

НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ ЯК ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ: ПІДХОДИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Богдан Львов,

суддя Вищого господарського суду України

Захист конкурентного середовища є одним з вихідних питань, які знайшли закріплення як гарантії в Конституції України. На розвиток конституційних гарантій прийнято значний блок законодавчих актів, створено певний правовий механізм, який має забезпечити якісний розвиток конкурентного середовища в країні. Міжнародні зобов'язання, взяті на себе Україною з цього приводу, також вимагають створення конкурентного середовища, в якому б гарантувалися рівні можливості для національних та іноземних суб'єктів господарювання. Такий підхід впливає, щонайменше, з Паризької конвенції про охорону промислової власності та відповідає принципам Угоди TRIPS. Поряд із цим, Україна взяла на себе зобов'язання щодо забезпечення гармонізації національного законодавства із законодавством ЄС. Це стосується різних галузей національного законодавства, зокрема й законодавства у сфері інтелектуальної власності, а також господарського законодавства.

Водночас, попри позитивні зрушення у частині унормування положень конкурентного законодавства, як і законодавства у сфері промислової власності, функціонуючий правовий механізм, який має забезпечувати поєднання ринкової конкуренції з недопущенням порушення прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, а також інтересів суспільства та держави, не можна характеризувати як ефективний. І на користь такого твердження слугують і далеко не завжди позитивний досвід правозастосування суб'єктами господарювання, що демонструють правомірну поведінку, і напрацьована судова практика, і діяльність публіч-

них органів, задіяних у цій сфері суспільних відносин. Значною мірою на неефективний правовий механізм впливає й інститут господарсько-правової відповідальності, що не може бути якісно реалізований задля захисту від недобросовісної конкуренції внаслідок низки об'єктивних і суб'єктивних факторів. Недаремно підкреслюють, що саме «слабкість та недосконалість заходів юридичної відповідальності значно знижують дієвість правових норм, спрямованих на захист конкуренції» [1, 3].

Варто зауважити, що в теоретичному сенсі інститут господарсько-правової відповідальності знайшов обґрунтування в багатьох працях вітчизняних науковців, серед яких слід насамперед назвати В. Гайворонського, О. Вінник, Г. Знаменського, В. Мамутова, Г. Пронську, О. Чувпила, В. Щербину. Своєю чергою, питання юридичної відповідальності за порушення законодавства про захист конкуренції підіймалися у роботах О. Безуха, В. Галкіна, І. Дахно, В. Єрьоменка, Н. Корчак, В. Кулішенко, С. Кузьміної, В. Мартем'янова, Н. Саніахметової, С. Паращука, К. Тотьева, І. Шуміло та низки інших. Суттєве місце у розкритті практичних аспектів недобросовісної конкуренції посідають роботи Г. Андрощука, С. Шкляра та деяких інших авторів.

Водночас зазначених роботах, зазвичай, не простежується поєднання проблем захисту від недобросовісної конкуренції у сфері саме промислової власності та розкриття особливостей недобросовісної конкуренції через призму господарського правопорушення. Все вищевикладене пояснює актуальність обрання цієї теми для дослідження та визначає як предмета до-



слідження недобросовісну конкуренцію як один з видів господарського правопорушення.

У юридичній літературі висловлюються різні підходи до визначення недобросовісної конкуренції, що все ж значною мірою перетинаються з легальним визначенням даного поняття і впливають, загалом, із поняття конкуренції. Останню ж науковці, котрі досліджують саме означену тематику, пропонують визначати як урегульовану нормами права змагальність між суб'єктами господарювання, що діють водночас у межах одного товарного ринку, спрямовану на отримання підвищеного прибутку та збільшення власної частки ринку, котра обмежує можливості кожного з них впливати на загальні умови обігу товарів [1, 12–13]. Конкурентні відносини є предметом регулювання низки нормативно-правових актів, серед яких як базовий (після Конституції України) слід назвати Закон України «Про захист економічної конкуренції» [2].

Своєю чергою, недобросовісну конкуренцію визначають як антиконкурентні дії чи бездіяльність суб'єктів господарювання, пов'язану з порушенням чинного законодавства, торгових правил і звичаїв, прав на інтелектуальні продукти, вимог доброспорядності і справедливості шляхом вчинків, здатних спричинити змішування щодо підприємства, продукції чи діяльності конкурента, ввести громадськість в оману, дискредитувати конкурента [3, 5]. Саме на такому визначенні зупинивсь у своїх дослідженнях О. Безух у процесі розкриття особливостей захисту від недобросовісної конкуренції в сфері промислової власності. При цьому під захистом від недобросовісної конкуренції автор пропонує розглядати врегульовану законом діяльність держави, її органів і посадових осіб, які контролюють процес конкуренції, учасників конкуренції, спрямовану на встановлення елементів матеріально-

правового відношення, що виникло внаслідок порушення конкуренції, правил та інших чесних звичаїв у підприємницькій діяльності, припинення недобросовісної конкуренції та притягнення винних до відповідальності.

І. Шуміло пропонує під недобросовісною конкуренцією розуміти протиправну діяльність суб'єктів господарювання, що шляхом введення в оману споживачів чи інших суб'єктів господарювання спрямована на заміну в межах одного товарного ринку власних товарів чи послуг із аналогічними товарами чи послугами конкурента, котрі користуються сталим попитом [1, 10]. Навряд чи наведене визначення можна вважати цілком вдалим, з огляду на із його зміст і понятійний апарат, який використовується.

Відповідно до базового закону у сфері недобросовісної конкуренції, яким є однойменний Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 року № 236/96-ВР (з останніми змінами від 18.12.2008 року) [4], недобросовісною конкуренцією є будь-які дії в конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Відповідно до ч. 2 ст. 1 недобросовісною конкуренцією є дії у конкуренції, зокрема визначені главами 2–4 названого Закону. Терміни, що вживаються для цілей цього Закону, визначені Законом України «Про захист економічної конкуренції».

Як зазначають Г. Андрощук та С. Шкляр, така норма є правовою конструкцією генерального делікту, який поглинає всі дії, що виходять за межі торгових та інших чесних звичаїв у господарській діяльності. На їхній погляд, визначення недобросовісної конкуренції через генеральний делікт має свої безперечні переваги та прийняте у більшості держав світу. Однак така правова конструкція логічно поєднана з низкою проблем, які виявляються під час кваліфікації поведінки суб'єктів господарювання [5, 11].



НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ

До таких труднощів автори відносять, по-перше, посилення на звичай. Адже останній як джерело правового регулювання викликає необхідність звертатися 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. При цьому конструкція загальної заборони правопорушення використана також у статті 10bis Паризької конвенції, чинної для України з 25.12.1991 року [6]. Відповідно до вказаної норми, актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт у конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах. Водночас, з огляду на об'єктивну неможливість передбачити всі можливі дії у конкуренції, котрі не відповідали б правилам чесної поведінки в господарському обороті, конструкція генерального делікту дає змогу визначити ознаки акту недобросовісної конкуренції. Тож, зазначені ознаки мають упливати й на визначення особливостей недобросовісної конкуренції як господарського правопорушення.

Варто зазначити, що, на відміну від більшості кодексів, які містять поняття порушень у відповідній галузі (наприклад, адміністративне, бюджетне, податкове правопорушення, цивільний делікт або кримінальний злочин), Господарський кодекс України (далі — ГК України) не містить поняття господарського правопорушення. У розділі V гл. 24 ГК України розкриваються загальні засади відповідальності за порушення у сфері господарювання, зокрема і принципи відповідальності учасників господарських відносин, поняття санкцій, відшкодування збитків тощо [7]. Глава 28 ГК України присвячена відповідальності суб'єктів гос-

подарювання за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства. Тож поняття порушення господарського законодавства залишається предметом наукового пошуку.

На думку В. Щербини, господарське правопорушення — це протиправна дія чи бездіяльність учасника господарських відносин, яка не відповідає вимогам норм господарського права, не узгоджується з юридичними обов'язками зазначеного учасника, порушує суб'єктивні права іншого учасника господарських відносин або третіх осіб. Як встановлено ст. 610 ЦК України, порушенням зобов'язання є його невиконання чи виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання) [8, 468].

Свою чергою, О. Харитонова вважає, що поняттям господарського правопорушення охоплюються будь-які невідповідності поведінки учасника господарських відносин обов'язкам, покладеним на нього господарським зобов'язанням або актами законодавства. Тож, порушення у сфері господарювання може бути за своєю суттю і порушенням зобов'язання (ст. 610 ЦК України), і адміністративним правопорушенням [9, 400].

А. Бобкова та Д. Федорчук підкреслюють, що підставою господарсько-правової відповідальності є здійснення учасником господарських відносин правопорушення у сфері господарювання, тобто наявність господарського правопорушення. При цьому загалом склад господарського правопорушення містить чотири елементи, а саме: протиправну поведінку; шкоду, котрої зазнав потерпілий учасник господарських відносин; причиново-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою та шкодою; а також вину як суб'єктивний елемент складу господарського правопорушення. Останню автори пропонують розглядати як ставлення до здійсненого правопорушення, що в силу ч. 2 ст. 218 ГК України, слід розуміти як неприйняття учасником



господарських відносин усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення [10, 685]. Водночас, на погляд науковців, у багатьох випадках для притягнення учасника господарських відносин до відповідальності достатньо наявності неповного (усіченого) складу правопорушення. Та протиправна поведінка є обов'язковим елементом господарського правопорушення.

Якщо застосовувати зазначену вище конструкцію господарського правопорушення до недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності, потрібно зазначити таке. По-перше, щодо визначення об'єкта та об'єктивної сторони порушення, як цілком слушно звертається увага у фаховій літературі, у положенні статті 10*bis* Паризької конвенції міститься вужче посилання на звичаї у промислових і торговельних справах порівняно з ч. 1 ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Адже в останній мова йде про господарську діяльність, під якою в Україні розуміють діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3 ГК України). Якщо господарська діяльність здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, вона є підприємництвом. Водночас господарська діяльність може здійснюватись і без мети одержання прибутку, у такому разі мова йтиме про некомерційну господарську діяльність. Варто зауважити, що при характеристиці господарського правопорушення стосовно недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності отримання прибутків не має ключового значення. Із метою з'ясування наявності відповідного складу увагу акцентують на встановленні того факту, чи відбулося порушення чесних звичаїв у господарській діяльно-

сті, що справляло вплив на відносини конкуренції.

Наголошують на тому, що недобросовісна конкуренція можлива винятково у стані конкуренції, тобто у стані змагання гравців ринку між собою за споживачів (з метою збільшення своєї частки на ринку) [5, 13]. Водночас відстоюється позиція, що поняття «стан конкуренції» не означає, що акт недобросовісної конкуренції може бути спрямовано винятково 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, котрі виробляють і не взаємозамінні товари чи перебувають на різних рівнях виробництва або розподілу товару, проте у них може бути одна група споживачів або контрагентів. Більше того, недобросовісна конкуренція однієї особи може бути спрямована на досягнення конкурентних переваг третьою особою, порівняно 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.

Крім цього, відповідно до ст. 7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», до недобросовісної конкуренції віднесено неправомірну порівняльну рекламу, тобто рекламу, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого суб'єкта господарювання (підприємця) та не є достовірною, об'єктивною, корисною для інформування споживачів. При цьому для покладення відповідальності за порівняльну рекламу не вимагається доведення факту зниження попиту на товари суб'єкта господарювання, з якими проведено неправомірне порівняння. Цей підхід закріплено в постанові Пленуму ВГСУ від 26.12.2011 року № 15 [11].



НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ

Натомість, у зазначеній статті вживається оціночна категорія добросовісності. Якщо говорити про відносини економічної конкуренції, то в такому разі при скоєнні господарського правопорушення поняття добросовісності має оцінюватися разом з такими поняттями, як правила чесної поведінки, торгівлі й інші чесні звичаї. Вважають, що звичай більше наближений до поняття «практика» ділової поведінки [5, 18]. Тож помилковим є ототожнення чесних ділових звичаїв (чесної ділової практики) зі звичаями ділового обороту, що виражаються в конкретному неписаному, але повторюваному правилі поведінки. Відповідно, звичай за своєю суттю наближений до принципу, позаяк має загальний універсальний зміст і не може бути конкретизований ситуативно. Інше трактування призведе до втрати реального змісту застосування вищезазначеної норми до кваліфікації господарського правопорушення. Зазначена позиція заслуговує на підтримку, тому що застосування лише формально-юридичного підходу при кваліфікації поведінки суб'єкта господарювання як добросовісної чи недобросовісної призведе до неможливості застосування норм законодавства (як господарського, так і цивільного, на положеннях якого базуються договірні відносини суб'єктів господарювання). Що стосується поняття звичаю, то до нього слід підходити з позицій, вироблених цивільно-правовою теорією, беручи до уваги міжнародну практику. У цьому напрямі, тобто при порушенні прав інтелектуальної власності (промислової власності) суб'єктами господарювання внаслідок недобросовісної конкуренції, напрацьовано достатню практику, що дозволяє робити певні узагальнення й пропонувати використовувати певні напрацювання ву роботі вітчизняних правників.

У цьому разі варто користуватися позицією, закріпленою у Постанові Пленуму ВГСУ № 15 стосовно того, що

приписи ЦК України та інших актів законодавства, котрі регулюють право інтелектуальної власності, можуть застосовуватися господарськими судами до правовідносин, які регулюються нормами конкурентного законодавства (зокрема й Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції»), у вирішенні певних питань, пов'язаних, зокрема, з визначенням понять об'єктів правової охорони, поняття їх використання та ін, якщо такі питання не врегульовано нормами конкурентного законодавства. У разі, коли тотожні за назвою поняття, вживані як у законах, які регулюють право інтелектуальної власності, так і в конкурентному законодавстві, є відмінними за правовим змістом, господарському суду у розгляді справ, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства, потрібно виходити саме з приписів останнього.

При кваліфікації скоєного конкурентного правопорушення суду необхідно перевіряти, яке правило поведінки, що є торговим або іншим чесним звичаем у підприємницькій діяльності, було порушено суб'єктом господарювання. Також слід з'ясувати зміст такого правила та наявні докази існування такого правила чи правил в якості звичаю. Саме такий підхід дозволить прийняти рішення щодо того, чи були дії суб'єкта господарювання, котрі суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям, такими, що підпадають під ознаки недобросовісної конкуренції, визначені законодавством.

Що стосується такого елемента правопорушення, як завдання шкоди (тобто об'єктивної сторони конкурентного правопорушення), то низка фахівців відводить їй факультативне значення при здійсненні кваліфікації господарського правопорушення. Тож, зазначений елемент не підлягає доказуванню, якщо аналіз характеру дії чи поведінки в конкуренції підтверджує спрямованість певної дії або поведінки суб'єкта підприємництва на досягнення неправомірних переваг у конкурен-



ції. Водночас наявність доказів завдання шкоди актом недобросовісної конкуренції посилює юридичний склад, який є підставою для притягнення порушника до відповідальності за вчинення акту недобросовісної конкуренції. При цьому, деякі склади актів недобросовісної конкуренції передбачають необхідність встановлення, наприклад, факту змішування (ст. 4), досягання неправомірних переваг у конкуренції (ст. 15-1) Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [5, 29]. Відзначимо, що такий підхід є тожним загальним підходам щодо визначення складу господарського порушення, розробленим теорією господарського права та згадуваним вище.

Своєю чергою суб'єктом недобросовісної конкуренції є юридична чи фізична особа, що здійснює господарську діяльність з метою отримання прибутку. Активними діями такого суб'єкта (а не бездіяльністю) є ведення повноцінної конкурентної боротьби для збільшення своєї частки на ринку товару (послуг) й розміру отримуваних прибутків. У даному разі найчастіше мова йде саме про отримання прибутків, а не доходів, тобто про комерційну діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання. Водночас за певними складами конкурентного правопорушення суб'єктом може бути особа, що безпосередньо не перебуває в конкурентних відносинах з особою, проти якої спрямований акт недобросовісної конкуренції — особливо, коли це стосується фізичної особи. Зазначене також дає підстави говорити про недоцільність застосування в такому разі винятково формально-юридичного методу при визначенні поняття суб'єкта правопорушення. Натомість доцільним є використання підходу, закріпленого Законом України «Про економічну конкуренцію» у частині визначення поняття суб'єкта господарювання. Адже у ньому фізична особа розглядається як суб'єкт господарювання, якщо вона здійснює діяльність з ви-

робництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність. При цьому діяльність такої особи має відповідати ознакам підприємницької діяльності, зокрема, бути систематичною та мати на меті отримання прибутку. Зазначене свідчить про необхідність наявності факту легалізації підприємницької діяльності, хоча з цього приводу висловлюються різні точки зору. Водночас відсутність легалізації підприємницької діяльності при її здійсненні по суті має тягнути за собою застосування заходів юридичної відповідальності, передбачених законодавством саме за бездіяльність щодо легального закріплення статусу суб'єкта господарювання.

Що стосується визначення наявності вини в суб'єкта господарювання, то із цього приводу також у фаховій літературі є різні позиції. Більшість фахівців стоять на позиції обов'язкової наявності вини у суб'єкта господарювання, що здійснює господарське правопорушення [1; 8–10]. Інші вважають, що правопорушення у сфері недобросовісної конкуренції не в усякому випадку передбачає наявність вини, але завжди передбачає притягнення порушника до господарської відповідальності [5, 30]. Останній підхід було закріплено й у Рекомендаціях президії ВГСУ від 29.10.2008 року № 04-5/2247 (п. 3). Водночас такий підхід не знайшов закріплення у постанові пленуму ВГСУ № 15. Відповідно, заслуговує на увагу позиція, висловлена у теорії господарського права, а саме: вина як суб'єктивна ознака складу правопорушення при здійсненні недобросовісної конкуренції та притягненні порушника до майнової відповідальності наявна за таких обставин: 1) наявність у суб'єктів конкурентних відносин реальних можливостей для належного і добросовісного здійснення підприємницької діяльності та виконання обов'язків; 2) невжиття порушником необхідних заходів щодо недопущення правопорушення в конкуренції, запобігання шкоди іншим особам; 3) відсут-



ність юридичної норми, що дозволяє суб'єкту господарювання діяти таким чином [2, 14].

Спірною в теорії є й необхідність у процесі кваліфікації господарського правопорушення визначення наявності в діях правопорушника мотиву (мети) на досягнення неправомірних переваг у конкуренції. Деякі дослідники вважають, що такий мотив презюмується та не підлягає доказуванню, якщо аналіз характеру дії чи поведінки у конкуренції свідчить про порушення чесних способів ведення конкурентної боротьби. Водночас такий підхід є спірним.

Беручи до уваги все вищезазначене та враховуючи низку спірних питань, які виникають у процесі кваліфікації конкурентного правопорушення у сфері промислової власності, із метою забезпечення правильного і однакового застосування господарськими судами приписів конкурентного законодавства Пленуму ВГСУ варто дати конкретні роз'яснення. ♦

Список використаних джерел

1. Шуміло І. А. *Відповідальність за порушення законодавства про захист конкуренції: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04* / І. А. Шуміло ; Ін-т економіко-правових досліджень НАН України. — Донецьк, 2001. — 20 с.
2. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 року № 2210-III // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. — 2001. — № 12. — Ст. 64 (зі змінами).
3. Безух О. В. *Захист від недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04* / О. В. Безух ; Ін-т економіко-правових досліджень НАН України. — Донецьк, 2001. — 21 с.
4. Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 року № 236/96-ВР [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80>.
5. *Науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»* / Г. О. Андрощук, Т. Б. Бондарев, Н. А. Іваницька, С. В. Шкляр. — К. : Юридична газета, 2013. — 176 с.
6. *Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20.03.1883 року* [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_123.
7. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 року № 436-IV* // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. — 2003. — № № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144 (зі змінами).
8. Щербина В. С. *Господарське право : підручник* / В. С. Щербина. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 600 с.
9. *Хозяйственный кодекс Украины : научно-практический комментарий* / Е. И. Харитонов, Е. О. Харитонов, В. Н. Коссака и др. ; под ред. Е. И. Харитоновой. — Х. : Одиссей, 2007. — 752 с.
10. *Хозяйственный кодекс Украины : научно-практический комментарий* / под общ. ред. А. Г. Бобковой. — Х. : изд. Вапнярчук Н. Н., 2008. — 1296 с.
11. *Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 року № 15 «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» (зі змінами)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0015600-11>.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року