'єктом господарювання;
- невиконанні або неналежному виконанні вже існуючих договірних зобов'язань перед суб'єктом господарювання.

На нашу думку, цей перелік є вичерпним та не підлягає розширеному тлумаченню, а отже, відповідальність за схилення до бойкоту суб'єкта господарювання може наставати лише у випадку наявності зазначених дій з боку контрагентів конкурента.

Склад цього правопорушення є формальним, тобто воно вважається вчиненим після дій, спрямованих на спонукання (схилення) контрагента конкурента до вчинення дій, зазначених вище, і відповідно вчинення таких дій, що є наслідками спонукання, не є обов'язковою умовою відповідальності за це порушення.

Іншою особою, яку правопорушник схиляє до здійснення бойкоту стосовно свого конкурента, слід розуміти третю особу, яка є або потенційно може бути пов'язана з конкурентом порушника договірними відносинами, наприклад постачальник, замовник, партнер та ін.

Під час застосування цієї статті потрібно враховувати, що в тому разі, коли схилення до бойкоту відбувається шляхом надання або пропонування працівнику, посадовій особі контрагента свого конкурента безпосередньо або через іншу особу матеріальних або інших вигод, такі дії слід кваліфікувати як відповідні акти недобросовісної конкуренції, передбачені статтями 13 і 14 Закону, щоб виключити можливість неодноразової юридичної відповідальності за те саме правопорушення у зв'язку зі схожістю формулювань статей 8 і 13 (14) Закону.

Слід підкреслити, що положення ст. 10 Закону не повинні обмежувати нормальної економічної конкуренції, адже кожен суб'єкт господарювання, пропонуючи вигідніші умови своєму контрагентові, тим самим може спонукати останнього до відмови від співпраці з конкурентами такого суб'єкта господарювання. Тому, кваліфікуючи дії суб'єктів господарювання за цією статтею, потрібно з'ясовувати спрямованість таких дій на спонукання до бойкоту стосовно конкретного суб'єкта господарювання — їхнього конкурента.

Прикладом подібного порушення є випадок, коли суб'єкт господарювання обумовлює укладення договору з іншою особою застосуванням цією особою бойкоту щодо конкурента цього суб'єкта господарювання, з метою витиснення конкурента з ринку або недопущення на нього потенційних конкурентів. Такі дії здійснюються правопорушником з метою зміцнення чи утримання власної ринкової влади шляхом обмеження реального або потенційних конкурентів. Саме тому Закон регулює поведінку суб'єктів господарювання, що схиляють до бойкоту, та примушує їх поводитися так, як вони поводитися б за умов ефективної конкуренції.

Характерним прикладом схилення до бойкоту господарюючого суб'єкта є справа про недобросовісну конкуренцію з боку «Я» центральної аптеки (Хмельницька обл.). Хмельницька виробничо-комерційна фірма «П», одним з видів діяльності якої була реалізація лікарських засобів, уклала договір з райспоживспількою про оренду приміщення під аптечний кіоск та звернулася в райдержадміністрацію з клопотанням про відкриття в смт «Я» філії аптеки фірми «Я» центральна аптека, яка є єдиним підприємством із забезпечення населення лікувальними препаратами в межах «Я» району Хмельницької області, надіслала за вісьмома адресами, зокрема до органів державної влади та місцевого

самоврядування, суб'єктів господарювання району, лист, який містив безпідставне твердження, що у випадку відкриття приватної аптеки центральна аптека не зможе функціонувати і це завдасть шкоди споживачам.

Листом до районних органів влади «Я» центральна аптека могла спонукати до розірвання договору між «Я» райспоживспількою та фірмою «П», своїм потенційним конкурентом. Хмельницьким відділенням АМКУ було кваліфіковано дії «Я» центральної аптеки за ст. 10 Закону як схилення до бойкоту господарюючого суб'єкта шляхом спонукання конкурентом іншої особи до відмови від встановлення договірних зв'язків із цим господарюючим суб'єктом. Центральну аптеку оштрафовано й зобов'язано сплатити штраф.

Судова практика національних судів виходить із того, що, кваліфікуючи дії суб'єктів господарювання за ст. 10, необхідно з'ясувати спрямованість таких дій на спонукання до бойкоту стосовно конкретного суб'єкта господарювання — їхнього конкурента<sup>52</sup>. Так, у справі № 5/260-09 АМКУ, відповідачем за первісним позовом, було винесено рішення, яким визнано дії групи суб'єктів господарювання у складі ТОВ «Телемережа “Юсана”» та ПП ТРК «Ідеал», що полягають у неправомірному втручанні в багатоканальну мережу ТОВ ТРК «РКТ» (відключення абонентського вводу), порушенням, передбаченим абзацом 2 ст. 1 та ст. 10 Закону: недобросовісна конкуренція у вигляді створення перешкод суб'єкту господарювання у процесі конкуренції шляхом схилення до бойкоту, що полягає у спонуканні до розірвання або виконання неналежним чином договірних зобов'язань перед цим суб'єктом господарювання. Суть спору полягала у скасуванні вказаного рішення адміністративної колегії.

Суд у своєму рішенні зазначив, що під час застосування цієї статті необхідно враховувати, що її положення не повинні обмежувати нормальної економічної конкуренції, адже кожен суб'єкт господарювання, пропонуючи вигідніші умови своєму контрагентові, тим самим може спонукати останнього до відмови від співпраці з конкурентами такого суб'єкта господарювання.

Як вбачається з матеріалів справи, зокрема заяв споживачів, останні відмовлялися від послуг третьої особи у зв'язку з підключенням до телемереж позивачів. При цьому із зазначених заяв не вбачається будь-яких висловів або посилань на те, що позивачі певними діями чи висловлюваннями спонукали споживачів до розірвання договірних відносин із третьою особою.

Враховуючи викладені обставини, господарський суд визначив, що вимоги позивачів є обґрунтованими та такими, що підлягають задоволенню шляхом скасування рішення адміністративної колегії обласного територіального відділення АМКУ.

Зазначене вище рішення було залишено без змін постановою Харківського апеляційного господарського суду<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Рішення господарського суду Сумської області від 1 лютого 2010 року у справі № 5/260-09. Суддя — В. Д. Гудим.

<sup>53</sup> Постанова Харківського апеляційного господарського суду від 21 квітня 2010 року у справі № 5/260-09. Судді — І. С. Карбань, Л. М. Бабакова, І. А. Шутенко.

Текст ст. 10 Закону певною мірою є трансформацією положень, запозичених з німецьких Закону проти обмежень конкуренції (§21 *GWB*) та Закону проти недобросовісної конкуренції (*Abs. 10 §4 UWG*). Тому для розуміння цієї статті національного закону корисно звернутися до правозастосовної практики судів ФРН.

Під час розгляду однієї із справ, застосовуючи частину десяту §4 *UWG*, Верховний федеративний суд Німеччини підсумовує, що заклик до припинення поставки чи закупівлі потрібно розглядати у будь-якому випадку як такий, що здійснює вплив на інше підприємство, внаслідок чого воно не встановлює чи не підтримує з визначеним підприємством договірних зобов'язань (див. рішення Верховного федеративного суду Німеччини (*BGH*), 22.07.1999 — *KZR 13/97 — Kartenlesegerät*).

Під час розгляду іншої справи Верховний федеративний суд Німеччини дійшов висновку, що недобросовісною вважається поведінка суб'єкта господарювання, коли він не тільки висловлює думку чи повідомляє у справі, а й здійснює шляхом надання активних пропозицій вплив на поведінку конкурента (див. рішення Верховного федеративного суду Німеччини (*BGH*) 02.02.1984-I *ZR 4/82, GRUR 1984, 461 = NJW 1985, 60 = MDR 1984, 815 — Kundenboykott*). Цей висновок не потрібно тлумачити як спосіб вивести зловживання (тобто схилення до бойкоту суб'єкта господарювання) з-під заборони. Він лише допомагає визначити межу між правомірною та неправомірною поведінкою.

В іншій справі Верховний федеративний суд Німеччини розглянув питання неправомірності схилення до бойкоту, коли видавець галузевого інформаційного вісника закликав дилера до розірвання договірних зв'язків чи відмови від їх встановлення з нібито надто дорогим постачальником і при цьому проголошував себе вигіднішим та дешевшим постачальником (див. рішення Верховного федеративного суду Німеччини (*BGH*) *Geschäftsnummer ZR 192/81-24.11.1983, 214 = NJW 1985, 62 = MDR 1984, 467 — Copy-Charge*).

**Суб'єктом** цього правопорушення може бути як фізична особа-підприємець, яка діє від власного імені, так і посадові особи підприємства-конкурента, а також інші особи, які на підставі довіреності, статуту, договору або закону уповноважені діяти від імені конкурента покупця (замовника), що є конкурентами з суб'єктом, щодо якого має бути здійснений бойкот. Отже, обов'язковою передумовою відповідальності за це порушення є наявність конкурентних відносин між суб'єктами. Тому схилення, наприклад, адвокатом або аудитором свого клієнта до розірвання договору поставки, укладеного з іншим контрагентом, не слід кваліфікувати як схилення до бойкоту суб'єкта господарювання в розумінні коментованої статті.

## Стаття 11. Схилення постачальника до дискримінації покупця (замовника)

**Схиленням постачальника до дискримінації покупця (замовника) є спонукання постачальника конкурентом покупця (замовника), безпосередньо або через іншу особу, до застосування постачальником до покупця (замовника) невідгідних умов у господарській діяльності порівняно з цим чи іншими конкурентами покупця (замовника).**

**Ключові терміни:** *схилення до дискримінації, дискримінація*

Коментована стаття Закону містить норму-дефініцію, що визначає основні ознаки окремого правопорушення у сфері економічної конкуренції. Подібно до інших правопорушень, перелік яких наведено у главах 2–4 коментованого Закону, схилення постачальника до дискримінації покупця (замовника) суперечить торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Наведена норма-дефініція має розглядатись у системному зв'язку з іншими нормами глави 3 Закону, особливістю яких є спосіб вчинення правопорушення (створення перешкод іншим суб'єктам господарювання у процесі конкуренції) та їхня кінцева мета (досягнення неправомірних переваг у конкуренції). Водночас для правильного тлумачення змісту коментованої статті необхідно проаналізувати структуру (юридичний склад) схилення до дискримінації покупця (замовника) як правопорушення у сфері конкуренції.

**Об'єкт.** Об'єктом цього правопорушення є економічна конкуренція як система правових відносин між суб'єктами господарювання, що охороняється та захищається державою відповідно до вимог ст. 42 Конституції України.

**Суб'єкт.** Суб'єктом правопорушення відповідно до вимог коментованого правоположення є суб'єкт господарювання, що є конкурентом покупця (замовника). Першою ознакою суб'єкта правопорушення є те, що він повинен бути суб'єктом господарювання, тобто провадити господарську діяльність. Правова дефініція суб'єкта господарювання міститься у частині першій ст. 55 ГКУ. Наведена норма, зокрема, визначає, що суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію, мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених чинним законодавством. Крім того, господарюючими суб'єктами згідно з положеннями ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції визнаються органи державної влади, органи місцевого самоврядуван-

ня, а також органи адміністративно-господарського управління та контролю в частині їхньої діяльності з виробництва, реалізації, придбання товарів чи іншої господарської діяльності.

Іншою сутнісною ознакою суб'єкта коментованого правопорушення у сфері економічної конкуренції є те, що він має бути конкурентом покупця (замовника), тобто провадити свою діяльність на тому ж ринку товарів (взаємозамінних товарів) або послуг та що вони змагаються між собою за здобуття переваг на цьому ринку. Важливо зазначити, що конкурент може безпосередньо чи через іншу особу вчиняти дії, що згідно з положеннями коментованої статті визнаються правопорушенням у сфері конкуренції.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона аналізованого правопорушення передбачає необхідність встановлення лише одного обов'язкового елемента — діяння суб'єкта правопорушення. Наслідки (дійсні чи ймовірні) не є обов'язковими для кваліфікації дій правопорушника за ст. 11 коментованого Закону, хоча наявність у постраждалої сторони збитків внаслідок правопорушення надає їй право на їх відшкодування.

Діянням у цьому правопорушенні є активні дії конкурента покупця (замовника) чи іншої особи в інтересах конкурента щодо схилення постачальника до застосування до покупця (замовника) невігідних умов у господарській діяльності порівняно з цим чи іншими конкурентами покупця (замовника).

У конкурентному законодавстві не міститься визначення поняття «застосування невігідних умов до суб'єкта господарювання» («дискримінація суб'єкта господарювання»). Водночас *Blacks Law Dictionary* пропонує таке визначення дискримінації: відмінне поводження; особливо небажання поводитися з усіма особами в однаковий спосіб тоді, коли особи, що користуються наданими перевагами, і ті, що ними не користуються, не можуть бути розрізнені.

Чинне законодавство не містить юридичного визначення терміна «схилення». У тлумачному словникові В. І. Даля слово «схилати» має кілька значень, зокрема таке: когось на щось або до чогось переконати, вмовити, згодити.

Отже, схиленням є активні ненасильницькі дії конкурента (іншої особи в інтересах конкурента) з метою впливу на постачальника покупця (замовника) для застосування щодо останнього невігідних умов купівлі (поставки) товарів/послуг, що є необхідними йому для провадження господарської діяльності та задоволення потреб споживачів на відповідному ринку.

**Суб'єктивна сторона.** Виходячи з системного тлумачення норм, що містяться у главі 3 коментованого Закону, логічно припустити, що аналізоване правопорушення може бути вчинене лише за наявності прямого умислу правопорушника, що визначається певною метою. Метою вчинення такого правопорушення є створення перешкод іншому суб'єкту господарювання, що є конкурентом правопорушника на певному ринку товарів чи послуг, у проце-

сі конкуренції та неправомірне одержання переваг над ним з подальшим обмеженням конкуренції на відповідному ринку.

До працівника покупця прирівнюється й інша особа, яка згідно зі своїми повноваженнями приймає рішення від імені покупця про придбання товару, виконання робіт, надання послуг, впливає на прийняття такого рішення або якимось чином пов'язана з ним.

*Статтю 12 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008*

### **Стаття 13. Підкуп працівника, посадової особи постачальника**

**Підкуп працівника, посадової особи постачальника** — це надання або пропонування йому конкурентом покупця (замовника), безпосередньо або через іншу особу, матеріальних чи інших вигод за неналежне виконання або невиконання працівником, посадовою особою постачальника службових обов'язків, що впливають з укладеного або пов'язані з укладенням між постачальником і покупцем (замовником) договору поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, іншого договору або за неукладення договору.

До працівника постачальника прирівнюється й інша особа, яка згідно з своїми повноваженнями приймає рішення від імені постачальника про поставку товару, виконання робіт, надання послуг, впливає на прийняття такого рішення або якимось чином пов'язана з ним.

### **Стаття 14. Підкуп працівника, посадової особи покупця (замовника)**

**Підкуп працівника, посадової особи покупця (замовника)** — це надання або пропонування йому конкурентом постачальника, безпосередньо або через іншу особу, матеріальних чи інших вигод за неналежне виконання або невиконання працівником, посадовою особою покупця (замовника) службових обов'язків, що впливають з укладеного або пов'язані з укладенням між постачальником і покупцем (замовником) договору поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, іншого договору або за неукладення договору.

До працівника покупця прирівнюється й інша особа, яка згідно з своїми повноваженнями приймає рішення від імені покупця про придбання товару, виконання робіт, надання послуг, впливає на прийняття такого рішення або якимось чином пов'язана з ним.

**Ключові терміни:** *підкуп, посадова особа*



Майже ідентичні статтям 13 і 14 чинної редакції Закону положення містить ГКУ, який у ст. 34 «Створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції» у частині сьомій визначає поняття підкупу працівника постачальника, а в частині дев'ятій — поняття підкупу працівника покупця (замовника). При цьому визначення обох понять у ГКУ відповідає визначенню відповідних понять як актів недобросовісної конкуренції у редакції Закону до внесення в нього змін Законом України № 689-VI від 18.12.2008.

Слід зазначити, що згаданими змінами у статті 13 і 14 Закону до кола осіб, щодо яких спрямовані відповідні дії з підкупу, поряд із працівником постачальника або покупця було включено посадову особу підприємства, а така характеристика цього акту недобросовісної конкуренції, як можливість або факт отримання порушником у результаті підкупу певних переваг перед конкурентом, була вилучена як необов'язкова. АМКУ у своєму листі від 17.02.2009 № 54/01 пояснював це тим, що самі по собі дії у конкуренції щодо підкупу працівників контрагента конкурента можуть спричинити спотворення звичайних господарських взаємовідносин між конкурентом та його контрагентом, послабити конкурентоспроможність конкурента, фактично спотворюючи процес конкуренції незалежно від того, чи отримав порушник певні переваги від таких дій. Тому можливість або факт отримання порушником певних переваг перед його конкурентом є факультативною ознакою і не має значення для кваліфікації відповідних дій як недобросовісної конкуренції.

**Суб'єкт** цього правопорушення, на відміну від об'єкта підкупу, визначений статтею Закону досить загально, а саме як «конкурент покупця (замовника)». У зв'язку з цим для правильної кваліфікації дії за цією статтею Закону дуже важливо правильно визначити статус конкретної фізичної особи, яка діяла від імені конкурента покупця (замовника), пропонуючи або даючи працівнику, посадовій особі постачальника матеріальну чи іншу вигоду, а конкретно — чи діяла та чи могла вона діяти від імені конкурента покупця (замовника) перед іншими суб'єктами господарювання. Такими особами можуть бути як фізична особа-підприємець, яка діє від власного імені, так і посадові особи підприємства-конкурента покупця (замовника): голова та члени виконавчого органу, ревізійної комісії, наглядової ради товариства, а також інші особи, які на підставі довіреності, статуту, договору або закону уповноважені діяти від імені конкурента покупця (замовника).

У разі недоведення повноважень або наміру особи, яка безпосередньо пропонувала працівнику або посадовій особі постачальника матеріальну чи іншу вигоду, діяти від імені конкурента покупця (замовника), відповідальність такого конкурента покупця (замовника) за дії цієї особи виключається.

**Суб'єктивною стороною** цього правопорушення може бути лише прямий умисел, спрямований на належного об'єкта підкупу — працівника або посадову особу постачальника. При цьому порушник має усвідомлювати, що об'єкт

підкупу виконує службові обов'язки, які впливають з укладеного або пов'язані з укладенням між постачальником і конкурентом порушника договору, і бажати, щоб така особа взамін на отримані (запропоновані) матеріальні чи інші вигоди не виконувала або неналежним чином виконувала ці службові обов'язки.

**Об'єктивною стороною** цього правопорушення є надання або пропонування, безпосередньо або через іншу особу, матеріальних чи інших вигод. Вигоди можуть мати різні форми — від звичайних хабарів у формі грошей, цінного майна, послуг і «відкатів» до привабливих посад, вигідних контрактів або умов співпраці, інформації (зокрема клієнтських баз, інсайдерської інформації, комерційної таємниці) і навіть аналогічних дій з боку порушника щодо конкурентів постачальника. Оскільки, як зазначалося вище, отримання порушником певних переваг перед його конкурентом є факультативною ознакою цього акту недобросовісної конкуренції, виконання підкупленим працівником, посадовою особою постачальника очікуваних порушником від нього дій також не є обов'язковим для кваліфікації діяння за цією статтею Закону.

Під час визначення об'єкта цього правопорушення слід звернути увагу на те, що ним зачіпаються одразу кілька сфер суспільних відносин: відносини економічної конкуренції між суб'єктами господарювання (основний об'єкт), відносини реалізації споживачами своїх прав, а також фідучіарні (довірчі) відносини — відносини принципала і його агента, а також відносини власників і посадових осіб суб'єкта господарювання на корпоративному рівні.

У результаті цього акту недобросовісної конкуренції насамперед спотворюється природний стан конкуренції на ринку, який має визначатися власними можливостями і здібностями учасників ринку здобувати конкурентну перевагу. Такий акт завжди спрямований на досягнення порушником переваг перед конкурентом через опосередковане третьою особою заподіяння останньому шкоди або іншим чином створення несприятливих для останнього умов для конкурентування з порушником.

Фідучіарні відносини, у свою чергу, ґрунтуються на фідучіарному обов'язку (*fiduciary duty*) певної особи, якій довірительом надано певні повноваження і вичерпний кредит довіри для здійснення нею діяльності від імені, на користь і в інтересах довірителя. Також на порушенні фідучіарних обов'язків значною мірою ґрунтуються акти недобросовісної конкуренції, визначені статтями 10 (схилення до бойкоту суб'єкта господарювання), 11 (схилення постачальника до дискримінації покупця (замовника)), 14 (підкуп працівника, посадової особи покупця (замовника)) і 18 (схилення до розголошення комерційної таємниці) Закону.

Останні два десятиліття спостерігалася загальносвітова тенденція до віднесення корупційних діянь у приватному секторі (*corruption in the private sector*), зокрема комерційного підкупу (*commercial bribery*), за тяжкістю правопорушення до рівня корупційних діянь у публічному секторі. До питань стабільності фі-

дуціарних відносин як основ сталого розвитку приватного сектору економіки у більшості країн Європи та в США досить принциповий підхід. За порушення в цій сфері законодавством передбачене суворе покарання: цивільна, адміністративна і часто — кримінальна відповідальність.

Так, в абсолютній більшості штатів США за комерційний підкуп місцевими законами передбачена кримінальна відповідальність у вигляді штрафу і позбавлення волі.

Потрібно зазначити, що в грудні 1998 року Рада Європи прийняла Спільну дію № 98/742/ЖНА, метою якої була уніфікація правових інструментів щодо боротьби з корупцією у приватному секторі простору ЄС через взяття країнами-членами зобов'язань із введення кримінальної відповідальності фізичних осіб та адміністративної відповідальності юридичних осіб-бенефіціарів за корупційні діяння у приватному секторі на рівні свого локального законодавства. У червні 2003 року документ було замінено досконалішим Типовим рішенням Ради Європи № 2003/568/ЖНА про боротьбу з корупцією у приватному секторі.

На тлі глобальних тенденцій Україна також здійснила певні, щоправда, формальні кроки для встановлення суворіших санкцій за корупційні діяння у приватному секторі. Так, 18 жовтня 2006 року Україна ратифікувала Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції, яка набрала чинності для України 1 січня 2010 року. Окремий розділ Конвенції присвячений питанню боротьби з корупцією у приватному секторі. Відповідно до нього кожна держава-учасниця зобов'язана вжити заходів згідно з основоположними принципами свого внутрішнього права, спрямованих на запобігання корупції у приватному секторі, посилення стандартів бухгалтерського обліку та аудиту у приватному секторі та, у належних випадках, установа ефективних, відповідних і таких, що стримують, цивільно-правових, адміністративних або кримінальних санкцій за невиконання таких заходів. Аналогічні положення містяться і в статтях 7 і 8 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, основними учасниками якої є країни-члени ЄС, яка також ратифікована Україною 18 жовтня 2006 року і яка набрала для неї чинності з 1 березня 2010 року. Проте, на відміну від Типового рішення Ради Європи 2003 року, згадані конвенції не вимагають від учасників введення кримінальної відповідальності.

На виконання взятих Україною міжнародних зобов'язань Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11.06.2009 № 1508-VI, яким ККУ було серед іншого доповнено ст. 235-4 «Комерційний підкуп». Комерційний підкуп визначено як незаконне надання, передача особі, яка виконує управлінські функції в юридичній особі приватного права, незалежно від організаційно-правової форми, благ за вчинення дій чи бездіяльність в інтересах того, хто передає чи надає такі блага, або в інтересах третіх осіб з використанням наданих їй повноважень. Аналогічно кримінальна відповідальність застосовується і за отримання у такий спосіб благ.

## Стаття 15. Досягнення неправомірних переваг у конкуренції

**Досягненням неправомірних переваг у конкуренції є отримання таких відносно іншого суб'єкта господарювання шляхом порушення чинного законодавства, яке підтверджено рішенням органу державної влади, органу місцевого самоврядування, наділеного відповідною компетенцією.**

**Ключові терміни:** *неправомірні переваги в конкуренції*

Коментуючи цей Закон, професор А. Дерингер зазначає, що ця стаття поширюється тільки на ті дії, які є порушенням іншого закону. Вони як такі не є недобросовісною конкуренцією. Але якщо їх було здійснено для здобуття переваг у конкуренції відносно конкурента, який дотримувався законів, то тоді вони визнаються недобросовісною конкуренцією. При цьому автор звертається до двох прикладів:

а) у багатьох країнах діє положення про те, що пекарні можуть розпочати свою роботу вранці тільки в певний час. Метою цього положення є захист найманих робітників від перевантаження або експлуатації внаслідок початку роботи рано-вранці. Тобто це положення є соціально-правовим і належить до трудового права. Якщо ж одна пекарня все таки розпочне роботу на дві години раніше, то вона і свій свіжий хліб на ринок на дві години раніше поставити може, і вже продасть його ще до того, як законослухняні конкуренти з'являться на ринку. Внаслідок такого порушення трудового права ця пекарня здобула б переваги в конкуренції;

б) другим прикладом є традиційні для всіх країн норми безпеки для електричних приладів та приладів, що використовуються в побуті. Ці норми є обов'язковими, щоб захистити недосвідчених користувачів, домашніх господарок та ін. від завдання збитків. Дотримання норм безпеки, звичайно ж, потребує фінансових витрат, які відображаються в ціні. Тому виробники намагаються знизити ціну та заощадити гроші, але ставлять споживача у небезпеку. Вони досягають за рахунок цього переваг відносно своїх конкурентів, тому що ті продають свою продукцію за відносно вищими цінами.

На розвиток цієї проблеми професор А. Дерингер зазначає, що «у таких випадках спеціальні відомства встановлюють факт порушення, припиняють його та можуть застосувати штрафні санкції, у певних випадках навіть позбавити ліцензії для здійснення подальшої діяльності. Але цим самим вони не допоможуть законослухняному конкуренту, тому що подекуди і порушення триває довго, і відповідні дії спеціального відомства. Тому АМКУ повинен мати можливість у такому випадку протягом короткого часу припинити порушення у своєму спеціальному розпорядженні. В інших країнах для цього досить прийняти “попе-

редне рішення”, яке містить термінову хоча, можливо, і тимчасову, заборону. З цього постає проблема можливого існування конкуренції між оцінкою порушення АМКУ та спеціальним відомством. Тому в коментованій ст. 15 передбачено, що порушення конкурентного законодавства має місце тільки тоді, коли спеціальне відомство підтвердило факт порушення закону. Але це має недоліки для конкурента. Хоча останній теоретично пізніше і може подати позов про відшкодування збитків, але ці збитки часто важко довести або обчислити, крім того, сумнівно, чи буде підприємець, який порушив закон, після ведення багаторічних процесів ще в змозі відшкодувати збитки. Тому АМКУ повинен за ст. 29 мати можливість приймати для забезпечення остаточного рішення спеціального відомства попереднє розпорядження про припинення порушником факту порушення до прийняття рішення спеціального відомства. Оскільки у випадку, якщо спеціальне відомство пізніше заперечить факт порушення, можуть бути завдані збитки підприємству, якому були заборонені певні дії, АМКУ повинен користуватися цією можливістю тільки тоді, коли порушення є очевидним і може завдати великих збитків конкурентам або навіть суспільству. Крім того, відповідно до ст. 29 підприємець, дії якого попередньо забороняються (у статті називається “відповідач”), може вимагати від позивача, тобто підприємця, який подав заяву про заборону, відшкодування збитків. Внаслідок цього підприємці використовуватимуть ст. 15 тільки у безсумнівних випадках».

Законодавче виокремлення такого типу порушення, як досягнення неправомірних переваг у конкуренції, є майже суто українським продуктом законотворчості. Ані європейські, ані навіть російські нормативні акти не виокремлюють зазначене правопорушення в окрему статтю закону, а притягнення до відповідальності відбувається за загальною статтею — ст. 1 Закону. Доречно було б поставити питання про самостійність і самодостатність складу цього правопорушення, адже передбачені іншими статтями акти недобросовісної конкуренції також мають своїм елементом отримання неправомірних переваг у конкуренції.

**Суб'єкт.** Суб'єктом правопорушення є суб'єкт господарювання. Термін «суб'єкт господарювання» використовується в значенні, передбаченому ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона цього правопорушення передбачає необхідність встановлення трьох елементів: діяння (яким є первісне порушення будь-якого чинного законодавства), наслідків (досягнення неправомірних переваг у конкуренції) та причинно-наслідкового зв'язку між діями і наслідками.

Первісне порушення чинного законодавства згідно з коментованою статтею має бути підтверджене рішенням органу державної влади, органу місцевого самоврядування, наділеного відповідною компетенцією. Тобто для притяг-

нення до відповідальності за таке порушення антимонопольного законодавства першою й основною передумовою є наявність рішення органу державної влади або органу місцевого самоврядування. Таке рішення має відповідати двом умовам: належати до компетенції цього органу та набути чинності.

Законом України «Про внесення змін до Закону України “Про захист від недобросовісної конкуренції”» від 18.12.2008 № 689-VI формулювання «рішення державного органу» було розширене та замінене на «рішення органу державної влади, органу місцевого самоврядування». Це дало змогу АМКУ активніше застосовувати ст. 15 Закону.

Для доведення АМКУ правомірності притягнення до відповідальності за коментованою статтею необхідно обґрунтовано довести, що певне порушення справді призвело саме до переваг у конкуренції. Так, практикою та рішенням ВГСУ<sup>54</sup> було підтверджено правомірність накладення АМКУ штрафу на учасника ринку пасажирських перевезень за порушення ст. 15. Оскільки було доведено, що внаслідок зазначених неправомірних дій цього перевізника суттєво знизилась обсяги перевезень (кількість пасажирів) його конкурента (який повинен був, на відміну від порушника, дотримуватися графіку руху).

**Суб’єктивна сторона.** Під час кваліфікації аналізованого правопорушення потрібно зважати на спрямованість (мотив) первісного правопорушення, а також на наявність інших обставин, які прямо чи опосередковано могли вплинути на досягнення конкурентних переваг.

Слід звернути увагу, що коментованою статтею передбачено додатковий спосіб захисту для суб’єкта господарювання, який зазнав шкоди внаслідок досягнення іншим суб’єктом господарювання неправомірних переваг у конкуренції. Так, разом із відшкодуванням шкоди в судовому порядку суб’єкт господарювання може звернутися в органи АМКУ з метою ініціювання антимонопольного розслідування і накладення на порушника штрафу відповідно до коментованої статті.

У практиці АМКУ порушення за ст. 15 є одним з найпоширеніших за кількістю випадків застосування, однак розміри штрафів, які при цьому накладаються, зазвичай незначні. Переважні суб’єкти правопорушення — малий та середній бізнес. Це пов’язано насамперед з тим, що великі виробники здебільшого дотримуються регуляторних правил, через що, відповідно, немає підстав для притягнення їх до відповідальності саме за ст. 15 Закону.

Для самостійного ініціювання притягнення до відповідальності за ст. 15 АМКУ налагоджує систему отримання інформації про порушення (які є підставою для досягнення неправомірних переваг у конкуренції). Зокрема між АМКУ та Державним комітетом України з питань технічного регулювання та споживчої політики в 2009 році укладено угоду про співробітництво, яка передбачає, зокрема, обмін інформацією про випадки порушень вимог

<sup>54</sup> Рішення ВГСУ від 7 квітня 2005 року у справі № 18/225н.

законодавства про захист прав споживачів, що можуть надати неправомірні переваги в конкуренції.

Європейська концепція неправомірних переваг у конкуренції (*Violation of the law*) передбачає, що ситуація, за якої один учасник ринку набуває переваг у порівнянні з його конкурентами шляхом порушення його зобов'язань (які мають виконуватися та виконуються іншими учасниками ринку), суперечить самій суті конкуренції. Тобто недостатньо лише того факту, що суб'єкт господарювання зміг запропонувати товари за кращою ціною чи послуги вищої якості — суб'єкт господарювання повинен досягнути цього легальним шляхом<sup>55</sup>.

### Стаття 15-1. Поширення інформації, що вводить в оману

Поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання.

Інформацією, що вводить в оману, є, зокрема, відомості, які:

містять неповні, неточні або неправдиві дані про походження товару, виробника, продавця, спосіб виготовлення, джерела та спосіб придбання, реалізації, кількість, споживчі властивості, якість, комплектність, придатність до застосування, стандарти, характеристики, особливості реалізації товарів, робіт, послуг, ціну і знижки на них, а також про істотні умови договору;

містять неповні, неточні або неправдиві дані про фінансовий стан чи господарську діяльність суб'єкта господарювання;

приписують повноваження та права, яких не мають, або відносини, в яких не перебувають;

містять посилення на обсяги виробництва, придбання, продажу чи поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, яких фактично не було на день поширення інформації.

**Ключові терміни:** поширення інформації; ведення в оману; неповні, неточні, неправдиві дані

---

<sup>55</sup> «Public morals» and «honest practice» in German and Canadian unfair competition law: a proper means of responding to new challenge? By Thomas Buss. — The University of British Columbia, 1996. — P. 38.

Згідно з річним звітом АМКУ за 2012 рік поширення інформації, що вводить в оману, є одним з найпоширеніших видів недобросовісних дій, які вчиняються з метою досягнення неправомірних переваг у конкуренції. Цей вид порушення склав 91 % від загальної кількості порушень у вигляді недобросовісної конкуренції суб'єктів господарювання.

Коментована стаття дає визначення та правову кваліфікацію поширення інформації, що вводить в оману, як акту недобросовісної конкуренції. З прийняттям зазначеної статті та визнанням поширення інформації, що вводить в оману, актом недобросовісної конкуренції запроваджено правові засади захисту від таких дій.

Як свідчить національна судова практика, а також практика АМКУ, основними проблемними аспектами правозастосування, які впливають із тлумачення коментованої статті, є: 1) правова оцінка поширюваної інформації як такої, що відповідає ознакам неточності, неправдивості, неповноти (зокрема необхідність фахової експертизи тієї чи іншої інформації); 2) встановлення дійсних або ймовірних наслідків у вигляді досягнення переваг у конкуренції від поширення відповідної інформації; 3) встановлення впливу або можливості впливу на наміри споживачів щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання; 4) встановлення причинно-наслідкового зв'язку між поширенням інформації, що вводить в оману, та наданням переваги споживачами (фізичними, юридичними особами) товарам, роботам, послугам суб'єкта господарювання, який поширює таку інформацію, що призводить до отримання переваг у конкуренції останнім.

Так, зі змісту наведеного правоположення, його місця у внутрішній системі коментованого Закону можна встановити таку структуру правопорушення, яке іменується поширенням інформації, що вводить в оману.

**Об'єкт.** Об'єктом цього правопорушення є інформація, що вводить в оману. Визначення поняття «інформація» надано в Законі України «Про інформацію»: це будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Коментованою статтею передбачено, яка інформацією, що вводить в оману, є відомості, які містять неповні, неточні або неправдиві дані про походження товару, виробника, продавця, спосіб виготовлення, джерела та спосіб придбання, реалізації, кількість, споживчі властивості, якість, комплектність, придатність до застосування, стандарти, характеристики, особливості реалізації товарів, робіт, послуг, ціну і знижки на них, а також про істотні умови договору; містять неповні, неточні або неправдиві дані про фінансовий стан чи господарську діяльність суб'єкта господарювання; приписують повноваження та права, яких не мають, або відносини, в яких не перебувають; містять посилання на обсяги виробництва, придбання, продажу чи поставки товарів, виконання робіт, надання



послуг, яких фактично не було на день поширення інформації. Особливо слід наголосити на тому, що перелік таких відомостей не є вичерпним.

Крім того, щоб вважатися об'єктом цього правопорушення, такі відомості мають бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Отже, усна інформація, яка не збережена на матеріальному носії, не може бути об'єктом коментованого правопорушення.

**Суб'єкт.** На відміну від ст. 7 і статей, які входять до глави 2 Закону, положення коментованої статті стосується введення в оману щодо власної діяльності відповідного суб'єкта господарювання. Якщо перші два приклади — змішування та дискредитація — належать до традиційної сфери конкурентного права, а саме захисту конкурентів, то третій приклад — введення в оману — був доданий до Паризької конвенції у 1958 році та враховує інтереси як конкурентів, так і споживачів. Отже, в даному випадку неточна, неповна, недостовірна інформація повідомляється суб'єктом господарювання щодо власного товару чи продукції для отримання переваг у конкуренції. Тому суб'єктом правопорушення буде саме суб'єкт господарської діяльності, який поширює таку інформацію про свою роботу, товар, послуги.

Важливо зазначити, що поширення інформації, яка вводить в оману, з огляду на положення частини другої коментованої статті має оцінюватися крізь призму «дій у конкуренції», тобто на момент поширення інформації відповідні суб'єкти господарювання повинні перебувати у конкурентних відносинах. Тому для кваліфікації поширення певної інформації як недобросовісної необхідно встановити, що поширення інформації, яка вводить в оману, відбувалося в конкурентних відносинах та ці дії вплинули або могли вплинути на наміри певних осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг відповідного суб'єкта господарювання, що зашкодило або могло зашкодити діяльності конкурентів суб'єкта господарювання, який вчинив порушення.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона цього правопорушення передбачає необхідність встановлення таких елементів: діяння, наслідків та причинно-наслідкового зв'язку між діянням і наслідками.

Діянням в аналізованому правопорушенні є поширення неправдивих, неточних або неповних відомостей про свій товар, роботи, послуги. Поширенням інформації вважається повідомлення суб'єктом господарювання інформації: а) безпосередньо або через іншу особу; б) одній, кільком особам або невизначеному колу осіб. Способи поширення інформації, що вводить в оману, можуть бути різноманітними: поширення інформації в рекламі, зазначення інформації на етикетці, у місці продажу, безпосереднє звернення до певної особи/осіб тощо, а також замовчування або надання неповної, вирваної з контексту інформації.

Такий елемент об'єктивної сторони, як наслідки, полягає в отриманні суб'єктом господарської діяльності неправомірних переваг перед його конкурентами внаслідок введення споживачів (фізичних, юридичних осіб) в оману.

Крім того, для застосування та притягнення до відповідальності за коментованою статтею потрібно довести, що повідомлена інформація вплинула або може вплинути на наміри щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання.

У цьому випадку слід брати до уваги наявність причинно-наслідкового зв'язку між інформацією, повідомленою суб'єктом господарювання, та намірами осіб, на яких така інформація була орієнтована, щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг суб'єкта господарювання, який поширює таку інформацію. Однак на практиці така позиція не є однозначною. Так, відповідно до постанови ВГСУ від 29.06.2010 № 11/171-0-09 розміщення реклами на біг-бордах такого змісту: «Ми перевіряємо 30000 цін конкурентів, тому в нас дешевше», яка містила знак для товарів і послуг «Сільпо», мало результатом накладення штрафу не на замовника такої реклами, який використовує цей знак для товарів і послуг на основі ліцензійного договору (ЗАТ «Фоззі ЮГ»), а на власника знаку для товарів і послуг «Сільпо».

**Суб'єктивна сторона.** Суб'єктивна сторона даного правопорушення виражена **прямим або непрямим умислом** щодо введення в оману споживачів щодо наслідків — отримання переваг перед своїми конкурентами.

Відповідно до формулювання коментованого правоположення «повідомлення [...] неповних, неточних, неправдивих відомостей [...], що вплинули або **можуть** вплинути на наміри цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання», склад даного правопорушення є формальним. Однак отримання переваг у конкуренції повинно бути встановлено, оскільки є невід'ємною частиною суб'єктивної сторони даного правопорушення.

Основними способами захисту порушених прав споживачів, а також конкурентів — суб'єктів господарської діяльності є звернення в органи АМКУ із заявою про захист своїх прав у порядку ст. 28 коментованого Закону, крім того, особи, чії права було порушено, мають право звернутися безпосередньо до суду.

При цьому практика АМКУ свідчить про те, що під час доведення неправдивості, неточності, неповноти інформації досить часто в порядку ст. 7 Закону про АМКУ органи АМКУ призначають експертизу та експерта з числа осіб, які мають необхідні знання для надання експертного висновку.



Рис. 17. Зображення етикетки енергетичного напою *Black*, який реалізовувало ТОВ «ДАЕРС».

Прикладом порушення правових приписів коментованої статті є справа ТОВ «ДАЕРС». Як було встановлено під час розслідування, ТОВ «ДАЕРС», що реалізовувало енергетичні напої *Black*, вироблені ТОВ «Малбі Беверідж», виступило організатором та виконавцем акції, пов'язаної із проведенням чемпіонату Євро-2012. Зазначена компанія, повідомивши споживача про проведення акції, не вказала на етикетці цієї продукції її терміну і тим самим поширила неповну інформацію. Крім того, товариство під час акції оголосило про призи — 50 запрошень на відповідний чемпіонат, які пізніше не були вручені. Донецьке обласне територіальне відділення АМКУ визнало зазначені дії ТОВ «ДАЕРС» такими, що могли ввести споживачів в оману.

Як результатат компанію-порушника було оштрафовано на 100 тис. грн.

Ось ще одна з показових справ. Тимчасова адміністративна колегія АМКУ оштрафувала на **7,6 млн грн.** ПАТ «Фармак» (м. Київ) за поширення оманливої реклами лікарського засобу «Амізон».

Як встановив Комітет, товариство поширило неправдиві відомості під час рекламування зазначеного препарату на телебаченні. Зокрема рекламний ролик містив таке твердження: «9 з 10 українців обирають саме «Амізон»». Як наслідок, у громадян могло скластися враження, що 90 % — це відсоток від усієї кількості українців, що є споживачами «Амізон».

Насправді, як показало маркетингове дослідження, на яке і посилається ПАТ «Фармак» у цьому рекламному ролику, 90 % — це лише та кількість людей, що хворіли на грип, застуду та кашель і при цьому використовували лікарський засіб «Амізон».

Натомість відсоток усіх споживачів, які приймали препарат «Амізон», за інформацією того ж дослідження, становив лише 6,2 %. Розслідуванням встановлено, що під час проведення рекламної кампанії лікарського засобу «Амізон» значно зросли обсяги його реалізації. Так, у листопаді

2011 року обсяги реалізації препарату збільшилися порівняно з листопадом 2010 року на 346,82 % — з 194,8 до 675,6 тис. шт. Отже, поширення на телеканалах України рекламного ролика могло сприяти вибору споживачами саме цього препарату та в результаті вплинути на обсяг реалізації лікарського засобу «Амізон».



Рис. 18. Зображення упаковки лікарського засобу «Амізон».

В іншій справі Тимчасова адміністративна колегія АМКУ оштрафувала ПрАТ «Чумак» (м. Каховка, Херсонська обл.) на 50 тис. грн. за недобросовісну конкуренцію у вигляді поширення інформації, що вводить споживачів в оману. Так, підприємство-порушник зазначало на етикетках майонезу свого виробництва неправдиву інформацію про факт схвалення продукції Міністерством охорони здоров'я.



Рис. 19. Упаковка майонезу ПрАТ «Чумак».

Відповідна інформація, що зазначалася, зокрема, на етикетках майонезів «Чумак Справжній 72 %», «Чумак Апетитний», «Чумак Легкий Справжній» та «Чумак Провансаль», не відповідала дійсності.

Порушник визнав факт порушення та прибрав неправдивий напис з упаковок майонезу.

Інший приклад стосується справи, що оспорювалася в судовому порядку. Адміністративною колегією Рівненського обласного територіального відділення АМКУ 31 серпня 2012 року було прийнято рішення № 61 у справі № 05-03/17-12, яким визнано, що ТОВ «Карпатські мінеральні води» (далі — Товариство), використавши в безалкогольному напої «Дюшес» позначення «натуральний продукт» шляхом розміщення цього позначення на етикетці зазначеного продукту, хоча у складі продукту наявний ароматизатор «Груша»; та поширивши у такий спосіб неточні відомості про споживчі властивості продукту, вчинило порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, передбачене статтею 15-1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення інформації, що вводить в оману.

За вказане порушення відповідно до ст. 21 Закону про недобросовісну конкуренцію на Товариство накладено штраф у розмірі 35000 грн.

Не погоджуючись із зазначеним рішенням Рівненського обласного територіального відділення АМКУ, Товариство звернулося до господарського суду Рівненської області з позовом до Рівненського обласного територіального відділення АМКУ про визнання недійсним рішення адміністративної колегії Рівненського обласного територіального відділення АМКУ від 31 серпня 2012 року № 61 у справі № 05-03/17-12.

Товариство посилалося на те, що адміністративна колегія Рівненського обласного територіального відділення АМКУ неповно з'ясувала обставини, які мають значення для справи, не довела обставини, які мають значення для справи і які визнано встановленими; висновки, викладені у рішенні, не відповідають обставинам справи; неправильно застосувала норми матеріального права, що є підставою для визнання недійсним прийнятого відповідачем рішення.

У судовому порядку було встановлено, що Товариство здійснює господарську діяльність та у розумінні ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції є суб'єктом господарювання.

На етикетці сильногазованого напою «Дюшес» розміщено інформацію: «Соковинка — радості краплинка, Дюшес, напій сильногазований, **натуральний продукт**». Поряд із графічним зображенням нанесено загальні відомості маркування, термін придатності, умови зберігання, дату виготовлення тощо. З іншого боку нанесено, зокрема, написи: напій безалкогольний рідкий сильногазований на ароматизаторах; склад: вода, цукор, регулятор кислотності лимонна кислота, **ароматизатор «Груша»**, харчовий барвник «Цукровий колер», **консервант бензоат натрію**.

Згідно з п. 4 частини першої ст. 38 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» забороняється обіг харчових продуктів, етикетування яких не відповідає цьому Закону та відповідним технічним регламентам. Усі харчові продукти, що є в обігу в Україні, етикетуються державною мовою України та містять у доступній для сприймання споживачем формі інформацію про склад харчового продукту у порядку переваги складників, зокрема харчових добавок та ароматизаторів, що використовувались у його виробництві.

П. 3 частини першої ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів» встановлено, що інформація про продукцію повинна містити дані про основні властивості продукції, а щодо продуктів харчування — про склад (включаючи перелік використаної у процесі їх виготовлення сировини, зокрема харчових добавок), номінальну кількість (масу, об'єм тощо), харчову та енергетичну цінність, умови використання та застереження щодо вживання їх окремими категоріями споживачів, а також іншу інформацію, що поширюється на конкретний продукт.

Згідно з ДСТУ 4518-2008 «Продукти харчові. Маркування для споживачів. Загальні правила» (далі — *Стандарт*) (пп. 4.5.1.6) під час маркування харчових продуктів дозволено наносити позначку, яка імітує продукти, сировинні компоненти, рослини, тварини, які не було використано під час виготовлення харчового продукту, за рецептурою (технологічною інструкцією), згідно з якою передбачено використання ароматизаторів, ароматичних препаратів, які надають продукту смаку (аромату) продуктів, сировинних компонентів, рослин, які не були використані під час виготовлення харчового продукту. У безпосередній близькості з ідентифікаційною позначкою повинен бути напис: «**зі смаком**» або «**з ароматом**».

Згідно зі Стандартом (пп. 4.5.1.1) назва продукту має бути зрозумілою для споживача, конкретно та правдиво характеризувати продукт, давати змогу відрізнити даний продукт від інших.

Згідно з Додатком 3 до Технічного регламенту щодо правил маркування харчових продуктів слово «натуральний» може використовуватися для опису лише тих ароматизаторів, ароматичний компонент яких містять виключно ароматичні препарати та/або натуральні ароматичні речовини; слова «натуральна(і) ароматична(і) речовина(и)» можуть використовуватися лише для тих ароматизаторів, ароматичний компонент яких містить виключно натуральну(і) ароматичну(і) речовину(и); слово «натуральний» може використовуватися разом із вказівкою на харчовий продукт, категорію харчових продуктів або рослинне чи тваринне джерело, з яких виділено ароматизатор, тільки тоді, коли його ароматичний компонент був виділений винятково або як мінімум на 95 % (за масою) із вказаного вихідного матеріалу.

Як вбачається з листа Держсанепідслужби від 08.11.2012 № 03.03-12/6566, харчова добавка бензоат натрію (E211), яка використовується як консервант,

має синтетичне походження і є продуктом реакції бензойної кислоти з гідроксидом натрію.

Розміщення на етикетці харчового продукту напій сильногазований «Дюшес» інформації «натуральний продукт» є поширенням інформації, що вводить в оману, шляхом повідомлення неправдивих та неточних відомостей про споживчі властивості товару.

Заслухавши доводи сторін, господарський суд прийняв рішення, що адміністративною колегією Рівненського обласного територіального відділення АМКУ від 31.08.2012 № 05-03/17-12 під час прийняття рішення № 61 було достатньою з'ясовано обставини, які мають значення для справи; висновки, викладені в рішенні, відповідають встановленим обставинам справи.

## Глава 4

# НЕПРАВОМІРНЕ ЗБИРАННЯ, РОЗГОЛОШЕННЯ ТА ВИКОРИСТАННЯ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ

---

Питання, пов'язані з комерційною таємницею та її захистом, належать до найменш розроблених в українській правовій науці. Фактично немає й узагальненого практичного досвіду застосування норм чинного законодавства про комерційну таємницю. Так, за останні шість років органи АМКУ припинили лише 11 порушень, передбачених статтями 16–19 (неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці) Закону. І це зрозуміло, адже переважна більшість таких справ має латентний (прихований) характер.

Термін «комерційна таємниця» часто ототожнюють із терміном «конфіденційна інформація». Проте поняття відомостей конфіденційного характеру ширше, ніж поняття комерційної таємниці. **Термін «конфіденційна інформація» є родовим стосовно терміна «комерційна таємниця».**

Уперше термін «комерційна таємниця» був введений у правовий оборот Законом України «Про підприємства в Україні» від 27.03.1991, який втратив чинність з 01.01.2004 у зв'язку з прийняттям ГКУ. У зазначеному Законі (ст. 30) під комерційною таємницею підприємства розумілися **відомості, пов'язані з виробництвом, технологічною інформацією, управлінням, фінансами та іншою діяльністю підприємства, що не є державною таємницею, розголошення (передача, витік) яких могло завдати шкоди його інтересам.** Очевидно, що це визначення не було чітко сформульоване, у ньому не відображалася сутність, не розкривались основні ознаки комерційної таємниці.

Подібно до двох попередніх глав коментованого Закону глава 4 містить правові норми-дефініції, що передбачають ознаки юридичного складу правопорушень у сфері економічної конкуренції. Водночас об'єктом посягання цього виду протиправних діянь є комерційна таємниця. У коментованому Законі не передбачено окремої дефініції комерційної таємниці, а також особливостей правового режиму цього об'єкта права інтелектуальної власності. Це, у свою чергу, наводить на думку про те, що приписи глави 4 Закону потрібно розглядати в системному зв'язку з положеннями цивільного законодавства, передусім ЦКУ.

Комерційну таємницю становить інформація, яка є секретною, невідомою для інших осіб та у зв'язку з цим має комерційну цінність для окремого господарюючого суб'єкта. Така інформація є об'єктом заходів щодо збереження її секретності. Вчинення іншими суб'єктами господарювання дій, пов'язаних з неправомірним збиранням (ст. 16), розголошенням (ст. 17), ви-



користанням (ст. 19) комерційної таємниці, а також схиленням до її розголошення (ст. 18) є протиправним, адже здатне завдати значної шкоди інтересам потерпілої від правопорушення особи та суттєво вплинути на процес конкуренції. Наявність фактичної чи ймовірної шкоди від правопорушення є необхідною умовою визнання дій суб'єкта господарювання щодо комерційної таємниці іншої особи протиправними. Отже, наслідки (фактичні та ймовірні) зазначених вище правопорушень визначено як необхідний елемент юридичного складу правопорушення, за винятком правової норми, викладеної у ст. 19 коментованого Закону (використання комерційної таємниці), конструкцією якого визначено потребу доведення вчинення порушником дій щодо використання цього об'єкта права інтелектуальної власності.

## Стаття 16. Неправомірне збирання комерційної таємниці

**Неправомірним збиранням комерційної таємниці вважається добування протиправним способом відомостей, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.**

**Ключові терміни:** комерційна таємниця, добування інформації, завдання шкоди

Паризька конвенція, що заклала основи регулювання охорони промислової власності, не згадує комерційної таємниці (секрети виробництва). Першим документом міжнародного статусу, що передбачив регулювання охорони комерційної таємниці, дослідники називають Угоду ТРІПС (хоча у ній йдеться про закриту інформацію (*undisclosed information*)). Відповідно до ст. 39 Угоди ТРІПС охорона закритій інформації надається в контексті забезпечення ефективного захисту проти недобросовісної конкуренції в розумінні ст. 10bis Паризької конвенції (в редакції 1967 року). Фізичним та юридичним особам надається можливість перешкоджати тому, щоб інформація, яка правомірно перебуває під їхнім контролем, без їхньої згоди була розкрита, отримана чи використана іншими особами способом, який суперечить чесній комерційній практиці, за умов, що така інформація: (а) є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній конфігурації та підборі її компонентів не є загальновідомою і легкодоступною особам в тих колах, які звичайно мають справу з подібною інформацією; (б) з огляду на секретність має комерційну цінність і (в) є об'єктом належних за даних обставин заходів, спрямованих на збереження її секретності з боку особи, котра правомірно контролює цю інформацію. У поняття способу, що суперечить чесній комерційній практиці, Угода ТРІПС вкладає порушення договору, порушення довіри, спонукання до порушення; набуття закритої інформації третіми особами, які знали або допустилися грубої необережності, не дізнавшись, що дії, які суперечать чесній торговій практиці, були допущені в процесі такого набуття. Угода ТРІПС також регламентує зобов'язання повноважних органів держав-учасниць СОТ щодо збереження комерційної таємниці, розкритої їм суб'єктами, які виходять на ринок цих держав.

З розвитком інформаційного суспільства актуальність надійного захисту комерційної таємниці тільки зростає. У деяких сферах економіки, наприклад у виробництві програмного забезпечення, збереження в таємниці різних елементів програм, особливо їхнього вихідного коду, — єдиний перевірений спосіб протидії їх запозичення конкурентами. Тоді як захист засобами авторського або патентного права у випадку розкриття важливих

елементів програмних продуктів може бути неефективним, оскільки не дає змоги заборонити отримання ідентичного продукту, написаного іншою мовою програмування або з використанням інших блоків. Крім того, загальноновизнано легкість копіювання і розповсюдження будь-яких електронних документів, що містять конфіденційні відомості. Тому ефективна правова охорона комерційної таємниці, ноу-хау буде вкрай позитивно сприйнята всіма учасниками цивільного обороту.

**Законодавство про охорону комерційної таємниці, ноу-хау (секретів виробництва) на рівні ЄС не уніфіковано.** Комерційна таємниця вважається охоронюваним результатом інтелектуальної діяльності (секрет виробництва) в Італії, Великобританії, Латвії, Румунії, Словаччині, Словенії, Фінляндії, Франції. Основні правові норми, що стосуються комерційної таємниці, містяться в законодавстві про недобросовісну конкуренцію Німеччини, Австрії, Польщі. Таке законодавство мають і застосовують до ноу-хау і в інших країнах (Бельгія, Болгарія, Угорщина, Данія, Іспанія, Латвія, Литва, Румунія, Словенія, Фінляндія, Чехія, Естонія). **Різниця в термінології та в класифікаційних підходах не заважає державам-членам ЄС у більшості випадків наділяти власників прав на комерційну таємницю тими ж засобами судового захисту, які мають власники прав на традиційні об'єкти інтелектуальної власності.** Не включаючи секрети виробництва до складу об'єктів інтелектуальної власності, держави-члени ЄС унеможливають їх захист нормами Директиви 2004/48/ЄС про примусове здійснення прав на інтелектуальну власність (*Enforcement Directive*).

В Угоді ТРІПС закріплено **три відомі критерії режиму комерційної таємниці: секретність, комерційна цінність та вжиття адекватних заходів для забезпечення секретності.** Важливість підходу до тлумачення закритої інформації Угодою ТРІПС впливає з того, що статтями 41–47 Угоди **на країни-учасниці покладається обов'язок створення національних систем для впровадження визнаних Угодою прав інтелектуальної власності.** При цьому країни повинні забезпечити справедливі та рівні процедури для володільців інтелектуальних прав і такі засоби захисту, як судові заборони та компенсація шкоди. Важливим також є поширення на відносини щодо охорони закритої інформації або комерційної таємниці міжнародної системи СОТ вирішення спорів. Отже, **стаття 39 Угоди ТРІПС встановила мінімальні стандарти, яким має відповідати законодавство країн — членів СОТ.** Формулювання статті залишає місце для визначення конкретних схем, що відповідатимуть правовим системам країн, але **обов'язковим є включення згаданих трьох необхідних елементів та системи законного примусу для реалізації відповідних положень.**

Правова система ЄС надає охорону інформації, що становить комерційну таємницю, у вигляді охорони ноу-хау, яка міститься в Європейській патентній конвенції. Під ноу-хау розуміється цілісна технічна інформація, що є се-

кретною, зафіксованою на матеріальному об'єкті та може бути встановлена у будь-який можливий спосіб. Секретний означає «такий, що не є загальновідомим або легкодоступним». Патентне право ЄС створює додаткові стимули у використанні режиму комерційної таємниці для охорони конфіденційної інформації. Це пов'язано з тим, що патентна охорона може бути недоступною для окремих технологій в Європі (наприклад не підлягають патентуванню в окремих країнах методи медичного діагностування та лікування, фармацевтичні та комп'ютерні технології тощо). Навіть якщо патентування певної технології є можливим, **охорона інформації як комерційної таємниці може бути привабливішою та вигіднішою**<sup>56</sup>.

Сучасні умови здійснення господарської діяльності потребують існування комерційної таємниці, захист якої покликаний забезпечити коментований Закон.

У коментованій статті Закону подано визначення поняттю «неправомірне збирання комерційної таємниці». Такі дії бувають пов'язані і з іншими правопорушеннями, адже часто конфіденційна інформація після її збирання розповсюджується чи використовується, що також кваліфікують як недобросовісну конкуренцію згідно зі статтями 17 і 19 Закону відповідно.

Для настання відповідальності згідно зі ст. 16 Закону необхідно є сукупність низки умов:

- **інформація має становити комерційну таємницю;**
- **добування інформації здійснюється протиправним способом;**
- **відбулося заподіяння шкоди суб'єкту господарювання або є така можливість.**

**Об'єкт.** Об'єктом цього правопорушення є комерційна таємниця. Визначення комерційної таємниці подано в п. 1 ст. 505 ЦКУ, згідно з якою комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якої вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних наявним обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію.

**Суб'єкт.** Стаття не ставить вимог до суб'єкта, який неправомірно добуває інформацію. Це може бути як фізична, так і юридична особа, службова особа суб'єкта господарювання чи третя особа. Порухенням є і ситуація, за якої особа мала доступ до інформації, що становить комерційну таємницю, однак реалізовувала таку можливість неправомірно, без згоди на отримання інформації саме в такому обсязі, для таких цілей тощо.

<sup>56</sup> Андрощук Г. О. Правова охорона комерційної таємниці в країнах Європейського Союзу // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2012. — № 5. — С. 27–37; № 6. — С. 49–58.

Тож, суб'єктний склад цього правопорушення включає необмежене коло осіб, яким шляхом неправомірного збирання стала відома комерційна таємниця.

При цьому визначальним є те, що дане порушення відбувається в умовах конкуренції, коли отримання відповідної інформації надає порушнику або особі, в інтересах якої він діє, переваг у конкуренції, здобутих неправомірно.

Згідно з п. 2 ст. 505 ЦКУ комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці.

Пункт 1 ст. 36 ГКУ передбачає, що не можуть бути комерційною таємницею відомості, віднесені до державної таємниці. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про державну таємницю» державна таємниця — це вид таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнані у порядку, встановленому цим Законом, державною таємницею і підлягають охороні державою.

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 09.08.1993 № 611 комерційну таємницю не становлять:

- установчі документи, документи, що дозволяють займатися підприємницькою чи господарською діяльністю та її окремими видами;
- інформація за всіма встановленими формами державної звітності;
- дані, необхідні для перевірки обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів;
- відомості про чисельність і склад працюючих, їхню заробітну плату в цілому та за професіями й посадами, а також наявність вільних робочих місць;
- документи про сплату податків і обов'язкових платежів;
- інформація про забруднення навколишнього природного середовища, недотримання безпечних умов праці, реалізацію продукції, що завдає шкоди здоров'ю, а також інші порушення законодавства України та розміри заподіяних при цьому збитків;
- документи про платоспроможність;
- відомості про участь посадових осіб підприємства в кооперативах, малих підприємствах, спілках, об'єднаннях та інших організаціях, які займаються підприємницькою діяльністю;
- відомості, що відповідно до чинного законодавства підлягають оголошенню.

Отже, якщо інформація, якою володіє суб'єкт господарювання, не є державною таємницею і не входить до зазначеного вище переліку, то ця інформація може отримати захист як комерційна таємниця, якщо вона відповідає критеріям, встановленим у статті 505 ЦКУ.

Комерційна таємниця характеризується такою сукупністю ознак:

– інформація є секретною, тобто вона в цілому чи в певній сукупності її складових:

- є невідомою для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить;

- не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить;

- інформація у зв'язку з тим, що є секретною, має комерційну цінність;
- особа, яка законно контролює цю інформацію, вживала адекватні на явним обставинам заходи щодо збереження її секретності<sup>57</sup>.

Ці ж вимоги до комерційної таємниці містяться в п. 2 ст. 39 Угоди ТРИПС.

Поряд з комерційною таємницею існує поняття ноу-хау. Використання ноу-хау означає збирання незапатентованої інформації, яка фактично виникла з досвіду та досліджень і якою є<sup>58</sup>:

- таємниця, що не є загальновідомою та легкодоступною;

- істотна інформація, яка є важливою для виробництва продукції щодо умов передачі технологій;

- індивідуально визначена чи описана досить зрозумілим чином для того, щоб можна було перевірити, чи відповідає критеріям секретності та істотності.

Згідно з частиною п'ятою ст. 30 Закону України «Про інформацію» громадяни, юридичні особи, які володіють інформацією професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого характеру, одержаною на власні кошти, або такою, яка є предметом їхнього професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого інтересу і не порушує передбаченої законом таємниці, самостійно визначають режим доступу до неї, включаючи належність її до категорії конфіденційної, та встановлюють для неї систему (способи) захисту. Пункт 1 ст. 36 ГКУ передбачає, що склад і обсяг відомостей, що становлять комерційну таємницю, спосіб їх захисту визначаються суб'єктом господарювання.

Отже, суб'єкт господарювання вправі визначити, яка саме інформація є комерційною таємницею. Введення режиму комерційної таємниці щодо певної інформації — це право, а не обов'язок суб'єкта господарювання. Потреба у встановленні такого режиму зазвичай виникає щодо інформації про методи продажів і дистрибуції, рекламні стратегії, внутрішні звіти, дані про споживачів, списки постачальників і клієнтів тощо.

Для порівняння, прецедентна система права США надала можливість широко тлумачити поняття комерційної таємниці. У відомій справі *Rivendell Forest Prods. v Georgia-Pacific Corp.* (1994)<sup>59</sup> апеляційний суд десятого апеляцій-

<sup>57</sup> Див. докладніше: Коссак В. М., Якубівський І. Є. Право інтелектуальної власності: Підруч. — К.: Істина, 2007. — С. 146–147; Право інтелектуальної власності. Акад. курс: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького; Акад. прав. н. України, Н.-д. ін-т інтелект. власності. — К.: Ін Юре, 2007. — С. 555–561.

<sup>58</sup> Рішення Європейської Комісії (ЄС) від 27.04.2004 № 772/2004.

<sup>59</sup> *Rivendell Forest Products v. Georgia-Pacific Corp.*, 28 F.3d 1042 (10th Cir. 1994).

ного округу скасував рішення місцевого суду, який постановив, що компанія *Rivendell* не зуміла довести наявність комерційної таємниці у своєму спеціалізованому комп'ютерному програмному забезпеченні *QuoteScreen*, що було у відкритому доступі для клієнтів для розрахунку ціни лісоматеріалу і його транспортування. За твердженням компанії *Rivendell*, ця система давала змогу отримувати суттєву перевагу перед конкурентами і збільшувати рівень продажів у два-три рази. Спір виник у зв'язку з тим, що найближчий конкурент — компанія *Georgia-Pacific Corp.* почала використовувати систему, дуже схожу за принципом роботи на систему *QuoteScreen*, невдовзі після того, як до неї перейшов колишній працівник компанії *Rivendell*, який був відповідальним за адміністрування системи *QuoteScreen*.

Скасовуючи рішення суду першої інстанції, апеляційний суд постановив, що навіть система, яка була у відкритому доступі, може мати статус комерційної таємниці, оскільки «комерційна таємниця може включати систему, елементи якої перебувають у відкритому доступі, але вони інтегровані у такий ефективний, успішний і цінний спосіб, що надають скаржнику відчутну конкурентну перевагу». Цей судовий прецедент заклав принцип, згідно з яким до комерційної таємниці можна віднести і систему елементів, які є загальнодоступними, але які організовані у систему таким унікальним чином, що вона набуває комерційної цінності.

Потрібно підкреслити, що до комерційної таємниці слід відносити такі відомості, які відображають основний зміст таємної інформації або основну їхню частину. Якщо ж буде розголошено лише частину інформації, причому в багатоаспектному значенні, то не можна сказати, що така розголошена інформація стає загальновідомою. Так, у справі *Dickerman Associates v Tiverton Bottled Gas* суд вказав, що «вступна презентація програми щодо бухгалтерського обліку для потенційних клієнтів, які не були зобов'язані підписати договір про конфіденційність, не перериває охорону комерційної таємниці. Така презентація не розкриває всіх умов функціонування програми, а тому не дозволяє клієнтові зрозуміти основ, на яких побудована програма»<sup>60</sup>.

Стаття 507 ЦКУ покладає обов'язок охороняти комерційну таємницю на органи державної влади. Зокрема органи державної влади зобов'язані охороняти від недобросовісного комерційного використання інформацію, яка є комерційною таємницею та створення якої потребує значних зусиль і яка надана їм з метою отримання встановленого законом дозволу на діяльність, пов'язану з фармацевтичними, сільськогосподарськими, хімічними продуктами, що містять нові хімічні сполуки. Ця інформація охороняється органами державної влади також від розголошення, крім випадків, коли розголошення необхідне для забезпечення захисту населення або не вжито заходів щодо її охорони від недобросовісного комерційного використання.

---

<sup>60</sup> *Dickerman Associates v Tiverton Bottled Gas Co.*, 594 F. Supp. 30 (1984).

Чинне законодавство передбачає право органів АМКУ вимагати інформацію, що становить комерційну таємницю, під час здійснення своєї діяльності, однак і передбачає обов'язки Комітету щодо збереження таємності такої інформації. За приписами частини першої ст. 22-1 Закону про АМКУ суб'єкти господарювання, їхні посадові особи та працівники зобов'язані на вимогу голови територіального відділення АМКУ подавати документи, предмети чи інші носії інформації, пояснення, іншу інформацію, в тому числі з обмеженим доступом, необхідну для виконання територіальними відділеннями завдань, передбачених законодавством про захист економічної конкуренції. Водночас згідно з частинами третьою-четвертою цього Закону інформація з обмеженим доступом, одержана АМКУ, його територіальними відділеннями у процесі здійснення своїх повноважень, використовується ними виключно з метою забезпечення виконання завдань, визначених законодавством про захист економічної конкуренції, і не підлягає розголошенню. Така інформація може бути надана органам слідства та суду відповідно до закону. За розголошення комерційної таємниці працівники АМКУ, його територіальних відділень несуть відповідальність, встановлену законом.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона цього правопорушення передбачає необхідність встановлення трьох елементів: діяння, наслідків (дійсних або ймовірних) та причинно-наслідкового зв'язку між діянням і наслідками.

Діянням в аналізованому правопорушенні є добування протиправним способом відомостей, що становлять комерційну таємницю.

У статті не вказується, що мається на увазі під **протиправним способом**. За аналогією із статтями 17, 19 Закону, інформація має бути добутою **без згоди особи, уповноваженої на це**. У випадку наявності згоди суб'єкта господарювання на збирання відповідної інформації такі дії не є порушенням законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

Хоча законодавство України прямо і не вказує на те, які методи одержання інформації є незаконними, це питання не надто складне. У світі до таких методів відносять: промислове шпигунство, підкуп працівників власника комерційної таємниці, проникнення в приміщення, прослуховування засобів зв'язку, розкриття кореспонденції тощо. Більшість із названих і подібних їм дій заборонені законодавством і утворюють склади адміністративних правопорушень або злочинів. У випадках, коли спеціальної заборони на використання деяких заходів у чинному законодавстві немає, варто виходити зі змісту правил, що забороняють недобросовісну конкуренцію.

Угода ТРІПС містить деякі вказівки на способи, що вважаються недозволеними для заволодіння інформацією, яка становить комерційну таємницю. Зокрема «юридичні і фізичні особи, які на законних підставах контролюють визначену інформацію, можуть запобігати її несанкціонованому розкриттю,



придбанню або використанню третіми особами, які діють способами, що суперечать правилам чесного ведення комерційної практики...».

При цьому формулювання «способами, що суперечать правилам чесного ведення комерційної практики» розкривається таким чином: це «такі способи, як: недотримання договірних умов, зловживання довірою або схилення до цього, включаючи придбання закритої інформації третіми особами, яким відомо, що саме такими способами була отримана придбана ними інформація». Цілком очевидно, що до способів, які суперечать правилам чесного ведення комерційної практики, належать і такі види злочинних дій, як проникнення в службові приміщення конкурента, прослуховування його телефонів і підкуп його працівників.

Що ж до правомірних способів одержання комерційної таємниці конкурентами, то слід зазначити **три способи одержання комерційної таємниці**, на які не поширюються заборонні положення Угоди ТРІПС: 1) незалежне відкриття, 2) зворотний технічний аналіз, 3) добросовісне придбання. Вони вважаються чесними видами комерційної практики.

Законодавство ЄС<sup>61</sup> конкретизує поняття добування інформації проти-правним способом як таке, що здійснюється за допомогою зламування засобів захисту інформації.

Обов'язковим елементом об'єктивної сторони цього правопорушення є наслідки (гіпотетичні або такі, що реально настали) у вигляді шкоди суб'єкту господарювання.

Наявність шкоди або реальну можливість її заподіяння повинен довести саме суб'єкт господарювання, якому вона була чи могла бути завдана. На практиці у цьому полягає основна складність. У даному випадку важливим є завдання шкоди саме неправомірним збиранням комерційної таємниці. Такі дії часто не несуть безпосередньої шкоди, адже надалі відповідна інформація може не бути розголошена<sup>62</sup> чи використана<sup>63</sup>. Тобто сам факт отримання конфіденційної інформації третьою стороною може не завдати шкоди суб'єкту господарювання за умови, що буде забезпечено подальше нерозповсюдження і невикористання цієї інформації, тобто збережено її таємність, а це є необхідною ознакою комерційної таємниці.

Важливим аспектом є те, що суб'єкт господарювання не обов'язково повинен довести, що шкода вже настала, достатнім є доведення, що відповідні дії (неправомірне збирання комерційної таємниці) **могли завдати йому шкоди**.

Розмір завданої чи гіпотетичної шкоди при цьому не має значення для настання відповідальності, однак він може вплинути на обсяг адміністративної відповідальності винної особи, зокрема на розмір штрафу, накладеного на неї АМКУ.

---

<sup>61</sup> Директива 2001/29/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 22.05.2001.

<sup>62</sup> Див. коментар до ст. 17.

<sup>63</sup> Див. коментар до ст. 19.

Суб'єкту господарювання, особливо у випадку значної шкоди, важливо відшкодувати заподіяну шкоду. Таке право передбачається чинним законодавством. Згідно з п. 3 частини другої ст. 11 ЦКУ підставою виникнення цивільних прав та обов'язків є зокрема, завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі.

Якщо матеріальної шкоди може і не бути у випадку неправомірного збирання чи розповсюдження комерційної таємниці, то моральна шкода є практично завжди, хоча на практиці її також досить важко довести. ВСУ у п. 3 постанови Пленуму «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.02.1995 № 4 зазначає, що під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, слід розуміти втрати немайнового характеру, які настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, **розголошенням комерційної таємниці**, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності.

**Суб'єктивна сторона.** Під час кваліфікації вчиненого правопорушення обов'язковим елементом є визначення спрямованості (мотиву) діяння. Із суб'єктивною стороною коментованого правопорушення тісно пов'язаний належний захист комерційної таємниці. Адже у випадку незабезпечення такого захисту особа, яка дістала відомості, що становлять комерційну таємницю, проте перебувають у вільному доступі і не містять ознак, які вказували б на те, що вони становлять комерційну таємницю, не може бути притягнена до відповідальності згідно з коментованою статтею.

Судова практика показує, що проблеми виникають саме в доведенні того, що підприємством забезпечено режим комерційної таємниці. Так, у постанові від 12 лютого 2008 року у справі № 12/197 ВГСУ підтвердив висновок суду апеляційної інстанції про те, що подані Інститутом «КОЛАН» докази не підтверджують, що з моменту введення в господарський обіг склоемалі «10-1» інститут вжив передбачених законом заходів щодо визначення відомостей про склад цієї склоемалі такими, які становлять комерційну таємницю, і встановлення порядку захисту цих відомостей.

У постанові від 24 вересня 2008 року у справі № 37/402-07 ВГСУ погодився з висновком суду апеляційної інстанції, що сам факт перебування позивача у договірних відносинах з його контрагентами щодо надання їм охоронних послуг є відкритою інформацією і не може належати до комерційної таємниці.

У вітчизняному законодавстві, на жаль, не встановлено, яких саме заходів має вжити компанія для отримання правового режиму комерційної таємниці щодо тої чи іншої інформації. Для досягнення максимального захисту рекомендується вживати такі заходи:

– зазначати в статуті товариства, що підприємство має право на комерційну таємницю та організацію її захисту;

- передбачати умову про конфіденційність в установчому договорі (акціонерній угоді) учасників товариства;
- фіксувати положення щодо комерційної таємниці у договорах з контрагентами;
- передбачати обов'язок з дотримання чинного в організації режиму комерційної таємниці в трудовому договорі (контракті) з кожним працівником, у колективному договорі та/або укласти окремі договори про конфіденційність з кожним працівником;
- вводити на підприємстві положення про комерційну таємницю, в якій чітко визначати перелік інформації, що становить комерційну таємницю, режим користування нею, порядок її захисту і зберігання; доводити відповідне положення до відома всіх працівників підприємства;
- забезпечувати технічні умови належного зберігання інформації, яка становить комерційну таємницю: паролі на комп'ютерах, зберігання документів у сейфах, спеціальні правила зберігання матеріальних носіїв інформації тощо;
- забезпечувати обмежений доступ до інформації, яка становить комерційну таємницю, і те, щоб працівники, інші особи, які мають відповідний доступ, чітко розуміли, що така інформація становить комерційну таємницю, режим її зберігання і відповідальність за його порушення;
- вести облік осіб, яким надається інформація, що становить комерційну таємницю;
- наносити на носії (документи, зокрема електронні), на яких міститься інформація, що становить комерційну таємницю, застереження про конфіденційність такої інформації (наприклад гриф «комерційна таємниця»).

Питання належного захисту інформації, що становить комерційну таємницю, порушувалось у США у прецедентній справі *Data General Corp. v Digital Computer Controls, Inc.*<sup>64</sup> (1971 рік).

У 1970 році компанія *Data General Corp.* випустила комп'ютер *Nova 1200*, який був удвічі швидшим за попередню модель. Після продажу комп'ютерів компанія *Data General Corp.* надавала покупцям за їхнім запитом документацію зі схемою комп'ютера для можливості самостійно здійснювати його обслуговування і ремонт за умови обов'язкового підписання договору про конфіденційність. У березні 1971 року директор компанії *Digital Computer Controls, Inc.* придбав у третьої особи комп'ютер *Nova 1200*, але попередньо запитав у продавця документацію зі схемою комп'ютера і зробив з неї фотокопію. Згодом компанія *Digital Computer Controls, Inc.* випустила власний комп'ютер *D-116*, який суд охарактеризував як «суттєво ідентичний за конструкцією».

*Data General Corp.* у своєму позові до компанії *Digital Computer Controls, Inc.* з приводу незаконного використання комерційної таємниці просила суд заборонити останній продавати комп'ютери *D-116* і стягнути завдані збитки. *Digital*

---

<sup>64</sup> *Data General Corporation v Digital Computer Controls, Inc.*, 297 A.2d 433 (Del. Ch. 1971).

*Computer Controls, Inc.* позов заперечував, посилаючись на те, що позивач не доклав належних зусиль для захисту секретності своєї комерційної таємниці.

Задовольняючи позов, суд дійшов висновку про адекватність здійснених компанією *Data General Corp.* заходів для забезпечення секретності інформації про конструкцію їхнього комп'ютера, проаналізувавши такі факти: 1) кожен екземпляр документації зі схемою комп'ютера містив застереження про конфіденційність; 2) до кожного замовлення, оформленого *Data General Corp.*, застосовувався договір конфіденційності; 3) підписання договору конфіденційності було обов'язковим під час продажу комп'ютера; 4) всі працівники і дистриб'ютори комп'ютерів *Data General Corp.* підписували договір конфіденційності; 5) документація зі схемою призначалася лише для покупців комп'ютера *Nova 1200*.

Конкретним прикладом американської судової практики встановлення неналежного захисту комерційної таємниці є справа *Jones v Hamilton*<sup>65</sup> (2010 рік), розглянута апеляційним судом штату Алабама. Приводом для виникнення спору щодо розголошення комерційної таємниці став випадок розголошення працівником змісту документів, які компанія-позивач зберігала більше тижня в непоміченій картонній коробці на задньому сидінні автомобіля, що був власністю компанії, і які не були позначені як конфіденційні. Суд встановив, що хоча працівник компанії єдиний використовував автомобіль у період зберігання в ньому документів, вони «не були жодним чином захищені від вільного доступу будь-кого, хто використовував би автомобіль». Такий спосіб зберігання документів, які для компанії-позивача становили комерційну таємницю, не відповідав вимогам до комерційної таємниці, встановленим уніфікованим законом про комерційну таємницю штату Алабама. Ця справа ілюструє важливість вжиття належних заходів щодо зберігання таємності інформації для надання їй статусу комерційної таємниці.

Охорона комерційної таємниці матиме місце тільки тоді, коли підприємство вжило відповідних заходів для фактичного збереження інформації. Заходи для зберігання таємності інформації можуть мати правовий характер (наприклад укладення договору про конфіденційність), однак така таємність має бути завжди забезпечена технічними засобами. Якщо доступ до документів матиме необмежене коло осіб, договору про конфіденційність або застереження в трудовому договорі буде недостатньо. Зокрема таку позицію висловив Верховний суд Польщі в рішенні від 05.09.2001<sup>66</sup>, вказавши, що таємність інформації виключається у випадку, коли зацікавлена особа може її отримати в звичайний і дозволений спосіб. А в рішенні від 03.10.2000<sup>67</sup> Верховний суд Польщі зазначив, що «використання працівником у своїй діяльності інформації, щодо якої підприємство (роботодавець) не вжило необхідних заходів для збережен-

<sup>65</sup> *Jones v Hamilton*, Case No. 2081077 (January 22, 2010).

<sup>66</sup> Рішення Верховного суду Польщі від 05.09.2001 (I KKN 1159\00).

<sup>67</sup> Рішення Верховного суду Польщі від 03.10.2000 (I KKN 304\00).

ня таємності, слід тлумачити як використання ним загальновідомої інформації, щодо якої підприємство не має ніяких законних прав».

Введення режиму комерційної таємниці щодо секретної інформації і забезпечення ефективного механізму її захисту може дати підприємству низку переваг:

- забезпечить таємність такої інформації від конкурентів і завдяки цьому дозволить досягати переваги у веденні бізнесу;
- свідчитиме про високий рівень ділової культури і репутації компанії;
- забезпечить обов'язок державних органів охороняти від недобросовісного комерційного використання таку інформацію, якщо вона буде ними отримана;
- у випадку порушення (неправомірне збирання, розголошення та використання відомостей, що є комерційною таємницею) підприємство матиме змогу відшкодувати завдані збитки та ініціювати притягнення винних осіб до адміністративної/кримінальної відповідальності.

Саме задля досягнення переваг над конкурентами суб'єкти господарювання тримають у секреті інформацію щодо своїх клієнтів, стратегій розвитку, методів продажів тощо. Вартість такої інформації важко визначити математично, адже вона залежить від низки чинників: розміру й успішності суб'єкта господарювання, унікальності інформації, конкретних переваг, які надає така інформація тощо.

АМКУ в інформаційному листі від 17.02.2009 № 54/01 зазначає, що під час застосування статей 16–19 Закону необхідно враховувати, що відповідно до ст. 508 ЦКУ строк правової охорони комерційної таємниці обмежується часом існування сукупності її ознак, зокрема умови щодо важкодоступності відповідних відомостей для третіх осіб.

Способом захисту цивільних прав та інтересів може бути, зокрема, відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди, відшкодування моральної (немайнової) шкоди (п.п. 8–9 частини другої ст. 16 ЦКУ). Відповідно до ст. 24 коментованого Закону особи, яким завдано шкоди внаслідок вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, можуть звернутися до суду з позовом про її відшкодування.

Крім того, винні особи можуть нести адміністративну чи кримінальну відповідальність. Згідно з частиною третьою ст. 164-3 КУпАП отримання, використання, розголошення комерційної таємниці, а також конфіденційної інформації з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця тягне за собою накладення штрафу від дев'яти до вісімнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ст. 231 ККУ передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, а ст. 232 — за розголошення комерційної або банківської таємниці.

## Стаття 17. Розголошення комерційної таємниці

**Розголошенням комерційної таємниці є ознайомлення іншої особи без дозволу особи, уповноваженої на те, з відомостями, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.**

**Ключові терміни:** *комерційна таємниця, ознайомлення з комерційною таємницею, завдання шкоди*

Коментована стаття передбачає такий вид правопорушення, що полягає у неправомірному використанні комерційної таємниці шляхом її розголошення. Очевидно, зважаючи на те, що розголошення комерційної таємниці робить її доступною для необмеженого кола осіб, що в подальшому може призвести або призводить до значної шкоди для суб'єкта господарювання — власника комерційної таємниці, законодавець виділив це правопорушення в окрему статтю.

**Об'єкт.** Об'єктом правопорушення є комерційна таємниця<sup>68</sup>. Багато компаній та їхніх працівників не усвідомлюють, що секретна інформація, якою вони володіють, є об'єктом права інтелектуальної власності, зокрема комерційною таємницею, і її поширення забороняється. Проте такий захист не виникає автоматично, і для того щоб компанія його отримала, слід виконати низку умов.

**Суб'єкт.** Суб'єктом цього правопорушення є особа, якій були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків відомості, що становлять комерційну таємницю. Ця стаття передбачає відповідальність саме особи, яка повідомила (розголосила) інформацію, що становить комерційну таємницю, а не особи, якій така інформація була передана. Стосовно останньої, то ця особа може нести відповідальність згідно зі ст. 18 Закону — **за схилення до розголошення комерційної таємниці**<sup>69</sup>.

Особами, які правомірно володіють комерційною таємницею, можуть бути особи, яким відповідна інформація стала відома через виконання не лише службових, а й інших, зокрема договірних, обов'язків (до прикладу, аудиторам, працівникам юридичних чи консалтингових фірм). У попередній редакції законотворець обмежився лише службовими особами. Таким чином фактично було звужено коло осіб, які могли нести відповідальність за розголошення ко-

<sup>68</sup> Див. коментар до ст. 16.

<sup>69</sup> Див. коментар до ст. 18.

мерційної таємниці, до працівників суб'єкта господарювання. Цю проблему вирішено Законом України «Про внесення змін до Закону України “Про захист від недобросовісної конкуренції”» від 18.12.2008 № 689-VI, згідно з яким також замінено слово «службових» на слово «відповідних» (обов'язків).

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона полягає в діяннях, внаслідок яких комерційна таємниця була розголошена. Для цілей цієї статті немає значення, в який саме спосіб інформація була розголошена. Важливим є саме факт потрапляння інформації до іншої (третьої) особи, її ознайомлення з цією інформацією.

Розголошенням може вважатися будь-яка поведінка, внаслідок якої інша особа дізналася зміст інформації, що становить комерційну таємницю. Зокрема це можуть бути: письмове викладення інформації; передача документів, що містять інформацію; передача носія інформації (наприклад, диску, флешки); передача коду, який дає змогу отримати таємну інформацію, тощо. До розголошення інформації можна віднести навіть вживання певних знаків чи жестів, які дадуть змогу передати зміст інформації<sup>70</sup>. Розголошення інформації може бути у формі дій або бездіяльності.

**Суб'єктивна сторона.** Під час аналізу суб'єктивної сторони цього правопорушення слід звертати увагу на те, чи забезпечив суб'єкт господарювання належний захист комерційної таємниці. Розголошення інформації без дозволу певної уповноваженої особи не може вважатися правопорушенням, якщо особі, що розголосила цю інформацію, не могло бути відомо про те, що ця інформація становить комерційну таємницю. Тобто немає умислу неправомірно розголошувати відомості, що становлять комерційну таємницю.

На практиці можлива проблема визначення уповноваженої особи щодо надання дозволу на розголошення комерційної таємниці. Це питання може бути врегульовано в установчих документах юридичної особи або відповідним внутрішнім розпорядженням. За загальним правилом, відсутність відповідного дозволу на розголошення презюмується, тому сторона, яка розголосила комерційну таємницю, повинна довести, що вона діяла з дозволу уповноваженої особи.

У попередній редакції статті (до внесення змін Законом України від 18.12.2008 № 689-VI) замість слова «дозвіл» було слово «згода». Як зазначає АМКУ в інформаційному листі від 17.02.2009 № 54/01, така заміна була зроблена виходячи з того, що згідно з п. 2 частини першої ст. 506 ЦК України майновими правами інтелектуальної власності на комерційну таємницю є, зокрема, **виключне право дозволяти використання комерційної таємниці.**

Отже, для настання відповідальності за розголошення комерційної таємниці необхідною є сукупність таких умов:

- інформація має становити комерційну таємницю;

---

<sup>70</sup> Рішення Верховного суду Польщі від 17.03.1971 (III KR 260\70, OSNKW 1971).

- заподіяння шкоди суб'єкту господарювання або така можливість<sup>71</sup>;
- відсутність дозволу уповноваженої особи;
- розголошення комерційної таємниці здійснюється особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків.

За даними дослідницького центру компанії *InfoWatch*, 42 % витоків інформації відбувається внаслідок порушень політик корпоративної безпеки організацій. Більше 40 % інформації йде через інтернет-канали, а 30 % — через мобільні пристрої. Понад 65 % інформації витікає з комерційних підприємств, близько 20 % — з освітніх і 24 % — з державних підприємств.

Згідно з опублікованими даними опитування провідних світових фінансових компаній проведеного компанією *Deloitte*, за останні 12 місяців 49 % респондентів зафіксували внутрішні інциденти (пов'язані з ІТ-безпекою). Так, у 31 % випадків інсайтери занесли віруси зсередини корпоративної мережі, а з інсайдерським шахрайством мали справу 28 % респондентів. Жертвами витоку приватної інформації клієнтів стали 18 % організацій. Постраждали організації від внутрішнього витоку інформації визнають, що значна частка загроз є наслідком недбалості службовців (людський фактор — 42 %, операційні помилки — 37 %). Водночас 28 % стали жертвами ретельно продуманого професійного шахрайства, а 18 % компаній втратили приватну інформацію клієнтів саме через свідомо допущений інсайдерами витік. З метою відвернення таких інцидентів у майбутньому 80 % опитаних фінансових компаній здійснюють моніторинг дій службовців, а 75 % застосовують різні обмежувальні заходи на використання тих чи інших технологій або пристроїв<sup>72</sup>.

## Стаття 18. Схилення до розголошення комерційної таємниці

**Схиленням до розголошення комерційної таємниці є спонукання особи, якій були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків відомості, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, до розкриття цих відомостей, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.**

**Ключові терміни:** комерційна таємниця, схилення до розголошення, розкриття, завдання шкоди

<sup>71</sup> Див. коментар до ст. 16.

<sup>72</sup> Защита от утечки информации [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://integritysys.com.ua/security/dlp>.



Коментована стаття пов'язана з попередньою, однак у цьому випадку відповідальність настає саме для особи, яка схилила іншу особу, котра законно володіла комерційною таємницею, до її розголошення.

**Об'єкт.** Об'єктом правопорушення є комерційна таємниця<sup>73</sup>.

**Суб'єкт.** Суб'єктом правопорушення є будь-яка особа, яка перебуває в конкурентних відносинах із праволодільцем комерційної таємниці.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона правопорушення полягає в діянні щодо спонукання особи, якій були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків відомості, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, до розкриття цих відомостей.

Стаття не конкретизує в якій формі має відбуватися спонукання особи до розголошення комерційної таємниці, як і не вказує, чи повинна особа розголосити комерційну таємницю за наслідками такого спонукання для того, щоб настала відповідальність. Питання про те, чи були методи спонукання достатніми для настання порушення, має вирішуватися залежно від обставин конкретної справи.

Практика показує, що таке порушення, як **спонукання до розголошення комерційної таємниці** важче довести, аніж інші порушення. У постанові Тимчасової адміністративної колегії АМКУ від 25.08.1999 № 2-П/ТК дії підприємства щодо спонукання ДП «Преса» безпосередньо до надання переваг у вигляді розповсюдження в рекламних цілях журналу *Women* з анкетною серед сформованого кола передплатників журналу конкурента без достатніх на те підстав було визнано порушенням антимонопольного законодавства у вигляді схилення постачальника до дискримінації покупця. Дії підприємства щодо використання адресної бази передплатників журналу «Наталі», яка становить комерційну таємницю цього видавництва, Комітет кваліфікував як порушення законодавства у вигляді неправомірного використання комерційної таємниці у зв'язку з тим, що розповсюдження рекламного номера журналу *Women* з анкетною було спрямовано на передплатників журналу «Наталі», який видає конкурент. Водночас у постанові вказано про недоведення вчинення позивачем порушень щодо схилення до розголошення комерційної таємниці.

**Суб'єктивна сторона.** Як і в попередніх статтях, суб'єктивна сторона цього правопорушення тісно пов'язана із забезпеченням належного захисту комерційної таємниці і доведення до відома відповідних осіб факту належності окремих відомостей до комерційної таємниці.

---

<sup>73</sup> Див. коментар до ст. 16.

Відповідальність згідно зі ст. 18 Закону настає за сукупності таких умов:

- інформація має становити комерційну таємницю<sup>74</sup>;
- спонукання особи;
- заподіяння шкоди суб'єкту господарювання або така можливість<sup>75</sup>.

## Стаття 19. Неправомірне використання комерційної таємниці

**Неправомірним використанням комерційної таємниці є впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності без дозволу уповноваженої на те особи відомостей, що становлять відповідно до законодавства України комерційну таємницю.**

**Ключові терміни:** комерційна таємниця, неправомірне використання

Неправомірне використання комерційної таємниці може завдати значно більше шкоди суб'єкту господарювання, ніж її збирання чи розголошення. Такими діями особи, які вчинюють порушення, неправомірно отримують переваги для власного збагачення й одночасно завдають шкоди суб'єкту господарювання. Водночас для притягнення до відповідальності за неправомірне використання комерційної таємниці, на відміну від попередніх випадків<sup>76</sup>, не вимагається наявність фактичної чи гіпотетичної шкоди.

Компанія *Zecurion* нещодавно провела дослідження, мета якого — виявлення обсягів фінансових втрат компаній у результаті витоків конфіденційної та комерційної інформації на сторону або до конкурентів. Її результати приголомшують: комерційні структури в результаті недбалості, саботажу або прямих злочинів з розкрадання інформації втратили 20 млрд доларів<sup>77</sup>.

**Об'єкт.** Об'єктом правопорушення є комерційна таємниця<sup>78</sup>.

**Суб'єкт.** Суб'єктом правопорушення є будь-яка особа, яка перебуває у конкурентних відносинах із праволодільцем комерційної таємниці або особа, яка діє в її інтересах.

<sup>74</sup> Див. коментар до ст. 16.

<sup>75</sup> Див. коментар до ст. 16.

<sup>76</sup> Див. коментар до ст. ст. 16–18.

<sup>77</sup> Потери компаний из-за «утечек» информации включая интеллектуальную собственность [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.copyright.ru/ru/news/business/2012/8/10/Zecurion>.

<sup>78</sup> Див. коментар до ст. 16.

**Об'єктивна сторона.** Об'єктивна сторона виявляється в діяннях, що полягають у неправомірному використанні комерційної таємниці шляхом впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності без дозволу уповноваженої на те особи відомостей, що становлять відповідно до законодавства України комерційну таємницю.

**Суб'єктивна сторона.** Як і в попередніх статтях, суб'єктивна сторона цього правопорушення тісно пов'язана із забезпеченням належного захисту комерційної таємниці і доведенням до відома відповідних осіб факту належності окремих відомостей до комерційної таємниці.

Постановою Донецького територіального відділення АМКУ дії ВАТ «К.в.з.» щодо неправомірного впровадження у виробництво технології ВАТ «К.д.з.», а саме виготовлення виробів вогнетривких кварцитових безобпалювальних ковшових для футерування сталерозливних ковшів з додаванням тонкомолотого доменного шлаку, визнані порушенням конкурентного законодавства, що передбачено частиною першою ст. 19 Закону, у вигляді дій у конкуренції, які суперечать чесним звичаям у підприємницькій діяльності, шляхом неправомірного використання комерційної таємниці. На порушника накладено штраф у розмірі 1700 грн.

Оскаржуючи цю постанову в господарському суді Донецької області, позивач (ВАТ «К.в.з.») посилався на таке: у постанові територіального відділення АМКУ не наведено доказів використання позивачем технології, яка розроблена на ВАТ «К.д.з.»; у постанові територіального відділення АМКУ стверджується, що ВАТ «К.в.з.» використало **нормативно-технічну документацію ВАТ «К.д.з.» під час виготовлення виробів; не може вважатися комерційною таємницею загальновідоме.**

Територіальне відділення АМКУ не погодилося з наведеними доказами позивача з таких підстав: **процес виготовлення безобпалювальних вогнетривких ковшових виробів для футерування сталерозливних ковшів викладено у технічних умовах з детальним описом у технологічній інструкції ВАТ «К.д.з.», яка є основним технологічним документом під час виробництва цього виду продукції. Згідно з наказом голови правління ВАТ «К.д.з.» зазначена інформація є комерційною таємницею; у постанові територіального відділення АМКУ ВАТ «К.в.з.» не звинувачується у використанні нормативно-технічної документації ВАТ «К.д.з.», звинувачення спрямовані на використання позивачем одного з елементів технології ВАТ «К.д.з.», а саме: додавання до складу шихти для виробництва виробів тонкомолотого доменного шлаку; твердження позивача про те, що використання тонкомолотого доменного шлаку для виробництва кварцитових безобпалювальних вогнетривких ковшових виробів є загальновідомою інформацією, є неправильним.**

Рішенням арбітражного суду Донецької області від 28 березня 2001 року у справі № 19/29а ВАТ «К.в.з.» відмовлено в задоволенні позовних вимог про визнання недійсною постанови територіального відділення АМКУ, зокрема зазначено, що **достатнім доказом для настання відповідальності, передбаченої статтею 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», є сам факт неправомірного використання відомостей, які становлять комерційну таємницю підприємства; форма вини при цьому для кваліфікації значення не має.**

Питання про неправомірне використання комерційної таємниці поставило у справі за позовом Інституту «КОЛАН» до АМКУ. У постанові від 12 лютого 2008 року у справі № 12/197 ВГСУ підтвердив висновок суду апеляційної інстанції про те, що подані Інститутом «КОЛАН» докази не підтверджують того, що з моменту введення в господарський обіг склоемалі «10-1» Інститут вжив передбачених законом заходів щодо визначення відомостей стосовно складу цієї склоемалі такими, які становлять комерційну таємницю Інституту, і встановлення порядку захисту цих відомостей. Це рішення підтверджує, що є недостатнім сам факт використання певної інформації, яку раніше використовував інший суб'єкт господарювання. Необхідною і першою умовою має бути те, що така інформація є комерційною таємницею.

Для настання відповідальності за неправомірне використання комерційної таємниці потрібна наявність таких умов:

- **інформація має становити комерційну таємницю<sup>79</sup>;**
- **відсутність дозволу уповноваженої особи<sup>80</sup>;**
- **комерційна таємниця має бути неправомірно використаною.**

Передбачено конкретні способи неправомірного використання комерційної таємниці, а саме: впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності. На практиці виникають проблеми в доведенні того, що саме відповідна інформація, яка становить комерційну таємницю іншого суб'єкта господарювання, була справді використана.

Крім того, у відповідних справах часом виникає проблема у встановленні особи, яка вчинила порушення. Так, Тимчасова адміністративна колегія АМКУ визнала неправомірним використанням комерційної таємниці дії ДП «Бурда-Україна» щодо отримання адресної бази передплатників журналу «Наталі», що становить комерційну таємницю ЗАТ «Видавництво “Бліц-Інформ”», з метою подальшого розповсюдження рекламного номера журналу *Women* серед передплатників журналу «Наталі». Однак рішення АМКУ було скасоване господарським судом. У постанові від 22 лютого 2000 року у справі № 04-1/1-10/26 Вищий арбітражний суд України зазначив, що під час розгляду справи про порушення антимонопольного законодавства належним чином не досліджено

<sup>79</sup> Див. коментар до ст. 16.

<sup>80</sup> Див. коментар до ст. 17.

договірні відносини між підприємством і УОПЗ «Укрпошта» та між видавництвом і УОПЗ «Укрпошта» з приводу розповсюдження періодичних видань.

У попередній редакції (до прийняття Закону України від 18.12.2008 № 689-VI) коментована стаття містила додаткову умову: відомості, що становлять комерційну таємницю, мали бути **неправомірно здобутими**. З цього приводу АМКУ в інформаційному листі від 17.02.2009 № 54/01 зазначає, що слова «неправомірно здобутих» (стосовно відомостей, які становлять комерційну таємницю) зі ст. 19 виключені, оскільки попередня редакція ст. 19 не забороняла особі, якій комерційна таємниця була довірена або стала відома у зв'язку з виконанням нею відповідних обов'язків, використовувати відповідні відомості без дозволу їхнього власника, зокрема під час здійснення нею власної господарської діяльності.

Законодавство про охорону комерційної таємниці спрямовано на забезпечення балансу між різними варіантами політики в галузі конкуренції. З одного боку, необхідно заохочувати інновації і творчість та забезпечувати охорону компаніям, які інвестують кошти в інноваційну і творчу діяльність. З іншого, необхідно заохочувати здорову конкуренцію і свободу зайнятості. Про складність таких різних і нерідко конфліктних політичних підходів свідчить застосування в країнах загального права **доктрини неминучого розкриття і доктрини трампліна**.

**Доктрина неминучого розкриття** виникла у зв'язку з необхідністю вирішення проблеми переходу працівників в інші компанії, які займаються схожою діяльністю. Її основний принцип полягає в тому, що **працівники, які мали доступ до конфіденційної інформації, неминуче розкриють цю інформацію майбутньому роботодавцю, якщо останній здійснює свою діяльність у тій самій галузі**. З доктрини випливає, що навіть якщо працівник керується добрими намірами, він автоматично або інстинктивно передасть набуті на колишньому місці інформацію, навички і знання своєму наступному роботодавцю, якщо останній здійснює діяльність у тій самій галузі. У цьому випадку починають діяти чинники політики, згадані вище. З іншого боку, суспільство має охороняти конфіденційну інформацію підприємств, проте воно не може обмежити свободу зайнятості своїх членів.

Судові рішення в цій сфері залежать від фактів і обставин кожного конкретного спору. Як правило, судова заборона на перехід працівника в іншу компанію виноситься в разі, якщо встановлюється висока ймовірність передачі колишнім працівником новому роботодавцю інформації, яка не є широко відомою або не може бути легко виведена конкурентами у відповідній галузі. Потрібно розмежовувати конкретну конфіденційну інформацію і звичайні навички і знання, які працівник набув під час роботи у попередній компанії. Він не може бути позбавлений можливості використовувати такі отримані навички і знання.

Для розуміння особливостей кваліфікації дій як розголошення чи використання комерційної таємниці цікавою є справа *IBM v Papermaster*<sup>81</sup> (2008 рік). Приводом для виникнення спору став перехід відповідача — Марка Пейпермастера, віце-президента відділу розробки блейд-юнітів *IBM* до компанії *Apple* на посаду старшого віце-президента відділу розробки пристроїв. В окремому клопотанні компанія-позивач *IBM* просила окружний суд Нью-Йорка як забезпечення позову тимчасово заборонити М. Пейпермастеру обіймати зазначену посаду, аргументуючи необхідність такого заходу неминучим розкриттям (*inevitable disclosure*) обсягу інформації, якою володів відповідач завдяки своїй посаді в *IBM*, і яка була стратегічно важливою комерційною таємницею *IBM*. За твердженням *IBM*, перехід М. Пейпермастера до *Apple* призвів би до неминучого використання ним в інтересах прямого конкурента, компанії *Apple*, суворо конфіденційної інформації *IBM*, зокрема стратегічних та маркетингових планів, інформації про розробку пристроїв та довгострокові бізнес-можливості, рекрутингові стратегії тощо. При цьому *IBM* не було надано жодних доказів фактичного розкриття відповідачем їхньої комерційної таємниці або такого наміру.

Задовольнивши клопотання *IBM* про забезпечення позову, суд тим самим розширив застосування доктрини неминучого розкриття. Ця доктрина стверджує, що певна категорія працівників у зв'язку з особливістю своєї посади не може так би мовити стерти з пам'яті інформацію, яка становить комерційну таємницю і яку вони отримали за час обіймання цієї посади. Отже, суд вправі заборонити таким працівникам певний час обіймати посади в конкуруючих фірмах, якщо такі посади за своєю природою зумовлюють неминуче розкриття і використання комерційної таємниці першого роботодавця навіть без прямого умислу до таких дій, за умови, що розкриття і використання такої комерційної таємниці завдасть позивачу невідновлювальної шкоди.

**Доктрина трампліна** застосовується з метою перешкодити працівнику, який під час роботи у колишнього роботодавця міг мати доступ до конфіденційної інформації, використовувати таку інформацію у власних інтересах і тим самим отримати необґрунтовану перевагу щодо колишнього роботодавця.

Прикладом застосування такої доктрини є справа компанії «Роджер Буллівант Лтд.» проти Елліса, коли директор-розпорядник звільнився з компанії і перейшов на роботу в конкуруючу компанію, взявши з собою технічну та комерційну документацію, торговельні секрети та інформацію про клієнтів колишнього роботодавця. У цьому випадку немає жодних сумнівів у тому, що, скориставшись цією інформацією, колишній працівник отримав би необґрунтовану перевагу, тому щодо такого використання було винесено судову заборону.

Доктрина трампліна може також застосовуватися, навіть якщо відповідна інформація вже перейшла у сферу суспільного надбання, з тим щоб заборони-

<sup>81</sup> *IBM v Papermaster*, Case No. 08-9078, 2008 U.S. Dist. LEXIS 95516 (S.D.N.Y. Nov. 21, 2008).

ти колишньому працівнику, який набув у колишнього роботодавця конкретні виробничі (технічні) навички/знання, використовувати ці навички/ знання для виробництва конкуруючого продукту. Це обумовлено тим, що такі знання дали б колишньому працівнику несправедливу фору щодо тих, хто має доступ до оприлюдненої інформації.

Однак домогтися встановлення судової заборони не просто, оскільки питання про конфіденційність має складний характер: важко чітко визначити і розмежувати знання, які працівник уже мав на момент влаштування в компанію, і знаннями, які він набув під час роботи в ній.

В останні кілька десятиліть відбулися зміни в умовах праці і, як наслідок, у ступені лояльності працівників, що підвищило ймовірність порушення неформального договору про нерозголошення.

Тому потрібно звертати більшу увагу на проблему **підвищення лояльності працівників як одного із засобів забезпечення охорони комерційної таємниці**. Від цього роботодавець тільки виграє, оскільки вжиття відповідних заходів дасть змогу підвищити продуктивність і — що важливіше — закріпити кадри, зменшити їх плинність і завдяки цьому звести до мінімуму ризик розголошення комерційної таємниці.

## **Глава 5**

### **ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕДОБРОСОВІСНУ КОНКУРЕНЦІЮ**

---

Правоположення глави 5 коментованого Закону зосереджують увагу на заходах примусового характеру, що застосовуються до суб'єкта господарювання в разі вчинення ним порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції з метою припинення правопорушення, ефективного захисту прав та інтересів потерпілої особи і сприяння розвитку добросовісних конкурентних практик на ринках товарів, робіт та послуг.

Водночас варто зазначити, що положення аналізованої глави, незважаючи на її назву, містять також посилення на засоби правового захисту потерпілої сторони, що мають передусім компенсаційний характер. Так, відшкодування шкоди, завданої внаслідок вчинення протиправних дій (ст. 24), спростування неправдивих, неточних або неповних відомостей (ст. 26) спрямовані суто на відновлення стану потерпілого, що існував до вчинення правопорушення. Функцію покарання правопорушника у сфері економічної конкуренції виконують лише накладення штрафу за недобросовісну конкуренцію (ст. 21) та інші види відповідальності, визначені коментованим Законом (ст. 20). Сутність такого заходу, як вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання (ст. 25), є спірною: на нашу думку, такий засіб правового впливу виконує як компенсаційну (відновлювальну), так і каральну функції.

Характерною ознакою перелічених видів правового впливу на порушника є примусовий характер такого впливу та спрямування на реальну реалізацію забороняючих приписів, викладених у Законі.



## Стаття 20. Види відповідальності

**Вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, тягне за собою відповідальність, передбачену цим Законом.**

**Ключові терміни:** *відповідальність, види відповідальності*

Сприяння розвитку добросовісної конкуренції та її захист забезпечується різноманітними правовими засобами, зокрема застосуванням юридичної відповідальності.

Коментована стаття Закону встановлює юридичну відповідальність за вчинення порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції з метою забезпечення правоохоронної функції закону. Основним видом такої відповідальності є штраф, що може вважатися різновидом адміністративної відповідальності.

Попередня редакція статті Закону містила також посилання на те, що вчинення недобросовісної конкуренції тягне за собою адміністративну, цивільну та кримінальну відповідальності у випадках, передбачених законодавством.

ККУ не передбачає ознак злочину за вчинення дій, визначених як недобросовісна конкуренція. Однак деякі статті ККУ (наприклад, ст. 231 «Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю», ст. 232 «Розголошення комерційної або банківської таємниці») є дещо схожими із статтями 4, 16 та 17 Закону. Проте коментований Закон і ККУ визначають різних суб'єктів складу правопорушень.

КУпАП досі містить ст. 164-3, що самостійно визначає дії, які вважаються недобросовісною конкуренцією. Під такими діями розуміють незаконне копіювання форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само імітацію, копіювання, пряме відтворення товару іншого підприємця, самовільне використання його імені, а також умисне поширення неправдивих або неточних відомостей, які можуть завдати шкоди діловій репутації або майновим інтересам іншого підприємця. Проте органи АМКУ не застосовують цю статтю Кодексу, оскільки її положення стосуються тих правопорушень у сфері захисту від недобросовісної конкуренції, склад яких не відповідає положенням Закону.

Зміст коментованої статті Закону свідчить, що відповідальність за недобросовісну конкуренцію настає лише за вчинення тих дій, які визначені в Законі як недобросовісна конкуренція, і встановлюється виключно цим Законом. Тобто коментована стаття перебуває в нерозривному системному зв'язку зі статтями Закону, котрі визначають, які саме дії є недобросовісною

конкуренцією, та статтями, що передбачають відповідальність за недобросовісну конкуренцію.

Юридична відповідальність, яка передбачена Законом, полягає у застосуванні примусових заходів впливу до осіб, винних у вчиненні дій, визнаних відповідним рішенням органу АМКУ як порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. Так, глава 5 Закону окреслює вичерпні заходи примусового впливу, які можуть бути застосовані з метою припинення порушення та його наслідків: накладення штрафу за недобросовісну конкуренцію (ст. 21), відшкодування шкоди (ст. 24), вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання (ст. 25), спростування неправдивих, неточних або неповних відомостей (ст. 26).

Суб'єктом відповідальності за вчинення акту недобросовісної конкуренції визнається суб'єкт господарювання в розумінні ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції, під яким розуміється юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності чи фізична особа, що здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність, зокрема яка здійснює контроль над іншою юридичною чи фізичною особою; група суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими. У розумінні цієї статті суб'єктами господарювання визнаються також органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також органи адміністративно-господарського управління та контролю в частині їхньої діяльності з виробництва, реалізації, придбання товарів чи іншої господарської діяльності.

Застосування органами АМКУ штрафних санкцій за вчинення недобросовісної конкуренції здійснюється відповідно до ст. 21 Закону. Зокрема штраф встановлюється в розмірі до п'яти відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) суб'єкта господарювання за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Такі норми Закону надають можливість особам, яким завдано шкоди внаслідок вчинення дій, визначених Законом як недобросовісна конкуренція, звернутися до суду з позовом про її відшкодування на підставі ст. 24 Закону.

## Стаття 21. Накладення штрафу за недобросовісну конкуренцію

**Вчинення суб'єктами господарювання дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, тягне за собою накладення штрафу у розмірі до п'яти відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) суб'єкта господарювання за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.**

**Якщо доходу (виручки) немає або відповідач на вимогу органів Анти-монопольного комітету України, голови його територіального відділення не надав відомостей про розмір доходу (виручки), штраф, передбачений частиною першою цієї статті, накладається у розмірі до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Накладення штрафу здійснюється відповідно до частин третьої–сьомої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Суми стягнутих штрафів та пені за прострочення їх сплати зараховуються до державного бюджету.**

**Ключові терміни:** *штраф, відповідальність, санкція*

Одним з найвагоміших важелів впливу, якими наділений АМКУ для реалізації покладених на нього завдань щодо захисту конкуренції, є повноваження з накладення штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Слід зазначити, що останні роки характеризуються підвищенням уваги органів АМКУ до виявлення порушень, визначених як недобросовісна конкуренція. Так, щороку число таких порушень зростає, як і зростають суми штрафів, що накладають на суб'єктів господарювання. Протягом 2012 року органами АМКУ за недобросовісну конкуренцію було накладено штрафів на загальну суму 22 млн грн.

Відповідно до ст. 251 ГКУ АМКУ накладає штрафи на суб'єктів господарювання — юридичних осіб за вчинення дій, визначених як недобросовісна конкуренція. Водночас коментований Закон встановлює кількісні характеристики можливих штрафів:

– до п'яти відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) суб'єкта господарювання за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф;

– до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У питанні щодо порядку визначення розмірів штрафів варто звернутися до судової практики.

Так, 12 жовтня 2010 року господарський суд Хмельницької області у справі № 15/910-10 вирішив задовольнити позов Хмельницького обласного територіального відділення АМКУ про стягнення з АТ «Українська пожежно-страхова компанія» 17000,00 грн. штрафу за порушення статей 1 та 8 Закону.

Розмір штрафу було визначено на підставі довідки, згідно з якою дохід (виручка) товариства від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за 2009 рік становив 35398,03 тис. грн.

В іншій справі № 6/195-07 господарський суд Харківської області у своєму рішенні від 24 жовтня 2007 року задовольнив позов Харківського обласного територіального відділення АМКУ про стягнення з ПП «Ізюм — Автотранспортні послуги» 6800,00 грн. штрафу, який у добровільному порядку не був сплачений підприємством. За відсутності відомостей про доходи правопорушника Харківське обласне територіальне відділення АМКУ вирішило накладити штраф у розмірі 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Відповідно до п. 33 Правил розгляду справ у рішенні вказуються результати розгляду справи по суті, наводяться мотиви рішення, зазначаються дії, які сторони повинні виконати або від яких утриматися, та строк виконання рішення. Крім того, під час вирішення питання про накладення штрафу в резолютивній частині рішення вказується розмір штрафу. У випадку відсутності в рішенні АМКУ мотивів рішення, зазначення дій, які сторони повинні виконати або від яких утриматися, та строку виконання рішення застосування штрафу є неправомірним. Такого ж висновку дійшов ВГСУ в постанові від 19 жовтня 2004 року у справі № 13/137(13/149).

Крім вищезгаданої обов'язкової інформації, у рішенні має зазначатись обґрунтування розміру штрафу. Так, Судова палата у господарських справах ВСУ в постанові від 21 травня 2009 року у справі № 21/17 встановила, що за відсутності в матеріалах справи будь-яких доказів на підтвердження обґрунтованості розміру штрафу, зокрема відомостей про дохід (виручку) компанії, АМКУ прийняв рішення про накладення штрафу, господарські суди всіх інстанцій не надали належної оцінки цій обставині і відповідно їхні рішення були скасовані, а справа передана на новий розгляд у господарський суд першої інстанції.

Як підтверджує практика розгляду справ про порушення конкурентного законодавства, АМКУ не обмежений у способах збирання інформації про дохід (виручку) від реалізації з метою обчислення розміру штрафу. Так, Окружний адміністративний суд міста Києва в постанові від 9 липня 2009 року у справі № 2а-4936/09/2670 підтвердив правомірність отримання інформації про ціни на товар із щотижневика і обсяг реалізації з інформації позивача. Аналогічного висновку дійшов ВГСУ. Так, в оглядовому листі «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про захист економічної конкуренції» від 03.12.2004 № 04-5/3180, зокрема, зазначено, що органи АМКУ у здійсненні наданих їм повноважень не обмежені у виборі джерела отримання інформації.

Основною та найвагомішою із проблем антимонопольного регулювання залишається відсутність методики визначення розмірів штрафів, що підлягають застосуванню за порушення законодавства про захист економічної

конкуренції (зокрема законодавства про захист від недобросовісної конкуренції). Хоча граничні розміри штрафів законодавчо визначені та закріплені у ст. 52 Закону про захист економічної конкуренції та ст. 21 Закону, правила та методики визначення розмірів штрафів, що застосовуються антимонопольним органом, залишаються законодавчо не врегульованими. Така ситуація є негативною з точки зору передбачуваності та якості закону. Окреслена законодавча прогалина є несумісною з низкою засадничих принципів, на основі яких має здійснюватися державне регулювання економіки. На сьогодні діють лише Тимчасові рекомендації щодо визначення орієнтовного розміру штрафу за здійснення економічної концентрації без отримання попередньої згоди (дозволу) органу Комітету у випадку відсутності негативних наслідків для конкуренції, які мають форму внутрішньовідомчого листа АМКУ та регулюють порядок визначення розмірів штрафів за окрему категорію правопорушень. Вирішити зазначену проблему можливо шляхом розробки правил та методик визначення розмірів штрафів за порушення конкурентного законодавства та їх затвердження на рівні підзаконних нормативних актів.

У більшості держав-членів ЄС національне законодавство про захист економічної конкуренції містить спеціальні правила або методики стосовно визначення розмірів штрафів.

Комісія ЄС під час визначення розміру штрафу керується Керівництвом (Правилами) щодо методу визначення штрафів. Остання редакція таких Правил була опублікована в 2006 році (*Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation № 1/2003*)<sup>82</sup>. Такі правила приймає сама Комісія задля забезпечення прозорості та неупередженості її рішень.

Європейська Комісія для визначення остаточної суми штрафу спершу визначає базовий розмір штрафу, після чого збільшує або зменшує цю суму, враховуючи всі пом'якшуючі та обтяжуючі обставини справи.

Так, до обтяжуючих обставин, зокрема, належать:

- повторність порушення (рецидив), тобто факт продовження або повторення того самого або подібного порушення, після того як така протиправна поведінка вже була виявлена антимонопольними органами;
- відмова від співпраці в рамках розслідування та/або створення перешкод під час проведення розслідування;
- активна роль, яку суб'єкт відігравав у порушенні (під час вчинення порушення групою суб'єктів).

До низки пом'якшуючих обставин належать:

- припинення порушення одразу після втручання Комісії;
- недбалість, якщо порушник надасть Комісії відповідні докази;
- обмежена участь компанії в порушенні;
- співпраця з антимонопольними органами в процесі розслідування.

---

<sup>82</sup> Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 // Official Journal C 210. — 01.09.2006. — P. 2-5.

У **Норвегії** на обчислення штрафів впливає тяжкість і тривалість порушення. Під час оцінювання тяжкості порушення окрему увагу приділяють характеру порушення; безпосередньому впливу порушення на ринок; розміру ринку, що зазнав впливу від порушення; прибутку підприємства і ступеню його вини; а також ролі в порушенні; чи узгоджені дії фактично здійснювалися; чи підприємство могло попередити порушення шляхом застосування правил, інструкцій, навчання, нагляду або інших дій; чи підприємство співпрацювало з антимонопольним органом під час проведення розслідування. Тривалість порушення також впливає на обчислення штрафів. За порушення, що тривало протягом періоду від одного до п'яти років, сума штрафу може бути збільшена на суму до 50 %. Якщо тривалість порушення перевищує п'ять років, то сума штрафу може бути збільшена на суму до 10 % за кожен рік тривалості порушення.

У **Швейцарії** залежно від тяжкості й типу порушення базова сума може сягати 10 % обороту підприємства на відповідному ринку, але оборот обчислюється за останні три роки. Антимонопольна комісія оцінює також тривалість порушення. Якщо порушення тривало протягом періоду від одного до п'яти років, то базова сума штрафу збільшується до 50 %. Якщо порушення тривало довше, ніж п'ять років, базова сума штрафу збільшується шляхом додавання 10 % до базової суми за кожен додатковий рік тривалості порушення. На наступному етапі визначення розміру штрафу оцінюються обтяжуючі та пом'якшуючі обставини.

У **Італії** базова сума штрафу обчислюється з урахуванням ступеня тяжкості порушення, помноженого на кількість років участі в такому порушенні (максимальний рівень — до 30 % від вартості продажів). У цій країні обтяжуючими обставинами, що впливають на тяжкість порушення, можуть бути: провідна роль, яку підприємство відіграло в порушенні; поведінка, що створювала можливі перешкоди та ускладнювала розслідування; повторність порушення; усвідомлення антиконкурентної природи поведінки.

У **Швеції** для обчислення розміру санкції на першому етапі, тобто під час визначення базової суми штрафу, береться до уваги тяжкість порушення. У цьому відношенні особливу увагу приділяють характеру порушення, розміру ринку та фактичному або потенційному впливу, який здійснило порушення на конкуренцію на відповідному ринку. Чим довшою є тривалість, тим серйознішим вважається порушення. Під час визначення суми штрафу враховуються також обтяжуючі та пом'якшуючі обставини. Крім того, також беруться до уваги характер порушення та фінансовий стан підприємства.

У **Чеській Республіці** національний антимонопольний орган визначає базову суму штрафу, враховуючи інтенсивність порушення конкурентного законодавства, тобто залежно від ступеня тяжкості незаконної поведінки.

У підході до визначення базової суми штрафу в **Данії** передбачено шкалу для обчислення додаткової пені залежно від тривалості порушення. Якщо порушення тривало менше року, то штраф не збільшується; до п'яти років — збільшується

ся на суму до 50 %; якщо тривалість була понад п'ять років — збільшення на 10 % від суми за кожен рік, у якому тривало порушення. Також беруться до уваги обтяжуючі, пом'якшуючі обставини та обсяги продажів відповідного підприємства.

Щодо питання **неспроможності сплатити накладений штраф**, то цей аспект не передбачено чинним конкурентним законодавством. Видається, що в такому випадку суб'єкту господарювання можуть загрожувати навіть такі наслідки, як припинення його діяльності шляхом банкрутства. Проте основною метою накладення санкцій за порушення конкурентних норм є покарання за порушення та їх попередження в майбутньому. При цьому санкції мають бути співрозмірними із вчиненим діянням.

Так, штрафні санкції, які застосовуються органами Антимонопольного комітету України за своєю природою є адміністративно-господарськими санкціями, які спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків, а отже, повинні бути **пропорційними вчиненому порушенню**. Зазначений висновок прямо впливає зі змісту рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004, в якому визначено принцип пропорційності в першу чергу як процесуальну справедливість: «у сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності... цілям законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення... Справедливість — одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, один із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню».

Накладення штрафу є позбавленням особи можливості розпоряджатись грошовими коштами, які розглядаються як майно в контексті статті 1 Протоколу Першого до Європейської конвенції з прав людини. В свою чергу, в практиці Європейського суду з прав людини, яка відповідно до статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є джерелом права, закріплено вимогу, що будь-яке втручання публічної влади у власність не повинно порушувати «справедливий баланс» між вимогами щодо захисту прав та інтересів індивіда та інтересами суспільства (*Sporrong and Lönnroth v. Sweden, Series A № 52, § 69, Broniowski v. Poland* (заява N 31443/96)).

Звертаючись до іноземного досвіду, слід зазначити, що неспроможність сплатити штраф згідно з п. 35 зазначених вище Правил у виключних випадках враховується Комісією. Це питання досліджується тільки в особливому соціальному й економічному контексті на запит підприємства, і така неспроможність враховується за умови, що вона створить безповоротний ризик для економічної життєздатності підприємства (наприклад, звільнення значної кількості працівників, негативні наслідки для всього ринку, банкрутство тощо).

На нашу думку, врахування положень законодавства ЄС щодо методик визначення розмірів штрафів та європейської правозастосовної практики під час

підготовки проекту методики (правил) визначення розміру штрафу сприятиме ефективній гармонізації вітчизняного антимонопольного законодавства із законодавством ЄС та допоможе привести правозастосовну практику у відповідність до європейських стандартів.

*Статтю 22 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008*

*Статтю 23 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008*

## **Стаття 24. Відшкодування шкоди**

**Особи, яким завдано шкоду внаслідок вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, можуть звернутися до суду із позовом про її відшкодування.**

**Ключові терміни:** *шкода; реальні збитки; упущена вигода; шкода, завдана діловій репутації юридичної особи*

Коментована стаття закріплює право особи на звернення до суду з позовом про відшкодування шкоди, яка була завдана внаслідок вчинення дій, визначених як недобросовісна конкуренція. Зазначене положення спрямоване на реалізацію норм Конституції України, зокрема частини четвертої ст. 32, а також норм чинного цивільного законодавства України. Цей інститут є важливою гарантією захисту прав і свобод громадян та законних інтересів юридичних осіб.

У цьому контексті потрібно насамперед надати тлумачення поняттю «шкода», визначити співвідношення таких правових категорій, як «шкода» та «юридична відповідальність», а також визначити форму відповідальності (відшкодування шкоди) як способу захисту порушених прав і відновлення становища, яке існувало до порушення.

Законодавство України не розкриває поняття шкоди. У свою чергу, в юридичній науковій літературі та судовій практиці встановлено, що під шкодою необхідно розуміти будь-які несприятливі для потерпілого наслідки.

Тлумачення терміна «юридична відповідальність» також не є однозначним у теорії права. Однак єдність у тому, що для настання цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди необхідним є встановлення наявності усієї сукупності ознак складу цивільного правопорушення (протиправність діяння, факт заподіяння шкоди, причинний зв'язок між протиправним діянням і шкодою, вина заподіювача шкоди), тоді як відсутність хоча б однієї з цих ознак виключає настання відповідальності.



Отже, шкода розглядається як умова настання цивільно-правової відповідальності і без її наявності обов'язок щодо відшкодування не виникає.

Відповідно до статей 11, 16, 22 і 23 ЦКУ способом захисту цивільних прав та інтересів шляхом звернення до суду з відповідною заявою може бути відшкодування як матеріальної (майнової) шкоди, так і моральної (немайнової) шкоди.

Тобто коментована стаття закріплює право особи на звернення до суду з позовом про відшкодування як матеріальної (майнової), так і моральної (немайнової) шкоди.

Для тлумачення поняття «матеріальна (майнова) шкода» слід виходити зі змісту ст. 22 ЦКУ, а саме: до матеріальної шкоди відносять реальні збитки та упущену вигоду.

Під час надання правової дефініції поняттю «моральна (немайнова) шкода» доцільно брати до уваги рекомендації, викладені у постанові Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 № 4 (із змінами, внесеними згідно з постановами від 25.05.2001 № 5 та від 27.02.2009 № 1). Згідно з п. 3 постанови під **моральною шкодою** слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Під **немайною шкодою, заподіяною юридичній особі**, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підірив довіри до її діяльності.

Необхідно також зазначити, що моральна шкода відшкодовується незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню, та не пов'язана з розміром цього відшкодування (частина четверта ст. 23 ЦКУ).

Під час визначення суб'єктного складу відповідного судового спору доцільно виходити з того, що заподіяна матеріальна (майнова) та моральна (немайнова) шкода відшкодовується тій фізичній чи юридичній особі, права якої були безпосередньо порушені протиправними діями (бездіяльністю) інших осіб. З огляду на те, що коментований Закон визначає правові засади захисту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції, то саме зазначені особи належать до кола суб'єктів, які можуть звертатися до суду з позовом.

Відповідно до інформаційного листа ВГСУ від 15.01.2009 № 01-08/11 підвідомчість та підсудність справ у відповідних спорах має визначатися на загальних підставах, визначених процесуальним законодавством України.

Ст. 1 ГПК визначає, що підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (зокрема іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому по-

ряду набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звертатися до господарського суду згідно з встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів. Отже, господарським судам підвідомчі спори про відшкодування шкоди, завданої внаслідок вчинення дій, визначених коментованим Законом як недобросовісна конкуренція. Цю категорію спорів розглядають за місцем знаходження відповідача, а у спорах за участю кількох відповідачів — за місцезнаходженням одного з відповідачів за вибором позивача.

Коментованим Законом, а також будь-яким іншим нормативно-правовим актом не затверджено методики щодо визначення розміру шкоди, яка підлягає відшкодуванню в межах закону. Судова практика України є неоднозначною під час вирішення цього питання. Крім того, досить складним є доказування реальності відповідних доходів за звичайних обставин. Так, у справі № 27/195/2011 за позовом Луганської регіональної торгово-промислової палати до відповідача — фізичної особи-підприємця Донецький апеляційний господарський суд залишив без задоволення апеляційну скаргу, чим залишив без змін рішення господарського суду Луганської області, яким у позові про стягнення збитків у сумі 10000 грн. та моральної шкоди в сумі 5000 грн. відмовлено на основі недоведеності обставин.

З метою точнішого тлумачення та застосування норм цього Закону, необхідно звернути увагу на історичне походження та розвиток коментованої норми. У редакції Закону від 11.06.2003 ст. 24 мала назву «Відшкодування збитків», а її текст був таким:

Збитки, заподіяні внаслідок вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, підлягають відшкодуванню за позовами заінтересованих осіб у порядку, визначеному цивільним законодавством України.

Відповідно до статей 11, 16, 22 і 23 ЦКУ способом захисту цивільних прав та інтересів шляхом звернення до суду з відповідною заявою може бути не лише відшкодування збитків, а й інші способи відшкодування матеріальної (майнової) шкоди. Отже, зміни у ст. 24 спрямовані на узгодження положень цієї статті з нормами ЦКУ. Варто також зазначити, що аналогічні положення містяться у ст. 55 Закону про захист економічної конкуренції.

Коментована норма спрямована на стимулювання осіб, яким завдано шкоду внаслідок вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, до захисту своїх прав безпосередньо в судах.

## **Стаття 25. Вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання**

**У разі визнання вчинення порушень, передбачених статтями 4 і 6 цього Закону, органи Антимонопольного комітету України або особи, права яких порушені, мають право звернутися до суду із позовом про вилучення відповідних товарів з неправомірно використаним позначенням, копій виробів іншого суб'єкта господарювання і у виробника, і у продавця.**

**Порядок використання вилучених товарів визначається Кабінетом Міністрів України.**

**Рішення про вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання приймається у разі, якщо можливість змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання не може бути усунена в інший спосіб.**

**Ключові терміни:** *вилучення товарів, використання позначень, копіювання зовнішнього вигляду виробів*

Коментована стаття Закону передбачає можливість застосування такого засобу примусу до осіб, дії яких визнані недобросовісною конкуренцією, як вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання.

Вилучення товарів здійснюється на підставі рішення суду, яке приймається за результатами розгляду позову органів АМКУ або особи, права якої порушено внаслідок вчинення дій, визнаних як порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого статтями 4 та 6 Закону.

Застосування коментованої статті Закону в частині звернення АМКУ до суду здійснюється у взаємозв'язку із ст. 25 Закону про АМКУ, яка встановлює підстави для звернення АМКУ та його територіальних відділень до суду. Відповідно до цієї статті Закону АМКУ наділений повноваженнями подавати позови до суду, зокрема про безоплатне вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та (або) копій виробів іншого суб'єкта господарювання.

Розгляд судової справи про вилучення товарів може здійснюватися також на підставі позову осіб, права яких порушено внаслідок вчинення порушень, передбачених статтями 4 і 6 цього Закону. При цьому коментована стаття Закону не визначає такого кола осіб, однак, виходячи із змісту преамбули та ст. 1 Закону, такими особами можна вважати споживачів та конкурентів особи, дії якої визнано недобросовісною конкуренцією.

Так, у п. 92 постанови пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 № 12 вказано, що, вирішуючи спори у справах щодо вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів інших суб'єктів господарювання, господарським судам з огляду на положення частини третьої ст. 25 Закону про недобросовісну конкуренцію в кожному конкретному випадку необхідно з'ясовувати, чи може бути можливість змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання усунена в інший спосіб, ніж вилучення товару чи копій виробів, і приймати рішення про таке вилучення лише за відсутності іншого способу захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єкта господарювання, який звернувся по такий захист.

Відповідно до коментованої статті Закону вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів може бути здійснено за рішенням суду також у разі відсутності можливості в особи, щодо якої органом АМКУ прийнято рішення про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, вплинути на господарський обіг поширених ним товарів. Наприклад, товар перебуває в мережах гуртової/роздрібною торгівлі і не є власністю особи, щодо якої органом АМКУ прийнято рішення про порушення.

Питання щодо використання вилучених товарів наразі залишається відкритим, оскільки порядок використання таких товарів внаслідок порушення добросовісної конкуренції досі не встановлено.

## **Стаття 26. Спростування неправдивих, неточних або неповних відомостей**

**У разі встановлення факту дискредитації суб'єкта господарювання органи Антимонопольного комітету України мають право прийняти рішення про офіційне спростування за рахунок порушника поширених ним неправдивих, неточних або неповних відомостей у строк і спосіб, визначені законодавством або цим рішенням.**

**Ключові терміни:** *дискредитація, інформація, спростування*

Коментована стаття за змістом повністю відповідає ст. 256 ГКУ і встановлює можливість АМКУ приймати обов'язкові до виконання рішення про спростування за рахунок порушника відомостей дискредитаційного характеру. Проте наведені норми можуть застосовуватись АМКУ виключно в межах його компетенції та стосовно порушень, що мають ознаки недобросовісної конкуренції. Якщо відносин конкуренції між сторонами конфлікту немає, АМКУ не може приймати рішення про спростування інформації, що дискредитує суб'єкта господарювання.

Така позиція, зокрема, міститься в постанові ВГСУ від 17 січня 2006 року у справі № 09/292 (у подальшому щодо цієї постанови було відмовлено в порушенні провадження з перегляду ВСУ). Зокрема ВГСУ зазначив:

Однак з установлених попередніми судовими інстанціями обставин жодним чином не вбачається наявності у спірних правовідносинах взагалі будь-якої економічної конкуренції в розумінні наведених приписів Господарського кодексу України, Закону України «Про захист економічної конкуренції» чи Закону [«Про захист від недобросовісної конкуренції»], в тому числі й недобросовісної. Відтак у попередніх судових інстанціях не було правових підстав для кваліфікації дій міської ради як правопорушення, передбаченого статтею 8 Закону. Отже, ця норма неправильно застосована ними у розгляді справи, що, в свою чергу, потягла й неправильне застосування судом першої інстанції статті 90 ГПК України.

При цьому варто зазначити, що правомірність такого рішення АМКУ прямо залежить від наявності даних, що мали місце на момент винесення рішення, та достатньої деталізації в частині кваліфікації дій суб'єкта, щодо якого було прийнято рішення. Так, постановою ВГСУ від 15 грудня 2009 року у справі № 13/16н було визнано недійсним рішення АМКУ про кваліфікацію дій підприємства як недобросовісної конкуренції, що кваліфікується за ст. 8 Закону про недобросовісну конкуренцію, накладення штрафу в розмірі 10000 грн. та зобов'язання порушника за власний рахунок надати офіційне спростування поширених ним неправдивих, неточних або неповних відомостей, які могли завдати шкоди діловій репутації. Підставою для скасування рішення АМКУ стало те, що поширена інформація обґрунтовувалася наказом МВС України, який у подальшому було скасовано. Однак на момент поширення інформації вона відповідала змісту наказу. Більш того, рішення АМКУ було сформульовано невизначено: «...в частині кваліфікації дій Підприємства...» (чи була поширювана інформація «неточною» або «неповною» та в якій саме частині).

Тобто органам АМКУ під час винесення рішень про спростування неправдивих, неточних або неповних відомостей, окрім вимог до обґрунтованості, варто приділяти достатню увагу визначеності формулювань самого рішення.

У звичайній системі права справи про поширення неправдивих, неточних чи неповних відомостей регулюються в системі деліктного права (*Tort Law*).

Однією з найвідоміших справ у США про поширення дискредитаційної інформації є справа *New York Times v Sullivan* (376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686 [1964]). Під час розгляду цієї справи Верховний суд США встановив, що обов'язковою ознакою для притягнення до відповідальності за поширення дискредитаційної інформації є наявність прямого наміру, який визначається як «будь-яке твердження, зроблене з усвідомленням про його недостовірність чи під впливом недбалого нехтування правдою».

## **Глава 6**

### **ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ**

### **ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ**

---

Положення глави 6 коментованого Закону встановлюють правові засади функціонування системи захисту від недобросовісної конкуренції. Насамперед докладно обумовлено порядок реалізації суб'єктами господарювання права на звернення із заявою про захист прав до повноважного органу — АМКУ.

Так, передбачено правові приписи щодо строку для звернення із заявою про захист прав (ст. 28) та строку давності притягнення порушника до юридичної відповідальності (ст. 28-1), змісту та порядку винесення АМКУ попереднього (ст. 29) та остаточного рішення (ст. 30) у справі.

Водночас глава 6 не містить жодних приписів, що визначають порядок розгляду АМКУ справ про недобросовісну конкуренцію, порядок виконання його рішень та розпоряджень, їх перевірку та оскарження. Відповідні положення містяться в інших нормативно-правових актах, передусім у Законі України «Про захист економічної конкуренції» та Законі України «Про Антимонопольний комітет України».

Окремо слід згадати положення ст. 33 коментованого Закону щодо правил професійної етики, що уповноважують суб'єктів господарювання розробляти правила професійної етики у певних галузях господарювання. Відповідний припис має неабияке значення для дотримання добросовісних практик на добровільних засадах та визначати звичайну добросовісну поведінку у конкурентних відносинах на певних товарних ринках.

## Стаття 27. Процесуальні засади діяльності органів Антимонопольного комітету України щодо захисту від недобросовісної конкуренції

**Процесуальні засади діяльності органів Антимонопольного комітету України щодо захисту від недобросовісної конкуренції, зокрема розгляд справ про недобросовісну конкуренцію, порядок виконання рішень та розпоряджень органів Антимонопольного комітету України, голів його територіальних відділень, їх перевірка, перегляд, оскарження та гарантії учасників процесу, інші питання щодо захисту від недобросовісної конкуренції регулюються законодавством про захист економічної конкуренції з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.**

**Ключові терміни:** процесуальні засади, розгляд справ, виконання рішень, оскарження

Коментована норма Закону має бланкетний характер та вказує, що основне правове регулювання конкуренційного процесу під час розгляду справ про недобросовісну конкуренцію — питання підвідомчості справ, підстав для порушення справи, складу осіб, які беруть участь у справі, їхніх прав і обов'язків, стадій розгляду справ, доказів і доказування, питань процесуальної форми, порядку винесення рішень за результатами розгляду справ, їх перегляду, виконання та оскарження тощо — здійснюється згідно з розділом VII «Розгляд справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції» Закону про захист економічної конкуренції та Правилами розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції<sup>83</sup>, які визначають окремі особливості порядку розгляду заяв, справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема про захист від недобросовісної конкуренції.

Особливості конкуренційного процесу під час розгляду справ про недобросовісну конкуренцію згідно із Законом (порівняно із Законом про захист економічної конкуренції) полягають в такому.

**Підстави порушення справ.** Справи про недобросовісну конкуренцію можуть бути порушені АМКУ на підставі заяви особи, права чи інтереси якої порушені актом недобросовісної конкуренції, якщо така особа звернеться із заявою до АМКУ протягом шести місяців з дня, коли вона дізналася або повинна була дізнатися про порушення своїх прав (ст. 28 Закону). Як підтверджує судова практика<sup>84</sup>, приводи для порушення справи, встановлені ст. 36 Закону про захист економічної конкуренції, застосовуються і до справ про не-

<sup>83</sup> Правила розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (Правила розгляду справ), затверджені розпорядженням АМКУ від 19.04.1994 № 5.

<sup>84</sup> Постанова ВГСУ від 6 липня 2010 року у справі № 11/170-0-09.

добросовісну конкуренцію. Однак, шестимісячний строк, зазначений у ст. 28 Закону, діє тільки щодо заяви особи як приводу для порушення справи. Як передбачено ст. 36 Закону про захист економічної конкуренції, приводом для порушення справи можуть бути, крім заяви потерпілої сторони, подання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та власна ініціатива органів АМКУ (відповідно до принципу *ex officio*).

**Строк давності.** Строк давності притягнення до відповідальності за недобросовісну конкуренцію (ст. 28-1 Закону) становить три роки з дня вчинення порушення, а в разі триваючого порушення — з дня закінчення вчинення порушення. Водночас згідно із Законом про захист економічної конкуренції (ст. 42) загальний строк давності притягнення до відповідальності становить п'ять років з дня вчинення порушення чи з дня закінчення вчинення триваючого порушення, а в разі вчинення порушень, передбачених пунктами 13–16 ст. 50 вказаного Закону — вказаний строк становить три роки.

**Рішення АМКУ.** Крім рішень, які передбачені Законом про захист економічної конкуренції (ст. 48): визнання факту вчинення порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, припинення порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, накладення штрафу, закриття провадження у справі, ст. 30 Закону передбачено такий вид санкції, як офіційне спростування за рахунок порушника поширених ним неправдивих, неточних або неповних відомостей.

**Підстави закриття провадження.** Згідно із ст. 30 Закону в разі надходження від заявника клопотання про відмову від заяви про захист своїх прав органи АМКУ можуть прийняти рішення про закриття провадження у справі. Водночас ст. 49 Закону про захист економічної конкуренції, яка визначає підстави для закриття провадження у справі, така підстава, як відмова заявника від захисту своїх прав для закриття провадження у справі, не передбачена.

Основною підставою для початку розгляду справи є наявність у діях порушника ознак акту недобросовісної конкуренції.

Слід звернути увагу на коло суб'єктів, за заявою яких може бути порушено справу — це суб'єкти господарювання (згідно з визначенням ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції). Певні складнощі в цьому випадку можуть виникнути у суб'єкта, який діє без легалізованого статусу суб'єкта господарювання, оскільки законодавство про захист від недобросовісної конкуренції прямо не передбачає такої категорії суб'єктів. У такому разі можливість порушення справи для захисту інтересів цієї особи визначається на розсуд АМКУ.



Вказане стосується й можливості порушення справи на підставі заяви фізичної особи-споживача. Зокрема, як роз'яснив АМКУ в інформаційному листі від 17.02.2009 № 54/01<sup>85</sup>, коментуючи зміни до ст. 15-1 Закону, поширення інформації, що вводить в оману, з огляду на положення частини другої ст. 1 Закону про захист економічної конкуренції, має оцінюватися у контексті «дій у конкуренції», тобто на момент поширення окресленої інформації відповідні суб'єкти господарювання мають перебувати у конкурентних відносинах. Основним критерієм віднесення розгляду справ про порушення, пов'язані з недобросовісною рекламою, до компетенції саме органів Комітету є отримання рекламодавцем, внаслідок введення споживачів (фізичних, юридичних осіб) в оману, неправомірних переваг перед його конкурентами. При цьому слід враховувати, що припинення будь-яких проявів недобросовісної реклами, спрямованої лише на споживачів — юридичних осіб, не належить до компетенції Держспоживстандарту.

Цю позицію АМКУ, незважаючи на її викладення в контексті справ про недобросовісну рекламу, фактично слід розуміти так, що якщо порушуються справи юридичних осіб-споживачів, справу може розглядати АМКУ за правилами Закону, якщо ж порушуються права фізичних осіб — справа розглядається в порядку Закону про захист прав споживачів, зокрема на підставі ст. 19 вказаного Закону, яка визначає заборону нечесної підприємницької діяльності. І справді, практика порушення справ АМКУ про недобросовісну конкуренцію за заявами фізичних осіб-споживачів поки що не є усталеною. Однак спостерігається тенденція до її поширення.

Така ситуація зумовлена особливостями Закону, які полягають в тому, що акти недобросовісної конкуренції є передусім порушеннями приватного інтересу суб'єкта господарювання, проти якого спрямований такий акт недобросовісної конкуренції, а припинення наслідків такого акту недобросовісної конкуренції для споживачів є предметом регулювання законодавства про захист прав споживачів. Однак, як показує практика правозастосування, з метою захисту публічного інтересу, зокрема споживачів, АМКУ може порушувати справи за власною ініціативою, зокрема в таких сферах, як недобросовісна реклама фармацевтичних препаратів, де є пряма загроза життю та здоров'ю споживачів.

Тому, навіть якщо фізичній особі-споживачу АМКУ буде відмовлено в порушенні справи, за наявності підстав для порушення справи АМКУ може порушувати справу за власною ініціативою (так звану фактову справу) з метою захисту прав споживачів. У подальшому на підставі рішення АМКУ, яким буде встановлено факт порушення, ці споживачі можуть звернутися з цивільним позовом до порушника за відшкодуванням шкоди, завданої актом недобросовісної конкуренції.

---

<sup>85</sup> Інформаційний лист «Про особливості застосування положень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»» від 18 грудня 2008 року № 689-VI» від 17.02.2009 № 54/01.

## Стаття 28. Строк звернення із заявою про захист прав

**Особи, права яких порушені діями, визначеними цим Законом як недобросовісна конкуренція, можуть протягом шести місяців з дня, коли вони дізнались або повинні були дізнатися про порушення своїх прав, звернутися до Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень із заявою про захист своїх прав.**

**Закінчення строку звернення із заявою є підставою для відмови у прийнятті заяви, якщо орган Антимонопольного комітету України не визнає поважними причини пропуску строку звернення із заявою.**

**Ключові терміни:** *строк звернення, порушення прав*

Зазначений строк є строком давності, тобто строком, протягом якого особа може звернутися за захистом свого порушеного права чи інтересу в межах квазісудової процедури, якою є процедура розгляду АМКУ справ про недобросовісну конкуренцію. Мета введення такого інституту в конкурентному процесі — забезпечення стабільності економічного обороту та впевненості його учасників у тому, що вони можуть бути захищені від безпідставних вимог та претензій щодо порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. Також метою обмеження строку давності для звернення із заявою про порушення справи про недобросовісну конкуренцію є той факт, що докази вчинення акту недобросовісної конкуренції (наприклад, продукція, маркована чужим зображувальним позначенням чи торговою маркою) можуть зберігатися лише протягом певного періоду часу, а негативний вплив порушення на конкурентне становище потерпілої особи на ринку нівелюється часом та динамікою ділового обороту. З іншого боку, суб'єкти господарювання змушені пильно вивчати ситуацію на своєму товарному ринку з тим, щоб вчасно виявити вчинення акту недобросовісної конкуренції щодо себе та вчасно вжити заходів захисту, зокрема звернутися з відповідною заявою в АМКУ. Якщо все ж таки строк звернення із заявою пропущено з поважних причин, під час подання заяви в АМКУ слід окремо клопотати про поновлення строку на звернення із заявою з викладенням поважності причин пропуску строку.

Однак порушник, який вчинив акт недобросовісної конкуренції в минулому, за яким сплив строк позовної давності, не може почувати себе повністю таким, що уникнув відповідальності, адже, незважаючи на відмову заявнику в порушенні справи у зв'язку із закінченням строку звернення із заявою, законодавство про захист конкуренції водночас не обмежує органи АМКУ за наявності ознак порушення порушити справу за власною ініціативою (якщо не сплив строк давності притягнення до відповідальності, передбачений ст. 28-1 Закону).

За таких обставин строк звернення із заявою про захист прав є фактично зайвим інститутом у законодавстві, враховуючи наявність інституту строку давності притягнення до відповідальності, оскільки обидва інститути по суті мають те саме призначення — обмеження в часі періоду, протягом якого порушник може бути притягнутий до відповідальності за недобросовісну конкуренцію. Більше того, у цивільному процесі пропуск строку позовної давності є підставою для відмови в позові, а не відмови для прийняття судом позовної заяви, і навіть відмовивши у позові, суд своїм рішенням може встановити факт порушення прав чи інтересів позивача, яке той в подальшому використає як преюдицію. Натомість у конкурентному процесі такої можливості немає, тому й немає, на наш погляд, необхідності в інституті позовної давності за наявності інституту строку давності притягнення до відповідальності.

### **Стаття 28-1. Строк давності притягнення до відповідальності за недобросовісну конкуренцію**

**Суб'єкт господарювання не може бути притягнутий до відповідальності за вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, якщо закінчився строк давності притягнення до відповідальності.**

**Строк давності притягнення до відповідальності за недобросовісну конкуренцію становить три роки з дня вчинення порушення, а в разі триваючого порушення — з дня закінчення вчинення порушення.**

**Перебіг строку давності зупиняється на час розгляду органами Антимонопольного комітету України справи про недобросовісну конкуренцію.**

**Ключові терміни:** *строк давності, перебіг строку, обчислення строку*

Відповідальність за недобросовісну конкуренцію є видом юридичної відповідальності. Тому для неї характерні засади, притаманні цьому правовому інституту. Зокрема важливими у цьому контексті є такі принципи, як невідворотність настання відповідальності і доцільність<sup>86</sup>. Саме з їх забезпеченням і реалізацією пов'язане питання встановлення строків давності притягнення до відповідальності.

За своєю суттю визначення часових меж застосування державою примусових заходів впливу на правопорушника прямо пов'язане із ступенем суспільної небезпеки протиправного діяння. При цьому важливим чинником є те, що

---

<sup>86</sup> Теория государства и права / С. С. Алексеев, С. И. Архипов и др. — М.: Норма, 2005. — 496 с.

сплив певного часу суттєво впливає на досягнення цілей юридичної відповідальності. У теорії права їх виділяють три<sup>87</sup>:

- охорона існуючого суспільного ладу та правопорядку;
- покарання винного;
- запобігання правопорушенням у майбутньому.

Зі спливом певного часу з моменту вчинення правопорушення рівень його суспільної небезпеки знижується, так само як і зменшується небезпечність суб'єкта, який його вчинив. Окрім того, з часом певні докази, які могли б свідчити про наявність правопорушення, можуть бути втрачені, внаслідок чого процес доказування факту правопорушення ускладнюється, що, у свою чергу, впливає на об'єктивність такої процедури.

Отже, досягнення цілей юридичної відповідальності або надто ускладнюється, або перестає бути доцільним у тих умовах, що склалися з плином часу. Саме тому інститут давності як обставина, що виключає притягнення до юридичної відповідальності, використовується в різних галузях права. Наприклад, ст. 49 ККУ визначає строки давності для притягнення до кримінальної відповідальності (при цьому строки різняться залежно від тяжкості вчиненого злочину), а стаття 38 КУпАП визначає строки давності для притягнення до адміністративної відповідальності шляхом накладення адміністративних стягнень.

Проте враховуючи правову природу відповідальності за порушення законодавства про недобросовісну конкуренцію, цікавішим для дослідження є положення ст. 250 ГКУ, згідно з яким адміністративно-господарські санкції можуть бути застосовані до суб'єкта господарювання протягом шести місяців з дня виявлення порушення, але не пізніше як через один рік з дня порушення цим суб'єктом встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності, крім випадків, передбачених законом. Очевидно, що відповідальність за порушення законодавства про недобросовісну конкуренцію встановлюється у вигляді санкцій, які за своїм змістом є адміністративно-господарськими, виходячи з визначення, що міститься у ст. 238 ГКУ<sup>88</sup>.

Виникає логічне запитання: на яких підставах для порушень законодавства про недобросовісну конкуренцію встановлено строк давності, що відрізняється від загального для подібних видів правопорушень. У пункті 5 постанови пленуму ВГСУ від 26.12.2011 № 15 зазначається, що до відносин з розгляду справ зі спорів про визнання недійсними рішень органів АМКУ про застосування заходів відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції необхідно застосовувати строки давності, передбачені ст. 42 Закону про захист економічної конкуренції і ст. 28-1 Закону. ВГСУ прямо зазначив, що положення ст. 250 ГКУ до цих відносин не застосовуються.

<sup>87</sup> Там само.

<sup>88</sup> Докладніше про характер відповідальності за недобросовісну конкуренцію та її співвідношення з поняттям «адміністративно-господарська санкція» див. коментар до глави 5.

Такий висновок випливає з того, що ст. 250 ГКУ передбачає можливість встановлення законом відмінного від загального строку давності для застосування адміністративно-господарських санкцій.

Нормою коментованої статті встановлено трирічний строк давності притягнення до відповідальності. Проте, наприклад, ст. 42 Закону про захист економічної конкуренції встановлює п'ятирічний строк давності. При цьому підходи до обчислення строку ідентичні: початок перебігу строку — з дня вчинення порушення, а в разі триваючого порушення — з дня закінчення вчинення порушення. Логічним у такому разі є запитання, чим саме керувався законодавець, встановлюючи різні строки давності для порушень законодавства у подібних правовідносинах.

Слід зазначити, що недобросовісна конкуренція і порушення законодавства про захист економічної конкуренції, попри зовнішню подібність, є різними видами правовідносин. Класичними порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції прийнято вважати антиконкурентні узгоджені дії (що часто виражаються, зокрема, у картельних змовах) та зловживання домінуючим становищем. Специфікою цих правопорушень є те, що вони спрямовані на досягнення певної згоди, певної фіксованої, узгодженої моделі поведінки учасників ринку. Навіть у випадку одноособового зловживання монополієм становищем певного господарюючого суб'єкта слід казати про те, що за мету порушник встановлює для себе досягнення певного сценарію поведінки на ринку, який обмежує конкуренцію. Водночас недобросовісна конкуренція — активний конфлікт між учасниками ринку, спір між сторонами щодо завдання одним з учасників відносин шкоди інтересам другого. У деяких країнах ЄС правовідносини, що виникають внаслідок недобросовісної конкуренції, належать до цивільно-правових деліктів<sup>89</sup>. Водночас окремі держави ЄС відносять питання недобросовісної конкуренції до предмета регулювання законодавства про захист прав споживачів<sup>90</sup>. У зв'язку з цим у законодавстві багатьох інших держав складно віднайти положення про строки давності притягнення до відповідальності в межах адміністративних процедур. Наприклад, у ст. 11 Федерального закону Німеччини «Про недобросовісну конкуренцію» (*Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) визначено строк позовної давності щодо недобросовісної конкуренції, який становить шість місяців з дня виявлення порушення. Такий приклад досить наочно демонструє, що німецька правова система розуміє недобросовісну конкуренцію саме як вид делікту, тому спосіб захисту прав встановлено відповідний.

Тому, визначаючи, з яких підстав законодавець встановив наявні сьогодні строки притягнення до відповідальності, слід враховувати особливості національної правової системи. Зокрема згаданий вище трирічний строк пов'язаний

---

<sup>89</sup> Frauke Henning-Bodewig. *Unfair Competition Law: European Union and Member States*. — Р. XV. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://books.google.com.ua/books?id=J7Xie0tNZTUC&printsec=frontcover&hl=uk&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.ua/books?id=J7Xie0tNZTUC&printsec=frontcover&hl=uk&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

<sup>90</sup> Там само.

насамперед з тим, що органом, уповноваженим здійснювати відповідні розслідування та застосовувати заходи відповідальності до порушників, є АМКУ. Фактично АМКУ володіє не притаманними для багатьох країн світу повноваженнями щодо розслідування справ, пов'язаних з недобросовісною конкуренцією. Строк, у межах якого антимонопольний орган може притягнути до відповідальності за недобросовісну конкуренцію, має бути достатнім для виявлення факту недобросовісної конкуренції на ринку. Очевидно, що державному органу складніше встановити деякі порушення, оскільки він не є безпосереднім учасником ринку, йому складніше помітити негативний вплив такого порушення (на відміну від суб'єкта, якому завдається шкода таким порушенням).

З іншого боку, строк давності має відповідати критеріям розумності. У цьому випадку різниця у строках, встановлених коментованою статтею та ст. 42 Закону про захист економічної конкуренції виправдана, оскільки порушення законодавства про захист економічної конкуренції впливають на економічну систему держави в цілому, елемент публічного інтересу в таких відносинах набагато вищий. Водночас, як уже було зазначено, недобросовісна конкуренція за своєю природою є інститутом приватного права, а отже, рівень державного інтересу до таких відносин дещо нижчий, тобто суспільна небезпечність такого порушення визнається меншою порівняно з класичними випадками порушення конкурентного законодавства. Така позиція підтверджується, зокрема, тим фактом, що до введення в дію цієї норми у 2008 році на відносини недобросовісної конкуренції за загальним правилом поширювалася норма ст. 42 Закону про захист економічної конкуренції. Тобто законодавець цілеспрямовано ввів розмежування строків давності для різних видів правопорушень, підкресливши таким чином різницю в їхньому характері.

Окрім того, менший строк давності встановлює обов'язок оперативно реагувати на недобросовісну конкуренцію, що, у свою чергу, забезпечує виконання державою функції захисту прав та інтересів фізичних і юридичних осіб.

Водночас слід зазначити, що в Російській Федерації підхід до цього питання відрізняється, хоча для законодавства РФ також притаманне віднесення до компетенції державного конкурентного відомства питань недобросовісної конкуренції. Так, ст. 41.1 Федерального закону «Про захист конкуренції» передбачає загальний строк давності для всіх порушень антимонопольного законодавства, який становить три роки. Тобто порушення конкурентного законодавства і недобросовісна конкуренція за рівнем небезпечності поставлені на один щабель. Доречно сказати, що однаковий трирічний строк давності для різних видів порушень у сфері конкуренції є радше заходом стимулювання ефективної роботи Федеральної антимонопольної служби РФ, аніж способом применшити значення таких порушень, як зловживання домінуючим становищем тощо.

Щодо практики застосування коментованої статті, слід зазначити, що з прийняттям цієї норми можливі колізії з приводу застосування інституту дав-

ності фактично усунуто, оскільки законодавець уникнув відсилання до Закону про захист економічної конкуренції в питанні строку давності. Окрім того, згадана вище постанова пленуму ВГСУ роз'яснила питання застосування норм ГКУ до відносин недобросовісної конкуренції, зокрема і щодо строків давності. Щоправда, загальні правила щодо перебігу строків, зокрема правила їх обчислення, встановлено ст. 62 Закону про захист економічної конкуренції.

Отже, трирічний строк давності притягнення до відповідальності за недобросовісну конкуренцію слід вважати в цілому виправданим і обґрунтованим. Важливою функцією держави в цьому випадку є недопущення зловживань антимонопольним відомством, що, зокрема, можливо шляхом подальшого скорочення строку давності за порушення у сфері недобросовісної конкуренції, яке стимулюватиме АМКУ до вдосконалення методик роботи у цьому напрямі. Крім того, процес адаптації конкурентного законодавства України до стандартів ЄС триває, тож можливі зміни в законодавчому регулюванні.

## Стаття 29. Попереднє рішення у справі

**У процесі розгляду справи органи Антимонопольного комітету України можуть прийняти попереднє рішення за умов та у порядку, передбачених статтею 47 Закону України «Про захист економічної конкуренції».**

**Ключові терміни:** *попереднє рішення, розгляд справи*

Як встановлено ст. 47 Закону про захист економічної конкуренції, у процесі розгляду справи органи АМКУ за поданою суб'єктом господарювання заявою про вжиття заходів для відвернення негативних та непоправних наслідків для суб'єктів господарювання внаслідок порушення законодавства про захист економічної конкуренції можуть прийняти попереднє рішення про: 1) заборону особі (відповідачу), в діях якої вбачаються ознаки порушення, вчинити певні дії, в тому числі щодо блокування цінних паперів; 2) обов'язкове вчинення певних дій, якщо невідкладне вчинення цих дій є необхідним, виходячи із законних прав та інтересів інших осіб. Попереднє рішення може бути оскаржене в порядку, визначеному ст. 60 Закону про захист економічної конкуренції, у п'ятнадцятиденний строк з дня його одержання. Цей строк не може бути поновлено. У разі закриття розгляду справи у зв'язку з недоведенням вчинення порушення відповідач може звернутися до господарського суду з позовом про відшкодування йому суб'єктом господарювання, який подав заяву відповідно до частини першої ст. 47 Закону про захист економічної конкуренції, збитків, завданих у зв'язку з прийняттям попереднього рішення. Попереднє рішення, якщо в ньому не зазначено коротший строк, втрачає чин-

ність з дня отримання відповідачем рішення, прийнятого за результатами розгляду справи.

Отже, попереднє рішення, яке може бути прийняте тільки за ініціативою заявника та за наявності відповідного обґрунтування, є способом забезпечення прав та інтересів заявника щодо оперативного припинення порушення його прав — до моменту прийняття рішення АМКУ по суті. Оскільки вжиття таких заходів може мати серйозні наслідки для порушника й обмежити його права, заява про прийняття попереднього рішення має містити детальне обґрунтування ймовірності настання негативних наслідків для заявника, неможливості подальшого поновлення права чи інтересів заявника чи завдання йому шкоди, неспіврозмірної з обмеженнями, які будуть вжиті до порушника, причинний зв'язок між діями порушника та можливістю і непоправністю настання негативних наслідків для заявника.

Оцінюючи обґрунтованість вжиття забезпечувальних заходів на підставі попереднього рішення, АМКУ повинен виходити з викладених критеріїв, забезпечуючи при цьому баланс інтересів заявника та порушника, з одного боку, а також враховуючи можливі негативні наслідки продовження порушення не тільки для заявника, а й для інших учасників ринку та насамперед для споживачів, та баланс інтересів інших учасників ринку та споживачів, з другого. Забезпечення публічного інтересу зумовлює необхідність внесення змін до законодавства з метою наділення АМКУ повноваженнями щодо прийняття попереднього рішення за власною ініціативою у випадках, коли очевидна загроза порушення прав споживачів та конкуренції в цілому, як це прийнято в ЄС.

Дії, які порушник повинен вжити на підставі попереднього рішення АМКУ, мають стосуватися самого порушення та бути спрямовані виключно на припинення наявного порушення. Заборона вчинення правопорушення на майбутнє регулюється інститутом рекомендацій АМКУ (ст. 46 Закону про захист економічної конкуренції).

Застосування інституту попереднього рішення має й певні недоліки. По-перше, можливість його оскарження порушником, а отже — зупинення виконання рішення господарським судом на підставі частини п'ятої ст. 60 Закону про захист економічної конкуренції; внаслідок цього нівелюється основне завдання попереднього рішення — оперативність припинення порушення; однак з іншого боку, оскарження попереднього рішення в суді є гарантованим правом кожної особи та формою контролю діяльності АМКУ. По-друге, втрата попереднім рішенням АМКУ чинності у зв'язку з прийняттям АМКУ рішення по суті, з прийняттям якого не пов'язується його примусове виконання, дасть можливість порушнику все-таки продовжувати порушення як прав заявника, так і третіх осіб, зокрема споживачів, до фактичного примусового виконання рішення АМКУ.



## Стаття 30. Рішення органів Антимонопольного комітету України

**Органи Антимонопольного комітету України у справах про недобросовісну конкуренцію приймають обов'язкові для виконання рішення про:**

- визнання факту недобросовісної конкуренції;**
- припинення недобросовісної конкуренції;**
- офіційне спростування за рахунок порушника поширених ним неправдивих, неточних або неповних відомостей;**
- накладання штрафів;**
- закриття провадження у справі.**

**У разі надходження від заявника клопотання про відмову від заяви про захист своїх прав органи Антимонопольного комітету України можуть прийняти рішення про закриття провадження у справі.**

**Ключові терміни:** рішення, подання з попередніми висновками

За слушним висловом професора А. Дерингера, визнання факту недобросовісної конкуренції як самостійне рішення, у принципі, не має жодного значення, бо воно не може бути виконане. Натомість воно є важливим як передумова для прийняття інших рішень, які можуть бути прийняті тільки в тому випадку, якщо було визнано факт недобросовісної конкуренції.

Прийняття рішення є завершальним етапом розгляду справи про недобросовісну конкуренцію. Винесенню рішення, яке приймається колегіально на Комітеті, передують підготовка органами АМКУ подання з попередніми висновками у справі, копія якого не пізніше ніж за 10 днів до винесення рішення надсилається сторонам та третім особам (цей строк може бути скорочено до семи днів, коли рішення Комітету стосується інтересів широкого кола суб'єктів господарювання чи споживачів, з метою якнайшвидшого припинення порушення і усунення його наслідків)<sup>91</sup>. У разі якщо немає можливості вручити копію подання з попередніми висновками особам, які беруть участь у справі, державний уповноважений, голова територіального відділення Комітету не пізніше ніж за п'ять днів до дня розгляду справи забезпечують розміщення на офіційному веб-сайті Комітету (<http://www.amc.gov.ua>) інформації щодо попередніх висновків у справі із зазначенням дати, часу і місця розгляду справи. Рішення може бути прийняте раніше, якщо від сторони та третіх осіб, яким було надіслано подання, одержано відповідь. Про дату, час і місце розгляду справи особи, що беруть участь у справі, повідомляються не пізніше ніж за п'ять днів до дня її розгляду.

---

<sup>91</sup> Див. пункт 26 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (Правила розгляду справ), затверджені розпорядженням АМКУ від 19.04.1994 № 5.

Рішення складається із вступної, мотивувальної та резолютивної частин. У вступній частині наводяться дата, місце винесення рішення, номер справи, суть порушення тощо. У мотивувальній частині наводяться мотиви рішення, зазначаються встановлені органом Комітету обставини справи з посиланням на відповідні докази, а також положення законодавства, якими орган Комітету керувався, приймаючи рішення. Слід зауважити, що невідповідність висновків АМКУ, викладених у рішенні, фактичним обставинам справи є підставою для його скасування. Резолютивна частина рішення, крім відповідних висновків та зобов'язань, передбачених коментованою статтею, у необхідних випадках має містити опис дій, які відповідач повинен виконати або від яких утриматися для припинення порушення та усунення його наслідків, розмір штрафу, якщо такий накладено, а також строк виконання рішення. Рішення може містити додатки (таблиці, рисунки), на які є посилання в мотивувальній частині рішення.

За своїм змістом коментована стаття виокремлює рішення по суті (п. 1–4 частини першої ст. 30 Закону) та процедурні рішення (п. 5 частини першої ст. 30 Закону), які не завершують розгляд справи по суті. Органи АМКУ в рішенні можуть передбачити декілька зобов'язань для порушника, наприклад визнати факт вчинення ним акту недобросовісної конкуренції, та накласти штраф.

Згідно з частиною другою ст. 48 Закону про захист економічної конкуренції органи АМКУ, які прийняли рішення, не мають права його скасувати або змінити, крім випадків, передбачених ст. 58 цього Закону. Вони можуть виправити допущені в рішенні описки чи явні арифметичні помилки, роз'яснити своє рішення, не змінюючи при цьому його змісту, а також прийняти додаткове рішення, якщо з якогось питання, що досліджувалося під час розгляду справи, не прийнято рішення.

З метою захисту суспільних інтересів чи відвернення негативних або непоправних наслідків для суб'єктів господарювання органи АМКУ приймають рішення про визнання рішення таким, дія якого не зупиняється, у зв'язку з порушенням господарським судом провадження у справі про визнання його недійсним; переглядом відповідного рішення (постанови) господарського суду.

Докладніше порядок перевірки, перегляду, оскарження та виконання рішення регулюється розділом IX Закону про захист економічної конкуренції та Правилами розгляду справи.

Частиною 2 коментованої статті передбачено право заявника відмовитися від заяви, процесуальним наслідком чого є закриття провадження у справі, якщо така відмова буде прийнята АМКУ. Вказане свідчить про наявність диспозитивності у праві заявника на захист від недобросовісної конкуренції (чого немає в Законі про економічної захист конкуренції) та про приватноправову спрямованість Закону на захист суб'єктів господарювання у відносинах недобросовісної конкуренції. Під час вирішення питання про прийняття відмови від захисту права заявника АМКУ оцінює суспільну значимість справи та можливі негативні наслідки закриття справи без вирішення її по суті для спожива-

ців та конкуренції. За наявності превалювання публічного інтересу до справи над приватним інтересом заявника (що полягає у відсутності потреби в подальшому захисті свого права) відмова заявника від розгляду справи не може бути прийнята. Водночас законодавством не передбачена можливість стягнення із заявника витрат, яких органи АМКУ зазнали під час розгляду справи, у разі відмови ним від захисту свого права.

Статтю 31 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008

Статтю 32 виключено на підставі Закону № 689-VI від 18.12.2008

### Стаття 33. Правила професійної етики

**Суб'єкти господарювання при сприянні Торгово-промислової палати України та інших заінтересованих організацій можуть розробляти правила професійної етики у конкуренції для відповідних сфер господарської діяльності, а також для певних галузей економіки. Правила професійної етики у конкуренції погоджуються Антимонопольним комітетом України в установленому ним порядку. Правила професійної етики у конкуренції можуть використовуватись при укладанні договорів, розробці установчих та інших документів суб'єктів господарювання.**

**Ключові терміни:** *правила, професійна етика, кодекси поведінки, чесні звичаї, погодження АМКУ*

Як зазначає один із розробників Закону, професор А. Дерингер, ця стаття є запозиченням основних принципів правил чесної торгівлі американського та німецького законодавств. Оскільки думка щодо того, що саме має розглядатись як недобросовісна конкуренція, може варіюватися в межах однієї галузі, і це особливо можливо в Україні, де підприємства донедавна не мали досвіду роботи з конкурентним законодавством, ця норма має надати підприємствам можливість розробки правил професійної етики для конкуренції. У цьому мають узяти участь також і торгово-промислові палати та економічні об'єднання; на практиці вони матимуть ініціативу у складанні таких правил.

Коментована стаття надає суб'єктам господарювання право розробляти правила професійної етики у конкуренції для відповідних сфер господарської діяльності, а також для певних галузей економіки. Такі правила професійної етики слід відрізняти від різного роду етичних кодексів, які окремі підприємства та організації приймають для того, щоб певним чином врегулювати свої внутрішні відносини, а також відносини з клієнтами (так звані корпоративні стандарти). В останньому випадку правила приймаються на розсуд підприємства чи органі-

зації, не потребують затвердження і забезпечуються власними засобами впливу цього підприємства чи організації. При цьому, на нашу думку, правила професійної етики можуть бути включені в певні кодекси поведінки на ринку, що також міститимуть положення ширші від корпоративних стандартів, та визначатимуть взаємовідносини саме між учасниками ринку, які є прямими конкурентами.

Правила, про які йдеться в коментованій статті, приймаються для встановлення, розвитку і забезпечення чесних принципів у конкуренції під час здійснення підприємницької діяльності у певній сфері, для впровадження у підприємницьку діяльність норм та принципів добросовісної поведінки на певному ринку. Ці правила, зазвичай, встановлюють базові принципи чесної конкурентної поведінки, а також механізми контролю, виявлення та виправлення порушень. У цілому правила професійної етики відрізняються за змістом залежно від того, в якій галузі вони приймаються, та можуть містити норми стосовно розкриття певної інформації, ціноутворення, конфіденційності інформації, реклами тощо.

Коментована стаття передбачає, що правила професійної етики складаються самими суб'єктами господарювання. Сприяти в цьому їм може Торгово-промислова палата України, а також будь-які інші зацікавлені організації. Абзац 9 частини другої ст. 3 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» від 02.12.1997 № 671/97-ВР передбачає, що одним із завдань торгово-промислових палат є сприяння розвитку торгових та інших чесних звичаїв у підприємницькій діяльності, участь у розробленні правил професійної етики у конкуренції для різних сфер підприємницької діяльності, галузей економіки, спілок та об'єднань підприємців. Однак варто зазначити, що участь як Торгово-промислової палати України, так і будь-яких інших організацій не є обов'язковою. Наприклад, у розробці Правил поведінки операторів і провайдерів телекомунікацій при рекламуванні послуг рухомого (мобільного) зв'язку брала участь спеціальна робоча група з фахівців АМКУ, професійної асоціації, державного галузевого регулятора й учасників ринку. Це саме стосувалося й розробки Правил співробітництва банків та страховиків, пов'язаних з кредитуванням, які були нотифіковані АМКУ 12.04.2011 та в обговоренні й підготовці яких активно взяли участь професійні учасники та асоціації банківського і страхового ринків, а також представники організацій із захисту прав споживачів фінансових послуг.

Однак ці правила потребують погодження з АМКУ. Метою такого регулювання є контроль за тим, щоб правила насправді обмежувалися тільки випадками недобросовісної конкуренції та не містили б положень, які в результаті призводили б до обмеження конкуренції. В останньому випадку АМКУ повинен відмовити у погодженні правил, а правила не можуть бути застосовані.

Визнані АМКУ правила не є обов'язковими з юридичної точки зору ні для підприємств — членів об'єднань, ні для підприємств, які до них не входять; але вони можуть бути використані для визначення того, що за загальним розумінням у відповідній галузі вважається чесним звичаєм. Проте це не стане на заваді АМКУ чи пізніше судам для перевірки у ході справи окремих правил на пред-

мет того, чи вони справді відповідають превалюючим у галузі уявленням та, що важливо, чи не містять вони все ж таки нечесних звичаїв.

У коментованій статті вказано на те, що правила професійної етики мають бути погоджені з АМКУ у встановленому ним порядку. Доповнення цієї статті стосовно «встановленого порядку» були прийняті у зв'язку з внесенням змін до Закону від 18.12.2008. Однак, незважаючи на ці доповнення, жодного порядку погодження правил професійної етики АМКУ розроблено не було, що, втім, не заважає таким правилам сьогодні розроблятися й успішно проходити процедуру погодження в Комітеті. Як показує практика, позитивними напрацюваннями АМКУ під час розгляду проектів професійних кодексів та правил є широке залучення громадськості до обговорення та надання пропозицій, інформування громадськості щодо всіх етапів проходження розгляду таких кодексів в АМКУ та існуючі редакції і висловлені пропозиції до кодексів на сайті АМКУ.

У визначенні поняття, ролі та змісту правил професійної етики слід звернутися до зарубіжного досвіду. Так, поняття і порядок використання правил професійної етики закріплено в Директиві 2005/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11.05.2005 про недобросовісні комерційні практики. Зокрема ст. 2 Директиви закріплює поняття «кодекс поведінки» (*code of conduct*) як угоду або систему правил, які визначають поведінку продавців, які взяли на себе зобов'язання дотримуватися положень, встановлених у ньому, щодо одного або кількох видів комерційної діяльності або сфер ринку. Згідно з Директивою кодекс поведінки не може бути встановлений законом, правовими нормами або адміністративними положеннями держав-членів ЄС. При цьому Директивою визначено ще поняття держателя кодексу (*code owner*) — суб'єкт, що складається з одного або декількох продавців, які несуть відповідальність за прийняття та перегляд положень кодексу поведінки та/або контроль за належним виконанням положень таких кодексів тими суб'єктами, які взяли на себе зобов'язання дотримуватися встановлених у них положень.

Аналізуючи зазначені положення та сферу застосування коментованого Закону, на нашу думку, правила професійної етики державних службовців, військових тощо, що затверджуються наказами та рішеннями відповідних відомств і стосуються поведінки представників саме певних професій, не можуть становити правила професійної етики в розумінні коментованої статті. Ідеться про такі правила, як Правила поведінки та професійної етики осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ України, затверджені наказом МВС України від 22.02.2012 № 155, Правила професійної етики на публічній службі та запобігання конфлікту інтересів, які пропонується запровадити законопроектом від 14.05.2009 № 4420-1. При цьому виникає запитання, до якої категорії відносити, наприклад, Правила адвокатської етики при регулюванні діяльності приватних адвокатів та адвокатських об'єднань, які по суті регулюють діяльність таких суб'єктів на ринку надання юридичних послуг. Оскільки такі правила затверджені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабі-

неті Міністрів України, вони не відповідають ознакам правил професійної етики коментованої статті, тож вони не є предметом регулювання законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. При цьому положенням коментованої статті відповідають, наприклад, Етичні правила правника, затверджені Правничою асамблеєю Асоціації правників України 12.06.2009.

Чинне законодавство не містить загального визначення поняття професійної етики чи правил професійної етики. А, наприклад, Правила поведінки та професійної етики осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ України є узагальненим зібранням норм поведінки працівників органів внутрішніх справ та засобів їх врегулювання.

Зазначена вище Директива забороняє недобросовісну комерційну діяльність, яка є такою в разі, якщо вона суперечить вимогам професійної етики. Водночас визначення поняття професійної етики наведено в Директиві ЄС про недобросовісні комерційні практики, згідно з якою професійна етика (*professional diligence*) — це система правил поведінки та навичок суб'єкта господарювання, що відповідає чесним ринковим відносинам та/або основним принципам торгової доброчесності. Отже, зміст цих понять не є вичерпним та підлягає розширеному тлумаченню залежно від обставин конкретної справи, що є закономірним у такій сфері, як конкуренція. Як зазначено в одному з рішень ЄСПЛ (*Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman v Germany*, 20 November 1989, Series A, No. 165, Para 30) під час формулювання законів потрібно виходити з неможливості досягнення абсолютної міри чіткості, зокрема у тих ділянках, де ситуація змінюється відповідно до поглядів, що переважають у суспільстві. Саме такою ділянкою є сфера конкуренції, в якій ситуація постійно змінюється відповідно до подій на ринку.

Частина друга коментованої статті передбачає, що правила професійної етики в конкуренції можуть використовуватися під час укладання договорів, розробки установчих та інших документів суб'єктів господарювання, але при цьому не встановлено, в який спосіб має забезпечуватися виконання цих правил і які можуть бути наслідки їх порушення. Звичайно, що створенню таких правил має передувати бажання суб'єктів господарювання добровільно їх виконувати. Однак для того, щоб кодекси не порушували правила конкуренції та не були спрямовані на узгоджені дії професійних учасників ринку чи інші обмеження конкуренції та порушення прав споживачів, є процедура погодження цих правил з АМКУ. У Правилах професійної етики у конкуренції на ринку постачання, технічного обслуговування та ремонту реєстраторів розрахункових операцій передбачено, що ці Правила є обов'язковими для застосування у підприємницькій діяльності учасників, а крім того, встановлено, що порушення цих Правил є прямим порушенням Закону про недобросовісну конкуренцію та вимог антидемпінгового законодавства. Проте обґрунтованість цього твердження є доволі сумнівною з огляду на те, що в самому Законі прямо не передбачено наслідків невиконання таких правил.

Зі змісту ст. 1 Закону стає зрозумілим, що правила професійної етики, по суті, є писаними звичаями, тобто етичними нормами поведінки в конкуренції і що за наявності таких правил суттєво підвищується ефективність застосування ст. 1 Закону, зокрема в частині доказування факту існування та змісту певного етичного правила поведінки в окремих видах підприємницької діяльності.

Вищезгаданими правилами встановлено, що контроль за їх порушенням здійснюють самі учасники, а за наявності фактів порушення з боку одного з учасників будь-який інший учасник має право вимагати припинення недобросовісної поведінки, для чого він має чітко й докладно оформити свої вимоги листом на ім'я учасника, який, на його думку, порушує норми Правил. Учасник, якого звинувачують у порушенні Правил, повинен надати пояснення з приводу цих порушень у термін не більше 14 календарних днів, а протягом наступних 14 календарних днів сторони повинні дійти згоди щодо того, як саме порушення може бути виправлене. У разі недосягнення згоди учасник, який ініціював розгляд порушення, має право подати заву до органів АМКУ про порушення правил з боку іншого учасника. Логічно, що під час звернення з такою заявою заявник повинен кваліфікувати порушення правил, яке містить ознаки акта недобросовісної конкуренції, на підставі ст. 1 Закону.

Саморегулювання становить альтернативу докладному законодавству, але не заміну всього законодавства. Нині визнано, що саморегулювання найефективніше працює в межах законодавства. Саморегулювання й закон доповнюють одне одного, як дві половинки цілого, що сприяє такому результату, якого вони не змогли б здобути поодиночі.

Типово рекламне саморегулювання на національному рівні, незважаючи на обсяг своїх повноважень, працює так: рекламна індустрія розробляє кодекс рекламних стандартів і рекламної практики, який вона офіційно погоджується підтримувати фінансово, морально й практично. Потім індустрія створює незалежну інституцію щодо застосування кодексу та забезпечує її належним штатом працівників і фінансуванням. Інституція називається органом із саморегулювання (ОСР) і, як правило, складається з трьох установ: **органу з формування кодексу**, який здійснює організацію та внесення змін до кодексу, щоб той відповідав сучасним вимогам. Орган з формування кодексу виступає представником суб'єктів рекламної індустрії — рекламодавців, рекламних агенцій та медіакомпаній, оскільки це кодекс самої індустрії, норми якого вона погоджується добровільно виконувати. Друга установа — **орган із застосування кодексу** (часто називають комітетом з розгляду скарг, або судом присяжних чи журі) — відповідає за тлумачення кодексу, його застосування в особливих випадках, а також за прийняття рішень. Часто голова і кілька членів комітету з розгляду скарг є незалежними від рекламної індустрії — вони можуть бути, наприклад, академіками, представляти медичну індустрію або споживчі організації. Третя установа — **секретаріат**, працівники якого відповідальні за забезпечення належного функціонування ОСР<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Саморегулювання реклами в Європі. Аналіз системи рекламного саморегулювання і кодексу рекламної практики в Європі. — 4-е вид. — К.: Індустр. тел. ком-т, 2005. — 169 с.

Усі кодекси, які існують нині в Європі чи деінде, походять від Міжнародного кодексу рекламної практики, який уперше був опублікований Міжнародною торговою палатою (МТП) у 1937 році і відтоді регулярно оновлюється<sup>93</sup>. Кодекс МТП фактично є основою для національних кодексів рекламного саморегулювання. В окремих країнах дія національних кодексів виходить далеко за межі дії Кодексу МТП, але всі вони ґрунтуються на однакових вихідних умовах: реклама має бути **легальною, пристойною, чесною і правдивою, виконаною з глибоким почуттям соціальної відповідальності та повагою до принципів добросовісної конкуренції**.

У багатьох національних кодексах є спеціальні розділи, присвячені таким темам, як реклама і діти, медикаменти, вимоги до охорони здоров'я, продовольчі товари і харчування, алкогольні напої та автотранспорт. Натомість інші країни надають перевагу застосуванню загальних положень, які витлумачують відповідно до форми і змісту.

На додаток до Кодексу рекламної практики МТП видала Кодекс просування товарів, Кодекс директ-маркетингу, Кодекс екологічної реклами, Кодекс спонсорства, Кодекс маркетингових досліджень та Кодекс для нових видів медіазасобів, а також рекомендації, які роз'яснюють ті норми, що вже існують, стосовно таких тем: реклама і діти, реклама і продовольчі товари, реклама і напої. Кожен національний кодекс є віддзеркаленням культурних, законодавчих і комерційних традицій країни. В окремих державах реклама широко врегульована законом, що обмежує сферу дії рекламного саморегулювання (немає сенсу в нормах, які повторюють те, що вже написано в законі).

А в інших країнах, навпаки, рекламне регулювання передбачає насамперед саморегулювання, оскільки норми створено безпосередньо рекламною індустрією, яка усвідомлює особливості своєї діяльності й споживачів, а отже, норми саморегулювання надто підходять для потреб як споживачів, так і індустрії. Але кодекси саморегулювання захищають не лише інтереси індустрії: коли їх пишуть чи оновлюють, то часто звертаються за консультацією до споживчих організацій, працівників медичних професій тощо.

На нашу думку, існування таких правил насамперед потрібне на ринку реклами. Найчастіше органи АМКУ виявляють порушення у вигляді поширення інформації, яка вводить в оману, саме на ринку реклами. У 2011 році органами АМКУ було припинено 451 порушення у вигляді недобросовісної конкуренції, 87 % з яких становили саме порушення у вигляді поширення інформації, що вводить в оману. Першим кроком у цьому напрямі є намір учасників ринку зовнішньої реклами розробити спільно з АМКУ правила професійної етики у конкуренції на цьому ринку, які мають ґрунтуватися на принципах прозорості та добросовісності дій учасників ринку. Відповідні правила було розроблено учасниками російського ринку реклами за підтримки Федеральної антимоно-

<sup>93</sup> Міжнародний кодекс рекламної практики Міжнародної Торговельної Палати від 05.06.1987, Париж [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.medialaw.ru>.



польної служби. Так, 12 березня 2012 року представники понад 20 галузевих промислових і громадських організацій підписали російський кодекс практики реклами та маркетингових комунікацій.

Важливе місце посідають правила професійної етики в конкуренції у фармацевтичній галузі. Відповідно до положення розділу 7 Етичних критеріїв просування лікарських засобів на ринку<sup>94</sup>, які 13.05.1988 були схвалені ВООЗ на Сорок першій сесії Всесвітньої асамблеї охорони здоров'я (резолюція *WHA41.17*), просування лікарських засобів на ринку слід здійснювати відповідно до національної політики в галузі охорони здоров'я і національного законодавства, а також добровільних кодексів правил, якщо вони існують. Специфіка цього питання обумовлена в Україні двома чинниками. **По-перше**, зазначені кодекси етичної промоції лікарських засобів є міжнародними документами, що розроблені міжнародними організаціями, які опікуються проблематикою фармацевтичної галузі, а отже, більшість міжнародних фармацевтичних компаній схвалили ці кодекси на найвищому, глобальному рівні. **По-друге**, в Україні представлені вітчизняні виробники, участь яких у відповідних кодексах етичного просування лікарських засобів на ринку (= промоції) не рекламується. Зокрема сайти ТОП-5 вітчизняних виробників не подають інформації про їхню участь у відповідних правилах етичної промоції. Тим не менше, як слушно зазначає ВООЗ, промоція лікарських засобів має здійснюватися відповідно до національних реалій тієї чи іншої країни, а отже, зазначені правила етичної промоції мають визнаватися компанією в кожній країні.

На сьогодні в Україні діють такі правила етичної промоції:

- Кодекс маркетингової практики фармацевтичних виробників та їхніх представників (компаній), розроблений Європейською бізнес асоціацією у 2004 році;

- Правила належної промоції від 31.03.2008. 35 іноземних та вітчизняних компаній — виробників лікарських засобів 24 червня 2008 року підписали Меморандум про приєднання до Правил належної промоції. Для регулювання діяльності компаній у рамках Правил належної промоції був виданий наказ МОЗ України «Про затвердження складу робочої групи з розгляду питань щодо просування лікарських засобів фармацевтичними компаніями» від 21.01.2010 № 12;

- Кодекс фармацевтичної маркетингової практики Асоціації виробників інноваційних ліків «АПРАД», прийнятий у 2006 році і оновлений у квітні 2012 року відповідно до оновлених міжнародних стандартів;

- Етичний кодекс лікаря України, прийнятий на Загальноукраїнському з'їзді лікарських організацій і з'їзді Загальноукраїнського лікарського товариства у 2009 році;

- Етичний кодекс фармацевтичного працівника України, прийнятий на VII Національному з'їзді фармацевтів України у 2010 році, впровадження яко-

---

<sup>94</sup> WHO. Ethical criteria for medicinal drug promotion. Geneva: World Health Organization; 1988.

го здійснюється в межах Концепції розвитку фармацевтичного сектору галузі охорони здоров'я на 2011–2020 рр., що затверджена наказом МОЗ України від 25.07.2011 № 435.

Є також ще один досить специфічний метод для затвердження правил ринкової поведінки — меморандум. Ідеться про документи, які впорядковують відносини між учасниками ринку. При цьому згідно з узвичаєною практикою однією стороною в меморандумі виступає центральний орган виконавчої влади (кабінет міністрів, міністерство тощо), а з іншої — суб'єкти господарювання — учасники ринку або громадська організація, що представляє їхні інтереси. При цьому кожна зі сторін бере на себе певні зобов'язання, що стосуються виконання умов меморандуму. На окрему увагу заслуговують Меморандум про взаєморозуміння між МОЗ України, Об'єднанням організацій роботодавців медичної та мікробіологічної промисловості України та вітчизняними виробниками лікарських засобів; Меморандум про взаєморозуміння між Кабінетом Міністрів України та суб'єктами господарювання, які здійснюють виробництво лікарських засобів, оптову та гуртову торгівлю лікарськими засобами. Метою кожного з цих меморандумів є впорядкування ринкових відносин щодо просування та забезпечення доступності лікарських засобів пацієнтам на ринку України між державою, з одного боку, та суб'єктами господарювання, з іншого. Зазначимо, що меморандуми не обов'язково мають охоплювати цілу галузь: 09.07.2010 було підписано Меморандум про порозуміння між Сумською обласною державною адміністрацією (ОДА), фармацевтичною асоціацією Сумської області та 11 керівниками аптек і комерційних структур, а 16.07.2010 — у Львівській ОДА відбулося підписання меморандуму про співробітництво між Львівською ОДА та суб'єктами аптечних закладів, причому останній документ підписав голова Львівської ОДА. Протягом 2010 року такі документи були підписані в більшості областей України. Відповідно до них учасники ринку взяли на себе зобов'язання не завищувати ціни на лікарські засоби або встановлювати націнку у певному розмірі (наприклад, не вище 25 % від ціни продукції).

*Науково-практичне видання*

**Науково-практичний коментар  
до Закону України  
«Про захист від недобросовісної конкуренції»**

Г. О. Андрощук  
Т. Б. Бондарєв  
Н. А. Іваницька  
С. В. Шкляр

ТОВ ВД «Юридична газета»  
*Літературне редагування та коректура Шевчук Л. М.  
Комп'ютерна верстка Демченко С. В.*

Підписано до друку 23.08.2013 р. Формат 70×100<sup>1/16</sup>.  
Ум. друк. арк. 15,28. Обл.-вид. арк. 14,62.

Оригінал-макет виготовлений  
ТОВ Видавничий дім «Юридична газета».  
А/с 51, м. Київ, 01030.  
Тел./факс (044) 303-91-11.  
E-mail: info@yur-gazeta.com.  
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців,  
виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції:  
Серія ДК № 4416 від 01.10.2012 р.,  
видано Державним комітетом телебачення  
і радіомовлення України



## ПРАКТИКА КОНКУРЕНТНОГО ТА АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПРАВА ARZINGER ЦЕ:

- Представництво інтересів клієнтів в антимонопольних справах та розслідуваннях – ключова спеціалізація практики.
- Dedicated Teams за індустріями – ключ до глибокого розуміння ринків та бізнес-процесів.
- Забезпечення юридичної чистоти нових конкурентних стратегій клієнтів (антимонопольний комплаєнс).
- Невід’ємна складова послуг практики – економічна експертиза.

### Експертиза практики включає:

- Домінуюче положення та природні монополії
- Узгодженні дії
- Недобросовісна конкуренція та природні монополії
- Економічна концентрація
- Антимонопольні питання державних закупівель та державної допомоги
- Competition Law Compliance
- Приватноправові інструменти захисту інтересів в конкуренції
- Законодавча, громадська діяльність і лобізм

[mail@arzinger.ua](mailto:mail@arzinger.ua)

[www.arzinger.ua](http://www.arzinger.ua)



## ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

- судове представництво у спорах про захист прав інтелектуальної власності, включаючи арбітраж;
- юридичний консалтинг щодо набуття та здійснення прав інтелектуальної власності;
- складання та правова експертиза договорів про розпорядження правами на об'єкти інтелектуальної власності;
- розроблення індивідуальної системи правової охорони об'єктів інтелектуальної власності;
- інвестиції в об'єкти інтелектуальної власності (структурування IP- пакету);
- реєстрація прав на об'єкти інтелектуальної власності за національною та міжнародною системами, реєстрація в інших юрисдикціях;
- питання оподаткування операцій з об'єктами права інтелектуальної власності;
- проведення Due Diligence об'єктів права інтелектуальної власності.

[mail@arzinger.ua](mailto:mail@arzinger.ua)

[www.arzinger.ua](http://www.arzinger.ua)

With intellect  
to your property

The  
**LEGAL**  
**500**

**WHO'S**  
**WHO**  
**LEGAL**



### **АНДРОЩУК Геннадій Олександрович**

К.е.н., зав. лабораторії правового забезпечення розвитку науки і технологій НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, доцент, професор Інституту інтелектуальної власності НУ «Одеська юридична академія».

Автор 30 монографій та понад 370 наукових робіт з питань інтелектуальної власності та інноваційної діяльності, консультант Комітету Верховної Ради України з питань науки і освіти, експерт ВОІВ, ЄС, МПА СНД, співавтор Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», основних законів у науково-технічній сфері.

*[h.androshchuk@ndiiv.org.ua](mailto:h.androshchuk@ndiiv.org.ua)*



### **БОНДАРЄВ Тімур Борисович**

Адвокат, партнер-засновник, керуючий партнер АО Arzinger.

Визнаний експерт у сфері антимонопольного права та недобросовісної конкуренції, приватизації, нерухомості, М&А, реклами та фармацевтики. Старший викладач кафедри галузевих правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», позаштатний радник мера м. Львів з питань залучення іноземних інвестицій та державно-приватного партнерства; постійний лектор з питань українського права при ТПП Австрії.

*[Timur.Bondaryev@arzinger.ua](mailto:Timur.Bondaryev@arzinger.ua)*

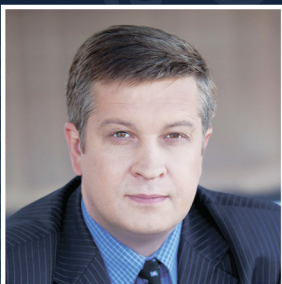


### **ІВАНИЦЬКА Наталія Анатоліївна**

К.ю.н., адвокат, старший юрист АО Arzinger.

Займається судовим представництвом у справах про захист інтелектуальної власності, представляє інтереси підприємств у розслідуваннях Антимонопольного комітету України. Захистила кандидатську дисертацію «Ліцензійний договір на використання торговельної марки». Автор монографії «Торговельна марка: комплексний правовий аналіз», а також численних наукових і публіцистичних статей, коментарів на юридичну тематику.

*[Natalia.Ivanytska@arzinger.ua](mailto:Natalia.Ivanytska@arzinger.ua)*



### **ШКЛЯР Сергій Володимирович**

К.ю.н., адвокат, партнер-засновник АО Arzinger, президент Асоціації протидії недобросовісній конкуренції. Визнаний експерт у питаннях конкурентного права та антитрасту, судового представництва, державних закупівель, захисту прав споживачів. Співзасновник НП СНД «Сприяння розвитку конкуренції», експерт програми ЄС «Tascs» у проекті «Гармонізація системи конкуренції і державних закупівель до стандартів ЄС». Викладає курс лекцій з конкурентного права в Національному університеті «Києво-Могилянська академія».

*[Sergiy.Shklyar@arzinger.ua](mailto:Sergiy.Shklyar@arzinger.ua)*

ISBN 978-617-7119-00-4



9786177119004

**Arzinger** 



**АПНК**  
Асоціація протидії  
недобросовісній конкуренції