

**ДОКЛАД О ХОДЕ РАБОТЫ В ОБЛАСТИ ЗАЩИТЫ ОТ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ
КОНКУРЕНЦИИ
В ГОСУДАРСТВАХ – ЧЛЕНАХ ВОИС***

*Подготовил Мартин Сенфтлебен, профессор и директор Института
информационного права Амстердамского университета, Нидерланды*

* Ответственность за взгляды и мнения, высказанные в настоящем докладе, несут исключительно его авторы. Настоящий доклад не призван отражать точку зрения государств-членов и Секретариата ВОИС.

ПРИМЕЧАНИЕ ДЛЯ ЧИТАТЕЛЯ

Настоящий Доклад о ходе работы в области защиты от недобросовестной конкуренции в государствах – членах ВОИС подготовил по заказу Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) г-н Мартин Сенфтлебен, профессор и директор Института информационного права Амстердамского университета, Нидерланды, в сотрудничестве с группой международных экспертов, подготовивших региональные и страновые доклады. В докладе подводятся итоги проведенной работы и исследуются категории недобросовестной конкуренции (недобросовестного поведения участников рынка), которые играют роль в разработке и исполнении законов о недобросовестной конкуренции в различных регионах мира. В докладе разъясняется, каким образом в национальном законодательстве и судебной практике применяется статья 10*bis* Парижской конвенции. В нем описываются различные категории недобросовестного поведения (как перечисленные в статье 10*bis* Парижской конвенции, так и сформулированные на национальном уровне), которые используются в судебной практике и законодательстве по всему миру. Становые и региональные доклады подготовили следующие авторы:

г-н Родриго В. Бермео Андраде, поверенный по вопросам интеллектуальной собственности и руководитель представительства бюро Вертео & Вертео в Латинской Америке, Кито, Эквадор (доклад по АНДСКОМУ сообществу);

г-жа Тэмми Л. Брайан, г-н Аким Д. Роу и г-жа Окера Н. Хилл, адвокаты, George Walton Raupе & Со., Бриджтаун, Барбадос (доклад по Карибскому региону);

г-жа Ирен Калболи, профессор, Школа права Техасского университета А&М, Форт-Уэрт, Соединенные Штаты Америки; старший преподаватель, Мельбурнская школа права, Мельбурн, Австралия; приглашенный профессор, Сингапурский университет социальных наук, Сингапур (доклад по АСЕАН);

г-жа Кристин Хейт Фарли, профессор и декан факультета, Программа по информационной справедливости и интеллектуальной собственности (PIJIP), Вашингтонский юридический колледж Американского университета, Вашингтон, округ Колумбия, Соединенные Штаты Америки (доклад по Канаде и Соединенным Штатам Америки);

г-н Дев Саиф Ганджи, профессор юридического факультета Оксфордского университета, Великобритания; приглашенный профессор Национального юридического университета, Дели, Индия (доклад по Индии и доклад по Великобритании);

г-н Роберто Гарса Барбоса, профессор Школы социальных наук и государственного управления Технологического института Монтеррея, Монтеррей, Мексика (доклад по Центральной Америке);

г-н Майкл Хэндлер, профессор, Школа частного и коммерческого права, факультет права и юстиции, Университет Нового Южного Уэльса, Австралия (доклад по Австралии и южной части Тихого океана);

Наталья Капырина, доцент кафедры европейской интеграции, Московский государственный институт международных отношений (МГИМО), Москва, Российская Федерация (доклад по СНГ);

г-н Пьер Эль Хури, юрист по вопросам ИС/ИКТ, профессор, Университет Сажесс, Бейрут, Ливан (доклад по Арабскому региону);

г-н Милтон Лусидио Леан Барселлос, партнер, Leão Intellectual Property, профессор, Школа права Антонио Менегетти, Порту-Алегри, Бразилия (доклад по МЕРКОСУР);

г-жа Нарн Ли, профессор, Школа экономики Ханкен, Хельсинки, Финляндия (доклад по Японии и Корею);

г-жа Сюцин Ли, профессор Школы права и декан Научно-исследовательского института интеллектуальной собственности (IPRI); и г-н Сюань Ван, кандидат наук, IPRI, Сямэньский университет, Сямэнь, Китай (доклад по Китаю);

г-н Патрик Жуве Лове Гнинтедем, доцент, Университет Джанг, Камерун (доклад по АОИС);

г-н Тобиас Шонветтер, доцент факультета коммерческого права и директор отдела интеллектуальной собственности, Кейптаунский университет, Южная Африка (доклад по АРОИС и Южной Африке);

г-н Мартин Сенфтлебен, профессор и директор Института информационного права (IViR), Амстердамский университет, Нидерланды (доклад по Европейскому союзу)

Содержание	
I. РЕЗЮМЕ	8
II. ВВЕДЕНИЕ.....	11
III. МЕЖДУНАРОДНЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ	13
A. История изменений статьи 10bis ПК.....	13
B. Честная практика в промышленных и торговых вопросах	15
C. Конкурентные отношения	18
D. Примеры запрещенных действий в статье 10bis ПК	19
E. Выявление других актов недобросовестной конкуренции	22
F. Актуальность изменений на национальном и региональном уровнях.....	24
IV. ЗАКОНЫ И ИХ ИСПОЛНЕНИЕ В ГОСУДАРСТВАХ – ЧЛЕНАХ ВОИС.....	25
A. Африканская региональная организация интеллектуальной собственности (АРОИС) и Южная Африка*	27
1. Законодательная база.....	28
2. Честная практика в промышленных и торговых делах	32
3. Применение списка прямо запрещенных действий	34
4. Другие акты недобросовестной конкуренции	34
B. Африканская организация интеллектуальной собственности (АОИС)*	36
1. Законодательная база.....	36
2. Честная практика в промышленных и торговых делах	38
3. Применение списка прямо запрещенных действий	40
4. Другие акты недобросовестной конкуренции	43
C. Канада и Соединенные Штаты Америки*	47
1. Законодательная база.....	47
2. Честная практика в промышленных и торговых вопросах.....	54
3. Применение списка прямо запрещенных действий	55
4. Другие акты недобросовестной конкуренции	56
D. Карибский регион*	58
1. Законодательная база.....	58
2. Честная практика в промышленных и торговых делах	60
3. Применение списка прямо запрещенных действий	62
4. Другие акты недобросовестной конкуренции	64
E. ЦЕНТРАЛЬНАЯ АМЕРИКА*	66

1.	Законодательная база.....	66
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	69
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	70
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	75
F. Андское сообщество*		77
1.	Законодательная база.....	77
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	78
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	79
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	83
G. ОБЩИЙ РЫНОК СТРАН ЮЖНОЙ АМЕРИКИ (МЕРКОСУР)*		86
1.	Законодательная база.....	86
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	87
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	90
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	94
H. Арабский регион*		99
1.	Законодательная база.....	100
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	103
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	105
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	108
I. Китай*		110
1.	Законодательная база.....	110
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	111
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	113
4.	Другие законы о недобросовестной конкуренции	117
J. Индия*		121
1.	Законодательная база.....	121
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	123
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	124
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	126
K. Япония и Корея*		127
1.	Законодательная база.....	127
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	130
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	131

4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	136
L.	Ассоциация государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН)*	139
1.	Законодательная база.....	140
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	143
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	145
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	149
M.	Австралия и южная часть Тихого океана*	152
1.	Законодательная база.....	152
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах.	159
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	160
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	164
N.	Содружество независимых государств (СНГ)*	166
1.	Законодательная база.....	166
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	170
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	172
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	177
O.	Европейский союз (ЕС)*	181
1.	Законодательная база.....	181
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах	182
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	184
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	188
P.	Великобритания*	194
1.	Законодательная база.....	194
2.	Честная практика в промышленных и торговых делах.	197
3.	Применение списка прямо запрещенных действий	199
4.	Другие акты недобросовестной конкуренции	205
V.	РЕЗЮМЕ И ВЫВОДЫ	206
A.	Правовая основа защиты.....	206
B.	Обоснование защиты	209
C.	Концепция честной практики	209
D.	Запрет недобросовестных действий, перечисленных в статье 10bis(3) ПК.	211
E.	Другие акты недобросовестной конкуренции	214

F. Влияние современных технологий.....	216
G. Взаимодействие с правами интеллектуальной собственности	217

I. РЕЗЮМЕ

В основе правовых механизмов государств – членов ВОИС, обеспечивающих защиту от недобросовестной конкуренции, лежат различные правовые традиции и источники законов о недобросовестной конкуренции. Национальные и региональные стратегии реализации механизмов основаны как на законах, устанавливающих ответственность за генеральный деликт, и на законах о выдаче чужих товаров за свои, так и на специальных законодательных или нормативных актах, касающихся разных аспектов добросовестной торговли. В зависимости от контекста, в котором реализуются национальные и региональные механизмы, правила о недобросовестной конкуренции могут быть установлены как в законах об интеллектуальной собственности (в особенности о товарных знаках), в торговом кодексе страны, закона о защите прав потребителей или антимонопольном законодательстве, так и в региональных нормативных актах, направленных на поощрение свободной и добросовестной конкуренции. В ряде стран были приняты комплексные положения, обеспечивающие защиту от недобросовестной конкуренции как конкурентам, так и потребителям. Но этот подход недостаточно распространен, чтобы можно было заявлять об общей тенденции к принятию комплексных положений о недобросовестной конкуренции.

Доклад показывает, что, несмотря на сохраняющиеся различия в структуре регулирующих мер, основные компоненты модели регулирования, установленной в статье 10*bis* ПК, в той или иной форме используются во всех рассматриваемых странах и регионах: для эффективной защиты от недобросовестной конкуренции (статья 10*bis*(1) ПК) необходимо наличие бессрочного, универсального положения общего характера (его роль на международном уровне играет статья 10*bis*(2) ПК) в сочетании со специальными положениями (или законодательными актами) об отдельных формах недобросовестного поведения (см. примеры, приведенные в статье 10*bis*(3) ПК).

Основная цель таких положений – защита участников торговли от недобросовестной конкуренции, однако законы о недобросовестной конкуренции по всему миру выполняют и дополнительную задачу – обеспечение защиты потребителей. Во всех докладах отражено намерение защитить от недобросовестной торговли потребителей. В правовых системах, где действует специальный закон о недобросовестной конкуренции, защита потребителей может быть названа одним из оснований для его принятия. Кроме того, основанием для предоставления защиты может стать заинтересованность общества в честной конкуренции без нарушений. Применительно к ситуациям ведения деятельности под чужим именем можно сказать, что закон ориентирован на интересы продавцов, чье стремление к возмещению ущерба косвенно приносит пользу потребителям. Закон направлен на защиту участников рынка от предоставления ложной информации; он применяется против действий, которые негативно влияют как на продавцов, так и на потребителей, и помогает удовлетворить потребность общества в добросовестной конкуренции без нарушений. Можно сделать вывод, что законы и их исполнение в разных странах и регионах мира направлены на защиту:

- конкурентов от коммерческого ущерба, вытекающего из недобросовестных действий;
- потребителей от недобросовестной торговой практики; и
- общественности путем сохранения честной конкуренции без нарушений.

В основе подходов, применяемых для установления соответствия понятию честной практики в промышленных или торговых делах, лежат общие, универсальные критерии оценки, которые могут относиться к различным категориям. Компетентные органы могут применять подход с акцентом на соблюдении законов, на обычаях и представлениях о честности в соответствующем сегменте торговли или с целью оптимизации рынка. Концепция «честной практики», сформировавшаяся в национальных и региональных законах и практике, состоит из следующих элементов:

- критерии правового позитивизма (соответствие закону);
- эмпирические критерии (соответствие обычаям или представлению о добросовестности в секторе); и
- функциональные критерии (соответствие экономическим предпосылкам для конкуренции без нарушений на эффективно функционирующем рынке).

Помимо общего понятия честной практики, в докладе уточняется, каким образом на национальном или региональном уровне реализован запрет на недобросовестные действия, перечисленные в статье 10*bis*(3) ПК. Анализ показывает, что приведенные в статье 10*bis*(3) ПК примеры недобросовестного поведения служат важными ориентирами для представителей законодательных органов и судей, перед которыми стоит задача выявить неприемлемое конкурентное поведение.

Что касается первой категории запрещенных действий в статье 10*bis*(3) ПК (действия, способные вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов, промышленной или торговой деятельности конкурента), то, во-первых, в Докладе отмечается, что положения, как правило, охватывают широкий диапазон признаков компаний и продуктов, включая отличительные характеристики продукта или услуги, географические указания, описательные наименования брендов, фирменный стиль, оформление упаковки, общий внешний вид товаров, цветовые схемы, вымышленных персонажей, изображения знаменитостей (и их элементы), используемые в рекламе темы и оформление веб-сайтов. Во-вторых, предположение о наличии смешения, требующего принятия мер, возникает, когда общественность может предположить, что товары или услуги поступают от предприятия конкурента, сделать ложные выводы о качествах или характеристиках продукта либо решить, что существует экономическая связь с конкурентом, например, на основании разрешения, лицензионного соглашения, либо иная форма коммерческой связи, включая спонсорство, принадлежность и поддержку.

Ко второй категории действий, перечисленных в статье 10*bis*(3) ПК (ложные утверждения, дискредитирующие предприятие, товары или коммерческую деятельность конкурента), в национальной и региональной практике могут быть отнесены ложные утверждения, направленные на продукты или услуги конкурента, с критикой их качества и цены, предупреждения об опасности, которая якобы связана с их использованием, утверждения о несоответствии заявленным в рекламе характеристикам и заявления о том, что товары представляют собой подделку или непригодны для потребления. Что касается предприятия и деятельности конкурента, то в этой сфере запрещенными действиями могут признаваться, например, ложные утверждения о том, что конкурент находится на грани банкротства, прекратил работу или виновен в уголовных преступлениях. Кроме того, защита может предоставляться в случае, если делаются дискриминационные заявления о национальности конкурента, его религиозных убеждениях и других частных и личных вопросах. Национальные и региональные положения могут касаться не только не соответствующих фактам заявлений, но и субъективных оценочных суждений. Потенциальное смягчение критериев недобросовестного поведения можно наблюдать в подходах к вопросу о том, должно ли быть доказано, что ложные утверждения не соответствуют действительности, сделаны со злым умыслом или причиняют определенный вид ущерба, такой как материальные потери. Наконец, действия могут быть признаны дискредитирующими, порочащими или унижающими достоинство на том основании, что была опущена важная информация. Признается, что для сбалансированного подхода к предоставлению защиты необходимо взвешивать цель предотвратить недобросовестное поведение в сопоставлении с заинтересованностью в свободе (коммерческих) выражений.

Что касается третьей категории запрещенных актов недобросовестной конкуренции, перечисленных в статье 10bis(3) ПК (использование в отношении товаров указаний или утверждений, вводящих в заблуждение), то исследование показывает, что вводящее в заблуждение указание могут относиться к различным элементам, в частности к тем, которые касаются не характеристик товара, а продавца, производителя или прав потребителей. Но национальное или региональное законодательство обычно предусматривает, что для признания утверждения или указания вводящим в заблуждение должны выполняться дополнительные критерии недобросовестности. Применимые критерии могут указывать на то, что для защиты от вводящих в заблуждение утверждений и указаний характерна двойная направленность, т.е. она ориентирована как на конкурентов, так и на потребителей. Иными словами, коммерческая практика считается вводящей в заблуждение, во-первых, когда она влияет на экономическое поведение потребителей в силу своего ложного характера. Во-вторых, утверждение или указание может стать основанием для иска, если его негативное воздействие может нанести ущерб конкуренту. Защита от вводящих в заблуждение практик также предоставляется в случаях опущения информации – в ситуациях, когда продавец скрывает существенную информацию, предоставляет ее невнятно, двусмысленно или несвоевременно или не оговаривает коммерческий характер деятельности в случаях, когда это не очевидно из контекста.

Для установления акта недобросовестной конкуренции, охватываемого одним из примеров, перечисленных в статье 10bis(3) ПК, может потребоваться доказательство наличия конкурентных отношений. Однако анализ ряда изменений в рассмотренных странах и регионах заставляет сделать вывод о смягчении критерия конкурентных отношений. Помимо действий, совершаемых в рамках прямой конкуренции, может быть достаточно того, что продавец ставит себя в условия конкуренции косвенным образом. Также может быть достаточно того, что предполагаемое неправомерное действие наносит ущерб широкому кругу участников рынка. Если смотреть еще шире, то достаточным может быть признано влияние предполагаемого неправомерного действия на конкуренцию.

Что касается дополнительных видов защиты, которые не относятся к области примеров, приведенных в статье 10bis(3) ПК, то анализ указывает на неоднородный подход к вопросам незаконного присвоения. В ряде стран и регионов предусматривается защита от недобросовестной конкуренции, например, в форме запрета недобросовестного несанкционированного использования результатов крупных инвестиций или масштабных усилий другого лица для своей деятельности. Но результаты анализа национальных и региональных подходов не указывают на сходство позиций по вопросам, связанным с незаконным присвоением. Существует единая позиция по вопросу защиты от слепого подражания: требование в отношении предотвратимого введения в заблуждение относительно происхождения в системах гражданского права может быть связано с проверкой на предоставление ложной информации, которая в системах общего права используется в рамках анализа с целью выявления коммерческой деятельности под чужим именем. Нововведения в области защиты от «паразитического» маркетинга, включая принятые в ряде стран специальные законы, также могут стать основой для решений, которые позволят устранить различия между правовыми традициями, касающимися законов о недобросовестной конкуренции.

Наконец по результатам анализа национальных и региональных подходов были отмечены серьезные изменения в подходах к вопросу неправомерного завладения коммерческой тайной. Во всех охваченных исследованием странах и регионах принята единая позиция о необходимости обеспечения защиты в связи с таким нарушением. Используемые для этого правовые средства включают как прямые или косвенные условия контрактов и основанные на праве справедливости иски о нарушении конфиденциальности, так и принятие законодательных режимов защиты коммерческой тайны. В соответствии с законодательными режимами, любые действия и практики

могут быть квалифицированы как акт недобросовестной конкуренции, ведущий к раскрытию, получению или использованию неуполномоченной третьей стороной конфиденциальной информации без согласия законного владельца. В частности, может предусматриваться защита от следующих нарушений:

- промышленный или коммерческий шпионаж;
- нарушение договора;
- злоупотребление доверием;
- подстрекательство к совершению промышленного или коммерческого шпионажа, нарушению контракта или злоупотреблению доверием;
- приобретение конфиденциальной информации третьим лицом, которое знало, что такое приобретение связано с одним из вышеуказанных действий, или чье незнание этого факта представляло собой грубую небрежность.

Что касается новых технологий и соответствующих рекламных инструментов, то, как показано в Докладе, в мире все шире признается необходимость принятия твердых обязательств по обеспечению прозрачности, таких как специальные правила прозрачности для поисковой рекламы, адресной рекламы, основанной на поведении и рекламы с привлечением лидеров общественного мнения. В процессе поиска норм, которые могут применяться с учетом развития технологий, могут появляться и новые инициативы в области защиты от незаконного завладения коммерческой тайной. На фоне развития экономики больших данных и роста важности и коммерческой ценности машинных данных целесообразным может быть введение защиты от незаконного присвоения данных, в том числе от незаконного приобретения, раскрытия и использования накопленных исходных данных в нарушение требований о защите коммерческой тайны или авторского права.

Были выявлены разные варианты взаимосвязи между защитой от недобросовестной конкуренции и законами об интеллектуальной собственности. С одной стороны, законодательство в области интеллектуальной собственности может препятствовать использованию общих правовых механизмов, обеспечивающих защиту от недобросовестной конкуренции, в сфере его применения. С другой, общие стандарты защиты, принятые в законах о недобросовестной конкуренции, могут препятствовать выполнению конкретных требований к предоставлению защиты или к установлению факта нарушения, закрепленных в законах об интеллектуальной собственности. Кроме того, существует многоплановая взаимосвязь между защитой от недобросовестной конкуренции и правами интеллектуальной собственности. Во-первых, защита от недобросовестной конкуренции может дополнять права интеллектуальной собственности. Основной задачей при регулировании взаимосвязи этих двух правовых режимов может быть обеспечение независимости, когда защита от недобросовестной конкуренции не зависит от систем защиты интеллектуальной собственности и дополняет их. Нарушение установленного законом права интеллектуальной собственности может одновременно быть квалифицировано как акт недобросовестной конкуренции. Во-вторых, определенные концепции, закрепленные в законах о недобросовестной конкуренции, такие как вводящее в заблуждение поведение или «честная практика в промышленных и торговых делах» (статья 10bis(2) ПК), могут использоваться для установления объема защиты интеллектуальной собственности, в частности предусмотренного законами о товарных знаках. И наоборот, концепции, появившиеся благодаря законодательству об интеллектуальной собственности, такие как «типичный потребитель» и понятие смешения, появившееся благодаря законам о товарных знаках, могут также применяться в законах о недобросовестной конкуренции.

II. ВВЕДЕНИЕ

Одна из основных характеристик рыночной экономики – наличие конкуренции между участниками рынка. Вопрос о том, где должна проходить граница между добросовестной конкуренцией и недопустимым конкурентным поведением, стал предметом активных дебатов и множества публикаций¹. Базовой международной нормой в области законодательства о недобросовестной конкуренции служит статья 10*bis* Парижской конвенции по охране промышленной собственности («Парижская конвенция», или «ПК»). В силу того, что ссылка на нее содержится в статье 2(1) Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности («Соглашение ТРИПС» или «ТРИПС»), она также накладывает на членов ВТО обязательство обеспечивать защиту от недобросовестной конкуренции в рамках Соглашения ТРИПС. Согласно статье 39(2) ТРИПС, это международное обязательство также распространяется на защиту коммерческой тайны.

В 1990-е годы ВОИС провела ряд мероприятий, посвященных теме защиты от недобросовестной конкуренции. В 1994 году было опубликовано исследование о защите от недобросовестной конкуренции с описанием положения дел в мире на тот момент². В 1996 году были представлены Типовые положения ВОИС о защите от недобросовестной конкуренции³. С тех пор законы о недобросовестной конкуренции и их взаимосвязи с защитой интеллектуальной собственности изменились. Общая защита от недобросовестной конкуренции может дополнять специализированную защиту, предоставляемую в связи с правами интеллектуальной собственности. При этом права интеллектуальной собственности в промышленных и торговых делах могут истолковываться и применяться с учетом концепции добросовестности. Таким образом, между защитой интеллектуальной собственности и общим законодательством о недобросовестной конкуренции существует многоплановая связь. Кроме того, технический прогресс привел к появлению новых маркетинговых и рекламных стратегий, в частности, в цифровой среде. Однако новые формы конкурентного поведения заставляют задаваться непростыми вопросами, касающимися добросовестности, для решения которых нужны целенаправленные меры регулирования. В связи с использованием информации о поведении потребителей и машинных данных о них для автоматической рекламы, систем рекомендаций товаров и улучшения характеристик товаров также возникает вопрос о том, могут ли новые нематериальные активы, на которые не распространяются конкретные права интеллектуальной собственности, такие как определенные виды данных, подлежать защите в рамках законов о недобросовестной конкуренции.

С учетом этой информации ниже будут проанализированы международно-правовые механизмы защиты от недобросовестной конкуренции (глава III), законы и их исполнение членами Всемирной организации интеллектуальной собственности (глава IV). В заключительной главе V приводится резюме основных выводов Доклада.

¹ См. S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015, para. 13.34; M. Pflüger, “Article 10bis”, в: T. Cottier/P. Véron (eds.), *Concise International and European IP Law*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, 296.

² WIPO, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, WIPO Publication No. 725, WIPO: Geneva 1994, para. 28–29

³ ВОИС. Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции, публикация ВОИС №832, Женева: ВОИС, 1996.

III. МЕЖДУНАРОДНЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ

Как уже упоминалось, основу законов о недобросовестной конкуренции на международном уровне составляет статья 10*bis* ПК⁴. В силу того, что ссылка на нее содержится в статье 2(1) ТРИПС, она также накладывает на членов ВТО обязательство обеспечивать защиту от недобросовестной конкуренции в рамках Соглашения ТРИПС. В деле «Австралия – Определенные меры в отношении товарных знаков, географических указаний и других требований для непривлекательной упаковки, применимые к табачным изделиям и упаковке» («Австралия – Непривлекательная упаковка») группы экспертов ВТО, занимающиеся вопросами непривлекательной упаковки для табачных изделий, разъяснили, что в связи с обязательством членов ВТО по применению положений статьи 10*bis* ПК нельзя проводить различия между актами недобросовестной конкуренции, относящимися к товарным знакам, географическим указаниям или другим конкретным категориям интеллектуальной собственности, и другими актами недобросовестной конкуренции. Поскольку статья 10*bis* ПК не подразумевает таких различий, эффективная защита от недобросовестной конкуренции должна быть обеспечена без дополнительных оговорок⁵. В частности, термин «в отношении» в первом подпункте статьи 2(1) ТРИПС не ограничивает сферу действия обязательств по статье 10*bis* ПК только актами недобросовестной конкуренции, связанными с темами, которые освещаются в частях II, III и IV Соглашения ТРИПС⁶. Таким образом, ссылка на статью 10*bis* ПК в статье 2(1) ТРИПС указывает на то, что цель охраны промышленной собственности заключается в борьбе с недобросовестной конкуренцией в широком смысле: международное обязательство не ограничивается актами, относящимися к правам интеллектуальной собственности и другим темам, которых касается Соглашение ТРИПС.

Чтобы заложить основу для анализа изменений в различных государствах – членах ВОИС, важно выполнить обзор общей международной правовой базы в области защиты от недобросовестной конкуренции. С этой целью в разделе А описывается история изменений статьи 10*bis* ПК. В разделе В рассматривается основная концепция «честной практики в промышленных или торговых делах», представленная в статье 10*bis*(2). В разделе С рассматривается вопрос о конкурентных отношениях; а в разделе D представлены примеры запрещенных недобросовестных действий, перечисленные в статье 10*bis*(3).

A. ИСТОРИЯ ИЗМЕНЕНИЙ СТАТЬИ 10BIS ПК.

Защита от недобросовестной конкуренции была признана элементом охраны промышленной собственности более столетия назад⁷. В 1900 году на Брюссельской

⁴ См. S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015, para. 13.34; M. Pflüger, “Article 10bis”, в: T. Cottier/P. Véron (eds.), *Concise International and European IP Law*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, 295 -296.

⁵ WTO Panels, 28 June 2018, reports WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, para. 7.2630.

⁶ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2631. Ср.: W.R. Meier-Ewert, “The WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging – Selected TRIPS Findings from the Panel Stage”, см. C. Heath/A. Kamperman Sanders (eds.), *Intellectual Property and International Dispute Resolution*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2019, 211 (241–242). Более узкие толкования в публикациях, выпущенных до решения Группы экспертов ВТО о непривлекательной упаковке, можно найти в публикации Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 180.

⁷ Краткий обзор истории изменений приводится в публикациях Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.37–13.43; G.H.C. Bodenhausen, “Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property” WIPO publication No. 611, Geneva: BIRPI 1969, 142–143. Подробный обзор представлен в публикации S. Ladas, “Patents, Trademarks, and Related Rights – National and International Protection», Volume

конференции по пересмотру Парижской конвенции было установлено, что «граждане стран-участниц Конвенции [...] во всех государствах Союза имеют право на предоставляемую им защиту от недобросовестной конкуренции»⁸. Эта новая международная норма была закреплена в статье 10bis. На последующих дипломатических конференциях обсуждались не только вопросы национального режима⁹.

На Вашингтонской конференции по пересмотру 1911 года удалось достичь соглашения об обязательстве стран-участниц Конвенции обеспечивать эффективную защиту¹⁰. На прошедшей в 1925 году Гаагской конференции по пересмотру это обязательство было уточнено, для чего в статью 10bis были включены определение и два примера актов недобросовестной конкуренции. В первом примере поясняется, что должны быть запрещены все действия, вызывающие смешение в отношении продуктов конкурента. В соответствии со вторым примером, запрещенными актами недобросовестной конкуренции должны считаться ложные утверждения, дискредитирующие продукты конкурента¹¹. На Лондонской конференции 1934 года сфера применения этих примеров была расширена за счет замены упоминания продукта конкурента формулировкой «предприятие, продукты, промышленная или торговая деятельность конкурента»¹². Предложение Германии запретить определенные формы сравнительной рекламы не было принято¹³. Предложение Дании, Франции, Норвегии, Швеции и Швейцарии, направленное на запрет ложных утверждений, касающихся указания происхождения, характера, способа изготовления и продажи продуктов, качества торгового предприятия или промышленных наград, также было отклонено¹⁴. Однако на Лиссабонской конференции 1958 года было принято аналогичное предложение Австрии, благодаря чему был добавлен еще один пример актов недобросовестной конкуренции: указания или утверждения, которые могут ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров¹⁵.

Описанные изменения вошли в текст статьи 10bis¹⁶. Первым пунктом предусматривается обязательство по обеспечению эффективной защиты от недобросовестной конкуренции. Во втором пункте акты недобросовестной конкуренции определяются как «всякий акт конкуренции, противоречащий честной практике в промышленных и торговых делах». Третий пункт содержит вышеупомянутые примеры

III, Cambridge, Massachusetts 1975, 1678–1685. Различные правовые источники законодательства о недобросовестной конкуренции на национальном уровне рассматриваются в публикациях F. Henning-Bodewig, «International Protection Against Unfair Competition – Art. 10bis Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions», *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 1999, 166 (169–170).

⁸ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, Actes de la Conférence réunie à Bruxelles du 1^{er} au 14 décembre 1897 et du 11 au 14 décembre 1900, Berne 1901, 164 (предложение Франции), 187–188, 310, 382–383 (обсуждение и принятие).

⁹ Принцип национального режима как таковой не налагает на членов Парижского союза обязательства по предоставлению защиты от актов недобросовестной конкуренции. Ср.: Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1678.

¹⁰ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, Actes de la conférence réunie à Washington du 15 mai au 2 juin 1911, Berne 1911, 53 (предложение), 105, 224, 255, 305, 310 (замечания и принятие).

¹¹ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, Actes de la conférence réunie à La Haye du 8 octobre au 6 novembre 1925, Berne 1926, 252, 255 (предложение), 348, 351, 472, 478, 525, 546–547, 578, 581 (замечания и принятие).

¹² Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, Actes de la conférence réunie à Londres du 1^{er} mai au 2 juin 1934, Berne 1934, 197–198 (предложение), 418–419 (обсуждение и принятие).

¹³ Actes de Londres, 419.

¹⁴ Actes de Londres, 419.

¹⁵ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, Actes de la conférence réunie à Lisbonne du 6 au 31 octobre 1958, Geneva 1963, 725, 784 (предложение Австрии), 106, 118, 725–727, 789–790, 852 (обсуждение и принятие).

¹⁶ Ср.: Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 170-173.

подлежащих запрету действий – это действия, вызывающие смешение в отношении предприятия, продуктов или деятельности конкурента (№1), дискредитация предприятия, продуктов или деятельности конкурента (№2) и введение общественности в заблуждение относительно характера или других свойств товаров (№3). Положения статьи 10bis дополняются статьей 10ter, предусматривающей надлежащие средства судебной защиты для эффективного пресечения актов недобросовестной конкуренции.

В. ЧЕСТНАЯ ПРАКТИКА В ПРОМЫШЛЕННЫХ И ТОРГОВЫХ ВОПРОСАХ

Статьей 10bis ПК устанавливается гибкий и открытый минимальный стандарт защиты от недобросовестной конкуренции¹⁷. В основе этого общего положения лежит открытая концепция «честных обычаев в промышленных и торговых делах», на которой основывается определение актов недобросовестной конкуренции в статье 10bis(2). Традиционно концепция «честных обычаев» отделяется от эмпирических стандартов, в основе которых лежат поведенческие нормы справедливости и порядочности, сложившиеся в конкретном сообществе¹⁸. В деле *Австралия – непривлекательная улаковка* группы экспертов ВТО пришли к выводу, что акт конкуренции может считаться противоречащим честной практике, «если его выполнение противоречит понятиям добросовестности, честности и открытости, сложившимся согласно обычаям на определенном рынке»¹⁹.

При этом члены группы признали, что в связи с использованием эмпирического подхода концепция «честных обычаев» становится зависимой от времени и от параметров рынка: порядок, в котором «обычно ведутся торговые дела, зависит от рынка и со временем меняется»²⁰. Таким образом, восприятие и стандарты честности в промышленных или торговых вопросах на разных рынках и в различных странах могут различаться²¹. Могут существовать «различия в том, какие подходы к пресечению недобросовестной конкуренции принимаются в национальных правовых системах подходят и какие акты включаются в это понятие»²². В исследовании ВОИС 1994 года «Защита от недобросовестной конкуренции: Анализ положения дел в мире» («Исследование ВОИС») гибкость эмпирических подходов к «честным обычаям в промышленных и торговых делах» описана следующим образом:

Описание недобросовестной конкуренции как ряда актов, противоречащих «честным торговым обычаям», «добросовестности» и т.д., не позволяет выработать однозначные, общепризнанные стандарты поведения, поскольку значение используемых терминов изменчиво. Стандарты «справедливости» и «честности» применительно к конкуренции разрабатываются с опорой на социологические, экономические, моральные и этические концепции, принятые в обществе, поэтому в разных странах (и даже в пределах одной страны) они могут различаться. Эти стандарты также могут меняться со временем²³.

¹⁷ Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.33; Pflüger, *Article 10bis*, 298.

¹⁸ Cp.: E. Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Vol. I, Munich 1965, 42–43; Cp.: Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1685–1686.

¹⁹ WTO Panels, 28 June 2018, reports WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, para. 7.2666.

²⁰ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2666. Cp. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.48.

²¹ Cp.: Meier-Ewert, *WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging*, 242–243.

²² WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2671–7.2672 и 7.2675. Cp.: Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.34.

²³ WIPO, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, WIPO Publication No. 725, WIPO: Geneva 1994, para. 28–29.

Влияние рыночной конъюнктуры – не единственный аспект эмпирического подхода, достойный особого внимания. Кроме того, комментаторы критиковали эмпирический подход за неточность. Существует мнение, что установление поведенческих стандартов во многом зависит от того, как формируется сегмент рынка, чьи обычаи берутся за основу для анализа. Более того, утверждается, что сегменты рынка, чьи подходы к ведению бизнеса используются как эталон для описания честных обычаев, фактически формируют правовые стандарты, по которым оценивается их собственное поведение²⁴.

Чтобы избежать возникновения такого «замкнутого круга», имеет смысл согласовать концепцию «честных обычаев» с целью обеспечить эффективность конкуренции как основного инструмента рыночной экономики. Помимо защиты конкурентов и потребителей, важным фактором становится общественная заинтересованность в эффективном процессе конкуренции, а именно в защите свободы действий и решений участников рынка²⁵. В этом отношении в исследовании ВОИС 1994 года рассматриваются подходы, предполагающие «защиту общества в целом, и особенно его интересов в свободе конкуренции»²⁶. Можно считать, что гибкая формулировка честных обычаев в статье 10bis(2) дает национальным законодательным органам и судам возможности принять этот функциональный подход²⁷. Следовательно, стандарты честности и добросовестности на рынке должны формироваться в соответствии с требованием о соблюдении условий для защиты конкуренции как института свободной рыночной экономики²⁸. Принимая такой подход к понятию честных обычаев, не следует упускать из виду этические и поведенческие стандарты, такие как личная ответственность за действия на рынке, уважение к потребностям других участников рынка и соблюдение равенства прав. Если эти этические стандарты применяются для достижения основной цели – эффективной конкуренции без нарушений, их можно учитывать в рамках функционального подхода²⁹.

При рассмотрении вопроса о непривлекательной упаковке для табачных изделий на международном уровне Группа экспертов ВТО оставила возможность сформулировать понятие честных обычаев с применением функционального, целенаправленного подхода, признав, что защита от недобросовестной конкуренции «служит как интересам конкурентов и потребителей, так и общественным интересам»³⁰. По мнению групп экспертов ВТО, такой подход:

...соответствует статье 7 Соглашения ТРИПС «Цели», в которой учитывается намерение установить и поддерживать баланс между упомянутыми в документе общественными целями. Следовательно, при установлении того, какие действия противоречат честной

²⁴ Ср.: Pflüger, Article 10bis, 300. Краткое содержание этого обсуждения приводится в публикациях M. Höpferger and M.R.F. Senftleben, «Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization», см.: R.M. Hilty and F. Henning-Bodewig (eds.), *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin/Heidelberg: Springer 2007, 61 (65–68).

²⁵ Ср.: Pflüger, Article 10bis, 300-301; F. Henning-Bodewig, «A New Act Against Unfair Competition in Germany», *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 36 (2005), 421 (426). Ср.: E. Ullmann, «Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2003, 820 (821) – авторы этой публикации рассуждают о дополнительных гарантиях.

²⁶ ВОИС, Исследование, 24–25.

²⁷ Ср.: Исследование ВОИС, 11–13, где авторы приводят свои соображения на эту тему с учетом международной структуры.

²⁸ Ср.: Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 58–59.

²⁹ Ср.: K.-N. Peifer, «Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?», см.: R.M. Hilty and F. Henning-Bodewig (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 125.

³⁰ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2680.

практике в торговых делах, можно, в зависимости от обстоятельств, принимать во внимание баланс таких интересов³¹.

Толкование понятия «честная практика» с учетом цели по обеспечению защиты прав потребителей³² также отражено в Типовых положениях о защите от недобросовестной конкуренции, опубликованных ВОИС в 1996 году («Типовые положения ВОИС» или «ТПВ»)³³. Понятие «честных практик» используется в разделах Типовых положений, касающихся применения статьи 10bis ПК³⁴. В соответствии с основным положением статьи 1(1)(a) ТПВ, любой акт и обычай, «противоречащий честной практике», считается актом недобросовестной конкуренции.

При этом в статью 1(1)(a) ТПВ включена традиционная формулировка в общем контексте. Если в статье 10bis(2) ПК стандартное понятие «честной практики» применяется только к актам конкуренции, то в статье 1(1)(a) ТПВ такого ограничения нет. В ней уточняется, что «отсутствие требования, чтобы конкретное действие представляло собой акт конкуренции, точно указывается на то, что защита также распространяется на потребителей»³⁵.

Следствием включения в законы положений о защите прав потребителей может быть требование обеспечить гарантии применения надлежащих средств судебной защиты, которые являются предметом статьи 10ter(1) ПК. После включения положений об интересах потребителей в закон о недобросовестной конкуренции представляется целесообразным разрешить организациям потребителей подавать иски в связи с актами недобросовестной конкуренции в суды или административные органы, согласно положениям статьи 10ter(2) в отношении федераций и ассоциаций промышленников, изготовителей или продавцов³⁶. Именно этот подход был принят при составлении статьи 1(1)(b) ТПВ, касающейся прав на средства судебной защиты. В этом положении говорится о «любом физическом или юридическом лице, которому причинен или может быть причинен ущерб в результате совершения акта недобросовестной конкуренции». При таком подходе средства судебной защиты доступны не только конкурентам и их федерациям, но и потребителям и их объединениям³⁷.

Типовые положения ВОИС – это не международный договор и не рекомендательный документ. Они были опубликованы Международным бюро ВОИС, но не были официально приняты ни Ассамблеей Парижского союза, ни Генеральной Ассамблеей ВОИС. Как следует из их названия, они призваны служить образцом для законотворческой деятельности и ориентиром для судебных решений³⁸. Поэтому практические результаты применения Типовых положений схожи с влиянием совместных рекомендаций в отношении законодательства о товарных знаках³⁹, даже

³¹ WTO Panels, Australia – Plain Packaging, para. 7.2680. Ср.: Meier-Ewert, WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging, 243.

³² Обзор разных мнений, высказанных в дискуссиях о необходимости защиты прав потребителей, см. в публикации Ricketson, The Paris Convention, para. 13.36; Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 170.

³³ ВОИС. Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции, публикация ВОИС №832, Женева: ВОИС, 1996. Типовые положения были подготовлены Международным бюро ВОИС на основании документа ВОИС Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, WIPO Publication No. 725, WIPO: Geneva 1994.

³⁴ Типовые положения ВОИС, 6, примечание 1.01; Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 182–183.

³⁵ Типовые положения ВОИС, 10, примечание 1.06. Ср.: Pflüger, Article 10bis, 297.

³⁶ Исследование ВОИС, 74.

³⁷ Типовые положения ВОИС, 12, примечание 1.10.

³⁸ Ср.: Pflüger, Article 10bis, 297.

³⁹ В области законодательства о товарных знаках были представлены и были приняты Ассамблеей Парижского союза и Генеральной Ассамблеей ВОИС три так называемые совместные рекомендации. См.: Совместная рекомендация о положениях в отношении охраны общеизвестных знаков (1999), публикация ВОИС №833, Женева: ВОИС 2000; Совместная рекомендация, касающаяся лицензий на товарные знаки (2000 года), публикация ВОИС №835, Женева: ВОИС, 2000; Совместная рекомендация о положениях в

при том, что их правовой статус неодинаков. Типовые положения призваны служить руководством к действию. Они представляют убедительный пример того, как надлежит выполнять международные обязательства в области защиты от недобросовестной конкуренции, способствуют приведению национальных подходов к единому образцу и содействуют дальнейшему развитию общих международных принципов.

С. КОНКУРЕНТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Определенное ограничение сферы применения статьи 10*bis* ПК вытекает из регулярного упоминания «актов конкуренции»⁴⁰. Они упоминаются в пункте 2, где дается общее определение актов недобросовестной конкуренции, и вновь упоминаются в первом и втором примерах, приведенных в пункте 3. В обоих случаях акцент в анализе делается на предприятии, продуктах и деятельности конкурента. Основываясь на словарных определениях, группы экспертов ВТО, рассматривавшие вопрос о непривлекательной упаковке табачных изделий в Австралии, истолковали термин «конкуренция» как «соперничество на рынке, соревнование за клиентуру между теми, кто предлагает одни и те же товары»⁴¹. Группы экспертов пришли к выводу, что под термином «акт конкуренции» подразумевается то, что «совершается субъектом рынка для соперничества с другими субъектами рынка»⁴².

При таком подходе формулировка статьи 10*bis*(2) и (3) не исключает ограничительного толкования, предполагающего обязательное прямое соперничество между стороной, совершившей акт недобросовестной конкуренции, и стороной, чьим интересам наносится ущерб. Однако представляется возможным смягчить воздействие требования о конкуренции. Достаточным условием может считаться не только прямая конкуренция в одном и том же сегменте рынка, но и наличие конкурентных отношений между участниками различных отраслей промышленности или торговли, и даже наличие косвенных конкурентных отношений⁴³.

Примером такого гибкого подхода служат Типовые положения ВОИС. Как уже указывалось, в общем положении статьи 1(1) ТПВ, где запрещаются акты, «противоречащие честной практике», не упоминаются «акты конкуренции»⁴⁴. Кроме того, требование о наличии конкурентных отношений было опущено в перечне прямо запрещенных действий в статьях 2–6 ТПВ. В результате защита от недобросовестной конкуренции теперь распространяется не только на конкурентные отношения. В Типовых положениях было отменено требование о наличии конкурентных отношений, которое, как уже упоминалось, в контексте статье 10*bis* ПК может накладывать ограничения. При таком подходе защита от недобросовестной конкуренции становится возможной и в ситуациях, когда отсутствует прямая конкуренция между стороной, совершающей акт недобросовестной конкуренции, и стороной, чьи интересы затрагиваются таким актом⁴⁵.

отношении охраны знаков и других прав промышленной собственности на обозначения в Интернете (2001 года), публикация ВОИС №845, Женева: ВОИС, 2001. Совместные рекомендации размещены в Интернете по адресу <http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/>. Ср.: С. Wichard, «The Joint Recommendation Concerning Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet», см.: J. Drexel and A. Kur (eds.), Intellectual Property and Private International Law, IIC Studies Vol. 24, Oxford and Portland, Oregon 2005, 257 (263).

⁴⁰ Ср.: Ricketson, The Paris Convention, para. 13.47.

⁴¹ WTO Panels, Australia – Plain Packaging, para. 7.2664.

⁴² WTO Panels, Australia – Plain Packaging, para. 7.2665 and 7.2698.

⁴³ Ricketson, The Paris Convention, para. 13.47; Pflüger, Article 10*bis*, 299; Bodenhausen, Application of the Paris Convention, 144; Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, 1689.

⁴⁴ Ср.: Pflüger, Article 10*bis*, 297.

⁴⁵ Типовые положения ВОИС, 10, примечание 1.06; Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 183.

D. ПРИМЕРЫ ЗАПРЕЩЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В СТАТЬЕ 10BIS ПК

Примеры в статье 10bis(3) ПК касаются актов недобросовестной конкуренции, которые должны быть запрещены на национальном уровне⁴⁶. В исследовании ВОИС 1994 года выделяется общий элемент примеров в статье 10bis(3): «ситуации, когда (предприниматель) пытается добиться успеха в конкуренции, не используя свои достижения в отношении качества и цены своих товаров и услуг, а неправомерно используя преимущества работы другого или воздействуя на потребительский спрос ложными или вводящими в заблуждение заявлениями»⁴⁷. Что касается цели защиты, то с учетом упоминания «конкурента» в статье 10bis(3), №1 и №2, было указано, что «закон о недобросовестной конкуренции изначально был разработан для защиты честных предпринимателей»⁴⁸. Что касается упоминания «общественности» в статье 10bis(3), №3, то в исследовании также отмечалось, что «не менее важной признана защита потребителей»⁴⁹.

В ходе обсуждений, после которых был утвержден перечень неприемлемых форм поведения в статье 10bis(3), было решено, что этот перечень не накладывает обязательств по принятию конкретного национального законодательного акта⁵⁰. Более того, пункт 3 не ограничивает сферу применения общего определения в пункте 2. Как объясняется в материалах дела «Австралия – Непривлекательная упаковка», действия, перечисленные в статье 10bis(3), являются примерами нечестной практики. Они представляют собой «согласованный на международном уровне минимальный стандарт»⁵¹ в отношении видов нечестной практики, которые должны быть запрещены. Перечень примеров недобросовестного поведения в пункте 3 не противоречит тому, что

согласно пункту 2, определение «акта недобросовестной конкуренции» должно включать любой акт конкуренции, противоречащий честной практике в торговых делах. Таким образом, страны Союза обязаны обеспечить эффективную защиту от любых актов недобросовестной конкуренции, подпадающих под определение, данное в пункте 2. Как минимум в него должны входить категории действий, упомянутые в пункте 3⁵².

В ходе работы по подготовке статьи 10bis(3) ПК группы экспертов ВТО, рассматривающие приведенные в этом положении примеры недобросовестного поведения, были удовлетворены подходом участников переговоров: они не указали прочие категории действий, против которых страны обязаны обеспечить эффективную защиту, однако намеревались рассмотреть недобросовестную конкуренцию во всех ее формах, а конкретные ситуации, указанные в пункте 3, были представлены только как минимальный пример⁵³.

Анализ трех «минимальных примеров», закрепленных в статье 10bis(3) ПК, позволяет получить важные сведения о международной концепции защиты. Первый пример показывает, насколько важно для членов Парижского союза было разработать норму о недобросовестной конкуренции, касающейся смешения в отношении предприятия, продуктов или деятельности конкурента,⁵⁴ несмотря на то, что Парижская конвенция

⁴⁶ В публикации Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.49 говорится о «предположительно недобросовестных» актах.

⁴⁷ Исследование ВОИС, 24, п. 31.

⁴⁸ Исследование ВОИС, 24, п. 33.

⁴⁹ Исследование ВОИС, 24, п. 33.

⁵⁰ *Actes de La Haye*, 472. Ср.: Pflüger, *Article 10bis*, 298.

⁵¹ *WTO Panels, Australia – Plain Packaging*, para. 7.2678.

⁵² *WTO Panels, Australia – Plain Packaging*, para. 7.2678.

⁵³ *WTO Panels, Australia – Plain Packaging*, para. 7.2678.

⁵⁴ Существует мнение, что в категорию «промышленные или торговые дела» в статье 10bis(3) №1 ПК может входить и предоставление услуг. Таким образом, пример недобросовестного поведения включает смешение

устанавливает конкретные обязательства, обеспечивающие защиту типичных отличительных признаков компании и продукта: товарных знаков, знаков обслуживания и фирменных наименований⁵⁵. В отношении основной идеи «смешения» в деле «Австралия – непривлекательная упаковка» эксперты ВТО уточнили, что запрет направлен на действия, которые могут вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов, промышленной или торговой деятельности конкурента. Учитывая обычное значение слова «смешение», в документе его можно определить как «растерянность или принятие одного за другое; неспособность отличить объекты один от другого»⁵⁶. Соответственно статья 10bis(3), №1 может применяться в ситуациях, когда «акт недобросовестной конкуренции приводит к смешению в том смысле, что продукты можно перепутать или невозможно отличить друг от друга»⁵⁷. Примечания о создании смешения в Типовых положениях ВОИС (см. статью 2 ТПВ) относятся к понятию смешения в том числе в отношении взаимосвязи или спонсорства⁵⁸. В Типовых положениях также подтверждается цель защиты прав на рекламу и коммерческое использование от актов, вызывающих смешение⁵⁹. В статье 2 ТПВ упоминаются не только типичные отличительные признаки предприятия, такие как знаки и фирменные наименования, но и внешний вид и описание продукта, а также реклама, в которой участвуют знаменитости или известные вымышленные персонажи⁶⁰.

Что касается второго примера, где упоминается дискредитация предприятия, продуктов или деятельности конкурента, то следует отметить, что предложение Германии о запрете некоторых форм сравнительной рекламы на Лондонской конференции 1934 года было отклонено⁶¹. В отсутствие конкретных принятых на международном уровне правил рекламы национальное решение может быть принято на основе второго примера в статье 10bis(3) и общего положения о «честной практике» в статье 10bis(2). В отличие от запрета на сравнительную рекламу, при использовании этой гибкой международной нормы остается возможность вносить изменения в подход к регулированию, включая возможную тенденцию к более широкому использованию сравнительной рекламы в рамках конституционных гарантий, таких как свобода коммерческого выражения⁶². Что касается дискредитирующих актов, то примеры, приведенные в Типовых положениях ВОИС, относятся в первую очередь к рекламе и в основном к утверждениям, касающимся конкретных характеристик продуктов и услуг, а также условий продажи (статья 5(2) ТПВ). Кроме того, уточняется, что акты недобросовестной конкуренции могут также совершаться ассоциациями потребителей или средствами массовой информации⁶³.

в отношении как товаров, так и услуг. Ср. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.50; Pflüger, *Article 10bis*, 301.

⁵⁵ Actes de La Haye, 476; Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1706–1707. статья 1 (2) ПК.

Взаимосвязь между этими различными способами защиты от смешения рассматривается в публикации Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 174–176.

⁵⁶ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2714.

⁵⁷ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2714.

⁵⁸ Этот вопрос подробнее освещается в публикации Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 185–186.

⁵⁹ Типовые положения ВОИС, 16 и 20, примечания 2.04 и 2.11. Ср.: H. Ruijsenaars, "The WIPO Report on Character Merchandising", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 25 (1994), 532; критические замечания представлены в публикациях P. Jaffey «Merchandising and the Law of Trade Marks», *Intellectual Property Quarterly* 1998, 240–266 (1998); M.R.F. Senftleben, *The Copyright/Trademark Interface – How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2020, 152–163 and 202–205.

⁶⁰ Ср.: Pflüger, *Article 10bis*, 301.

⁶¹ Actes de Londres, 419. Ср. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.57.

⁶² Исследование ВОИС, пункт 92. Ср.: A. Ohly, "Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2004, 889 (892–894).

⁶³ Типовые положения ВОИС, 44, примечание 5.05.

В третьем примере подход меняется. Если в пунктах №№1 и 2 статьи 10bis(3) говорится о смешении или ложных утверждениях в отношении товаров конкурента, то в №3 товары конкурента не упоминаются. Пункт посвящен указаниям и утверждениям участника рынка о его собственных товарах⁶⁴. Ссылаясь на прямое значение понятия «вводить в заблуждение», эксперты ВТО, рассматривавшие вопрос о непривлекательной упаковке для табачных изделий, пришли к выводу, что запрет касается актов, которые «вводят в заблуждение путем предоставления неверной информации или создания ложного впечатления»⁶⁵. В частности, третий пример может относиться к ложным заявлениям, которые ввели либо могут ввести общественность в заблуждение. К ложным указаниям и утверждениям может приравниваться упущение определенной информации. Речь идет о случаях, когда «такое упущение в торговле способно ввести потребителя в заблуждение: обмануть его путем предоставления неверной информации или создания ложного впечатления»⁶⁶. Так, обманом считается ситуация, когда общественность в отсутствие конкретной информации ожидает наличия у товара определенного свойства⁶⁷. В примечаниях о вводящих в заблуждение актах в Типовых положениях ВОИС (см. статью 4 ТПВ) уточняется, что, помимо заведомо ложных заявлений, должны быть запрещено делать заявления, верные только в буквальном смысле, и опускать информацию, если такое действие может ввести в заблуждение. При этом очевидные преувеличения при осуществлении продаж не обязательно должны считаться вводящими в заблуждение⁶⁸. Примеры в статье 4(2) ТПВ относятся к рекламе и стимулированию сбыта. В перечне свойств продуктов или услуг упоминается географическое происхождение⁶⁹. Однако в статье 4 ТПВ не говорится о том, как выяснить влияние на адресата вводящего в заблуждение заявления. По этому поводу в исследовании ВОИС 1994 года отмечается, что Парижская конвенция оставляет этот вопрос на усмотрение государств-членов, и приводится обзор различных подходов, таких как проведение различия между обычными и доверчивыми потребителями и подтверждение факта введения в заблуждение на основе эмпирических данных или общей оценки судьи⁷⁰.

Как уже упоминалось, использование в статье 10bis(3), №3 термина «общественность» подразумевает, что запрет должен распространяться на ситуации, когда ложные указания или утверждения направлены на потребителя⁷¹. Учитывая такую структуру положения, третий пример дает представление о целях защиты от недобросовестной конкуренции в Парижской конвенции. Очевидно, что в статье 10bis акцент делается на отношениях между конкурентами⁷². Но включение третьего примера, касающегося введения общественности в заблуждение относительно характера или других свойств товара, указывает на то, что в отличие от решения, принятого на Лиссабонской конференции 1958 года, были учтены не только интересы конкурентов⁷³. Благодаря этому придается больший вес защите потребителей, которая ранее упоминалась как цель, которая может помочь установить, что входит в состав честной практики в промышленных и торговых делах⁷⁴. Поскольку примеры в статье 10bis(3) касаются

⁶⁴ Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.52; Pflüger, *Article 10bis*, 304.

⁶⁵ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2750.

⁶⁶ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2752.

⁶⁷ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2752.

⁶⁸ Типовые положения ВОИС, 30, примечание 4.02.

⁶⁹ Информация об этом примере с упоминанием специальных законов об охране географических указаний и наименований мест происхождения приводится в Типовых положениях ВОИС (38, примечание 4.11).

⁷⁰ Исследование ВОИС, 39–40.

⁷¹ Исследование ВОИС, 24, пункт 33; Группа экспертов ВТО, *Австралия – Непривлекательная упаковка*, пункт 7.2750.

⁷² Pflüger, *Article 10bis*, 299; Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1687.

⁷³ Лиссабонское соглашение, 725, 784 (предложение Австрии), 106, 118, 725–727, 789–790, 852 (обсуждение и принятие). Ср.: Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1687.

⁷⁴ Ср.: Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.52; Pflüger, *Article 10bis*, 299; Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1735.

действий, которые, в частности, должны рассматриваться как акты недобросовестной конкуренции⁷⁵, они иллюстрируют сферу применения общей оговорки в статье 10bis(2). Следовательно, можно сделать вывод, что понятие «честных практик» включено в статью 10bis(2) не только для защиты интересов конкурентов (в соответствии с примерами, приведенными в статье 10bis(3), №1 и 2), но и для защиты потребителей (о чем свидетельствует последний пример в статье 10bis(3), №3).

Е. ВЫЯВЛЕНИЕ ДРУГИХ АКТОВ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

Конкуренция и конкурентное поведение имеют множество аспектов, поэтому в список запрещенных действий в статье 10bis(3) ПК, содержащий три примера, невозможно включить все случаи, когда необходима эффективная защита от недобросовестной конкуренции⁷⁶. Поэтому важно помнить, что международные механизмы защиты требуют запрета не только трех конкретных видов действий, указанных в статье 10bis(3), но и эффективной защиты от других действий, подпадающих под понятие недобросовестной конкуренции согласно статье 10bis(2)⁷⁷.

Соглашение ТРИПС задает важные ориентиры в отношении конкретных сфер применения⁷⁸. Что касается географических указаний, то статья 22(2)(b) ТРИПС устанавливает обязательство предоставить заинтересованным сторонам правовые меры для предотвращения «любого использования, представляющего собой акт недобросовестной конкуренции по смыслу статьи 10bis Парижской конвенции (в редакции 1967 года)». В статье 4 Договора об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем 1989 года, включенной в виде ссылки в статью 35 ТРИПС, защита от недобросовестной конкуренции признается как одна из «других» правовых средств защиты, которые члены ВТО могут использовать для защиты топологии интегральных микросхем. Кроме того, статья 39(1) ТРИПС предусматривает, что:

«...В процессе обеспечения эффективной защиты от недобросовестной конкуренции, как предусмотрено статьей 10bis Парижской конвенции (в редакции 1967 года), члены охраняют закрытую информацию в соответствии с пунктом 2, а сведения, представленные правительствам или государственным органам, – в соответствии с пунктом 3.

Ссылка на статью 10bis ПК в контексте защиты коммерческой тайны особенно важна для выявления прочих примеров недобросовестного поведения на международном уровне. Согласно статье 39(2) ТРИПС, «физическим и юридическим лицам предоставляется возможность препятствовать тому, чтобы информация, правомерно находящаяся под их контролем, без их согласия была раскрыта, получена или использована другими лицами способом, противоречащим честной коммерческой практике». Такая защита от недобросовестной конкуренции возможна, если «информация, о которой идет речь, является предметом надлежащих в данных обстоятельствах мер, направленных на сохранение ее секретности» (статья 39(2)(a), (b) и (c) ТРИПС). В статье 39(2) ТРИПС эти положения дополняют общее обязательство защищать владельцев коммерческой тайны от недобросовестной конкуренции; таким образом, ее можно рассматривать как международную норму, в которой приводятся дополнительные примеры действий, подлежащих запрету и представляющих собой акты недобросовестной конкуренции⁷⁹.

⁷⁵ Bodenhausen, *Application of the Paris Convention*, 143.

⁷⁶ Обзор других форм недобросовестного поведения, которые обсуждались на конференциях по пересмотру Парижской конвенции, см. в публикации *The Paris Convention*, para. 13.54–13.59.

⁷⁷ WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2679.

⁷⁸ Ср.: WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2629; Meier-Ewert, *WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging*, 241; Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 179–181.

⁷⁹ Взаимосвязь между статьей 10bis ПК и статьей 39 ТРИПС подробнее рассматривается в публикации *The Paris Convention*, para. 13.61–13.65.

В Типовых положениях ВОИС выделяются действия или практики, против которых в первую очередь должна предоставляться защита; помимо этого, в них даются рекомендации относительно прочих актов недобросовестной конкуренции, на которые следует обратить особое внимание. В Типовых положениях рассматриваются создание смешения в отношении предприятия другого лица или его деятельности (статья 2 ТПВ), нанесение ущерба нематериальным активам или репутации другого лица (статья 3 ТПВ), введение общественности в заблуждение (статья 4 ТПВ), дискредитация предприятия другого лица или его деятельности (статья 5 ТПВ) и наконец недобросовестная конкуренция в отношении секретной информации (статья 6 ТПВ). Помимо этого, статья 1(1) ТПВ содержит общие положения, которые служат основой для защиты от других актов недобросовестной конкуренции, не перечисленных отдельно в последующих положениях⁸⁰.

Таким образом, Типовые положения построены по образцу статьи 10bis ПК. В них указываются конкретные действия, подлежащие запрету (статья 10bis(3) ПК и статьи 2–6 ТПВ), в дополнение к общему положению (статья 10bis(2) ПК и статья 1(1) ТПВ). Но количество конкретных актов недобросовестной конкуренции, указанных в Типовых положениях, несколько выше. Помимо трех примеров недобросовестной конкуренции, перечисленных в статье 10bis (3) ПК, в Типовых положениях указываются еще две категории недобросовестных действий⁸¹. В соответствии со статьей 3(1) ТПВ,

любой акт и любая практика при осуществлении промышленной или коммерческой деятельности, которые наносят или могут нанести ущерб репутации другого предприятия, считаются актом недобросовестной конкуренции независимо от того, создают ли такое действие и такая практика смешение.

Основанием для добавления этого примера стало Исследование ВОИС 1994 года, в котором особое внимание уделялось актам использования с уклонением от оплаты, в частности ослаблению «различительной способности или рекламной ценности» товарного знака⁸². Последняя формулировка повторяется в статье 3(2)(b) ТПВ в качестве основного элемента определения понятия «ослабление»; кроме того, в ней обобщаются примеры действий, перечисленных в статье 3(2)(a) ТПВ. Согласно этому определению, «ослабление репутации означает снижение различительной способности или рекламной ценности товарного знака, фирменного наименования или иного различительного знака предприятия, внешнего вида или описания продуктов или услуг, знаменитости или известного вымышленного героя». Таким образом, статья 3 ТПВ предусматривает широкую защиту от использования с уклонением от оплаты и размытия знака. Она распространяется на рекламу и выкладку товаров⁸³.

Второй дополнительный пример, изложенный в статье 6 ТПВ, касается недобросовестной конкуренции в отношении секретной информации. Это положение основано на статье 39 ТРИПС. Определение термина «секретная информация» в статье 6(3) ТПВ идентично определению понятия «закрытая информация» в статье 39(2)(a), (b) и (c) ТРИПС. В статье 6(1) ТПВ также перефразируется общий принцип, установленный в статье 39(2) ТРИПС:

«актом недобросовестной конкуренции считается любой акт или обычай при осуществлении промышленной или коммерческой деятельности, ведущий к раскрытию, приобретению или использованию секретной информации другими лицами без согласия лица, которое на законном основании контролирует эту информацию [...], и способом, противоречащим честным торговым обычаям».

⁸⁰ Типовые положения ВОИС, 6, примечание 1.01.

⁸¹ Ср.: Pflüger, Article 10bis, 297.

⁸² Исследование ВОИС, 54–58, особенно пункт 109.

⁸³ Ср.: Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 186.

В качестве примеров соответствующих действий в статье 6(2) ТПВ приводятся промышленный или коммерческий шпионаж, нарушение контракта, злоупотребление доверием и относящиеся к этому действия. Эти примеры можно рассматривать в контексте сноски 10 Соглашения ТРИПС, которая сопровождает упоминание «честной коммерческой практики» в статье 39(2) ТРИПС:

Для целей настоящего положения выражение «способ, противоречащий честной коммерческой практике» подразумевает как минимум такую практику, как расторжение договора, злоупотребление доверием или подстрекательство к злоупотреблению доверием, и включает приобретение закрытой информации третьими лицами, которым было известно, что при приобретении такой информации использовалась такая практика, или чья неосведомленность об этом представляла собой акт грубой небрежности⁸⁴.

Типовые положения ВОИС не содержат указаний относительно того, какие меры следует принять владельцу информации, чтобы сохранить ее в тайне. В исследовании ВОИС 1994 года предлагается выяснить, содержит ли информация материал, который не будет конфиденциальным, если рассматривать его отдельно, необходима ли она сотрудникам для эффективной работы, и предназначена ли она только высшему руководству⁸⁵. Что касается бывших работников, то в примечаниях к статье 6 ТПВ указывается, что важно провести границу между законным использованием навыков, знаний и опыта, приобретенных в процессе работы, и недобросовестным раскрытием или использованием секретной информации бывшего работодателя⁸⁶.

В Типовых положениях предлагается не ограничиваться списком примеров в действующей редакции Парижской конвенции и добавить к случаям, перечисленным в статье 10*bis*(3) ПК, незаконное завладение коммерческой тайной⁸⁷, акты размытия и использования с уклонением от оплаты⁸⁸.

F. АКТУАЛЬНОСТЬ ИЗМЕНЕНИЙ НА НАЦИОНАЛЬНОМ И РЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЯХ

Учитывая гибкость и открытость международных механизмов защиты⁸⁹ и постоянное появление новых форм конкурентного поведения, особенно важно изучить законодательство и практику, сложившиеся на основе описанных международных норм и руководящих принципов⁹⁰. Приведенный ниже обзор изменений на национальном и региональном уровне позволит проанализировать, каким категориям недобросовестного поведения на рынке уделяется внимание в существующих законах о недобросовестной конкуренции и при их исполнении. Представленные ниже результаты анализа позволяют прояснить, каким образом статья 10*bis* ПК применяется в законодательстве и судебной практике национального и регионального уровней.

В докладах по отдельным странам и регионам предоставлена информация о применении ряда механизмов, входящих в международную систему защиты, и об актуальных изменениях, таких как новые формы недобросовестной конкуренции,

⁸⁴ Обзор влияния сноски 10 на интерпретацию соглашения см. в публикации Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.77.

⁸⁵ Исследование ВОИС, 51, п. 99.

⁸⁶ Типовые положения ВОИС, 50, примечание 6.08.

⁸⁷ Статья 39 ТРИПС.

⁸⁸ Обзор действий, не упомянутых в Статье 10*bis* напрямую, см. в Исследовании ВОИС, 48–68.

⁸⁹ Ср.: Исследование ВОИС, пункты 28–29.

⁹⁰ Ср.: Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.48.

возникшие в результате появления новых технологий. В докладах рассматриваются следующие вопросы:

- какова правовая основа предоставления защиты от форм недобросовестной конкуренции, предусмотренных статьей 10bis(1) ПК; основана ли защита от недобросовестной конкуренции на законах, устанавливающих ответственность за генеральный деликт, или на законах о ведении деятельности под чужим именем; были ли приняты специальные законы для защиты от недобросовестной конкуренции⁹¹; какие основания для защиты считаются важными в разных странах и регионах мира; учитываются при защите конкурентов также интересы потребителей; принимается ли во внимание заинтересованность общественности в честной конкуренции без нарушений;
- взаимосвязь между защитой от недобросовестной конкуренции и конкретными законами, обеспечивающими защиту прав интеллектуальной собственности; взаимосвязь прав интеллектуальной собственности и общих стандартов защиты от недобросовестной конкуренции; дополняет ли защита от недобросовестной конкуренции права интеллектуальной собственности; препятствуют ли конкретные законодательные акты в области интеллектуальной собственности применению общих правовых механизмов, обеспечивающих защиту от недобросовестной конкуренции;
- каким образом концепция «честных обычаев в промышленных и торговых делах», упомянутая в статье 10bis(2) ПК, применяется в различных регионах и странах; появилось ли определение честных обычаев в судебной практике или в законах; какой подход применяется для выявления соответствия принципам честной практики; используется ли в первую очередь эмпирический подход, основанный на обычаях сектора; важны ли экономические соображения, такие как оптимизация функционирования рынка;
- как применяется запрет на недобросовестные действия, перечисленные в статье 10bis(3) ПК; как «минимальные примеры»⁹² запрещенных действий трактуются на национальном или региональном уровне; какой объем защиты предоставляется при такой интерпретации; какие требования должны быть выполнены для получения защиты; необходим ли конкретный тип конкурентных отношений;
- входят ли в число мер защиты от недобросовестной конкуренции, применяемых в стране или регионе, дополнительные механизмы защиты, которые не охвачены примерами, приведенными в статье 10bis(3) ПК. признается ли в связи с появлением новых технологий и возникших благодаря им новых форм конкурентного поведения необходимость предотвращения дополнительных видов недобросовестных действий;

IV. ЗАКОНЫ И ИХ ИСПОЛНЕНИЕ В ГОСУДАРСТВАХ – ЧЛЕНАХ ВОИС

Рассматривая вопросы, возникшие в результате анализа международной структуры охраны в предыдущей главе (см., в частности, раздел III.F), в ходе обзора, представленного ниже, авторы анализируют применение различных элементов международной правовой системы на национальном и региональном уровнях,

⁹¹ История вопроса о применении таких законов представлена в публикации Ricketson, *The Paris Convention*, пункт 13.44.

⁹² WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, para. 7.2678.

рассматривают категории недобросовестного поведения, которым придается важность при разработке законов о недобросовестной конкуренции и их исполнении в государствах – членах ВОИС, и дают представление о таких изменениях, как новые формы недобросовестной конкуренции, развившиеся в результате появления новых технологий. В разделе А рассматривается положение дел в государствах – членах АРОИС и Южной Африке. Раздел В посвящен законам о недобросовестной конкуренции и их исполнению в государствах – членах АОИС. Раздел С посвящен законам о недобросовестной конкуренции и их исполнению в Канаде и Соединенных Штатах Америки. В разделе D представлен обзор положения дел в Карибском регионе. В разделе Е рассматриваются законы о недобросовестной конкуренции и их исполнение в Центральной Америке. В разделе F анализируется защита от недобросовестной конкуренции в Андском сообществе. Раздел G посвящен законодательству о недобросовестной конкуренции в государствах-членах МЕРКОСУР. В разделе H представлен обзор изменений в арабском регионе. В разделе I рассматриваются законы о недобросовестной конкуренции и их исполнение в Китае. Раздел J посвящен защите от недобросовестной конкуренции в Индии. В разделе K приводится обзор законов о недобросовестной конкуренции и их исполнения в Японии и Корее. Раздел L посвящен законам о недобросовестной конкуренции в государствах – членах АСЕАН. В разделе M рассматривается положение дел в Австралии и странах южной части Тихоокеанского региона. В разделе N рассматриваются законы о недобросовестной конкуренции и их исполнение в государствах-членах СНГ. В разделе O представлен обзор положения в ЕС. В разделе P рассматриваются законы о недобросовестной конкуренции и их исполнение в Великобритании.

A. АФРИКАНСКАЯ РЕГИОНАЛЬНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ (АРОИС) И ЮЖНАЯ АФРИКА*

Цель доклада – представить обзор положения дел в области защиты от недобросовестной конкуренции в 20 странах Африки. Общее определение недобросовестной конкуренции в статье 10bis Парижской конвенции (ПК) охватывает широкий диапазон неправомерных действий. В регионе, которому посвящен доклад, было проделано не так много работы по этой теме, поэтому целесообразно показать, как в странах, охваченных исследованием, обеспечивается защита от разных видов недобросовестной конкуренции. Тем не менее автор доклада с самого начала проводит различие между нормами частного права, регулирующими отношения между конкурентами и другими субъектами частного сектора и участниками рынка, и нормами общественного права, обеспечивающими защиту и развитие конкуренции, в том числе путем предотвращения слияний и борьбы с явлениями, препятствующими конкуренции, такой как картели и злоупотребление доминирующим положением⁹³. Основное внимание в докладе уделяется первой из этих двух категорий. В нем анализируется положение дел в Южной Африке и следующих 19 государствах – членах Африканской региональной организации интеллектуальной собственности (АРОИС): Ботсвана, Гана, Кения, Королевство Эсватини, Королевство Лесото, Либерия, Малави, Маврикий, Мозамбик, Намибия, Руанда, Сан-Томе и Принсипи, Сьерра-Леоне, Судан, Танзания, Гамбия, Уганда, Замбия и Зимбабве. Сомали также является членом АРОИС, но при этом не является ни стороной ПК, ни членом ВТО и, следовательно, также не берет на себя обязательств по статье 10bis ПК, закрепленных в Соглашении ТРИПС⁹⁴.

Цель настоящего доклада заключается в том, чтобы: а) продемонстрировать различные подходы, применяемые в исследуемых странах для выполнения обязательств по статье 10bis(1) ПК по обеспечению эффективной защиты от недобросовестной конкуренции; б) изучить, как в исследуемых странах интерпретируется и применяется концепция «честной практики в промышленных и торговых делах», описанная в статье 10bis(2) ПК; в) рассмотреть, каким образом в этих странах руководствуются примерами подлежащих запрету актов недобросовестной конкуренции, перечисленными в статье 10bis(3) ПК; и d) определить, предоставляется ли в этих странах в рамках защиты от недобросовестной конкуренции защита от дополнительных актов (включая те, которые появились в результате развития современных технологий). В заключение доклада высказываются некоторые соображения о роли деликтного права. Для составления доклада был проведен анализ первичных и, при наличии, вторичных источников в каждой стране; однако в результате наблюдения по ряду стран были преимущественно объединены в группы с целью выявления общих подходов и категорий. Благодаря этому обзор получился кратким и понятным.

В большинстве рассматриваемых стран и наднациональных органов и организаций, в которые они входят, тема защиты от недобросовестной конкуренции вне специальных режимов защиты прав интеллектуальной собственности и их регулирования не проработана детально. Тем актуальнее становится настоящий доклад, в котором представлен общий обзор и который может служить основой для будущих углубленных исследований данной темы в этом регионе. Наиболее тщательный правовой анализ этого вопроса был проделан в Южной Африке; тем не менее, автор принял решение не

* Г-н Тобиас Шонветтер, доцент кафедры коммерческого права и директор отдела интеллектуальной собственности, Кейптаунский университет, Южная Африка. Автор выражает признательность за ценные исследовательские материалы, использованные при подготовке настоящего доклада, г-же Натали Баумгарт, г-же Шрейе Дабидин, г-ну Ханани Хломани (LL.M.) и г-ну Габриэлю Рыбко (LL.B.).

⁹³ В теории понятно, в чем заключается различие между нормами частного и общественного права, однако оно не всегда учитывается при разработке национальных законов.

⁹⁴ См. статью 2(1) Соглашения ТРИПС.

освещать его результаты излишне глубоко, так как в стране принят достаточно уникальный подход. В большинстве других рассмотренных стран число публикаций и прецедентов невелико⁹⁵. Учитывая намеренно общую формулировку термина «недобросовестная конкуренция» в статье 10bis(2) ПК, необходимую для того, чтобы обеспечить учет различий в подходах стран и регионов к этой области права, неудивительно, что определение области применения защиты от этого явления в указанных странах часто затруднителен даже для экспертов по интеллектуальной собственности. Это затрудняет проведение содержательного сопоставления. Тем не менее представляется, что сделанный в публикации профессора Frauke Henning-Bodewig 1999 года⁹⁶ вывод о том, что развитые страны, как правило, предоставляют правовую защиту в той или иной форме для обеспечения добросовестных подходов в торгово-промышленном секторе в равной степени относится и к развивающимся странам, которые рассматриваются в данном докладе. Но в разных странах приняты разные подходы, о чем будет подробнее рассказано в нижеследующих разделах.

1. Законодательная база

1.1 Региональные и субрегиональные механизмы

Законодательство о недобросовестной конкуренции в 20 рассмотренных африканских странах не гармонизировано. Однако некоторые из них входят в различные⁹⁷ региональные экономические сообщества (РЭС) или таможенные союзы, которые ввели региональные или субрегиональные режимы конкуренции для развития региональной интеграции в этой области. Ряд стран состоят в различных РЭС. Ниже приводится анализ РЭС и таможенных союзов.

В частности, Общий рынок Восточной и Южной Африки (КОМЕСА)⁹⁸ в соответствии со статьей 55(3) Договора КОМЕСА принял региональный режим конкуренции, основанный на Положении о конкуренции КОМЕСА, 2004⁹⁹, дополненных Правилами конкуренции КОМЕСА, 2004, и на Руководстве¹⁰⁰. Статья 10(2) Договора КОМЕСА гласит, что Положение обязательно для всех государств-членов в полном объеме¹⁰¹. Режим КОМЕСА в отношении конкуренции был введен Комиссией КОМЕСА по вопросам конкуренции¹⁰². Режим КОМЕСА в отношении конкуренции прежде всего направлен на контроль трансграничных слияний, а также на предотвращение ограничительной деловой практики и злоупотребления доминирующим положением; однако в Части 5 Положений о конкуренции КОМЕСА содержатся и постановления о защите

⁹⁵ Поиск судебных прецедентов по большинству стран был нелегкой задачей, но примерно в четверти исследуемых стран удалось найти дела, связанные с вопросами недобросовестной конкуренции.

⁹⁶ Henning-Bodewig, F. 'International Protection Against Unfair Competition – Art. 10bis Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions' in IIC 1999, 166.

⁹⁷ Наглядный обзор РЭС и таможенных союзов, членами которых являются страны Африки, приведен в публикации Dawar and Lipimile «Africa: Harmonising competition policy under the AfCFTA» *Concurrents Competition Law Review* vol 2 (2020) pp 244–245.

⁹⁸ Следующие страны, включенные в исследование, являются членами КОМЕСА: Эсватини, Кения, Малави, Маврикий, Руанда, Судан, Уганда, Замбия и Зимбабве.

⁹⁹ Опубликовано по адресу https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/04/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12-COMESA-Competition-Regulations-as-at-December-2004.pdf [по состоянию на 13 сентября 2021 года].

¹⁰⁰ См.: https://www.comesacompetition.org/?page_id=393 [по состоянию на 13 сентября 2021 года].

¹⁰¹ Тем не менее государства-члены поднимали вопросы о необходимости включения Договора КОМЕСА и Положений о конкуренции КОМЕСА в национальное законодательство – см., например, публикацию Kigwiri and Mwemba «The COMESA Competition Commission (CCC), Earlier Experiences and Lessons for Regional Competition Regimes in the Global South», *AfronomicsLAW Analysis* (30 August 2021), опубликованную по адресу <https://www.afronomicslaw.org/category/analysis/comesa-competition-commission-ccc-earlier-experiences-and-lessons-regional> [по состоянию на 13 сентября 2021 года].

¹⁰² См. часть 2 Положений о конкуренции КОМЕСА.

потребителей от ложного и вводящего в заблуждение описания товаров и услуг¹⁰³ и «недобросовестного поведения» в потребительских сделках и бизнес-транзакциях¹⁰⁴. В статье 27 Положений о конкуренции КОМЕСА перечислены 11 категорий ложных и вводящих в заблуждение заявлений. Согласно пояснительному комментарию, выпущенному Комиссией по конкуренции КОМЕСА, «Постановления о недобросовестном поведении в Положениях направлены на запрет грубого недобросовестного поведения при поставке и приобретении товаров, предоставлении и получении услуг. В Положения включены рекомендации, которые помогут определить, было ли поведение недобросовестным с учетом обстоятельств»¹⁰⁵.

В регионе Сообщества по вопросам развития стран юга Африки (САДК)¹⁰⁶ действует Протокол о торговле в Сообществе по вопросам развития юга Африки (САДК) 1996 года; согласно статье 25 Протокола («Политика в отношении конкуренции»), «государства-члены осуществляют в рамках Сообщества меры, запрещающие недобросовестную деловую практику и способствующие развитию конкуренции». В 2009 году в соответствии со статьей 25 Протокола САДК приняло необязательный документ – Декларацию о конкуренции и потребительской политике¹⁰⁷. Декларация не является региональным законом о конкуренции, но в ней закреплены принципы сотрудничества, которые помогут обеспечить согласованность регионального законодательства и мер политики в этой области. В частности, в ней содержится призыв к государствам-членам создать «прозрачную структуру, обеспечивающую гарантии защиты конфиденциальной информации сторон и надлежащий национальный судебный контроль»¹⁰⁸.

В 2006 году Восточноафриканское сообщество (ВАС)¹⁰⁹ приняло Закон ВАС о защите конкуренции с целью поощрения и защиты добросовестной конкуренции в ВАС и обеспечения благосостояния потребителей, а в 2010 году были приняты Положения ВАС о конкуренции¹¹⁰. Согласно Части VIII Закона ВАС о защите конкуренции («Благосостояние потребителей»), почти идентичной статьям 27 и 28 вышеупомянутых Положений о конкуренции КОМЕСА, запрещаются «ложные заявления»¹¹¹ и «недобросовестное поведение в сделках с потребителями»¹¹². Закон ВАС о защите конкуренции вступил в силу 1 декабря 2014 года, и теперь в регионе действуют как минимум два параллельных законодательных механизма по вопросам конкуренции, т.е. региональные механизмы ВАС по рассмотрению трансграничных дел и национальные законы о конкуренции¹¹³ – для решения вопросов, связанных с конкуренцией, возникающих на национальном уровне.

¹⁰³ См. статью 27 Положений о конкуренции КОМЕСА.

¹⁰⁴ См. статьи 28 и 29 Положений о конкуренции КОМЕСА.

¹⁰⁵ Комиссия КОМЕСА по вопросам конкуренции. Consumer Protection – Explanatory Note, см. https://www.comesacompetition.org/?page_id=294 [по состоянию на 13 сентября 2021 года].

¹⁰⁶ Следующие страны, включенные в исследование, являются членами САДК: Ботсвана, Эсватини, Лесото, Малави, Маврикий, Мозамбик, Намибия, ЮАР, Танзания, Замбия, Зимбабве.

¹⁰⁷ См. https://www.sadc.int/files/4813/5292/8377/SADC_Declaration_on_Competition_and_Consumer_Policies.pdf [по состоянию на 13 сентября 2021 года].

¹⁰⁸ См. Раздел 1(е) Декларации.

¹⁰⁹ Следующие страны, включенные в исследование, являются членами ВАС: Кения, Руанда, Танзания и Уганда.

¹¹⁰ Кроме того, Протокол 2004 года о создании Таможенного союза ВАС в ст. 21 предусматривает, что «в государствах-партнерах запрещаются любые практики, негативно влияющие на свободную торговлю, включая любое соглашение, предприятие или согласованные действия, целью или результатом которых является предотвращение, ограничение или нарушение конкуренции в рамках Сообщества. [...] Эта статья должна применяться в соответствии с политикой и законами Восточноафриканского сообщества о конкуренции».

¹¹¹ Статья 28 Закона ВАС о защите конкуренции.

¹¹² Статья 29 Закона ВАС о защите конкуренции.

¹¹³ При наличии таковых.

Другие субрегиональные механизмы не столь важны для целей данного исследования. Экономическое сообщество государств Западной Африки (ЭКОВАС)¹¹⁴ также представило Меры и правила политики в области конкуренции¹¹⁵ для данного региона; однако они не распространяются на вопросы, касающиеся недобросовестной конкуренции по смыслу статьи 10bis ПК. Часть 8 Соглашения о создании Южноафриканского таможенного союза (ЮАТС)¹¹⁶ от 2002 года обязывает государства-члены проводить внутреннюю политику в области конкуренции и сотрудничать в этой области с правоохранительными органами¹¹⁷. Статья 41 обязывает государства-члены разрабатывать и принимать меры политики и инструменты для борьбы с недобросовестной торговой практикой. Экономическое сообщество центральноафриканских государств (ЭСЦАГ)¹¹⁸ не устанавливает региональный режим конкуренции, регулирующий недобросовестное поведение по смыслу статьи 10bis ПК.

На континентальном уровне в начале 2021 года африканские страны начали осуществлять торговлю в новой Африканской континентальной зоне свободной торговли. Статья 4(с) Соглашения о создании Африканской континентальной зоны свободной торговли («Соглашение AfCFTA»), принятого Африканским союзом в 2018 году, в частности, предусматривает сотрудничество государств-участников¹¹⁹ по вопросам конкурентной политики. Переговоры по Соглашению AfCFTA проходят поэтапно. Согласно статье 7 Соглашения AfCFTA, вопросы конкурентной политики (и вопросы интеллектуальной собственности) будут обсуждаться на втором этапе переговоров. По результатам переговоров будет принят Протокол к Соглашению AfCFTA о конкурентной политике. После завершения переговоров Протокол войдет в состав Соглашения AfCFTA. В связи с пандемией COVID-19 переговоры затянулись. Тем не менее ожидается, что второй этап переговоров начнется в текущем году. На данном этапе неясно, ограничится ли сфера действия Протокола о конкурентной политике основными вопросами конкурентного права, такими как картели, слияния и злоупотребление доминирующим положением, или в нее войдут такие положения, как «акты конкуренции, противоречащие честной практике в промышленных и торговых делах», как это предусмотрено статьей 10bis ПК. Крайне важно, что, как указано выше, в основе статьи 5 Соглашения AfCFTA лежат применяемые в РЭС передовые подходы. В случае конфликта преимущественную силу будут иметь положения Соглашения AfCFTA, если государства-участники не достигнут более полной региональной интеграции¹²⁰.

1.2 Национальные механизмы

Примечательно, что на национальном уровне применяются различные правовые системы (гражданское право, общее право, сочетание гражданского и общего права и религиозное право). Такое положение влияет на то, как решаются вопросы недобросовестной конкуренции – как в теории, так и на практике. Таким образом,

¹¹⁴ Следующие страны, включенные в исследование, являются членами ЭКОВАС: Гана, Либерия, Сьерра-Леоне, Гамбия.

¹¹⁵ С этими документами можно ознакомиться на сайте Антимонопольной службы ЭКОВАС по адресам: <https://www.arcc-erca.org/> и <https://www3.nd.edu/~ggoertz/rei/rei260/rei260.35tt1.pdf> [по состоянию на 13 сентября 2021 года].

¹¹⁶ Следующие страны, включенные в исследование, являются членами ЮАТС: Ботсвана, Королевство Лесото, Намибия, Южная Африка и Королевство Эсватини.

¹¹⁷ Статья 40.

¹¹⁸ Следующие страны, включенные в исследование, являются членами ЭСЦАГ: Сан-Томе и Принсипи, Руанда.

¹¹⁹ «Государства-участники» – государства-члены АС, которые ратифицировали Соглашение AfCFTA или присоединились к нему (см. статью 1 (v) Соглашения AfCFTA). В исследовании рассматривались следующие государства-участники: Гана; Кения; Королевство Эсватини; Королевство Лесото; Малави; Маврикий; Намибия; Руанда, Сан-Томе и Принсипи; Южная Африка; Сьерра-Леоне; Гамбия; Уганда; Замбия и Зимбабве.

¹²⁰ См. статью 19 Соглашения AfCFTA.

страны используют разные подходы к выполнению своих обязательств по статье 10bis(1) ПК, которые можно резюмировать следующим образом.

В большинстве стран различные вопросы недобросовестной конкуренции решаются с использованием разных правовых механизмов. Это и специальные законы (не всегда всеохватные), предоставляющие защиту от определенных видов недобросовестной конкуренции, и законы о конкуренции, о защите прав потребителей, об интеллектуальной собственности, и отраслевые законы и разные комбинации вышеперечисленных законов. Как отмечается в разделе 6 настоящего доклада, в ряде стран по-прежнему активно используются нормы деликтного права. Следовательно, предоставление такой защиты обосновывается по-разному, при этом определенное внимание уделяется защите потребителей.

В настоящее время в большинстве стран нет отдельного закона, направленного исключительно на защиту от недобросовестной конкуренции. Такие законы есть только в четырех странах (Эсватини, Гана, Маврикий и Намибия)¹²¹. В Малави действует объединенный закон о конкуренции и честной торговле¹²². В ряде стран, таких как Кения, Либерия, Судан и Зимбабве, нет законов, в названиях которых упоминается добросовестная и недобросовестная конкуренция и торговля; тем не менее в законах этих стран о конкуренции рассматриваются и вопросы недобросовестной конкуренции¹²³. Ряд других стран (включая Руанду и Замбию) приняли единые законы о конкуренции и защите прав потребителей; как правило, вопросы недобросовестной конкуренции в этих законах рассматриваются в контексте защиты прав потребителей¹²⁴. Разделы, посвященные недобросовестной конкуренции, есть и в специальных законах о защите прав потребителей таких стран, как Ботсвана, Гамбия, Кения, Малави, Мозамбик и Южная Африка¹²⁵. Те или иные аспекты защиты от недобросовестной конкуренции затрагиваются в законах об интеллектуальной собственности многих стран¹²⁶.

¹²¹ Эсватини: Закон о добросовестной торговле от 2001 года; Гана: Закон о защите от недобросовестной конкуренции от 2000 года; Маврикий: Закон о защите от недобросовестной практики (права промышленной собственности) от 2002 года; Намибия: Закон о торговой практике от 1976 года. На первый взгляд к той же категории относится Закон Танзании о добросовестной конкуренции от 2003 года; однако, несмотря на то, что в частях III–V Закона затрагиваются вопросы недобросовестной конкуренции, они рассматриваются в общем смысле, поэтому его нельзя отнести к категории законодательных актов, направленных исключительно на защиту от недобросовестной конкуренции. В Либерии проект такого закона был разработан в 2014 году, однако он так и не был принят.

¹²² Закон о конкуренции и добросовестной торговле №43 от 1998 года; «недобросовестной торговле» посвящена статья 43 Закона.

¹²³ Так, в статье 55 Закона Кении о конкуренции от 2010 года рассматриваются ложные и вводящие в заблуждение заявления, а в статьях 56 и 57 – «недобросовестное поведение»; см. также статью 7 «Предоставление ложной информации» Закона Либерии о конкуренции от 2016 года [часть III («недобросовестная торговая практика»)]; Главу 3 Закона Судана о конкуренции и антимонопольном праве от 2009 года [«защита прав потребителей»]; статью 42 Закона Зимбабве о конкуренции от 1996 года («недобросовестная торговая практика»).

¹²⁴ См. Закон Руанды №36/2021 о конкуренции и защите потребителей (Глава V: Защита потребителей; особенно статьи 37 и 39) и Закон Замбии о конкуренции и защите потребителей от 2010 года (Часть VII [«Защита потребителей»]; особенно статьи 45–47, касающиеся недобросовестной торговой практики и ложных/вводящих в заблуждение заявлений).

¹²⁵ См, например, ст. 11 Закона о защите прав потребителей Гамбии от 2014 года; ст. 43–44 Закона о защите прав потребителей Малави от 2003 года; ст. 20 Закона о правах потребителей Мозамбика от 2009 года; Часть F Закона о защите прав потребителей Южной Африки от 2008 года.

¹²⁶ См., например, статью 114 Закона Ботсваны о промышленной собственности от 2010 года; статью 34 (Часть VI) Постановления Лесото о промышленной собственности от 1989 года; статью 10.2 Закона Либерии об интеллектуальной собственности от 2016 года; статьи 212–213 Кодекса промышленной собственности Мозамбика от 2015 года; статью 194 Закона Намибии о промышленной собственности от 2012 года; раздел III («Защита от недобросовестной конкуренции») Закона Руанды №31/2009 о защите интеллектуальной собственности; статьи 277 и 278 Кодекса интеллектуальной собственности Сан-Томе и Принсипи от 2016 года; Часть III Закона Сьерра-Леоне о товарных знаках от 2014 года;

Как уже упоминалось в настоящем докладе, в Южной Африке, в отличие от других стран, сформирован эффективно функционирующий механизм борьбы с недобросовестной конкуренцией¹²⁷. Однако, в отличие от других стран, здесь этот режим преимущественно применяется с опорой на нормы общего права¹²⁸. Тем не менее важно отметить, что, как и в других странах, различные аспекты недобросовестной конкуренции затрагиваются в целом ряде законов Южной Африки, таких как Закон о товарных знаках и Закон о защите прав потребителей. В системе общего права Южной Африки, выделяется генеральный деликт незаконной конкуренции¹²⁹, в основе которого лежат положения «закона Аквилы»¹³⁰. основополагающим элементом для выявления незаконной конкуренции служит принцип *boni mores*¹³¹ («добрые нравы») – критерий, в который входят, в частности, добросовестность, честность, целесообразность и общественная мораль. Подробнее эта тема будет рассмотрена в разделе 3 настоящего доклада. Этот правовой механизм преимущественно направлен на защиту интересов конкурентов, поскольку в первую очередь служит для защиты права на привлечение клиентуры. Южноафриканские суды признали ряд форм незаконной конкуренции, основанных на общем праве, включая ведение деятельности под чужим именем, оказание давления, недостоверные заявления, незаконное завладение коммерческой тайной и распространение ложной информации, в том числе со злым умыслом. Нарушение любого законодательного положения (например, Закона о защите прав потребителей Южной Африки) также может стать основанием для привлечения к ответственности в соответствии с концепцией незаконной конкуренции в общем праве¹³², часто в дополнение к средствам правовой защиты, предусмотренных таким положением¹³³.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

Ряд стран (включая Ботсвану, Гамбию, Гану, Лесото, Маврикий, Мозамбик, Намибию, Руанду, Сан-Томе и Принсипи, Сьерра-Леоне) в своих законах упоминают «честную практику» в торговых¹³⁴ делах.

В число стран, в чьем законодательстве дается определение понятию «противоречащий честной коммерческой практике», входит Маврикий. Согласно Закону о защите от недобросовестной практики (права промышленной собственности) Маврикия от 2002 года, «понятие [...] включает любую практику, которая представляет собой расторжение договора, злоупотребление доверием или подстрекательство к злоупотреблению доверием, и включает приобретение закрытой информации третьими лицами, которым было известно или не было известно в результате грубой небрежности, что при приобретении такой информации использовалась такая практика»¹³⁵.

¹²⁷ Этот вопрос подробно освещен в публикации Johann Neethling, *Unlawful Competition*, LexisNexis 2015.

¹²⁸ В ряде других стран, включая Лесото, Танзанию и Зимбабве, отдельные аспекты недобросовестной конкуренции также рассматриваются в рамках общего права, особенно в том, что касается ведения деятельности под чужим именем. Это объясняется тем, что в основе правовых систем ряда других стран, включенных в исследование, лежат нормы английского общего права и/или права Южной Африки.

¹²⁹ Owen Dean & Alison Dyer *Introduction to Intellectual Property Law*, Oxford University Press South Africa (2014) at 3.1.

¹³⁰ Для привлечения к ответственности по закону Аквилы должны быть выполнены следующие требования: наличие неправомерного действия или бездействия; противоправность действия или бездействия; причинная связь; вина; материальный ущерб.

¹³¹ См. дело *Phumelela Gaming and Leisure Ltd против Gründlingh et al.*, 2007 год, (6) SA 350 (CC), пп. 361–362.

¹³² Dean & Dyer *Introduction to Intellectual Property Law*, at 3.5.2.

¹³³ Взаимосвязь между незаконной конкуренцией в рамках общего права и другими правами интеллектуальной собственности носит более комплексный характер; см. например, дело *Payen Components SA Ltd против Bovis Gaskets CC and Others* 1995 (4) SA 441 (A) 29.

¹³⁴ В некоторых из этих стран также упоминаются «промышленные» вопросы.

¹³⁵ См. раздел 4(4) Закона о защите от недобросовестной практики (права промышленной собственности) от 2002 года.

Однако во внутренних законах термину «честная практика» редко дается более точное определение. Тем не менее конкретные действия часто рассматриваются как акты недобросовестной или незаконной конкуренции и, таким образом, считаются противоречащими честной практике в торговых делах¹³⁶.

Согласно разделу 114(2) Закона Ботсваны о промышленной собственности, «любой акт конкуренции, противоречащий честной практике в промышленных и торговых делах, является актом недобросовестной конкуренции». В разделе 114(3) Закона, как и в Статье 10bis(3) ПК, перечисляются конкретные формы поведения, которые представляют собой формы недобросовестной конкуренции. Согласно разделу 7 Закона Ганы о защите от недобросовестной конкуренции, «помимо действий, указанных в разделах 1–6, любое действие и любая практика в ходе промышленной или коммерческой деятельности, противоречащие честной практике, также являются актами недобросовестной конкуренции». В разделах 1–6 упоминаются следующие действия:

- создание смешения в отношении предприятия другого лица или его деятельности;
- нанесение ущерба нематериальным активам или репутации другого лица;
- введение общественности в заблуждение;
- дискредитация предприятия другого лица или его деятельности;
- недобросовестная конкуренция в отношении секретной информации; и
- недобросовестная конкуренция в отношении национальных и международных обязательств.

Другие исследуемые страны используют в своем законодательстве термины «недобросовестная практика», «недобросовестная деловая практика», «недобросовестная конкурентная практика» или просто «недобросовестная конкуренция», но не упоминают термин «честная практика в промышленных и торговых делах». Эти термины, как правило, также остаются без определения; однако под такими практиками в законах часто подразумеваются разные формы поведения. Например, в Законе о честной торговле Эсватини от 2001 года не упоминается «честная практика», но при этом упоминается «недобросовестная практика». Часть II Закона запрещает определенные формы поведения в коммерческой деятельности, в частности введение в заблуждение и обман. В законодательстве Малави говорится о недобросовестной конкурентной практике, а не о честной деловой практике, а в статье 43 Закона о конкуренции и честной торговле перечислены случаи недобросовестной конкурентной практики, например, предоставление ложной информации и действия, которое могут ввести общественность в заблуждение.

В судах Южной Африки принято считать, что при рассмотрении вопросов торговли и конкуренции для квалификации действий как актов незаконной конкуренции крайне важно применять критерии добросовестности и честности, несмотря на их гибкость и неопределенность. Но позднее был сформулирован более детальный критерий *boni mores* («добрые нравы»), который охватывает как морально-этические соображения, так и аспекты мер государственной политики. В деле *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd против Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd и др.*¹³⁷ Судья Ван Дийкхорст заключил, что «необходимо взвесить интересы конкурирующих сторон, учитывая интересы общества и общественное благо. Эта норма не может существовать без учета внешних факторов, поэтому при ее применении большое значение имеют моральные ценности рынка и деловая этика, принятая в сообществе, где предполагается применять норму».

¹³⁶ Например, Ботсвана, Гамбия и Лесото.

¹³⁷ 1981 (2) SA 173 (T). Впоследствии критерий *boni mores* был подтвержден Конституционным судом в деле *Phumelela Gaming and Leisure Ltd против Gründlingh и других* (2007 (6) SA 350 (CC)).

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Некоторые страны стремятся применить статью 10bis(3) ПК путем принятия в своих национальных законах таких же или очень похожих формулировок – это часто происходит, когда пункты о недобросовестной конкуренции включаются в законы об интеллектуальной собственности или в специальные законы, обеспечивающие защиту от недобросовестной конкуренции¹³⁸. Однако, как отмечалось в разделе 2.b. настоящего доклада, определенные аспекты законов о недобросовестной конкуренции часто включаются в другие законы, например, законы о защите прав потребителей и законы о конкуренции. Это осложняет задачу поиска дел о недобросовестном поведении, предусмотренных сатьей 10bis(3) ПК, в многоуровневых национальных правовых системах, которые могут частично совпадать с другими такими системами. Задача осложняется еще и тем, что объем судебной практики в большинстве стран остается недостаточным, чтобы а) установить, как в национальной системе защиты учитывается статья 10bis(3) ПК (особенно если в законах используются формулировки, отличающиеся от статьи 10bis(3) ПК), и б) выяснить точный объем применения национальных механизмов защиты.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

Члены Парижского союза имеют право устанавливать более строгие нормы, чем минимальный стандарт, установленный статьей 10bis ПК. Многие страны так и поступили, предусмотрев ряд дополнительных актов недобросовестной конкуренции.

Ряд стран расширяют категории ложных и вводящих в заблуждение утверждений и указаний. Например, в Законе о добросовестной торговле Эсватини описаны дополнительные ложные¹³⁹ и вводящие в заблуждение заявления, которые квалифицируются как акты недобросовестной конкуренции. Многие из этих деяний указаны в статье 10bis(3) ПК, однако некоторые выходят за пределы ее охвата, в том числе:

- ложные заявления, сделанные в отношении земли (пункт 8);
- ложные или вводящие в заблуждение заявления, сделанные в отношении предложенных подарков и призов (пункт 11);
- предоставление или получение скидочных купонов (пункт 12);
- заманивающая реклама (пункт 13); и
- запрещенные финансовые пирамиды (пункт 18).

Другой пример – Закон Ганы о защите от недобросовестной конкуренции, в котором перечисляется ряд деяний, выходящих за пределы охвата статьи 10bis(3) ПК, например:

- нанесение ущерба репутации лица или учреждения, независимо от того, вызвала ли такая практика смешение (пункт 2);
- действия, противоречащие национальным и международным обязательствам, и нарушения региональных и международных обязательств по договорам (пункт 6).

Примечательно, что в ряде стран признаются следующие дополнительные акты недобросовестной конкуренции:

¹³⁸ Примеры стран, охваченных исследованием, в чьих законах есть положения, по содержанию близкие к статье 10bis(3) ПК: Ботсвана; Гамбия; Лесото; Мозамбик; Сан-Томе и Принсипи; Сьерра-Леоне.

¹³⁹ В статье 41 (3) [«Ложные, вводящие в заблуждение или обманные заявления»] Закона Южной Африки о защите прав потребителей также приводится обширный перечень ложных, вводящих в заблуждение и обманных заявлений.

- некоторые варианты использования географических указаний¹⁴⁰; и
- использование и разглашение секретной информации¹⁴¹.

Роль деликтного права

Еще до принятия отдельных законодательных актов по вопросам недобросовестной конкуренции многие страны адаптировали существующие правовые понятия так, чтобы устанавливать ответственность в связи с актами недобросовестной конкуренции. В настоящее время в большинстве стран существуют отдельные законы, посвященные определенным видам недобросовестной конкуренции; однако деликтное право сохраняет свою важность, в том числе в рассматриваемых странах. Примечательно, что ни одна из этих стран не аннулировала прежние нормы деликтного права в отношении недобросовестной конкуренции после принятия специализированных законодательных актов.

В таких странах, как Гана и Танзания, нормы деликтного права, регулирующие акты недобросовестной конкуренции, используются для толкования законодательных положений, рассматриваемых в данном докладе. В частности, в Гане суд установил, что действия ответчика¹⁴² противоречат честной промышленной или коммерческой практике и, таким образом, составляют акт недобросовестной конкуренции. Принимая такое решение, суд в значительной степени опирался на нормы деликтного права в отношении ведения деятельности под чужим именем¹⁴³. В деле *Tanzania Cigarette Company Ltd против Mastermind Tobacco*¹⁴⁴ суд при рассмотрении иска, поданного в соответствии с Законом о добросовестной конкуренции, использовал норму деликтного права в отношении ведения деятельности под чужим именем и пришел к выводу, что недобросовестное действие не было совершено.

В таких странах, как Маврикия и Намибия, новые положения сосуществуют с деликтным правом. Как указывалось в настоящем докладе, применение закона о недобросовестной конкуренции в Маврикии регулируется Законом о защите от недобросовестной практики (права промышленной собственности) от 2002 года. Так, в деле *The Polo/Lauren Company против Regent Ltd & Ors*¹⁴⁵ один из судов страны постановил, что действие квалифицируется как ведение деятельности под чужим именем не только согласно нормам общего права, но и по Закону о недобросовестной практике¹⁴⁶. В деле *Southern Sun Africa против Sun Square Hotel*¹⁴⁷ Суд высшей инстанции Намибии рассматривал иск владельца отеля о незаконном использовании его репутации для ведения деятельности под чужим именем. Суд вынес решение в пользу истца на основании деликтных норм в отношении ведения деятельности под чужим именем, не упомянув ни Закон о торговой практике от 1976 года, ни Закон о промышленной собственности от 2012 года. Неупоминание этих законов показывает, что нормы деликтного права в отношении ведения деятельности под чужим именем продолжают играть важную роль в

¹⁴⁰ Например, в Ботсване, Либерии и Сан-Томе и Принсипи.

¹⁴¹ Например, в Ботсване, Маврикии, Гане, Либерии и Намибии.

¹⁴² Ответчик импортировал и распространял травяной ликер, на распространение которого у истца было эксклюзивное право.

¹⁴³ См. *Georgina Achiaa против Don Emilio Company Limited*, иск №1PR/16/ 2010.

¹⁴⁴ Дело №11 2005 года в Высоком суде Танзании.

¹⁴⁵ 2004 SCJ 24.

¹⁴⁶ В деле *Emtel Ltd (Emtel) против The Information and Communication Technologies Authority (ICTA) и др.* (2017 SCJ 294) Верховный суд Маврикия рассмотрел вопросы эксклюзивности услуг сотовой радиотелефонной связи, недобросовестной конкуренции и применения деликтного права в Маврикии. Ссылаясь на статью 1382 Гражданского кодекса Маврикия, суд постановил, что ответчик несет ответственность по деликтному праву за акты недобросовестной конкуренции. Суд отметил, что нельзя ожидать, что заявитель снизит свои цены до уровня цен ответчика.

¹⁴⁷ [2018] NAHCMD 105.

законодательной системе Намибии; они не дополняют законы, а действуют одновременно с ними.

В. АФРИКАНСКАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ (АОИС)*

1. Законодательная база

В странах АОИС действует ряд законодательных актов о конкуренции. В этом они следуют общей тенденции¹⁴⁸. Понять ситуацию поможет изучение структуры региона. В АОИС входят семнадцать государств-членов¹⁴⁹. В то же время эти государства являются членами других региональных организаций, в которых действуют нормы и меры политики в области конкуренции. Две региональные организации приняли общие положения о законодательстве в области конкуренции.

Одна из этих региональных организаций – Экономическое и валютное сообщество Центральной Африки (СЕМАС)¹⁵⁰, в котором был введен новый механизм – Постановление о конкуренции №06/19-UEAC-639-СМ-33 от 7 апреля 2019 года¹⁵¹. В Постановлении¹⁵² были сформулированы общие правила конкуренции в целях содействия свободной конкуренции и контроля или ликвидации действий, препятствующих конкуренции, которые ведут к сбоям торговле между государствами-членами, замедляют их развитие и снижают благосостояние потребителей¹⁵³. В Постановлении объединены положения о препятствующих конкуренции соглашениях, о злоупотреблении доминирующим положением, о слияниях¹⁵⁴ и о государственном субсидировании. Новым Постановлением при Комиссии СЕМАС учреждается Общественная комиссия по конкуренции (ОКС) – технический орган, предоставляющий рекомендации Комиссии СЕМАС¹⁵⁵. Регламент дополняет Директива №°01–19-UEAC-639СМ-33 от 8°апреля 2019°года, касающаяся институциональной структуры в государствах-членах СЕМАС, необходимой для применения региональных положений о конкуренции.

* Г-н Патрик Жуве Лове Гнинтедем, доцент, Университет Джанг, Камерун.

¹⁴⁸ T. Büthe and V. K. Kigwiru, «The Spread of Competition Law and Policy in Africa: A Research Agenda», African Journal of International Economic Law, volume 1 (Fall 2020), 41–83. См. также, Baker McKenzie, Overview of Competition and Antitrust Regulations in Africa, 2019, Johannesburg, Baker McKenzie, 156, опубликовано по адресу <https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/guides/2019/overview-of-competition-and-antitrust-regulations-in-africa.pdf>, по состоянию на август 2021 года.

¹⁴⁹ Это следующие государства-члены: Бенин, Буркина-Фасо, Камерун, Центральноафриканская Республика, Чад, Коморские острова, Конго, Экваториальная Гвинея, Габон, Гвинея, Гвинея-Бисау, Кот-д'Ивуар, Мали, Мавритания, Нигер, Сенегал и Того.

¹⁵⁰ В СЕМАС входят шесть государств-членов: Камерун, Центральноафриканская Республика, Чад, Конго, Экваториальная Гвинея и Габон.

¹⁵¹ До принятия этого уникального постановления вопросы конкуренции регулировались двумя основными законодательными актами: Постановлением СЕМАС №°1/99/UEAC-СМ-639 от 25°июня 1999°года с поправками, внесенными Постановлением №°12–05–UEAC-639 от 27°июня 2005°года, и Постановлением №°4/99-UEAC-639 от 18°августа 1999°года.

¹⁵² Статья 2 Постановления СЕМАС от 7 апреля 2019 года.

¹⁵³ Нормативные положения о защиты потребителей закреплены в Директиве о гармонизации защиты потребителей в СЕМАС №02/19-UEAC-639-СМ-18 от 22 марта 2019 года.

¹⁵⁴ Tamara Dini, «Merger Notification Under the CEMAC Competition Law Regime, 18 January 2021, https://www.bowmanslaw.com/insights/competition/merger-notification-under-the-cemac-competition-law-regime/#_ftnref4, по состоянию на август 2021 года.

¹⁵⁵ BOWMANS, Africa Guide – Competition, Bowmans Law Firm, 2021, 4. https://www.bowmanslaw.com/wp-content/uploads/2021/07/Competition_Digital.pdf

Вторая региональная организация – Западноафриканский экономический и валютный союз (ЗАЭВС)¹⁵⁶. В этой региональной структуре режим конкуренции регулируется рядом законов. Прежде всего это Дакарский договор 1994 года о создании ЗАЭВС (Договор ЗАЭВС). Дакарский договор содержит положения о конкуренции. Эти положения представляют собой основные элементы соглашений об антимонопольном законодательстве¹⁵⁷ и о злоупотреблении доминирующим положением и наделяют Комиссию полномочиями по обеспечению соблюдения законов сообщества¹⁵⁸. Основной закон о конкуренции дополняется другими положениями и постановлениями¹⁵⁹. В частности, это следующие документы: Положение о действиях, препятствующих конкуренции, в рамках ЗАЭВС №02/2002/СМ/УЕМОА от 23 мая 2002 года; Положение о мерах по борьбе с картелями и злоупотреблением доминирующим положением в рамках ЗАЭВС №03/2002/СМ/УЕМОА от 23 мая 2002 года ; и Положение о государственных субсидиях в рамках ЗАЭВС и порядке применения статьи 88(с) Договора №04/2002/СМ/УЕМОА от 23 мая 2002 года. Кроме того, были приняты следующие постановления: Постановление о прозрачности финансовых отношений между государствами-членами и государственными предприятиями и между государствами-членами и международными и иностранными организациями №01/2002/СМ/УЕМОА от 23 мая 2002 года; Постановление о сотрудничестве между Комиссией и антимонопольными органами государств-членов при применении статей 88, 89 и 90 учредительного Договора ЗАЭВС №01/2002/СМ/УЕМОА от 23 мая 2002 года.

Важно отметить, что все государства-члены ЗАЭВС также состоят в Экономическом сообществе западноафриканских государств (ЭКОВАС)¹⁶⁰. ЭКОВАС ввело законы в области конкуренции в виде Дополнительного закона ЭКОВАС о принятии правил конкуренции Сообщества и порядке их применения в ЭКОВАС A/SA.1/06/08 от 19 декабря 2008 года¹⁶¹. Дополнительный закон был введен с целью запрета в предпринимательской деятельности действий, препятствующих конкуренции, препятствующих конкуренции, ограничивающих или искажающих ее на региональном уровне, а также с целью обеспечения благосостояния потребителей. Он также предусматривает создание Антимонопольного органа ЭКОВАС для исполнения правил и нормативных актов в отношении конкуренции в ЭКОВАС. Изменение институциональной структуры в целях создания условий для совместной работы органов ЗАЭВС и ЭКОВАС – одной из основных задач региональной интеграции в Западной Африке¹⁶².

Помимо правил конкуренции, разработанных региональными союзами, в АОИС существуют собственные¹⁶³ положения о законодательстве в области конкуренции. По

¹⁵⁶ В состав ЗАЭВС входят восемь государств-членов: Бенин, Буркина-Фасо, Кот-д'Ивуар, Гвинея-Бисау, Мали, Нигер, Сенегал и Того.

¹⁵⁷ Статьи 88 и 89 Договора ЗАЭВС.

¹⁵⁸ Статья 90 Договора ЗАЭВС. Суд постановил, что статьи 88–90 Дакарского договора ЗАЭВС относятся к исключительной компетенции Союза и что государства-члены не могут выполнять совместные или одновременные полномочия в области конкуренции. Решение №003/2000 от 27 июня 2000 года о толковании статей 88, 89 и 90 Договора ЗАЭВС «Правила конкуренции», в Сборнике примеров из судебной практики Суда ЗАЭВС, 119–132.

¹⁵⁹ M. Bakhoun and J. Molestina, "Institutional Coherence and Effectivity of a Regional Competition Policy: The Case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)" Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-17, 2011, 3.

¹⁶⁰ В состав ЭКОВАС входят 15 государств: Бенин, Буркина-Фасо, Гамбия, Гана, Гвинея, Гвинея-Бисау, Кабо-Верде, Кот-д'Ивуар, Либерия, Мали, Нигер, Нигерия, Сенегал, Сьерра-Леоне и Того.

¹⁶¹ Также действует Дополнительный закон о создании Регионального органа ЭКОВАС по вопросам конкуренции и его функциях №A/SA.2/06/08.

¹⁶² ЮНКТАД. Подготовительный доклад к последующему рассмотрению политики конкуренции Западноафриканского экономического и валютного союза, Публикации ООН, 2020, 56.

¹⁶³ ЗАЭВС, как и СЕМАС, не делает различий между действиями, препятствующими конкуренции, и недобросовестной конкуренцией. Таким образом, любые нормативные акты, не противоречащие правилам

мнению законодательных органов АОИС, создание «общей системы защиты от недобросовестной конкуренции» – полезный шаг¹⁶⁴. Поэтому в Бангийское соглашение о создании Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС¹⁶⁵) было включено Приложение VIII о защите от недобросовестной конкуренции¹⁶⁶.

Национальные законы конкуренции и реализация мер политики в разных странах АОИС¹⁶⁷ различаются. В одних странах действуют законы о конкуренции и функционируют антимонопольные органы; в других странах закон о конкуренции принят, но антимонопольный орган еще не создан; в третьих закон о конкуренции еще не принят или находится на ранних этапах подготовки¹⁶⁸. В то же время в случаях, когда национальные законы действуют параллельно с региональными нормативными актами, необходимо разграничивать сферу деятельности каждого учреждения¹⁶⁹.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

В первое Бангийское соглашение о создании АОИС от 2 марта 1977 года уже входили положения о недобросовестной конкуренции. Эти положения содержались в Статье 17 второго раздела Приложения V «Фирменные наименования и защита от недобросовестной конкуренции». В ней незаконным признавался любой акт конкуренции, противоречащий честной практике в промышленной, торговой, ремесленной или сельскохозяйственной сфере. В пункте 2 той же статьи приводится неисчерпывающий список актов конкуренции, противоречащих честной практике.

При внесении изменений в Бангийское соглашение 24 февраля 1999 года было введено Приложение VIII, полностью посвященное защите от недобросовестной конкуренции¹⁷⁰. При пересмотре Бангийского соглашения 14 декабря 2015 года существенных изменений в этот правовой механизм внесено не было¹⁷¹.

Примечательно, что во всех Бангийских Соглашениях понятие «честной практики» связывается с понятием недобросовестной конкуренции, описанным в статье 10bis(2) ПК. «Актом недобросовестной конкуренции считается любой акт или практика при осуществлении промышленной или коммерческой деятельности, противоречащие

этих региональных структур, воспринимаются с одобрением. Atchiman Joséphine Naara Koutouan, Contribution à l'étude des droits régionaux de la concurrence en Afrique de l'Ouest : cas de l'union économique et monétaire Ouest-Africaine et de la communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, thèse de doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2018, 223.

¹⁶⁴ Преамбула Бангийского соглашения.

¹⁶⁵ От французской аббревиатуры Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (Африканская организация интеллектуальной собственности) Последние поправки в Бангийское соглашение были внесены в Бамако 14 декабря 2015 года.

¹⁶⁶ Приложение VIII – одно из четырех приложений, которые вступили в силу 14 ноября 2020 года в соответствии с Решением №003/ОАРИ/ПКА от 27 октября 2020 года, касающимся вступления в силу ряда приложений Бангийского соглашения, Акт от 14 декабря 2015 года.

¹⁶⁷ Информация о некоторых из этих стран приводится в публикации ЮНКТАД «Добровольный экспертный обзор политики в области конкуренции: Западноафриканский экономический и валютный союз, Бенин и Сенегал», Организация Объединенных Наций, Нью-Йорк и Женева, 2007.

¹⁶⁸ См. публикацию K. Dawar and G. Lipimile, «Africa: harmonising competition policy under the AfCFTA», Concurrances/Competition Law Review, 2–2020, 244–245.

¹⁶⁹ M. Bakhoun and J. Molestina, «Institutional Coherence and Effectivity of a Regional Competition Policy: The Case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)» Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-17, 2011, 3-4; M. S. Gal and I. Faibish Wassmer, «Regional Agreements of Developing Jurisdictions: Unleashing the Potential», в J. Drexel, M. Bakhoun, E. Fox, M. Gal and D. Gerber, (eds.), Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries, Edward Elgar, 2012, 311–313.

¹⁷⁰ В 1977 году действовала только одна статья о недобросовестной конкуренции, тогда как в пересмотренном соглашении – восемь статей.

¹⁷¹ Следует отметить, что были введены положения о возмещении ущерба, а дополнительная статья 9 предусматривает отмену Приложения VIII к Бангийскому соглашению от 24 февраля 1999 года.

честной торговой практике»¹⁷². К категории «промышленная или коммерческая деятельность» также отнесены свободные профессии¹⁷³. «Практика» в строгом смысле – это не только действия, но и бездействие¹⁷⁴.

Бангийское соглашение 2015 года (как и Бангийское соглашение 1999 года) отличается от первого Бангийского соглашения 1977 года тем, что в нем разъясняется взаимосвязь между общей защитой от недобросовестной конкуренции и нарушением прав интеллектуальной собственности. В Приложении VIII приводится список действий, квалифицируемых как акты недобросовестной конкуренции¹⁷⁵; тем не менее предусматривается, что статьи, где перечислены такие действия, «применяются независимо, дополняя законодательные положения, защищающие изобретения, промышленные образцы, товарные знаки, литературные и художественные произведения и другие объекты интеллектуальной собственности»¹⁷⁶. Означает ли это, что иск о недобросовестной конкуренции аналогичен иску в связи с нарушением права интеллектуальной собственности?

Как правило, при нарушении права интеллектуальной собственности подается иск о таком нарушении. Не существует очевидных, однозначных различий между иском о нарушении права интеллектуальной собственности и запретом незаконного поведения на основании общего иска о недобросовестной конкуренции¹⁷⁷. Позиции судов государств – членов АОИС в этом отношении различаются. С одной стороны, очевидно, что такие иски не носят кумулятивного характера; постановление суда о недобросовестной конкуренции не может быть основано на тех же действиях или фактах, на основе которых был подан иск о нарушении права интеллектуальной собственности. Такой позиции придерживался Суд высшей инстанции Дуалы, который в одном из дел постановил¹⁷⁸, что нарушение прав на товарный знак Lancôme компанией Sopaгса не является актом недобросовестной конкуренции, поскольку под актом недобросовестной конкуренции подразумевается совершение нечестных действий, противоречащих принятой коммерческой практике, с целью завлечения клиентов. Ответчик был осужден за контрафакцию в соответствии с действующим законодательством о товарных знаках. При этом существует противоречащее вышеописанной позиции мнение, что иск о недобросовестной конкуренции может быть предъявлен параллельно на основании нарушения прав интеллектуальной собственности или фактов контрафакции. Суд высшей инстанции Уагадугу¹⁷⁹ занял такую позицию, когда вынес решение, что, когда один товарный знак зарегистрирован и охраняется законом, а другой не зарегистрирован, владелец второго, «младшего» товарного знака представляет собой подделку зарегистрированного, «старшего» товарного знака, копируя его отличительные признаки. При этом суд постановил, что этот акт контрафакции представляет собой акт недобросовестной конкуренции,

¹⁷² Статья 17(1) Бангийского соглашения (1977); статья 1(1)(а) Бангийского соглашения (1999); статья 1(2)(а) Бангийского соглашения (2015).

¹⁷³ Статья 1(1)(b) Приложения VIII к Бангийскому соглашению (2015). Свободные профессии – это профессии, не регулируемые коммерческим правом. Однако они относятся к конкурентному сектору ввиду наличия клиентов, а также благодаря техническим средствам, принятой организационно-правовой форме и характеру их деятельности. Это могут быть фирмы, оказывающие услуги по юридическому консультированию. Благотворительные услуги и организации в соответствии с данной статьей не относятся к категории свободных профессий.

¹⁷⁴ Статья 1(1)(е) Приложения VIII к Бангийскому соглашению (2015).

¹⁷⁵ Статьи 2–6 Приложения VIII к Бангийскому соглашению (2015).

¹⁷⁶ Статья 1(3) Приложения VIII.

¹⁷⁷ J. Schmidt-Szalewski, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », RTD com, 1994, 455 etc.

¹⁷⁸ Суд высшей инстанции Дуалы, судебное постановление по гражданскому делу №013 от 6 октября 1986 года по иску Lancôme Parfums et Beauté Cie против Société Sopaгса. Там же.

¹⁷⁹ Суд высшей инстанции Уагадугу, решение №139/2005 от 23 марта 2005 года, *Revue Africaine de Propriété Intellectuelle*, №4, декабрь 2013 года, 39 и далее, выводы Кулиги Никиемы.

поскольку вызывает смешение и может ввести общественность в заблуждение¹⁸⁰. Вторую позицию разделяют большинство судов в государствах-членах АОИС¹⁸¹.

Формулировка, выработанная законодательным органом АОИС в статье 1(3) Приложения VIII, согласно толкованию большинства судов, предоставляет стороне, пострадавшей от нарушения прав интеллектуальной собственности, выбор. Такая сторона может либо подать совокупный иск о недобросовестной конкуренции и нарушении прав интеллектуальной собственности, либо выбрать только один из этих исков. Однако ясно, что иск о недобросовестной конкуренции может быть подан только на основании актов нарушения. Разумеется, при этом не будет ни двойного обвинительного приговора, ни двойного возмещения ущерба. Иск о недобросовестной конкуренции (который может подан как при нарушении прав интеллектуальной собственности, так и в других случаях) дает больше возможностей, чем иск о нарушении прав интеллектуальной собственности.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

В статье 10bis(3) ПК перечислены три акта недобросовестной конкуренции. В странах АОИС защита от этих недобросовестных актов обеспечивается в основном Бангийским соглашением¹⁸². Оно предусматривает защиту от смешения (3.1), дискредитирующих и порочащих утверждений (3.2) и действий, вводящих в заблуждение (3.3).

3.1 Смешение

Согласно Бангийскому соглашению, актом недобросовестной конкуренции считается любое действие и любая практика, которые в ходе промышленной или коммерческой деятельности вызывают смешение с предприятием и его деятельностью, особенно с продукцией или услугами, предлагаемыми таким предприятием¹⁸³. Это положение «Смешение с предприятием другого лица и его деятельностью». В нем приводятся признаки, которые могут вызвать смешение при недобросовестном подражании. Это, в частности¹⁸⁴:

- товарный знак, независимо от того, зарегистрирован ли он;
- торговое наименование;
- отличительные признаки предприятия помимо товарного знака или фирменного наименования;
- внешний вид продукта;
- общая структура продуктов или услуг;
- знаменитость или известный вымышленный персонаж.

¹⁸⁰ Суд, в частности, заявил, что: «В данном случае, согласно имеющимся в деле документам, имеется сходство надписей и цветов упаковки продукции торговой марки MIMO с продукцией торговой марки OMO; поскольку торговая марка OMO зарегистрирована и охраняется законом, а торговая марка MIMO – нет, это действие является контрафакцией, а поскольку продукция торговой марки MIMO может вызвать смешение и ввести общественность в заблуждение, эти действия даже являются актом недобросовестной конкуренции».

¹⁸¹ См. также Суд высшей инстанции Вури, судебное постановление №192 от 15 декабря 2000 года, дело Moulinex S.A. против Vapsan Trading Cie, Ets Monique, Sté ONASHI SARL, SOCOPRAMAC, выводы Ндемы Элонг Макс-Ламбер, в La Gazelle, Revue Scientifique de la Propriété Industrielle en Afrique, n° 001, ноябрь 2007 года, 57 и далее.

¹⁸² I. Zoungrana, *Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (Français)*, thèse de doctorat en Droit, Université de Perpignan, 2016, 196–198.

¹⁸³ Статья 2(1) Приложения VIII.

¹⁸⁴ Статья 2(2) Приложения VIII.

Важно отметить, что, согласно Приложению VIII, товарный знак не обязательно должен быть зарегистрирован. Для целей защиты от недобросовестной конкуренции понятие «товарный знак» включает в себя знаки, относящиеся к товарам, знаки, относящиеся к услугам, и знаки, относящиеся как к товарам, так и к услугам¹⁸⁵. Данное определение не направлено на изменение понятия товарного знака в конкретном законе о товарных знаках. Его цель – уточнить, на какие виды товарных знаков распространяются акты недобросовестной конкуренции, вызывающие смешение. Товарные знаки и особый правовой режим, связанный с ними, регулируются в Приложении III к Бангийскому соглашению (2015)¹⁸⁶.

Из Приложения III к Бангийскому соглашению (2015) следует, что в случаях, когда товарный знак зарегистрирован, для его защиты можно подать как иск о контрафакции, так и иск о недобросовестной конкуренции. Стороны часто утверждают, что возникшее смешение представляет собой акт недобросовестной конкуренции¹⁸⁷. Но они не обращаются к Приложению VIII к Бангийскому соглашению и в основном уделяют внимание нарушению прав на товарные знаки. В этих случаях оценка смешения оставляется на усмотрение судей. В соответствии с предыдущим Бангийским соглашением (1999) было вынесено предположение о смешении в интересах владельца товарного знака. Было установлено, что «если для обозначения тождественных товаров и услуг используется идентичный знак, допускается риск смешения»¹⁸⁸. Однако было сохранено право судей на оценку. В ряде постановлений Высшая апелляционная комиссия АОИС (CSR) либо признавала наличие смешения¹⁸⁹, либо нет¹⁹⁰. Поэтому данное положение было отменено.

Бангийским соглашением с изменениями (2015)¹⁹¹ был установлен запрет на определенные действия в случае если они могут ввести общественность в заблуждение:

- копирование, использование или закрепление знака, а также использование скопированного знака для товаров или услуг, аналогичных указанным при регистрации;
- имитация знака и использование копии знака для товаров или услуг, идентичных или аналогичных указанным при регистрации.

Если товарный знак не зарегистрирован, субъективное право интеллектуальной собственности не признается. В таком случае истец может подавать иск только о недобросовестной конкуренции.

¹⁸⁵ Статья 1(1)(d), Приложение VIII.

¹⁸⁶ Приложение III озаглавлено «Торговые марки и знаки обслуживания».

¹⁸⁷ Высшая апелляционная комиссия, решение АОИС/CSR от 25 апреля 2013 года по апелляции об аннулировании решения №0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ от 06/01/2012 Генерального директора АОИС об отмене регистрации товарного знака «YES + логотип» №60839.

¹⁸⁸ Статья 7(2) Приложения III к Бангийскому соглашению (1999); решение OAPI/CSR от 29 апреля 2011 года по иску об аннулировании решения №00210/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ от 22 июня 2010 года об отмене регистрации товарного знака «EXCELLENCE» №56866.

¹⁸⁹ Высшая апелляционная комиссия, решение №232/OAPI/CSR от 31 октября 2017 года, По апелляции об отмене решения №143/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ от 08 июня 2015 года об отклонении возражения против регистрации №74288 знака «SUPER CLEAN»; АОИС/CSR от 25 апреля 2013 года по апелляции об аннулировании решения Генерального директора АОИС №0025/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ от 06 января 2012 года об отмене регистрации товарного знака «SINOPEC (стилизация)» №60549; решение OAPI/CSR от 25 апреля 2013 года по апелляции об аннулировании решения №0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ от 06.01.2012 Генерального директора АОИС об отмене регистрации знака «YES + логотип» №60839.

¹⁹⁰ Высшая апелляционная комиссия, Решение №228/OAPI/CSR от 31 октября 2017 года по апелляции об отмене решения №0265/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ от 31 декабря 2015 года об отклонении возражения против регистрации №75160 знака «LUCA BOSSI + Logo»; АОИС/CSR от 25 апреля 2013 года по апелляции об аннулировании решения №0087/OAPI/DG/DAJ/SAJ от 29.06.2011 Генерального директора АОИС об отклонении возражения против регистрации знака «GOLD COW + логотип» №58469.

¹⁹¹ Статья 6 (3) Приложения III к Бангийскому соглашению (2015).

Такое же толкование смешения применимо и к другим правам интеллектуальной собственности. По вопросу фирменных наименований Приложение V к Бангийскому соглашению (2015) предусматривает, что «незаконным является использование на территории одного из государств-членов фирменного наименования, зарегистрированного для того же вида торговой, промышленной, ремесленной или сельскохозяйственной деятельности, что и деятельность владельца зарегистрированного фирменного наименования, если такое использование способно вызвать смешение таких компаний¹⁹². Запрет распространяется на любой отличительный знак; в контексте недобросовестной конкуренции это может быть знак, символ, эмблема, логотип, слоган и т.д., используемый предприятием в ходе промышленной или коммерческой деятельности для придания индивидуальности предприятию и производимой им продукции или оказываемым им услугам¹⁹³.

3.2. *Дискредитирующие и порочащие заявления*

Статья 10bis(3), подпункт 2 ПК предусматривает запрет на ложные заявления «способные дискредитировать заявления при осуществлении коммерческой деятельности...». В соответствии с этим международным положением, статья 5 «Дискредитация чужого предприятия или деятельности» в Приложении VIII Бангийского соглашения (2015) предусматривает, что «любое ложное или оскорбительное заявление в ходе промышленной или коммерческой деятельности, которое дискредитирует или может дискредитировать чужое предприятие или чужую деятельность, в частности продукцию или услуги, предлагаемые предприятием, является актом недобросовестной конкуренции»¹⁹⁴. Законодательный орган АОИС запрещает не только *ложные*, но и *оскорбительные заявления*. Это не только действия, предусмотренные подпунктом 2 статьи 10bis(3) ПК, даже если трактовать это положение как признание того, что дискредитирующие заявления, не считающиеся не соответствующими действительности в строгом смысле, также могут представлять собой акты недобросовестной конкуренции. Таким образом, в странах – членах АОИС запрещено даже соответствующее действительности заявление, дискредитирующее или способное дискредитировать чужое предприятие или чужую деятельность, если оно считается оскорбительным. Это пример применения в рекламе «золотого правила» «не вмешивайся в чужие дела»¹⁹⁵.

Дискредитация может быть результатом рекламных мероприятий и касаться, в частности:

- технологии производства продукта;
- пригодности продукта или услуги для определенной цели;
- качества, количества или другой характеристики продукта или услуги;
- географического происхождения товара или услуги;
- условий, на которых предлагается или предоставляется продукт или услуга; и
- цены товара или услуги или метода ее расчета¹⁹⁶.

¹⁹² Статья 5(1), Приложение V.

¹⁹³ Статья 1(1)(g) Приложения VIII к Бангийскому соглашению (2015).

¹⁹⁴ Статья 5(1), Приложение VIII.

¹⁹⁵ M. Chavanne, *Chronique*, (1969) 22 Rev. trim. dr. com. 76, cité par M. Goudreau, «La publicité comparative au Québec : est-ce une faute de comparer? », *Revue générale de droit*, 17(3), 1986, 464.

¹⁹⁶ Статья 5(2), Приложение VIII.

3.3. Вводящие в заблуждение указания или заявления

Защита от введения в заблуждение в странах АОИС охватывает любые действия или практики, которые в ходе промышленной или коммерческой деятельности вводят или могут ввести общественность в заблуждение в отношении предприятия или его деятельности, в частности предлагаемых предприятием продуктов или услуг¹⁹⁷. Как и в применении к другим видам недобросовестной конкуренции, слово «практика» означает не только действие в строгом смысле, но и бездействие¹⁹⁸.

Общественность может быть введена в заблуждение рекламой, особенно в отношении следующих элементов¹⁹⁹:

- технологии производства продукта;
- пригодности продукта или услуги для определенной цели;
- качества, количества или другой характеристики продукта или услуги;
- географического происхождения товара или услуги;
- условий, на которых предлагается или предоставляется продукт или услуга; и
- цены товара или услуги или метода ее расчета.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

Помимо защиты, предусмотренной статьей 10bis(3) ПК, законодательный орган АОИС предусматривает дополнительную защиту от действий, наносящих ущерб имиджу или репутации другого лица (4.1), действий, нарушающих конфиденциальность информации (4.2) и дезорганизации конкурирующего предприятия и рынка (4.3). Кроме того, в предыдущих постановлениях Высшей апелляционной комиссии (CSR) часто упоминается слепое подражание (4.4).

4.1. Действия, наносящие ущерб имиджу или репутации другого лица

В соответствии со статьей 3(1) Приложения VIII к Бангийскому соглашению (2015 год), «любое действие и любая практика, которые в ходе промышленной или коммерческой деятельности наносят или могут нанести ущерб имиджу или репутации другого предприятия, независимо от того, порождает ли такое действие или такая практика введение в заблуждение, являются актами недобросовестной конкуренции». Как правило, действия, наносящие ущерб имиджу или репутации другого предприятия, становятся следствием дискредитирующих и порочащих утверждений. Поскольку эти действия запрещаются в другом положении²⁰⁰, предполагается, что нанесение ущерба имиджу или репутации другого предприятия возможно без порочащих заявлений. При этом не имеет значения, имело ли место ли введение в заблуждение. Таким образом, акты нанесения ущерба репутации другого предприятия могут совершаться с целью перенаправления потока клиентов, но не обязательно с целью их удержания исключительно стороной, совершающей такие акты.

Такой ущерб имиджу или репутации другого лица может быть, в частности, следствием «ухудшения имиджа или репутации»²⁰¹. Определение этого понятия дается в Приложении VIII. Оно означает «преуменьшение отличительных свойств или рекламной ценности товарного знака, фирменного наименования или другого отличительного знака

¹⁹⁷ Статья 4(1), Приложение VIII.

¹⁹⁸ Статья 1(1)(e), Приложение VIII.

¹⁹⁹ Статья 4(2), Приложение VIII.

²⁰⁰ См. статью 5 Приложения VIII, упомянутую выше.

²⁰¹ Статья 3(2), Приложение VIII.

предприятия, внешнего вида продукции, оформления продукции или услуг, известного лица либо известного вымышленного персонажа²⁰². Таким образом, защита предоставляется тем же конкурентным преимуществам, что и в случае защиты от введения в заблуждение.

4.2. Конфиденциальная информация

При пересмотре Бангийского соглашения в 1999 году АОИС ввела правила защиты конфиденциальной информации. В Бангийском соглашении от 2015 года с изменениями и дополнениями эти правила остались без изменения. Соответственно любое действие и любая практика, которые в ходе промышленной или коммерческой деятельности приводят к раскрытию, приобретению или использованию третьими лицами конфиденциальной информации без согласия лица, имеющего законное право обладать такой информацией («законный владелец»), способом, противоречащим честной коммерческой практике, представляет собой акт недобросовестной конкуренции²⁰³. В соответствии со статьей 39(3) ТРИПС, информация считается «конфиденциальной», если: а) в целом или в определенной конфигурации и подборе ее компонентов не является общеизвестной и легко доступной лицам в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией; б) ввиду своей секретности имеет коммерческую ценность; и с) является предметом надлежащих в данных обстоятельствах мер, направленных на сохранение её секретности, со стороны лица, правомерно контролирующего эту информацию²⁰⁴.

Кроме того, в Бангийском соглашении вводятся два конкретных акта недобросовестной конкуренции. Любое действие или любая практика, которые представляют собой или влекут за собой:

- недобросовестное использование в коммерческой деятельности конфиденциальных данных, полученных в результате испытаний, и других конфиденциальных данных, получение которых требует значительных усилий, переданных компетентному органу с целью получения разрешения на продажу фармацевтических или химических изделий для сельского хозяйства, в состав которых входят новые химические компоненты²⁰⁵;
- раскрытие таких данных, за исключением случаев, когда это необходимо для защиты общественности или когда не были приняты меры для обеспечения защиты данных от недобросовестного использования в торговле; считается актом недобросовестной конкуренции²⁰⁶.

В статье 6(2) Приложения VIII перечислены действия с участием третьей стороны, которые могут считаться недобросовестными. Раскрытие, приобретение или использование конфиденциальной информации третьей стороной без согласия законного владельца может быть, в частности, результатом следующих действий:

- промышленный или коммерческий шпионаж;
- нарушение договора;
- злоупотребление доверием;
- подстрекательство к промышленному или коммерческому шпионажу, нарушению договора или злоупотреблению доверием;

²⁰² Статья 1(1)(а), Приложение VIII.

²⁰³ Статья 6(1) Приложения VIII к Бангийскому соглашению (2015 год).

²⁰⁴ Статья 6(3), Приложение VIII.

²⁰⁵ Статья 6(4)(а), Приложение VIII.

²⁰⁶ Статья 6(4)(б), Приложение VIII.

- приобретение конфиденциальной информации третьим лицом, которое знало, что такое приобретение связано с одним из вышеуказанных действий, или чье незнание этого факта представляло собой преступную халатность.

4.3. Дезорганизация конкурирующего предприятия и рынка

Любое действие или практика, способные дезорганизовать конкурирующее предприятие, его рынок или рынок соответствующей отрасли, представляют собой акт недобросовестной конкуренции²⁰⁷. Для признания действия или практики актом недобросовестной конкуренции они не обязательно должны уже привести к каким-либо последствиям. Достаточно того, что оно способно дезорганизовать конкурирующее предприятие, его рынок или рынок соответствующей отрасли.

²⁰⁷ Статья 7(1) Приложения VIII к Бангийскому соглашению (2015 год).

Согласно статье 7(2) Приложения VIII, дезорганизации можно добиться путем: а) препятствования рекламе; б) перенаправления заказов; с) установления аномально низких цен; d) дезорганизации сети продаж; е) переманивания персонала; f) подстрекательства персонала к забастовке; и g) несоблюдения правил, регулирующих осуществление соответствующей деятельности.

Согласно общим законам СЕМАС, установление аномально низких цен также подпадает под действие положений, регулирующих злоупотребление доминирующим положением. Постановление о конкуренции от 7 апреля 2019 года предусматривает запрет на установление аномально высоких или низких цен с целью блокирования доступа на рынок для конкретного предприятия или продукта²⁰⁸.

Что касается дезорганизации торговой сети²⁰⁹, то суд Кот-д'Ивуара вынес решение по делу о том, что действия компании, которая в течение нескольких дней намеренно хранила на своем складе газовые баллоны конкурирующей компании и таким образом препятствовала использованию этих баллонов, представляют собой акт недобросовестной конкуренции²¹⁰. Суд пояснил, что такой поступок дезорганизовал торговую сеть конкурента, поскольку хранение баллонов лишило конкурента возможности выполнить заказ его клиентов²¹¹.

Трудовые кодексы в ряде стран региона²¹² отдельно регулируют вопрос переманивания персонала²¹³. Приложение VIII предусматривает, что переманивание «может» дезорганизовать конкурирующее предприятие. Чтобы установить, является ли то или иное действие запрещенным актом дезорганизации, необходимо принимать во внимание национальные законы, в которых конкретизируются акты недобросовестной конкуренции. Например, незаконным может быть признано переманивание персонала, поскольку оно наносит ущерб конкурирующему предприятию и/или является результатом нарушения договорных обязательств²¹⁴.

4.1 Слепое подражание

В Бангийском соглашении (2015 год) нет отдельного правового положения, предоставляющего защиту от слепого подражания. Тем не менее этот акт недобросовестной конкуренции регулируется в правовом поле²¹⁵. В странах АОИС слепое подражание также упоминается в ряде решений Высшей апелляционной комиссии. Высшая апелляционная комиссия постановила, что признание товарного знака недействительным правомерно, если имело место слепое подражание товарному знаку, зарегистрированному раньше, которое создало сходство рассматриваемых обозначений, способное ввести в заблуждение потребителей со средним уровнем внимательности, не имеющих перед глазами одновременно обоих знаков²¹⁶. Иногда слепое подражание трактуется в другом смысле²¹⁷. Это преимущественно обусловлено тем, что копия или имитация могут быть настолько похожи на знак, зарегистрированный раньше, что скорее можно предъявить иск об установлении действительности такого знака. Кроме того, истец не всегда ссылается на положение о слепом подражании как на правовую основу. Нередко главную роль играет общее правило, согласно которому знак не может быть правомерно зарегистрирован, если он идентичен ранее зарегистрированному знаку, который принадлежит другому владельцу, или знаку, относящемуся к тем же или подобным товарам или услугам, дата подачи заявки или дата приоритета в отношении которого наступает раньше, либо если он настолько похож на соответствующий знак, что может ввести потребителей в заблуждение или запутать их²¹⁸.

²⁰⁸ Статья 33.3(i), Постановление СЕМАС о конкуренции.

²⁰⁹ Статья 7(2)(d), Приложение VIII.

С. КАНАДА И СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ* **

1. Законодательная база

1.1 Сходства законодательной базы США и Канады

Соединенные Штаты и Канада применяют в чем-то подобные подходы к закону о недобросовестной конкуренции и все же получают разные результаты. Страны являются участниками Соглашения между США, Мексикой и Канадой²¹⁹, вступившего в силу в 2020 году, но в этом соглашении о торговле отсутствуют положения, касающиеся недобросовестной конкуренции, и даже не упоминается это словосочетание.

Подобие подходов может быть отчасти обусловлено тем, что правовые системы стран имеют много общего. Обе страны имеют федеральную систему управления, при которой законы принимаются как на национальном уровне, так и на уровне штата или провинции. Кроме того, в обеих странах преимущественно применяется общее право и только в одном штате (одной провинции) действует система гражданского права.

Важно отметить, что США и Канаду объединяет то, что ни в одной из этих стран нет федерального закона, посвященного исключительно праву недобросовестной конкуренции. Обе страны решают проблему недобросовестной конкуренции с помощью различных правовых средств, но в основном – с помощью положений федеральных законов о товарных знаках.

²¹⁰ Tribunal de commerce d'Abidjan, Jugement contradictoire du 31 juillet 2015, La société AIR LIQUIDE Côte d'Ivoire SA c/ La Société d'oxygène et d'Acétylène de Côte d'Ivoire dite SOA-CI, (inédit).

²¹¹ Там же. : cet « acte déloyal désorganise le réseau de distribution de la société AIR LIQUIDE en ce sens qu'en raison du stockage de plusieurs de ses bouteilles, celle-ci ne peut satisfaire sa clientèle contrairement à la SOA-CI qui, disposant d'une quantité importante de bouteilles, pourra faire face aux besoins de ses clients à elle ».

²¹² См., например, статью 14 (7) Трудового кодекса Кот-д'Ивуара (Закон №2015–532 от 20 июля 2015 года) и статью 57 Трудового кодекса Сенегала (Закон №97–17 от 1 декабря 1997 года).

²¹³ Статья 7(2)(e), Приложение VIII.

²¹⁴ См. законы Кот-д'Ивуара и Сенегала, упомянутые выше в настоящем докладе.

²¹⁵ L. Ndongwa et L. Talla Fotsing, «Le consommateur camerounais face à la contrefaçon: une approche typologique», Recherches en Sciences de Gestion, n° 122, 2017/5, 77–101.

²¹⁶ Высшая апелляционная комиссия, Решение №0014/18/АОИС/CSR от 9 марта 2018 года по апелляции об отмене решения №0033/АОИС/DG/DAJ/SAJ от 29 апреля 2016 года, касающегося регистрации знака «FOSTER CLARK'S + пиктограмма» №76808; Решение №192/АОИС/CSR от 23 октября 2015 года по апелляции об отмене решения №0053/АОИС/DG/DAJ/SAJ от 19 декабря 2014 года, касающегося снятия с регистрации знака «SADAGHA THE VERT DE CHINE» №69086; Решение CSR АОИС от 25 апреля 2013 года по апелляции об отмене решения №0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ от 06.01.2012 господина Генерального директора АОИС, касающегося снятия с регистрации знака «YES + логотип» №60839; Решение CSR АОИС от 29 апреля 2011 года по апелляции об отмене решения №00210/АОИС/DG/DGA/DAJ/SAJ от 22 июня 2010 года о снятии с регистрации знака «EXCELLENCE» №56866.

²¹⁷ Решение №060/CSR/OAPI от 28 октября 2005 г. По апелляции об отмене решения №091/OAPI/DG/DPG/SSD/SCAJ от 24 июня 2004 года об аннулировании регистрации знака «999LORD KRISHNA PUJA 999» №45924.

²¹⁸ Статья 3(b), Приложение III к Бангийскому соглашению (2015 год).

* Ms. Christine Haight Farley, Professor and Faculty Co-Director, Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP), American University Washington College of Law, Washington, D.C., United States of America.

** Содержимое этого текста выражает мнение и выводы авторов. Правительство Соединенных Штатов Америки не давало одобрения на этот текст.

²¹⁹ Соглашение между Соединенными Штатами Америки, Мексиканскими Соединенными Штатами и Канадой от 13 декабря 2019 года, Торговое представительство США., <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement> [<https://perma.cc/F2SS-J766>]. Правительство Канады называет это соглашение «Соглашение между Канадой, Соединенными Штатами и Мексикой», а правительство Мексики – «Соглашение между Мексикой, Соединенными Штатами и Канадой».

Кроме того, национальные законодательные органы обеих стран ограничены в своих полномочиях по принятию законов в отношении товарных знаков и недобросовестной конкуренции. При этом они обладают неограниченными законодательными полномочиями в отношении патентов и авторского права. Увязка федерального регулирования в области товарных знаков и недобросовестной конкуренции с торговым правом имеет два существенных последствия. Во-первых, объем защиты должен быть ограничен так, чтобы распространяться только на действия, дающие основания для применения права торговли. Во-вторых, в сфере законодательства о недобросовестной конкуренции возникает сегмент, в отношении которого компетенцией обладают законодательные органы штатов и провинций.

В основе законодательства обеих стран о товарных лежит английское право, следовательно, защита от недобросовестной конкуренции в каждой юрисдикции строится на предусмотренном общим правом понятии ведения деятельности под чужим именем. Положения английского общего права о ведении деятельности под чужим именем основываются на принципе, что продавец не должен обманывать или вводить в заблуждение потребителей, выдавая свои товары или услуги за товары или услуги другого продавца. Таким образом, законодательство о недобросовестной конкуренции в обеих юрисдикциях направлено на защиту деловой репутации продавцов от недостоверной информации. Изначально моделью для законов США и Канады была английская судебная практика в отношении закона о ведении деятельности под чужим именем, но законы развивались независимо, в результате чего появились различные версии, причем развитие канадского закона в большей степени шло по пути, по которому закон развивался в Великобритании. Тем не менее основой защиты от недобросовестной конкуренции в обеих странах остается английский закон о ведении деятельности под чужим именем.

Также сопоставимы основы защиты от недобросовестной конкуренции в США и Канаде на уровне политики. Поскольку законы о недобросовестной конкуренции как в США, так и в Канаде развились из принципов защиты от ведения деятельности под чужим именем, закон обеих стран ориентирован в первую очередь на истца-продавца и лишь во вторую – на потребителя и широкую общественность. Закон о защите от ведения деятельности под чужим именем призван обеспечить защиту от введения в заблуждение на рынке, которое негативно влияет на продавцов и потребителей, а также на широкую общественность, препятствуя честной конкуренции. Таким образом, этот закон способствует повышению эффективности экономики, построенной на конкуренции. Но закон в первую очередь защищает интересы продавцов, а уже от принимаемых ими мер по возмещению ущерба косвенно выигрывают потребители. Закон о передаче прав требует, чтобы продавцы доказывали не ущерб, причиненный рынку, а урон, понесенный ими, который заключается в снижении конкурентоспособности их товаров или услуг. Когда продавцы отстаивают свои интересы таким образом, повышается достоверность рыночной информации, что приносит благо потребителям. Таким образом, можно сказать, что обе юрисдикции заинтересованы в защите конкурентов от коммерческого ущерба в результате недобросовестных действий, в защите потребителей от нечестных методов торговли и в защите общества в целом путем сохранения честной и отсутствия препятствий для конкуренции.

На втором месте после конкуренции находится еще один важный мотив на уровне политики, диктующий развитие законов о недобросовестной конкуренции как в США, так и в Канаде, – свобода слова. Свобода слова надежно охраняется в обеих юрисдикциях

в соответствии с их конституциями²²⁰. Этот принцип не только влияет на законы о недобросовестной конкуренции, поскольку предполагает проведение различия между ценностью соответствующих и не соответствующих действительности утверждений, но и ограничивает объем охраны в обеих странах, ярким примером чего служит, например, закон о лживой рекламе.

1.2 Соединенные Штаты

Соединенные Штаты подписали Парижскую конвенцию в 1887 году, но она не считается в США имеющей исполнительную силу без издания дополнительных законов. Федеральный закон, который касается этой области права напрямую, – Закон о товарных знаках 1946 года («Закон Лэнхема») ²²¹. В Законе Лэнхема прямо говорится о намерении «защитить лиц, занимающихся [торговлей, находящейся под контролем Конгресса], от недобросовестной конкуренции» ²²².

Раздел 43(а) Закона Лэнхема условно считается положением о недобросовестной конкуренции, однако ни слово «недобросовестная», ни слово «конкуренция» в тексте этого раздела не встречаются. Раздел 43(а) предусматривает защиту от определенных видов недобросовестной конкуренции, включая ведение коммерческой деятельности под чужим именем, предоставление ложной информации, ложное указание происхождения и лживую рекламу ²²³. Раздел 43(а)(1)(А) касается ложного указания происхождения, а раздел 43(а)(1)(В) – лживой рекламы.

Одним из первых всеобъемлющих пересмотров Закона Лэнхема стало принятие Переработанного закона о товарных знаках («TLRA») 1988 года. Одним из изменений в TLRA стало расширение предусмотренного законом объема защиты от недобросовестной конкуренции. Так, категория «предоставление ложной информации» была расширена за счет включения в нее таких нарушений, как незаконное использование товарных знаков и знаков обслуживания, охраняемых нормами общего права, а также внешнего оформления. Кроме того, была уточнена сфера применения исков о лживой рекламе. Согласно пересмотренной формулировке раздела 43(а) Закона Лэнхема, могут быть оспорены ложные заявления конкурента о продукции как истца, так и ответчика. Наконец в пересмотренном законе однозначно указывается, что в исках, поданных в соответствии с разделом 43(а), могут использоваться средства правовой защиты, предусмотренные Законом Лэнхема. Раздел 43(а) посвящен предоставлению ложной информации разного рода, в том числе об источнике происхождения, географическом происхождении, одобрении, качестве и характеристиках продукта.

Фраза «недобросовестная конкуренция» встречается не только в вышеупомянутом пункте в Закона Лэнхема о намерениях, но и в разделе 44, где она упоминается четырежды ²²⁴. Этот раздел может быть истолкован как подразумевающий включение в охват Закона Лэнхема подписанных Соединенными Штатами международных соглашений, касающихся законов о товарных знаках ²²⁵. Подраздел 44(н), в котором используется формулировка Парижской конвенции, гласит, что определенные лица

²²⁰ Конституция США, поправка. I; Канадская хартия прав и свобод, раздел 2, часть I Конституционного акта 1982 года, являющегося Приложением В к Акту о Канаде 1982 года, п. 11 (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии).

²²¹ Закон о товарных знаках 1946 года (Закон Лэнхема), государственный закон №79-489, 60 Общій свод законов 427 (кодифицирован с изменениями в разделе 15 Свода законов США, §§1050–1129).

²²² Раздел 15 Свода законов США, §1127.

²²³ Раздел 15 Свода законов США, §1125(а).

²²⁴ Раздел 15 Свода законов США, §1126.

²²⁵ «Целью данной главы является ... обеспечение прав и средств правовой защиты, предусмотренных договорами и конвенциями в отношении товарных знаков, фирменных наименований и недобросовестной конкуренции, заключенными между Соединенными Штатами и иностранными государствами». Раздел 15 Свода законов США, §1127.

имеют право на «эффективную защиту от недобросовестной конкуренции» и что «в случаях, когда это необходимо для пресечения актов недобросовестной конкуренции, должны быть доступны средства правовой защиты, предусмотренные этой главой в связи с незаконным использованием товарных знаков»²²⁶. В разделе 44(b) обозначается, кто имеет право на защиту, предусмотренную подразделом 44(h), в качестве лиц, чья страна происхождения является участником любой конвенции, касающейся товарных знаков или пресечения недобросовестной конкуренции²²⁷. Таким образом, можно считать, что раздел 44 Закона Лэнхема включает положения Парижской конвенции о недобросовестной конкуренции.

Следует отметить, что США ратифицировали и другие договоры, положения которых о недобросовестной конкуренции также могут быть включены в документ. Общая межамериканская конвенция об охране товарных знаков и торговли²²⁸, которая вступила в силу в Соединенных Штатах в 1931 году, содержит главу о недобросовестной конкуренции²²⁹. Это соглашение было признано имеющим исполнительную силу без издания дополнительных законов в Соединенных Штатах²³⁰.

Тем не менее суды в США расходятся во мнениях по вопросу о том, вводит ли статья 44 Закона Лэнхема какие-либо материальные права по договору в состав внутренних законов США²³¹ или же статья 44 лишь создает национальный режим для получателей преимуществ по договору²³². До настоящего времени американские суды неохотно применяли защиту от недобросовестной конкуренции в более широком объеме, чем предусмотрено разделом 43(a) Закона Лэнхема. Такой подход может быть следствием нежелания американских судов приравнивать договоры к нормам статутного права.

Заклучение о том, что раздел 44 предусматривает только национальный режим, противоречит тексту этого раздела, согласно которому граждане зарубежных государств наделяются правами по договорам «в дополнение» к правам, предусмотренным Законом Лэнхема²³³. Что касается, в частности, вопроса о предусмотренном договорами праве на защиту от недобросовестной конкуренции в дополнение к препятствиям, создаваемым национальным режимом, то отдельные суды в США пришли к выводу, что,

²²⁶ Раздел 15 Свода законов США, §1126(h) («Любое лицо, указанное в подразделе (b) настоящего раздела как имеющее право на преимущества по настоящей главе и подпадающее под действие ее положений, имеет право на эффективную защиту от недобросовестной конкуренции, а в случаях, когда это необходимо для пресечения актов недобросовестной конкуренции, должны быть доступны средства правовой защиты, предусмотренные этой главой в связи с незаконным использованием товарных знаков»).

²²⁷ «Любое лицо, чья страна происхождения является стороной любых конвенций или договоров, касающихся товарных знаков, торговых, коммерческих наименований или пресечения недобросовестной конкуренции, по которым одной из сторон также являются Соединенные Штаты, либо чья страна происхождения распространяет взаимные права на граждан Соединенных Штатов в соответствии с законом, имеет право на преимущества по настоящему разделу на условиях, предусмотренных настоящим разделом, в случаях если это необходимо для введения в действие любых положений таких конвенций, договоров или взаимных законов, в дополнение к прочим правам, которыми любой владелец знака наделен на основании данной главы». Раздел 15 Свода законов США, §1127 (выделено составителями).

²²⁸ Общая межамериканская конвенция об охране товарных знаков и торговли, 20 февраля 1929 года, 46 Общий свод законов 2907, 124 Сборник Международных договоров Лиги Наций 357.

²²⁹ См. Christine Haight Farley, *The Lost Unfair Competition Law*, 110 *Trademark Rep.* 739 (2020).

²³⁰ *Bacardi Corp. of America против Domenech*, 311 U.S. 150, 162–163 (1940) («после ратификации этот договор вошел в состав нашего законодательства. Специальных законов для введения его в действие в Соединенных Штатах не требовалось»).

²³¹ См., например, *BP Chemicals Ltd. против Jiangsu Sopo Corporation (Group) Ltd.*, 429 F.Supp.2d 1179, 1188 (E.D. Mo. 2006) («Я пришел к выводу, что Закон Лэнхема включает нормы материального права, предусмотренные договорами, на которые в нем дается ссылка, в данном случае Парижской конвенцией, и предоставляет иностранным гражданам права, предусмотренные этим договором»); *General Motors Corp. против Ignacio Lopez de Arriortua*, 948 F. Supp. 684 (E.D. Mich. 1996).

²³² См., например, *Mattel, Inc. против MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894, 908 (9th Cir. 2002) («Гражданин зарубежного государства имеет право на ту же "эффективную защиту от недобросовестной конкуренции", что и гражданин Соединенных Штатов»); *Eli Lilly & Co. против Roussel Corp.*, 23 F. Supp. 2d 460 (D.N.J. 1998).

²³³ Раздел 15 Свода законов США, §1126(b).

даже если раздел 44 включает материальные права по договорам, статья 10bis ПК не создает новых прав на пресечение недобросовестной конкуренции, поскольку имеет слишком общую формулировку²³⁴. Представляется вероятным, что мнения по вопросу о том, расширяет ли статья 10bis ПК законы США в отношении недобросовестной конкуренции и в какой степени, будут изменяться и в дальнейшем.

Помимо Закона Лэнхема, существует Закон о Федеральной торговой комиссии («ФТК»), который наделяет ФТК полномочиями по обеспечению соблюдения запрета «недобросовестных методов конкуренции и нечестных или обманных действий или практик в торговле» в соответствии с разделом 5²³⁵. Как и в случае с Законом Лэнхема, Конгресс не дал определения «нечестным методам конкуренции» и не указал, какие действия и практики будут сочтены нарушением. В число запрещенных действий входят нераскрытие важных фактов, лживое или вводящее в заблуждение описание продукции, вводящая в заблуждение реклама и ложное положительное заключение. Частные лица не имеют права подавать иски в соответствии с разделом 5; эту меру обеспечения соблюдения закона может применять только ФТК. ФТК подала в соответствии с этим правом лишь незначительное число исков, возможно, экономя ресурсы на решение антимонопольных и других вопросов, которые продавцы и потребители в бессильны решить без ее вмешательства.

Закон о пищевых продуктах, лекарственных препаратах и косметических средствах запрещает маркировку пищевых продуктов, лекарственных препаратов и косметических средств товарным знаком, вводящим в заблуждение²³⁶. В число запрещенных действий входят использование этикеток, содержащих ложную или вводящую в заблуждение информацию, и использование этикеток, не содержащих необходимой информации, такой как указания по использованию продукта и предупреждения о возможной опасности для здоровья.

Помимо вышеперечисленных и других федеральных законов, существуют законы штатов и положения общего права о защите от недобросовестной конкуренции. Положения общего права о недобросовестной конкуренции, как правило, подобны судебной практике применения раздела 43(a) Закона Лэнхема. Закон Лэнхема не отменяет эквивалентные иски по законам штатов и общему праву. Иски о недобросовестной конкуренции по законам штатов и общему праву часто подаются как дополнительные к искам по Закону Лэнхема²³⁷. Однако чаще всего такие дела рассматриваются только на основании федеральных законов.

Единый закон об обманной практике торговли (UDTPA), который был принят в 12 штатах, во многом повторяет защиту, предусмотренную разделом 43(a) Закона Лэнхема. В нем кодифицируются положения общего права о недобросовестной конкуренции и предусматривается ответственность за осуществление «обманной торговой практики» в принявших его штатах. В число запрещенных практик входят ведение коммерческой деятельности под чужим именем, создание вероятности смешения или ложного представления в отношении источника, спонсирования, одобрения и сертификации товаров или услуг, использование обманчивых утверждений или указаний географического происхождения, дискредитация товаров другого лица.

²³⁴ См., например, BP Chemicals Ltd. против Jiangsu Sopo Corporation (Group) Ltd., 429 F.Supp.2d 1179, 1188 (E.D. Mo. 2006) (постановление по делу гласит, что «Закон Лэнхема, даже в сочетании с Парижской конвенцией, не предусматривает федерального иска в связи с незаконным завладением коммерческой тайной»).

²³⁵ Раздел 15 Свода законов США, §45.

²³⁶ Раздел 21 Свода законов США, гл. 9, начиная с § 301.

²³⁷ Раздел 1338(b) гласит: «Судами первой инстанции в отношении любого гражданского иска по обвинению в недобросовестной конкуренции в сочетании с материальным и смежным иском по законам об авторском праве, патентах, охране сортов растений или товарных знаках должны быть окружные суды». Раздел 28 Свода законов США, §1338(b).

Другие законы штатов о недобросовестной конкуренции разработаны по образцу раздела 5 Закона о ФТК. Большинство штатов решают проблему незаконного присвоения права на публичность с помощью не только отдельных законов о лживой рекламе, но и актов статутного права.

1.3 Канада

Канада ратифицировала Парижскую конвенцию в 1925 году – до пересмотра статьи 10bis ПК, но в том же году. В правовой системе как США, так и Канады Парижская конвенция не имеет силы закона без имплементирующих законов.

В основе канадских законов о недобросовестной конкуренции лежат нормы общего права об ответственности за причинение вреда, связанное с ведением деятельности под чужим именем. Как и нормы английского права, современный закон Канады о ведении деятельности под чужим именем обычно требует доказательств деловой репутации истца, ложного утверждения, способного вызвать смешение у потребителей, и вероятности причинения ущерба истцу. Как и в разделе 43(a) Закона Лэнхема в США, в этом документе, устанавливающем ответственность за деликт, основное внимание уделяется утверждениям, вводящим в заблуждение.

Законодательство США предусматривает защиту от ведения деятельности под чужим именем не только в классическом, но и в более широком смысле: так, в тексте раздела 43(a) говорится о введении в заблуждение «относительно связи такого лица с другим лицом либо относительно происхождения, спонсирования или одобрения его товаров, услуг или торговых операций другим лицом»; подобным образом, законы Канады предоставляют защиту не только от ведения деятельности под чужим именем, но и от введения в заблуждение в целом в рамках законодательных норм о недобросовестной конкуренции.

Последней кодифицированной на федеральном уровне нормой материального права, эквивалентной закону о ведении деятельности под чужим именем, является раздел 7 Федерального закона Канады о товарных знаках²³⁸. В состав раздела 7 входит соответствующий подраздел «Недобросовестная конкуренция и запрещенные знаки». Действующий Закон о товарных знаках является преемником Закона о недобросовестной конкуренции 1932 года, который, что примечательно, фактически был законом Канады о товарных знаках. Как и в его американском аналоге, разделе 43(a) Закона Лэнхема, в разделе 7 канадского Закона о товарных знаках предусматриваются федеральные средства правовой защиты в отношении используемых в торговле незарегистрированных знаков.

Самыми важными в разделе 7 Закона о товарных знаках считаются подразделы 7(b) и 7(c). Содержание подраздела 7(a) можно толковать как дающее основания для деликтного иска по нормам общего права о ложной информации, наносящей вред. В совокупности подразделами 7(b) и 7(c) предусмотрены средства судебной защиты в связи с различными формами ведения деятельности под чужим именем. Подраздел 7(d) предусматривает ответственность в связи с обманом как деликтом на основании общего права.

В Законе о товарных знаках содержался дополнительный подраздел 7(e), который был отменен в 2014 году²³⁹. Важно отметить, что этот подраздел содержал формулировку, во многом подобную статье 10bis(2) ПК: «совершать любые другие акты и применять любые другие деловые практики, противоречащие честному промышленному и торговому обычаю в Канаде».

²³⁸ Свод пересмотренных законов Канады, 1985, с. Т-13.

²³⁹ Свод пересмотренных законов Канады, 1985, с. Т-13, раздел 7; 2014, с. 32, разделы 10, 53, 56(F)

В период действия подраздела 7(е) рассматривался ряд дел, в которых оспаривалась его конституционность. Наконец в деле *MacDonald* против *Vapor Canada* Верховный суд Канады признал подраздел 7(е) неконституционным, поскольку его принятие выходило за пределы полномочий федерального законодательного органа²⁴⁰. В этом деле рассматривались иски о нарушении договора и завладении коммерческой тайной²⁴¹. Эти области законодательства и предмет подраздела 7(е) представляют собой нормы деликтного права, которые признаются в судах провинций и как таковые находятся вне компетенции Парламента Канады.

Хотя подраздел 7(е) был отменен, это решение остается актуальным с точки зрения определения объема защиты, предоставляемой другими подразделами раздела 7. Верховный суд испытывал сомнения в отношении раздела 7 в целом, но в конечном счете по результатам анализа признал остальные подразделы соответствующими Конституции. Основанием для положительного решения по другим подразделам стала их связь с федеральной схемой ИС, в частности с законодательством о товарных знаках. Таким образом, суд фактически сузил толкование раздела 7, указав, что иски о недобросовестной поданные в соответствии с ним конкуренции должны иметь отношение к охране товарных знаков²⁴². Верховный суд Канады повторно рассмотрел вопрос о конституционности раздела 7 в деле *Kirkbi AG* против *Ritvik Holdings Inc.* и признал, в частности, подраздел 7(b) конституционным ввиду того, что он непосредственно связан с федеральной схемой охраны товарных знаков.²⁴³ Это решение предполагает, что истец обязан увязывать свой иск о ведении деятельности под чужим именем, с товарным знаком. Следствием решений по делам *MacDonald* и *Kirkbi* стала обязанность истцов, ходатайствующих о предоставлении защиты от недобросовестной конкуренции, не связанной с квази-правом на товарный знак, предъявлять такие иски в соответствии со статутным или общим правом провинций.

Подраздел 7(a) может быть использован в качестве основания для предъявления исков о клевете в конкурентной борьбе. Истец не обязан доказывать злой умысел или недобросовестность, чтобы добиться успеха по такому иску. Однако для удовлетворения иска в связи с клеветой в конкурентной борьбе в соответствии с подразделом 7(b) необходимо наличие конкуренции, объективно существующего ложного или вводящего в заблуждение утверждения, вероятности дискредитации истца и вероятности нанесения ущерба истцу. Кроме того, истец должен доказать, что его можно идентифицировать по заявлению ответчика, хотя для идентификации может быть достаточно косвенных признаков²⁴⁴.

Подраздел 7(b) содержит основания для предъявления иска о ведении деятельности под чужим именем. Как уже указывалось, по конституционным причинам такой иск должен касаться либо зарегистрированного товарного знака, либо товарного знака, существующего на основании общего права. В соответствии с подразделом 7(b) можно предъявить иск о защите внешнего оформления, если товарный знак приобрел вторичное значение. Кроме того, истцы по подразделу 7(b) также должны указать знаки, используемые в ходе торговли. Иски по подразделу 7(b) отличаются от исков на основании норм общего права об ответственности за причинение вреда, связанное с ведением деятельности под чужим именем; для предъявления последних не требуется

²⁴⁰ (1977) 2 Сборник решений Верховного суда Канады. 134 («Поскольку ст. 7(е) не является положением о товарном знаке, его включение в Закон о товарных знаках не придает ему юридической силы».).

²⁴¹ Там же.

²⁴² *MacDonald* против *Vapor Canada*, (1977) 2 Сборник решений Верховного суда Канады 134 (постановление о том, что раздел 7 продолжает применяться «в случаях, когда его можно считать дополняющим схемы регулирования», связанные с охраной товарных знаков).

²⁴³ (2005), 43 C.P.R.4th 385 (S.C.C.).

²⁴⁴ *UL Canada Inc.* против *Procter & Gamble Inc.*, (1996), 65 C.P.R. (3d) 534 (Ont. Gen. Div.).

наличия действующего товарного знака и достаточно наличия деловой репутации и ведения торговли в пределах провинции.

В исках по разделу 7 истец должен доказать реальный и существенный фактический или возможный ущерб. При решении в пользу истца он может получить компенсацию за ущерб и за упущенную выгоду, а в качестве средства правовой защиты могут быть применены судебные запреты.

Как и в США, в Канаде действует Закон о конкуренции²⁴⁵; он преимущественно предусматривает антимонопольные меры, но в разделе 52(1) содержит запрет лживой рекламы. Законом регулируются как уголовные, так и гражданские правонарушения, связанные со лживой рекламой. Как и в США, в Канаде действуют несколько федеральных законов и нормативных актов, касающихся лживой рекламы, но полнее всего защиту от недобросовестной конкуренции в такой форме регулирует Закон о конкуренции. Под действие Закона подпадает любое утверждение, лживое или вводящее в заблуждение в существенном аспекте. Требование о существенности выполняется, если доказано, что такое утверждение будет мотивировать потребителя совершить покупку. Закон регулирует не только уголовные, но и гражданские правонарушения, запрещая необоснованные утверждения о характеристиках, вводящие в заблуждение гарантии, ложные, вводящие в заблуждение или направленные без разрешения отзывы или результаты испытаний, продажу с целью подкупа, продажу по цене выше объявленной, а также конкурсы, в которых не раскрывается необходимая информация.

Помимо этого, в Канаде действует федеральный Закон о пищевых продуктах и лекарственных средствах, регулирующий маркировку и рекламу фармацевтических и пищевых продуктов²⁴⁶. Утверждения на этикетках или в рекламе не должны содержать ложную информацию или вводить в заблуждение относительно качества и характеристик продукции, а утверждения о показателях или эффективности должны быть обоснованными.

Как и в США, дела о защите от недобросовестной конкуренции рассматриваются на территориальном уровне (в провинциях). В некоторых провинциях есть законы с подробными положениями о защите от недобросовестной конкуренции. Например, положения части III Закона Онтарио о защите прав потребителей предусматривают защиту отдельных потребителей от определенных видов недобросовестной конкурентной практики. В Квебеке соответствующие положения содержатся не только в Законе о защите прав потребителей, но и в статье 1 457 Гражданского кодекса Квебека, которая представляет собой законодательный эквивалент нормы общего права об ответственности за причинение вреда, связанное с ведением деятельности под чужим именем.

2. Честная практика в промышленных и торговых вопросах

2.1 Соединенные Штаты

В Законе Лэнхема отсутствует определение недобросовестной конкуренции и не используется фраза «честная практика в промышленных и торговых вопросах». В истории законодательной системы США и в практике применения судами норм общего права в области недобросовестной конкуренции неоднократно указывалось, что нецелесообразно давать определение используемым в этой области терминам. Предпочтительнее сохранять гибкость понятий, чтобы обеспечить их применимость для регулирования меняющихся рынков и методов ведения бизнеса.

²⁴⁵ R.S.C. 1985, с. С-34.

²⁴⁶ R.S.C. , 1985, с. F-27.

В США не допускается предъявление исков только в связи с «актом конкуренции, противоречащим честной практике в промышленных или торговых вопросах», во всех других исках о недобросовестной конкуренции в США применяется экономический, а не нормативный и не эмпирический подход к установлению ответственности. Раздел 43(а) Закона Лэнхема содержит положения об использовании указания или ложного указания происхождения, которое может вызвать смешение, а также о ложном или вводящем в заблуждение описании или представлении фактов. Разделом предписано требование продемонстрировать, что истцу может быть нанесен ущерб. То есть истец должен показать экономический или репутационный ущерб, понесенный вследствие обмана со стороны ответчика. Как правило, суды приходят к заключению, что это происходит, когда обман потребителей заставляет их отказываться от торговли с истцом.

2.2 Канада

В канадском законодательстве также отсутствуют определения основных терминов, касающихся закона о недобросовестной конкуренции. Однако, в отличие от законов США, подраздел 7(е) федерального Закона о товарных знаках предусматривает основания для предъявления иска в связи с нарушением принципов «честной практики». Поскольку это положение было признано недействительным (см. предыдущий раздел), правовой доктрины, связанной с этой фразой, до сих пор не существует.

Как и в США, прецедентное право Канады в основном ориентировано на экономический подход к рассмотрению исков о недобросовестной конкуренции. В частности, об этом свидетельствует предусмотренное Законом требование представить доказательства экономического ущерба истцу. Раздел 7 Закона о товарных знаках требует продемонстрировать причиненный обманом фактический или вероятный ущерб. Он может быть представлен как упущенная выгода, потеря доли рынка или потери контроля над товарным знаком или фирменным наименованием.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

3.1 Соединенные Штаты

Действия, которые «в частности» подлежат запрету в соответствии со статьей 10bis(3) ПК, подобны положениям о защите, предусмотренным разделом 43(а) Закона Лэнхема. Тем не менее, как представляется, раздел 43(а) имеет несколько более узкий охват.

Разделом 43(а)(1) предусмотрены три соответствующих ограничения. Во-первых, иски по разделу 43(а), как и все иски по Закону Лэнхема, должны касаться действий, которые совершаются «в торговле», а именно в межгосударственной, международной торговле и торговле с индейским племенем. В нем не рассматривается как внутригосударственная торговля в чистом виде, так и деятельность, не связанная с торговлей. В этом случае защита может предоставляться в соответствии с законами штата о недобросовестной конкуренции или с нормами общего права. Во-вторых, запрещенные действия должны быть связаны «с любыми товарами или услугами». Наконец запрещенные действия должны включать знак («слово, термин, название, символ, эмблему или любое их сочетание»), ложное указание происхождения либо ложное или вводящее в заблуждение описание факта или заявление о нем.

Что касается перечня проявлений недобросовестного поведения в статье 10bis(3), п. 2 ПК, то ближе всего к нему содержание раздела 43(а)(2). Помимо указанных выше ограничений, данное положение предписывает, что запрещенные действия должны быть связаны с «коммерческой рекламой». Кроме того, действия, запрещенные разделом, должны «создавать ложное представление о характере, характеристиках,

качествах или географическом происхождении товаров, услуг или коммерческой деятельности лица, о котором идет речь, или иного лица».

Некоторые ограничения, описанные в статье 10bis(3) ПК, отсутствуют в разделе 43(a) Закона Лэнхема. Например, в отличие от статьи 10bis(3), п. 2 ПК, раздел 43(a)(1) не предусматривает, что ложное или вводящее в заблуждение описание или заявление должно именно «дискредитировать» другое лицо. Оно будет основанием для преследования, если описание или заявление наносит им ущерб не оговоренным особо образом. Более того, недобросовестная конкуренция в соответствии с разделом 43(a) не обязательно предполагает наличие «конкурента».

Раздел 43(a) требует, чтобы запрещенное действие могло вызвать смешение, дать ошибочное представление или содержать обман относительно «связи такого лица с другим лицом либо относительно происхождения, спонсирования или одобрения его товаров, услуг или торговых операций другим лицом». Эта формулировка шире, чем простая ссылка на «смешение» в статье 10bis(3), п. 1 ПК.

3.2 Канада

Раздел 7 Закона Канады о товарных знаках еще ближе к статье 10bis ПК, чем статья 43(a) Закона Лэнхема. Статья 10bis(3), п. 1 ПК соответствует подразделу 7(b) Закона о товарных знаках в том смысле, что оба положения касаются возможности смешения. Охват подраздела 7(b) представляется более узким, чем охват статьи 10bis(3), №1 ПК, так как в нем содержится нестандартное положение о том, что нарушитель привлекает к своим товарам, услугам или бизнесу «непосредственное внимание общественности», стремясь «сделать их узнаваемыми». Подраздел 7(c) Закона о товарных знаках, на основании которого могут предъявляться иски о ведении коммерческой деятельности под чужим именем, также может регулировать действия, указанные в статье 10bis(3), п. 1 ПК.

Статья 10bis(3), п. 2 ПК соответствует подразделу 7(a) Закона Канады о товарных знаках в том смысле, что оба положения касаются ложных утверждений, «дискредитирующих» бизнес конкурента. В статье 10bis(3), п. 2 ПК говорится о действиях, «способных дискредитировать», тогда как в подразделе 7(a) указывается на действия, «которые, как правило, дискредитируют». Поэтому можно предположить, что подраздел 7(a) предусматривает более высокий стандарт доказывания.

Статья 10bis(3), №3 ПК совпадает с подразделом 7(d) Закона о товарных знаках в том смысле, что оба положения касаются вводящих в заблуждение утверждений о качестве или характеристиках товаров. Если в статье 10bis(3), п. 3 ПК упоминаются только товары, то в подразделе 7(d) речь идет также об услугах. В подразделе 7(d) содержится требование по другому аспекту, отсутствующее в статье 10bis(3), п. 3 ПК. Это требование о том, чтобы ложное заявление было «существенным», то есть могло повлиять на потребителя с целью побудить его купить или использовать товар либо иным образом изменить свое поведение.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

4.1 Соединенные Штаты

Предметом законов США о недобросовестной конкуренции является не только коммерческая деятельность под чужим именем в смысле, придаваемом ей нормами статутного и общего права. Положения раздела 43(a) Закона Лэнхема дают основания для оспаривания широкого диапазона актов недобросовестной конкуренции, таких как незаконное использование незарегистрированных товарных знаков и внешнего вида,

ведение деятельности под чужим именем и выдача чужих товаров за свои²⁴⁷, лживая реклама, незаконное присвоение права на публичность, несанкционированное коммерческое использование вымышленных персонажей, ложное указание авторства, использование и продажа контрафактных товаров лицензиатами и несанкционированный импорт товаров «серого рынка».

В статье 39(1) ТРИПС указывается, что для обеспечения эффективной защиты от недобросовестной конкуренции «согласно положениям статьи 10bis» члены обязаны защищать «нераскрытую информацию... и данные, представляемые правительствам или государственным ведомствам». Хотя в настоящее время коммерческая тайна в США охраняется как законами штатов, так и федеральным законодательством, федеральные законы о недобросовестной конкуренции такой охраны не предоставляют. Охрана коммерческой тайны как в соответствии с законами штатов и нормами общего права, так и в соответствии с Федеральным законом о защите коммерческой тайны 2016 года²⁴⁸ предполагает предъявление частного гражданского иска в связи с незаконным завладением коммерческой тайной. Коммерческая тайна – это информация, которая имеет фактическую или потенциальную независимую экономическую ценность в силу того, что не является общеизвестной и обладает ценностью для других лиц, не имеющих возможности законно получить эту информацию, и в отношении которой предпринимаются разумные усилия по ее неразглашению.

Хотя раздел 43(a) Закона Лэнгема прямо устанавливает ответственность за использование ложных указаний происхождения, ложных описаний и заявлений, некоторые суды применяли эти положения для рассмотрения более широкого спектра исков в связи с коммерческими деликтами. Тем не менее до настоящего времени суды применяли раздел 43(a) лишь к части недобросовестных торговых практик. Поэтому случаев успешного рассмотрения судами дел в связи с такими видами недобросовестной торговой практики, как коммерческий подкуп, ценовой сговор и незаконное завладение коммерческой тайной, в соответствии с разделом 43(a) не было.

При рассмотрении как минимум двух дел прямо поднимался вопрос о защите коммерческой тайны на основании федерального закона о недобросовестной конкуренции. Дело *Eli Lilly & Co. против Roussel Corp.*²⁴⁹ касалось предоставления ложной и вводящей в заблуждение информации для получения разрешения на производство лекарственного средства в Управлении по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов США. Истец требовал судебной защиты в соответствии со статьей 10bis ПК за счет включения этого положения путем ссылки в раздел 44 Закона Лэнгема (см. раздел 1.2 выше), но суд отказался выйти за рамки раздела 43(a). Дело *General Motors Corp. против Ignacio Lopez De Arriortua*²⁵⁰ касалось незаконного завладения коммерческой тайной. По этому делу суд постановил, что в Закон Лэнгема входят «существенные положения Парижской конвенции», в том числе статья 10bis ПК. Хотя вопрос о применимости статьи 44 может подниматься в судебных разбирательствах в будущем, но, поскольку с 2016 года коммерческая тайна защищена федеральным законом «О защите коммерческой тайны»²⁵¹, можно предположить, что судебных разбирательств в отношении материальных прав по договорам, связанных с защитой коммерческой тайны, в дальнейшем не будет.

Внешний вид товара и нетрадиционные знаки, в том числе визуально воспринимаемые, обеспечиваются надежной защитой в соответствии с разделом 43(a) Закона Лэнгема.

²⁴⁷ Выдача чужих товаров за свои означает, что лицо удаляет оригинальный товарный знак и перепродает товар.

²⁴⁸ Defend Trade Secrets Act, Pub. L. 114–153, [130 Stat. 376–386 \(2016\)](#).

²⁴⁹ 23 F. Supp. 2d 460 (D.N.J. 1998).

²⁵⁰ 948 F. Supp. 684 (E.D. Mich. 1996).

²⁵¹ 1 S. 1890, 114th Cong. (2015–2016).

Право на публичность в США не защищено федеральным законодательством, но надежно защищено положениями статутного и общего права штатов.

4.2 Канада

Раздел 7 Закона Канады о товарных знаках предоставляет охрану незарегистрированным знакам, включая внешний вид, если они приобрели вторичное значение.

Примечательно, что иск о клевете в конкурентной борьбе в соответствии с подразделом 7(b) был успешно использован для защиты от угрозы судебного преследования в связи с нарушением прав ИС²⁵². Обоснованием стало то, что обвинение в нарушении наносит ущерб репутации предприятия.

В отличие от Закона Лэнхема, в канадском Законе о товарных знаках есть раздел, посвященный охране географических указаний (ГУ). Он обеспечивает охрану ГУ, относящихся к винам и спиртным напиткам, сельскохозяйственной и пищевой продукции. Закон запрещает принятие и использование подлежащего охране ГУ, включая перевод на любой язык, если местом происхождения товаров является другая территория или если их местом происхождения является рассматриваемая территория, но они произведены не в соответствии со стандартами такой территории.

Эта охрана предоставляется с определенными исключениями. Например, существуют исключения для предшествующего применения определенных указаний, для приобретенных прав и для ряда терминов, считающихся общими. Кроме того, ограничивается охрана ГУ в одной и той же категории: так, наименование «Бордо» может быть использовано для такого продукта, как крекеры.

Права на публичность в Канаде также защищаются нормами статутного и общего права провинций. Нормы общего права устанавливают защиту от деликта незаконного завладения личностью. Определенным лицам предоставляется право контролировать коммерческое использование своего имени, изображения, голоса, образа и подписи. Основанием для признания деликта незаконного завладения личностью было то, что истцы сталкивались с трудностями при рассмотрении дел о ведении деятельности под чужим именем, при котором предъявлялось требование, чтобы у истцов и ответчиков была общая сфера деятельности, но это требование было смягчено, и теперь может предъявляться иск о ложном одобрении.

D. КАРИБСКИЙ РЕГИОН*

1. Законодательная база

Некоторые страны Карибского бассейна решили проблему недобросовестной конкуренции путем принятия специального законодательства, обеспечивающего защиту, требуемую статьей 10bis(1) ПК, но большинство стран не имеют специальных законодательных актов о недобросовестной конкуренции²⁵³. Они используют в качестве одной из форм защиты от недобросовестной конкуренции свои законы о защите прав потребителей. Законы о защите прав потребителей, преимущественно

²⁵² Rowell против S & S. Industries Inc., (1966) S.C.R. 419, 56 D.L.R. (2d) 501, 48 C.P.R. 193 (S.C.C.).

* Ms. Tammy L. Bryan, Mr. Akeem D. Rowe and Ms. Okera N. Hill, Attorneys-at-Law, George Walton Payne & Co., Bridgetown, Barbados.

²⁵³ Сент-Винсент и Гренадины, Ямайка, Гайана, Бермудские Острова, Гренада, Сент-Китс и Невис, Багамские Острова.

ориентированные на интересы потребителей, могут обеспечивать более узкую защиту, чем общие законы о защите от недобросовестной конкуренции, направленные на обеспечение «добросовестного взаимодействия» между конкурентами. Но в некоторых странах защита, предоставляемая законами о защите прав потребителей, подкрепляется нормами, устанавливающими ответственность за деликт ведения деятельности под чужим именем.

Белиз и Доминика не имеют специальной законодательной базы и не предоставляют дополнительной защиты по законодательству о защите прав потребителей. В этих двух странах защита предоставляется на основании законов об интеллектуальной собственности²⁵⁴. Антигуа и Барбуда не имеют отдельных законов о конкуренции. Но положения Закона о географических указаниях 2003 года позволяют любому заинтересованному лицу, любой группе производителей или потребителей инициировать судебное разбирательство в отношении географических указаний с целью предотвращения введения общественности в заблуждение или недобросовестной конкуренции. Они дополняют защиту, предоставляемую по нормам, устанавливающим ответственность в связи с генеральным деликтом ведения деятельности под чужим именем.

До принятия в англоязычных странах Карибского бассейна специальных законов о защите от недобросовестной конкуренции и о защите прав потребителей защиту от недобросовестной конкуренции обеспечивали нормы, устанавливающих ответственность в связи с деликтом ведения деятельности под чужим именем. Чтобы решение в деле по иску о ведении деятельности под чужим именем было принято в пользу истца, он должен доказать, что: 1) истец завоевал определенную репутацию на рынке; 2) ответчик делал определенные заявления, вводящие субъекты рынка в заблуждение; и 3) в результате истцу был нанесен ущерб.

В странах, принявших законы о защите от недобросовестной конкуренции²⁵⁵, они предусматривают защиту как конкурентов, так и потребителей. Положения, касающиеся смешения и дискредитации, обеспечивают защиту конкурентов, тогда как положения об актах, вводящих в заблуждение, обеспечивают защиту как конкурентов, так и потребителей²⁵⁶.

В странах, где существуют только законы о защите прав потребителей²⁵⁷, основное внимание в этом разделе законодательства уделяется защите потребителей.

Основу законов о защите недобросовестной конкуренции в разных странах также составляют нормы прецедентного права.

- Защита потребителей: эта защита была проиллюстрирована в рассмотренном в Гайане деле *Mazawattee Tea Co Ltd* против *Psaila Ltd*²⁵⁸; по которому Беркли Джей вынес постановление, что оформление продукции ответчика настолько похоже на оформление, используемое истцом, что представляет собой умышленный обман неграмотных лиц [...], которые не умеют читать или не понимают английский язык. Они с высокой вероятностью могли покупать чай ответчика, полагая, что покупают чай истца. Они с высокой вероятностью могли покупать чай ответчика, полагая, что покупают чай истца.

²⁵⁴ Belize Trade Marks Act Chapter 257 of the Substantive Laws of Belize, Revised Ed. 2000; Marks, Collective Marks and Trade Name Act 1999 of the Laws of Dominica.

²⁵⁵ Ангилья, Барбадос, Тринидад и Тобаго, Сент-Люсия

²⁵⁶ International Bureau of WIPO, Protection Against Unfair Competition, WIPO Pub. No. 725(E) (1994).

²⁵⁷ Ямайка, Доминика,

²⁵⁸ [1925] LRBG 56,

- Защита конкурентов: эта защита была продемонстрирована в рассмотренном на Багамских Островах деле *Lyford Cay Company Ltd* против *Lyford Cay Real Estate Company Ltd*²⁵⁹, в котором истец имел право ссылаться на факт ведения деятельности под чужим именем в связи с тем, что ответчик, используя то же название компании, что и истец, вызвал смешение в восприятии общественности. Суд признал, что факт ведения деятельности под чужим именем имел место, но иск не был удовлетворен, так как был применен принцип эстоппеля.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

Различные законы о защите от недобросовестной конкуренции в англоязычных странах Карибского бассейна предусматривают, что «акты и практики... в ходе промышленной или коммерческой деятельности, противоречащие принципам честной практики, являются актами недобросовестной конкуренции²⁶⁰». Кроме того, в законах указывается на «акты и практики»²⁶¹, которые представляют собой недобросовестную конкуренцию и, следовательно, по умолчанию противоречат «честной практике в промышленной и коммерческой деятельности» в смысле статьи 10bis(2) ПК. Хотя в законах указывается на конкретные действия, в них отсутствует определение фразы «противоречащие честной практике в ходе промышленной или коммерческой деятельности».

В таких юрисдикциях, как Ангилья, Тринидад и Тобаго и Сент-Люсия, действуют аналогичные положения. Закон о защите от недобросовестной конкуренции на Барбадосе имеет другую формулировку, хотя в нем говорится о подобных действиях и практике, представляющих собой недобросовестную конкуренцию.

Законы большинства территорий предусматривают уголовное наказание за акты недобросовестной конкуренции или недобросовестные торговые практики, тогда как законодательство Барбадоса и Ангильи предусматривает только гражданско-правовые средства защиты либо и уголовное наказание, и гражданско-правовые средства. Необходимость балансировать права конкурентов на рынке с признанными на международном уровне стандартами требует широкого подхода к толкованию «честной практики».

В полном тексте ЗЗНК Барбадоса говорится, что Закон призван «обеспечить защиту от недобросовестной конкуренции в целях выполнения обязательств Барбадоса по Соглашению о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности Всемирной торговой организации». Судья в деле *Digicel (St Lucia) Ltd* и др. против *Cable & Wireless plc* и др.²⁶² заявил, что «Тринидад и Тобаго подписал Парижскую конвенцию и в число причин внесения проекта Закона (ЗЗНК) входит желание привести в действие международные обязательства Тринидада и Тобаго по Конвенции». Однако, как показали парламентские дебаты вокруг закона ЗЗНК Тринидада и Тобаго, толкование закона зависит от судебной практики. Закона не подвергался регулярному оспариванию, поэтому его толкование еще не изучено²⁶³.

В деле *Digicel (St Lucia) Ltd* и др. против *Cable & Wireless plc* и др.²⁶⁴ рассматривались нарушения компанией *Digicel* договоров и допущение ею сбоев в телекоммуникации в Сент-Люсии, на Барбадосе, в Гренаде, Тринидаде и Тобаго, Сент-Винсенте и

²⁵⁹ BS 1989 SC 53.

²⁶⁰ Barbados, Protection Against Unfair Competition Act Chapter 329A Section 4(1)(a); Trinidad and Tobago Protection Against Unfair Competition Act Chapter 82:36 Section 4(1); St. Lucia Protection Against Unfair Competition Act 2001 Section 4(1)

²⁶¹ Ссылка дается в статье ниже.

²⁶² [2010] EWHC 774 (Ch).

²⁶³ *Digicel (St Lucia) Ltd* и др. против *Cable & Wireless plc* и др. [2010] EWHC 774 (Ch) para 470

²⁶⁴ [2010] EWHC 774 (Ch).

Гренадинах, а также давалось определение честной практики. В этом деле судья применил гибкий подход к понятию «честная практика» с учетом различных видов действия или бездействия, составляющих «недобросовестную конкуренцию». Это необходимо для того, чтобы учесть все не упомянутые в законах исключения и различия в формулировках. Суд не использовал принципы прецедентного права, которые накладывали ограничение на толкование, но учел формулировки Закона, аргументы, приведенные в Парламенте до принятия Закона, а также традиции или допустимое поведение в конкретном сегменте или секторе экономической деятельности.

В пункте 474 судебного решения было указано, что под следующими словами в обычном значении подразумевается противоречие честной практике:

[о]граничивается нечестными действиями или бездействием... Соответственно фраза относится к любым нечестным действиям в ходе промышленной или коммерческой деятельности в соответствии со значением этого слова, использованным в деле *Royal Brunei Airlines Sdn Vhd* против *Tan*²⁶⁵

Кроме того, судья сослался на дело *Reed Executive Plc* против *Reed Business Information Limited*²⁶⁶, при рассмотрении которого Джейкоб Эл Джей, сославшись на дело *Gerolsteiner Brunnen* против *Putsch*²⁶⁷, заявил, что «понятие честной практики по существу представляет собой выражение обязанности действовать добросовестно в отношении законных интересов владельца товарного знака»²⁶⁸. При этом национальный суд должен выполнить общую оценку всех обстоятельств и, в частности, определить, «можно ли считать, что ответчик действует недобросовестно, конкурируя с владельцем товарного знака»²⁶⁹.

Вышесказанное противоречит позиции судов в отношении деликта ведения деятельности под чужим именем. Суд не рассматривает дело с точки зрения морали и не считает необходимым доказывать мошенничество, нечестность или намерение обмануть потребителей или ввести их в заблуждение. Вместо этого суд решает вопрос о наличии ключевых признаков ведения деятельности под чужим именем. Такой позиции придерживались судьи в ряде дел, на которые они ссылались в деле *Digicel* (см. выше)²⁷⁰. Кроме того, в деле *Digicel* судья принял объективный или основанный на морали подход к «честной практике» и неоднократно упоминал европейские и британские органы власти, которые также толковали это понятие с точки зрения морали²⁷¹.

Из вышесказанного можно заключить, что суд решает, является ли действие «противоречащим честной практике», исходя из намерений и действий конкурента, а также практических подходов, принятых отраслью и потребителями.

Судья счел подход, основанный на морали, достаточно общим и заключил, что формулировка «противоречит честной практике» делает недопустимым широкий спектр действий, что было бы несправедливым, учитывая «законные интересы, связанные с рассматриваемым видом коммерческой деятельности»²⁷². По существу, судья заявил, что формулировка «противоречит честной практике» относится к нечестным действиям или бездействию. Вопрос рассматривается не с субъективной точки зрения конкурента, а с применением объективного подхода.

²⁶⁵ *Digicel (St Lucia) Ltd* и др. против *Cable & Wireless plc* и др. [2010] EWHC 774 (Ch) para 474

²⁶⁶ [2004] RPC 40.

²⁶⁷ [2004] RPC 39.

²⁶⁸ Там же, п. 23.

²⁶⁹ Там же, п. 26.

²⁷⁰ [2010] EWHC 774 (Ch).

²⁷¹ *Cable & Wireless Plc* против *British Telecommunications Plc* [1998] FSR 383; *L'Oreal* против *Bellure* [2007] EWCA Civ 968; *Hotel Cipriani* против *Cipriani (Grosvenor Street) Limited* [2008] EWHC 3032 (Ch). At [143]

²⁷² *Digicel (St Lucia) Ltd* и др. против *Cable & Wireless plc* и др. [2010] EWHC 774 (Ch) para 470

Тем не менее при проведении анализа суд опирается на эмпирические данные и учитывает попытки стороны, допускающей нарушение, принять меры к тому, что ее поведение не было неосторожным. Различие между неосторожным и недобросовестным поведением заключается в наличии мер по защите конкурентов на рынке во избежание действий, считающихся «недобросовестным поведением». Поэтому, как правило, применяется гибкий подход к толкованию термина «честная практика». Суды допускают наличие нечестного поведения в любой форме, но при этом обращают внимание на рыночную практику, направленную на обеспечение баланса интересов всех заинтересованных сторон.

Определение «промышленной и коммерческой деятельности» в законах о защите от недобросовестной конкуренции включает деятельность лиц, ведущих профессиональную и подобную профессиональной деятельность. На Барбадосе принято еще более широкое определение «промышленной и коммерческой деятельности», включающее «предприятия или услуги, в частности покупку и продажу таких продуктов и услуг». Таким образом, определение распространяется как на отношения между предприятиями и потребителями, так и на отношения между конкурентами. Кроме того, власти считают, что под понятием «неправомерное поведение» может подразумеваться серия действий или единичное действие, которое не продолжается и не повторяется²⁷³.

Кроме того, суд рассмотрел возможность использования концепции «наличия достаточных доказательств для возбуждения судебного дела». ²²Тем не менее нет точного понимания того, как должно распределяться бремя доказывания. Ее использование связано с уголовной ответственностью, предусмотренной отдельными законами²³, действующими на различных территориях.

В странах Карибского бассейна накоплен лишь небольшой объем судебной практики в отношении концепции «противоречащий честной практике» и опыта толкования этой концепции. Поэтому источником значительной доли знаний по этому вопросу в регионе служат убедительные прецеденты из других юрисдикций.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

К числу прямо запрещенных действий, предусмотренных законами о недобросовестной конкуренции²⁷⁴ Барбадоса, Тринидада и Тобаго, Сент-Люсии и Ангильи, относятся действия, которые

- вызывают или могут вызвать смещение в отношении предприятия или деятельности другого лица; продуктов или услуг, предлагаемых таким лицом;
- наносят или могут нанести ущерб деловой репутации или репутации предприятия другого лица, независимо от того, вызывают ли они смещение;

²⁷³ Digicel (St Lucia) Ltd и др. против Cable & Wireless plc и др. [2010] EWHC 774 (Ch) para 447

²² Digicel (St Lucia) Ltd и др. против Cable & Wireless plc и др. [2010] EWHC 774 (Ch) para 431

²³ разделы 4(3) и (4)(4) Закона Барбадоса о защите от недобросовестной конкуренции гласят следующее: «Любое должностное лицо компетентного органа, нарушившее положения подраздела (2), виновно в преступлении и может понести суммарное наказание в виде штрафа в размере 10 000 долл. США, либо тюремного заключения сроком на два года, либо и штрафа, и тюремного заключения».

(4) Предъявление лицу уголовного обвинения в соответствии с настоящим разделом не препятствует возбуждению гражданского дела в Высоком суде против такого лица».

Закон Гренады о защите прав потребителей 2018 года; раздел 74(9)

²⁷⁴ The Protection against Unfair Competition Act Chap. 82:36 Trinidad and Tobago; Protection Against Unfair Competition Act Cap 329A Barbados; Protection Against Unfair Competition Act Cap P112 Anguilla; Protection Against Unfair Competition Act Chapter 13.38, of 2001 St Lucia.

- вводят или могут ввести в заблуждение общественность в отношении предприятия или его деятельности, продукции или услуг, предлагаемых таким лицом; и
- представляют собой ложные заявления или указания, которые могут дискредитировать предприятие или деятельность другого лица.

Вышеупомянутые действия аналогичны запрещенным действиям, указанным в статье 10bis(3) ПК.

В законах о недобросовестной конкуренции²⁷⁵ поясняется, что ввести общественность в заблуждение может содержащаяся в рекламных материалах информация о процессе производства товара или услуги, их пригодности для определенной цели, их качества, количества или других характеристик, их географического происхождения, цены или порядка ее расчета.

Кроме того, согласно законам о недобросовестной конкуренции²⁷⁶, акт недобросовестной конкуренции, который может вызвать смешение или причинить ущерб, может относиться к фирменному наименованию, товарным знакам предприятия, к описанию продуктов или услуг, внешнему виду продукта, идентифицирующему знаку предприятия, помимо товарного знака, и к ассоциации продукта, услуги или деятельности со знаменитостью или известным вымышленным персонажем.

В настоящее время в англоязычных странах Карибского бассейна имеется только одно дело, в котором трактуется прямо запрещенное действие, предусмотренное законом о защите от недобросовестной конкуренции: Free Telecom Incorporated (t/a Flow (Barbados), Flow Communications, Flow Talk, Flow Internet, Flow tv и Flow Mobile) и Vet2vu (Barbados) Incorporate (t/a Flow (Barbados), Flow Communications, Flow Talk, Flow Internet, Flow YV и Flow Mobile против Tele (Barbados) Incorporated.²⁷⁷ В этом деле истец утверждал, что возникло и может возникнуть смешение его телекоммуникационной компании, ведущей деятельность под названием FLOW, и использованием ответчиком названия FLOW в той же области. Судья Корнелиус заявила, что, хотя истец должен доказать только то, что «возможно» смешение с его «предприятием, деятельностью, продукцией или услугами», можно прийти к выводу, что слова «предприятие и деятельность» указывают на то, что правонарушение заключается не только в ведении деятельности под чужим именем. Тем не менее сохраняется необходимость представить и другие доказательства смешения, помимо использования двумя организациями одного и того же названия на рынке.

Более того, нет необходимости рассматривать конкретный вид конкурентных отношений, поскольку законодательство также предусматривает защиту потребителей в отношении запрещенного действия по введению общественности в заблуждение, описанного во всех законах о защите от недобросовестной конкуренции, действующих в англоязычных странах Карибского бассейна.

²⁷⁵ Section 7 of The Protection against Unfair Competition Act Chap. 82:36 Trinidad and Tobago; section 7 of Protection Against Unfair Competition Act Cap 329A Barbados; Section 6 of Protection Against Unfair Competition Act Cap P112 Anguilla; Section 6 of The Protection Against Unfair Competition Act Chapter 13.38, of 2001 St Lucia.

²⁷⁶ Section 5(2) of The Protection against Unfair Competition Act Chap. 82:36 Trinidad and Tobago; section 5 of Protection Against Unfair Competition Act Cap 329A Barbados; Section 4(2) of Protection Against Unfair Competition Act Cap P112 Anguilla; Section 4(2) of The Protection Against Unfair Competition Act Chapter 13.38, of 2001 St Lucia.

²⁷⁷ BB 2013 HC 24

Считается, что законы о защите от недобросовестной конкуренции дополняют защиту, предоставляемую правами интеллектуальной собственности, которые регулируются отдельными законодательными актами²⁷⁸. В Главе 319 раздела 5 Закона Барбадоса о торговых марках содержится запрет на регистрацию знака, который настолько похож на зарегистрированный знак, что может ввести общественность в заблуждение. Это положение аналогично прямо запрещенному действию по введению общественности в заблуждение, описанному в законах о защите от недобросовестной конкуренции. Но эти законы предусматривают более широкую защиту прав интеллектуальной собственности, чем законы о торговых марках. Например, для защиты знака в соответствии с Законами о товарных знаках такой знак должен быть зарегистрирован или широко известен²⁷⁹, а законы о защите от недобросовестной конкуренции не требуют, чтобы знаки были зарегистрированы или хорошо известны.

Помимо этого, в законах о защите от недобросовестной конкуренции введение в заблуждение, вызванное идентифицирующими знаками предприятия, помимо товарных знаков, признается актом недобросовестной конкуренции. Кроме того, существуют положения о защите от незаконного разглашения коммерческой тайны, которые будут рассмотрены ниже.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

В дополнение к предоставляемой во многих англоязычных странах Карибского бассейна базовой защите от создающих смешение, принижающих, дискредитирующих и вводящих в заблуждение практик, существует защита от таких действий, как: 1) слепое подражание; (2) использование с уклонением от оплаты; и 3) действия, связанные с коммерческой тайной. Примечательно, что защита, предоставляемая законами о защите от недобросовестной конкуренции²⁸⁰, шире, чем защита, предоставляемая различными законодательными актами об интеллектуальной собственности.

4.1 Слепое подражание

Вопрос слепого подражания отдельно регулируется законами о недобросовестной конкуренции стран Европейского союза, таких как Германия²⁸¹. Что же касается англоязычных стран Карибского бассейна, то они не имеют отдельных положений с упоминанием слепого подражания в рамках законодательного регулирования вопросов недобросовестной конкуренции и защиты прав потребителей. Отдельные положения о подражании любого рода содержатся только в законодательных актах о товарных знаках этих стран. Однако защита, предусмотренная законами о товарных знаках, предоставляется только владельцам зарегистрированных товарных знаков и широко известных знаков.

Несмотря на отсутствие отдельного положения о слепом подражании, в некоторых случаях защита от него может предусматриваться различными законами о недобросовестной конкуренции. В таком случае это нарушение регулируется общими положениями таких законов.

Отсутствие отдельных законов, направленных на борьбу со слепым подражанием, делает уязвимыми определенные группы творческих работников, в частности тех: i) кто не имеет прав на промышленные образцы в силу регистрации; ii) кто не удовлетворяет

²⁷⁸ Christopher Morcom Q.C., 'Gowever: a glimmer of hope for UK compliance with Article 10 bis of the Paris Convention' [2007] EIPR 125–127

²⁷⁹ Section 8(d)(1) of the Trade Marks Act Cap 319 Barbados; section 9(3)(c) of the Trade Marks Act NO. 8 of 2015 Trinidad and Tobago; section 4(e) of the Trade Marks Act R.S.A. c. T30 Anguilla

²⁸⁰ Fields of intellectual property protection 2.819.

²⁸¹ Section 4(3)(a) German Act Against Unfair Competition

требованию оригинальности для защиты авторских прав; или iii) у кого истек срок действия защиты²⁸². Существует риск того, что универсальность законов о недобросовестной конкуренции помешает обеспечить охват всех случаев слепого подражания и продукты умственного труда таких лиц будут копироваться без какой бы то ни было правовой защиты.

В результате в настоящее время англоязычные страны Карибского бассейна вынуждены для защиты от подражания применять общие положения законов о недобросовестной конкуренции и отдельные законы о правах интеллектуальной собственности.

4.2. Использование с уклонением от оплаты

Акты уклонения от оплаты имеют ряд общих черт с другими актами недобросовестной конкуренции. Использование с уклонением от оплаты может вызывать смещение и вводить в заблуждение, но этот раздел посвящен актам незаконного присвоения. Использование с уклонением от оплаты можно считать самой распространенной формой конкуренции путем подражания, и как таковая она полностью подпадает под определение недобросовестной конкуренции.

Такое использование дает нарушителю несправедливое преимущество, основанное на репутации существующего знака²⁸³. В большинстве стран Карибского бассейна предусмотрена защита общеизвестных товарных знаков от недобросовестных действий с использованием преимуществ отличительного характера или репутации знака²⁸⁴. Но часть стран региона придерживаются позиции о допустимости защитной регистрации широко известных знаков²⁸⁵.

Отсутствие коммерческой связи между двумя знаками ограничивает применимость концепции уклонения от оплаты. Подобия знаку недостаточно, так как должны иметь место «явная эксплуатация, использование репутации известного знака с уклонением от оплаты или намерение получать выгоду от использования его репутации даже в обстоятельствах, когда это не наносит ущерба отличительному характеру или репутации знака»²⁸⁶. Это ограничение обеспечивает баланс между правилами в отношении недобросовестной конкуренции и принципами свободной рыночной системы.

4.3. Коммерческая тайна

В таких странах Карибского бассейна, как Ангилья²⁸⁷, Сент-Люсия²⁸⁸, Республика Тринидад и Тобаго²⁸⁹ и Барбадос²⁹⁰, обеспечивается прямая защита от незаконного разглашения коммерческой тайны. Ее обеспечивают законы этих стран о недобросовестной конкуренции.

Эти положения дублируют статью 39(2) ТРИПС. Защита, предоставляемая законами о недобросовестной конкуренции, носит общий характер и включает защиту

²⁸² например, те: 1) кто не имеет прав на промышленные образцы; 2) кто не удовлетворяет требованию оригинальности для защиты авторских прав; или 3) у кого истек срок действия защиты

²⁸³ 3M Company против Manufacturera 3M SA DE CV [2017] JMCA Civ 21 para 131.

²⁸⁴ Разделы 8(d)(i) и (ii) Закона о торговых марках, Глава 319 Свода законов Барбадоса; раздел 49 Закона о торговых марках Свода законов Ямайки; разделы 9(3)(c) и (d) Закона о торговых марках 2015 года (Закон №8 2015 года) Свода законов Республики Тринидад и Тобаго; раздел 61 Закона о торговых марках, Глава 257 Свода законов Белиза.

²⁸⁵ Раздел 29(1) Закона о товарных знаках, Глава 90:01 Свод законов Гайаны; раздел 35(1) Закона о товарных знаках, Глава 322 Свода законов Багамских Островов;

²⁸⁶ 3M Company против Manufacturera 3M SA DE CV [2017] JMCA Civ 21 para 131.

²⁸⁷ Раздел 8 Закона о защите от недобросовестной конкуренции

²⁸⁸ Раздел 8 Закона о защите от недобросовестной конкуренции

²⁸⁹ Раздел 9 Закона о защите от недобросовестной конкуренции

²⁹⁰ Раздел 8 Закона о защите от недобросовестной конкуренции

производственных и коммерческих секретов. Ввиду общего характера определения секретной информации окончательное решение о предоставлении или непредоставлении защиты конкретной информации зависит от конкретных фактов и обстоятельств рассматриваемого дела.

Несмотря на общий характер определения, в различных законах о защите от недобросовестной конкуренции дается точное определение обеспечиваемой коммерческой тайне защиты. Кроме того, в отношении защиты, предоставляемой законами о защите от недобросовестной конкуренции, существует ряд ограничений: Это, в частности, следующие ограничения: i) действия должны быть недобросовестными; ii) разглашение не должно быть необходимой мерой для защиты общественности; и iii) не было предпринято никаких мер для охраны испытаний и данных от недобросовестного коммерческого использования.

Ограничения позволяют надлежащим образом использовать и раскрывать коммерческую тайну в рамках законной торговой деятельности. Таким образом, они способствуют установлению здорового баланса между защитой от недобросовестной конкуренции и соблюдением общественных интересов в таких сферах, как добросовестная конкуренция и честная практика.

Е. ЦЕНТРАЛЬНАЯ АМЕРИКА*

1. Законодательная база

Страны Центральной Америки не выработали общего подхода к регулированию недобросовестной конкуренции. В регионе не существует ни транснациональных, ни региональных договоров, ни аналогичных им правовых документов. Каждая правовая система определяет честную практику в промышленных и торговых делах и устанавливает запрещенные действия в соответствии с внутренней спецификой. Несмотря на то, что статья 10bis(1) ПК находит отражение в законах или признается в судебной практике, фактически сколько стран в регионе, столько и вариантов ее истолкования.

В Гондурасе защита от недобросовестной конкуренции обеспечивается статьями 170–173 Закона о промышленной собственности (НІРА). Эти положения обеспечивают применение в правовой системе Гондураса принципов защиты от недобросовестной конкуренции, закрепленных в статье 10bis ПК. Кроме того, положения о недобросовестной конкуренции содержатся в статьях 425–429 Торгового кодекса страны. В статьях 75–78 НІРА излагаются законодательные положения о коммерческой тайне, которые обеспечивают защиту коммерческой тайны от недобросовестной конкуренции. В делах о недобросовестной конкуренции применяются уголовные, гражданские и административные средства правовой защиты. Гражданским процессуальным кодексом Гондураса (НССР) предписывается, что дела о недобросовестной конкуренции должны рассматриваться в обычных гражданских судах. Кроме того, существуют административные процедуры признания актов конкуренции

* Г-н Роберто Гарса Барбоса, профессор Школы социальных наук и государственного управления Технологического института Монтеррея, Монтеррей, Мексика.

недобросовестными и наложения штрафов, осуществляемые Управлением по регистрации промышленной собственности²⁹¹.

В Сальвадоре вопросы недобросовестной конкуренции регулируются имеющей широкий охват статьей 491 Торгового кодекса (SCC), в которой указано, какие действия составляют недобросовестную конкуренцию. Это не только акты, перечисленные в статье 10bis ПК. В статье 491 SCC выделяются действия, направленные на обман потребителей, дискредитацию конкурентов и переманивание бывших работников конкурента, и «...любые другие подобные действия, прямо или косвенно направленные на перенаправления потока клиентов от другого продавца...». Статьями 493 и 497 SCC предусматривается, что судебные разбирательства по делам о недобросовестной конкуренции проводят судьи по торговым делам. Согласно статье 240 Коммерческого и гражданского процессуального кодекса Сальвадора, дела о недобросовестной конкуренции должны рассматриваться в общем порядке судьями по торговым или гражданским делам. В статьях 100–103 Закона Сальвадора о товарных знаках и отличительных знаках недобросовестная конкуренция и нечестные действия определяются как действия, противоречащие честной практике и законодательству в целом. Иными словами, в этих положениях применяется подход, допускающий поправки, и дается отрицательное определение.

Закон Коста-Рики о товарных знаках и других отличительных знаках (CRTDA)²⁹² не содержит определения недобросовестной конкуренции. Но ст. 8(k) CRTDA запрещает регистрацию товарного знака, которая будет являться актом недобросовестной конкуренции. Статья 62(f) CRTDA предусматривает тот же запрет, но применительно к средствам торговой рекламы или рекламным вывескам, которые представляют собой разновидность регистрации товарного знака. Наконец статья 71 CRTDA запрещает использование любого географического указания, если такое использование является актом недобросовестной конкуренции в соответствии со статьей 10bis(1) ПК.

В Коста-Рике действует другой закон, касающийся защите прав интеллектуальной собственности. Хотя это закон, обеспечивающий приведение норм в исполнение, он содержит определения, касающиеся недобросовестной конкуренции. В статье 28 Закона №8039 «О процедурах обеспечения соблюдения прав интеллектуальной собственности» (PEIPRA)²⁹³ дается следующее определение недобросовестной конкуренции: «любая деятельность, осуществляемая в ходе коммерческой деятельности или в связи с ней, противоречащая обычаям и честной практике в коммерческих вопросах». В этом законодательном положении точно указывается на ряд действий, которые считаются недобросовестной конкуренцией. Кроме того, в статье 28 PEIPRA приводится ссылка на статью 17 Закона о развитии конкуренции и эффективной защите потребителей (PCEDA), в которой устанавливается ряд актов недобросовестной конкуренции²⁹⁴.

В правовой системе Мексики законодательная база для защиты от недобросовестной конкуренции установлена Федеральным законом об охране промышленной собственности (FIPPA), статья 386²⁹⁵. Однако в любом судебном процессе допустимо применять статью 10bis ПК и ссылаться на нее. Наиболее важное основание для иска предусматривается разделом I статьи 386 FIPPA. Как правило, оно не толкуется как

²⁹¹ Oficina de Registro de Propiedad Industrial.

²⁹² Законодательный акт №7978.

²⁹³ Законодательный акт №9524.

²⁹⁴ Законодательный акт №7472.

²⁹⁵ Этот новый законодательный акт, опубликованный в Официальном бюллетене Федерации 1 июля 2020 года, вступил в силу 5 ноября 2020 года. После его вступления в силу был отменен Закон Мексики о промышленной собственности (27 июня 1991 года). Статья 386 схожа с прежней статьей 213. В этом правовом положении перечислены 33 действия, которые представляют собой нарушения. Что касается недобросовестной конкуренции, то в новый закон в дополнение к существующим положениям вошли положения о защите закрытой информации.

независимое. Следовательно, для того, чтобы его применить, должно присутствовать основание для иска по любому другому разделу. Эти доводы помогают ответить на вопрос из следующего раздела: что такое честная практика в промышленных и торговых делах? Краткий ответ согласно законодательной норме – отсутствие нарушений закона; это упрощенный подход. Этот раздел описывает общее основание для возбуждения иска о недобросовестной конкуренции.

В том же законодательном положении содержатся основания для иска о недобросовестной конкуренции. В отличие от раздела I, эти основания используются независимо. Таким образом, в мексиканской правовой системе основания для судебного разбирательства по делам о недобросовестной конкуренции указаны в статье 386 FIPPA, разделы I, II, III, XIV, XV и XXIV²⁹⁶. Эти правовые положения включают содержание статьи 10bis ПК.

В статье 6bis Торгового кодекса Мексики почти дословно повторяются второй и третий пункты статьи 10bis ПК²⁹⁷. Согласно статье 6bis Торгового кодекса, честная практика в промышленных и торговых делах подразумевает отсутствие запрещенных действий, установленных в статье 10bis(3) ПК. Наконец, в статье 32 Закона Мексики о защите прав потребителей содержатся правила сравнительной рекламы.

Большинство часть судебных разбирательств по недобросовестной конкуренции основаны на статье 386 FIPPA, а именно на вышеупомянутых разделах. Поскольку FIPPA – относительно новый законодательный акт, прецеденты преимущественно

²⁹⁶ «Статья 386 – Список административных правонарушений:

...

I. Совершение действий, противоречащих честной практике и обычаям в промышленности, торговле и сфере услуг, которые представляют собой недобросовестную конкуренцию и связаны со сферой, на которую распространяется настоящий Закон;

...

II. Совершение в промышленной или коммерческой деятельности актов, которые вызывают смешение, приводят к ошибке или являются обманными, путем создания убеждений или необоснованных предположений: а) существование отношений или связи между предприятием и третьим лицом;

б) производство продукции по спецификациям, лицензии или разрешению третьего лица; с) предоставление услуг или продажа продукции по разрешению, лицензии или спецификации третьего лица; d) поставка продукта с территории, из региона или местности, отличных от фактического места происхождения, которая может вызвать у общественности заблуждение относительно географического происхождения продукта;

III. Дискредитация продукции, услуг, промышленной или коммерческой деятельности или учреждения другого лица или попытка такой дискредитации. В данное положение не входит сравнение продуктов или услуг, защищенных товарным знаком с целью информирования общественности, при условии, что такое сравнение не представляется предвзятым, ложным или преувеличенным с точки зрения Федерального закона о защите прав потребителей;

...

XIV. Неправомерное присвоение информации, которая считается коммерческой тайной, без согласия лица, осуществляющего правовой контроль за ней, или уполномоченного пользователя, для получения конкурентного преимущества на рынке или для совершения действий, противоречащих надлежащей практике и обычаям в промышленности, торговле и сфере услуг, которые представляют собой недобросовестную конкуренцию;

XV. Производство, предложение к продаже, продажа, импорт, экспорт или хранение продукции или оказание услуг, при которых используется коммерческая тайна, если лицо, осуществляющее такую деятельность, знает (или должно знать), что коммерческая тайна была использована без согласия лица, осуществляющего ее правовой контроль, или уполномоченного пользователя и способом, противоречащим надлежащей практике и обычаям в промышленности, торговле и сфере услуг, что представляет собой недобросовестную конкуренцию;

...

XXIV. Использование сочетания отличительных знаков, функциональных или художественных элементов, которые позволяют идентифицировать те же или подобные товары или услуги в степени, вызывающей смешение с другими, защищенными настоящим Законом, и использование которых побуждает общественность предполагать наличие несуществующей связи со стороной, доказывающей право...

²⁹⁷ Согласно ряду разделов статьи 173 FIPPA, заявки, содержащие отличительные признаки, свидетельствующие об актах недобросовестной конкуренции, не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков.

относятся к отмененному Закону о промышленной собственности 1991 года. Однако в новом законодательном акте нет существенных изменений в части защиты от недобросовестной конкуренции. Были добавлены только новые положения о защите закрытой информации от актов недобросовестной конкуренции в соответствии с Соглашением ТРИПС. Таким образом, анализ прецедентов остается актуальным, несмотря на то, что в нем приводятся ссылки на положения отмененного закона.

В отличие от других правовых систем, где дела о недобросовестной конкуренции и интеллектуальной собственности в основном рассматриваются в обычном суде, в мексиканской правовой системе дела о правонарушениях и недобросовестной конкуренции рассматривает Мексиканский институт промышленной собственности (IMPI) – административный орган, который выдает патенты и регистрирует товарные знаки. Поскольку раньше IMPI не мог выносить решения о возмещении убытков, выигравшая дело сторона должна была подавать дополнительный иск в обычный суд. Для такого иска требовалось решение IMPI об административном нарушении или недобросовестной конкуренции. Новый закон помог решить эту проблему: его положения предоставляют IMPI право выносить решения о возмещении убытков и устанавливают, что для возбуждения иска в обычном суде решение не обязательно.

Еще до принятия этого закона, в случаях если иск о недобросовестной конкуренции был связан с нарушением условий договора, например, договора франшизы, такой иск зачастую подавался в обычный суд. Новый законодательный механизм оставляет за истцами право выбирать, в какой суд подавать иск – в IMPI или в обычный суд. Он обеспечивает согласованность положений о недобросовестной конкуренции с принципами генерального деликта.

Согласно статье 1910 Гражданского кодекса Мексики (ГК), «каждый, кто действует незаконно или вопреки честным обычаям и причиняет ущерб другому лицу, обязан его возместить....». Действие является незаконным, если оно противоречит какому-либо законодательному положению. Таким образом, любое действие, которое в соответствии со статьей 386 FIPPA квалифицируется как акт недобросовестной конкуренции, влечет за собой иск на основании статьи 1910 ГК. Независимо от этого положения о генеральном деликте, в области защиты от недобросовестной конкуренции нет никаких изменений, кроме тех, которые основаны на положениях, содержащихся в FIPPA, ПК, соглашении ТРИПС и отмененном Законе о промышленной собственности 1991 года. В заключение следует отметить, что изменения, основанные исключительно на принципах генерального деликта, отсутствуют.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

В странах региона понятие честной практики подразумевает отсутствие запрещенных действий.

Например, в мексиканской системе защита от недобросовестной конкуренции связана с обязательством воздерживаться от правонарушений и любых действий, указанных в статье 386 FIPPA. В деле по данному вопросу²⁹⁸, рассмотренном Верховным судом Мексики (ВСМ), суд должен был принять решение о конституционности статьи 213 Раздела I отмененного Закона о промышленной собственности 1991 года. Несмотря на то, что решение касалось предыдущего закона, оно по-прежнему актуально, поскольку статья 213 в Разделе I Закона 1991 года аналогична положению в статье 386 Раздела I FIPPA. Кроме того, эта формулировка в точности повторяет формулировку статьи 10bis(2) ПК.

²⁹⁸ Верховный суд Мексики, Вторая палата, Amparo en Revisión 2234/2009, 17 марта 2010 года. Опубликовано по адресу <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx> (по состоянию на 24 августа 2021 года).

Основной аргумент заключался в том, что данное правовое положение противоречит принципам законности и порядку одобрения и публикации стандартов, описанным в статьях 14 и 16 Конституции Мексики ввиду неточности формулировки: «действия, противоречащие надлежащей практике и обычаям в промышленности, торговле и сфере услуг...»²⁹⁹ В мексиканской правовой системе любой закон, устанавливающий, что какое-либо действие является незаконным или преступным, должен быть точным, то есть указывать одно конкретное действие. В противном случае он признается неконституционным.

Однако, несмотря на открытость формулировки, ВСМ отклонил этот аргумент, постановив, что согласно Разделу I, для квалификации деяния как недобросовестной конкуренции важно установить его связь с остальными элементами рассматриваемой правовой системы. Этот аргумент важен, поскольку он показывает, что данное правовое положение не автономно, а зависит от другого раздела того же предписывающего правового документа: «Его следует толковать не буквально и тем более не обособленно; его текст должен оцениваться системно и в соответствии с содержанием остальных разделов...»³⁰⁰ Согласно этой трактовке недобросовестной конкуренцией считается любое неправомерное действие или нарушение законодательной нормы. Речь идет не только о товарных знаках, но и о патентах, промышленных образцах и т.д.

В мексиканском законодательстве нет прецедента или законодательной нормы, которые помогали бы выявить, что считается честной практикой. Таким образом, действие может быть признано честной практикой в соответствии с подходом, принятым ВСМ, при котором действие не должно противоречить какому-либо законодательному положению. Данный подход основывается на определении в негативной форме: если какое-либо положение закона (обычно статьи 386 FIPPA) не было нарушено, значит конкуренция не считается недобросовестной.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

В правовой системе Гондураса статья 170 Закона о промышленной собственности устанавливает действия, относящиеся к недобросовестной конкуренции, следующим образом:

- 1) любые действия, ... противоречащие добросовестности, честному использованию и практике в торговых вопросах; 2) действия любого рода, способные вызвать смещение в отношении ... другого продавца; 3) использование или распространение ложных указаний, ... способных привести к ущербу или дискредитации учреждения, продукта, услуги или деятельности другого продавца; 4) использование или распространение указаний или утверждений, ... способных вызвать смещение в отношении ... 5) прямое или близкое к прямому использование продукта, выпущенного на рынок третьим лицом, с целью подделки, отслеживания, копирования или иного вида ненадлежащего тиражирования этого продукта с помощью любых технических средств и, таким образом, использования в мошеннических целях или для извлечения выгоды результатов работы этого третьего лица; 6) получение доступа к промышленной тайне и другой закрытой информации, использование или раскрытие такой тайны или информации без разрешения ее законного владельца...

В правовой системе Гондураса точно описывается, какие действия представляют собой акты недобросовестной конкуренции. В статье 425 Торгового кодекса Гондураса (ТКГ) также определяется, какие акты составляют недобросовестную конкуренцию. Эта норма регулирует действия, направленные на неправомерное привлечение клиентов. В частности, это подкуп сотрудников клиента, ложные указания о происхождении или

²⁹⁹ Там же, стр. 6.

³⁰⁰ См. Там же, стр. 16.

качестве продукции, поддельная продукция в упаковке, которая выглядит как оригинальная, и сообщение ложных причин для снижения цен, таких как ликвидация, банкротство и др.

В деле *Laboratorios Stein S.A. против Pfizer S.A.* Верховный суд Гондураса (ВСГ)³⁰¹ проанализировал взаимосвязь между положениями о недобросовестной конкуренции ТКГ и СПСГ. Он отменил решение, в котором гражданский апелляционный суд департамента Франсиско Моразан постановил, что в статье 425 ТКГ к числу актов недобросовестной конкуренции относятся те же действия, что и в статье 170 СПСГ. В результате апелляционный суд не стал учитывать акты недобросовестной конкуренции, установленные статьей 425 ТКГ. Однако постановление ВСГ наглядно продемонстрировало, что в обоих правовых документах определение недобросовестной конкуренции сформулировано по-разному, и обе формулировки применимы в любом конкретном случае.

В решении под архивным номером 50-3СМ-11-А Вторая гражданская палата апелляционного суда первой секции Сальвадора (ВГПА) рассматривала вопрос о том, относятся ли дела о недобросовестной конкуренции к сфере общественного или частного права. Вопрос был поднят в связи с арбитражным соглашением, принятым сторонами. В обычном судебном процессе ответчик утверждал, что суд не может рассматривать дело о недобросовестной конкуренции ввиду арбитражного соглашения между сторонами. Суд первой инстанции согласился с этим, и истец подал апелляцию. Основной аргумент в апелляции заключался в том, что иски о недобросовестной конкуренции находятся вне сферы действия арбитражных судов, поскольку это вопросы общественного права, связанные с антимонопольным регулированием³⁰². Апеллянт также утверждал, что доминирующее положение и препятствующие конкуренции действия другой стороны противоречат экономической свободе, что запрещается Антимонопольным законом Сальвадора. Таким образом, это дело выходит за рамки арбитражной процедуры частного характера и личных обязательств сторон.

Но ВГПА отклонила этот аргумент и подтвердила решение суда первой инстанции, заявив, что «...наша правовая система устанавливает, что акты недобросовестной конкуренции и практика, препятствующая конкуренции, – разные понятия и нельзя утверждать, ... что недобросовестная конкуренция представляет собой практику, препятствующую конкуренции»³⁰³. ВГПА пришла к выводу, что иски о недобросовестной конкуренции могут рассматриваться в арбитражных разбирательствах. Этот критерий был поддержан Верховным судом Сальвадора (ВСС) в деле 109-2016. В этом деле ВСС разграничил акты недобросовестной конкуренции и действия, запрещенные Антимонопольным законом Сальвадора, заключив, что акты недобросовестной конкуренции не выходят за рамки частной сферы и «поэтому не могут повлиять на порядок ведения экономической деятельности»³⁰⁴.

Помимо бессрочного общего запрета на совершение действий, противоречащих честному использованию и практике, статья 28 закона PEIRPRA Коста-Рики устанавливает, какие действия представляют собой акты недобросовестной конкуренции. Это действия, способные вызвать смешение в отношении характеристик продуктов или услуг, копирование товарного знака или любого охраняемого объекта ИС без разрешения его владельца с целью извлечения коммерческой выгоды из результатов деятельности и репутации других лиц, а также использование знака, регистрация которого запрещена CRTDA.

³⁰¹ Гражданское дело №СС-61-12 Верховного суда (Гондурас), 11 июня 2013 года.

³⁰² В соответствии со ст. 23 Закона Сальвадора о посредничестве, процедуре примирения и арбитраже, эти вопросы исключены из сферы компетенции арбитражных судов.

³⁰³ Решение 50-3СМ-11-А Второй палаты по гражданским делам апелляционного суда первой секции (Сальвадор) от 5 января 2012 года.

³⁰⁴ 109-2016, Верховный суд Сальвадора, 23 августа 2019 года, 14.

Кроме того, в статье 28 PEIRPRA дается ссылка на статью 17 PCEDA, в которой перечисляются следующие акты недобросовестной конкуренции:

а) создание смешения... в отношении... конкурентов; б) ложные утверждения,... дискредитирующие... конкурента. с) ...побуждение к предположениям о существовании призов или наград... на основе ложной информации или... создание... завышенных ожиданий...; д) незаконное использование, имитация, копирование, подмена или отчуждение товарных знаков, фирменных наименований, названий мест происхождения, рекламных фраз, надписей, упаковок, этикеток, емкостей или любых других средств идентификации, относящихся к товарам или услугам, принадлежащим третьим лицам...

Несмотря на конкретно указанные запрещенные действия, статья 17 PCEDA носит открытый характер, поскольку в ней запрещаются любые аналогичные акты недобросовестной конкуренции, которые снижают прозрачность рынка в ущерб потребителям и конкурентам.

Второй гражданский апелляционный суд Сан-Хосе рассмотрел статью 17 PCEDA в апелляции по делу о сравнительной рекламе³⁰⁵. Первоначально Национальная комиссия по защите прав потребителей³⁰⁶ сочла такую сравнительную рекламу неточной, неполной и обманчивой, поскольку в ней представляется искаженная информация с целью вызвать у потребителей смешение. Но Второй гражданский апелляционный суд частично изменил решение, постановив, что: «было бы неверно обобщать, заявляя, что любая неточность или ошибка в рекламе должна подвергаться цензуре...». Кроме того, суд постановил, что недобросовестная конкуренция имеет место только тогда, когда сравнительная реклама негативно влияет на конкурентов и вызывает смешение у потребителей. Тем не менее суд вернул дело в Комиссию по защите прав потребителей, обязав ответчика внести изменения в сравнительную рекламу, разместить новые рекламные объявления с учетом этих изменений, в будущем использовать в рекламе достоверную информацию и выплатить истцу вознаграждение за услуги адвоката.

Сравнивая нормативные положения мексиканского законодательства со статьей 10bis ПК, можно сказать, что в разделе II статьи 386 FIPPA применяется общая гарантия защиты, предоставляемая статьей 10bis(1) ПК, а в разделе III статьи 386 – статьи 10bis(1) ПК³⁰⁷. Однако конкретные пункты статьи 10bis(3) ПК не указаны ни в одном национальном законодательном положении, связанном с интеллектуальной собственностью. Но они закреплены в Федеральном законе о защите прав потребителей (FCPA)³⁰⁸. Административные дела рассматривает Федеральная прокуратура по защите прав потребителей. Кроме того, как и в случае любого нарушения законодательного положения, деликтный иск с целью защиты прав потребителей, основанный на статье 1910 ГК, может быть подан как в суд штата, так и в федеральный суд. Тем не менее такие дела о защите прав потребителей обычно рассматриваются с опорой на FCPA, а не на принципы, устанавливающие ответственность в связи с недобросовестной конкуренцией.

³⁰⁵ Второй гражданский апелляционный суд второй секции Сан-Хосе, архивное дело 12-000088-0183-CI, 6 сентября 2021 года. Далее приведена сравнительная реклама: «Вы используете отбеливатель? В большинстве этикеток на одежде указано, что так делать нельзя. Хлор повреждает волокна тканей, из-за чего краски теряют яркость, а цветная одежда может прийти в негодность. Вместо этого начните использовать V. Нанесите его на пятно или добавьте к стиральному порошку. Вы увидите, что V. эффективно справляется с пятнами, не влияя на цвет ткани – ведь V. не содержит хлора...». Там же, стр. 3. Товарный знак истца – Slofox. Слово «отбеливатель» переводится на испанский язык как cloro. Таким образом, слова Slofox и cloro в сравнительной рекламе почти идентичны. Суд не обсуждал различительную способность товарного знака.

³⁰⁶ Национальный комитет по правам потребителей.

³⁰⁷ См. примечание 6.

³⁰⁸ Федеральный закон о защите прав потребителей. Раздел VII статьи 1 и статья 32.

Для получения защиты от недобросовестной конкуренции не должны выполняться специальные требования. Применяются такие же меры, как и в случае с любым другим правонарушением, а материально-правовые средства защиты распространяются не только на товарные знаки, но и на патенты и другие охраняемые активы ИС. Необходимость доказательства наличия конкурентных отношений неочевидна, однако суд потребовал его в рассматриваемом далее деле.

Это дело о нарушении патентных прав в результате несанкционированного импорта защищенного объекта³⁰⁹. Федеральный округ принял аргумент ответчика, постановив, что доказательств недобросовестной конкуренции представлено не было. В частности, суд отметил, что не было представлено доказательств конкурентных отношений между истцом и ответчиком. Этот вопрос возник ввиду того, что, как утверждал истец, он не импортировал охраняемое вещество в целях извлечения выгоды. Согласно постановлению Федерального суда, для признания недобросовестной конкуренции необходимо доказать, что стороны являются конкурентами.

Тем не менее в данном вопросе это постановление не должно быть решающим. Нижеописанные дела позволяют получить более полное понимание содержательных и процессуальных аспектов защиты от недобросовестной конкуренции в мексиканской правовой системе. Ряд дел демонстрируют, что признание конкурентных отношений в делах о недобросовестной конкуренции не играет решающей роли.

Дело по обеспечению иска 406/2011 касалось недобросовестной конкуренции и договоров франчайзинга³¹⁰. Суд привлек к ответственности акционера компании-франшизополучателя за нарушение договора франчайзинга путем создания компании с целью уклонения от обязательств по договору. Речь шла о мексиканской сети кофеен, работающей по франшизе. После прекращения действия франшизы ответчик продолжил вести деятельность на площадях, использовавшихся для работы по франшизе, под зарегистрированным им другим брендом. В соответствии с решением суда по обычному иску ответчик обязан был соблюдать условие о конфиденциальности и выполнять обязательства воздержаться от использования товарного знака. Кроме того, ответчика обязали возместить ущерб, причиненный в результате разглашения коммерческой тайны и нарушения прав товарного знака. Представитель третьей стороны был вызван в суд. Суд постановил «поднять завесу корпоративной тайны» в отношении акционеров бывшего франшизополучателя. Решение затронуло компанию-ответчика и ее акционеров, которые создали компанию как отдельное юридическое лицо, нарушая обязательства по договору.

Ответчик утверждал, что истец не представил доказательств недобросовестной конкуренции. Ответчик стремился доказать, что продажа в новом заведении таких продуктов, как пицца, молочные коктейли, сэндвичи и салаты, не считается недобросовестной конкуренцией, поскольку продукты не запрещены законодательством и находятся в сфере общественного достояния. Но Федеральный выездной окружной суд отклонил этот аргумент и постановил, что понятие недобросовестной конкуренции вытекает из франчайзинговых соглашений. Тем самым суд признал, что конкретные обязательства по договору между сторонами подразумевают наличие правил добросовестной конкуренции.

³⁰⁹ Восьмой дополнительный выездной окружной суд третьего региона, дело по обеспечению иска 653/2015, 21 января 2016 года. Опубликовано по адресу <http://www.cjf.gob.mx> (31 августа 2021 года).

³¹⁰ Третий федеральный гражданский выездной окружной суд первого округа, решение об обеспечении иска 406/2011, 17 ноября 2011 года.

Еще одно наглядное доказательство было представлено в деле (решение об обеспечении иска 289/2016), которое касалось импорта, промышленных образцов и недобросовестной конкуренции³¹¹. В этом деле рассматривался раздел I статьи 213 отмененного Закона о промышленной собственности³¹² в связи с ввозом на территорию страны пультов дистанционного управления, в связи с которым утверждалось, что были нарушены принадлежащие истцу права на промышленный образец. Суд сослался на статьи 25 и 36 отмененного Закона о промышленной собственности³¹³. Статья 25 устанавливала исключительные права для владельцев патентов, в частности на производство, использование, продажу, предложение к продаже и импорт защищенных продуктов. Статья 36, в частности, устанавливала, что исключительные права, предусмотренные статьей 25, распространяются на промышленные образцы. Суд постановил, что импорт является одним из исключительных прав в отношении промышленных образцов. Следовательно, было установлено, что имело место нарушение Раздела I статьи 213 отмененного Закона о промышленной собственности.

Дело по обеспечению иска 218/2017 касалось недобросовестной конкуренции, связанной со сравнительной рекламой и трехмерными товарными знаками³¹⁴. Выездной окружной суд установил, что упаковка, использованная в сравнительной рекламе, не была схожа ни с одним товарным знаком, зарегистрированным истцом. Упаковка имела ряд отличий: например, в ней были использованы другие цвета; однако с первого взгляда можно было сделать вывод, что реклама имела цель вызвать ассоциацию с продуктом истца. Тем не менее выездной окружной суд пришел к следующему выводу: «Можно с уверенностью утверждать, что в данном случае неправомерные действия [в связи с недобросовестной конкуренцией], упомянутые в разделах I и X статьи 213 Закона об охране промышленной собственности, совершены не были»³¹⁵. В связи с таким подходом иск о недобросовестной конкуренции по разделу I не был признан независимым от иска о нарушении прав на товарный знак.

Дело по обеспечению иска 152/2016 касалось актов недобросовестной конкуренции, связанных с непатентованными лекарственными средствами и сравнительной рекламой³¹⁶. Суд рассматривал дело о нарушении, возбужденное на основании разделов I и X статьи 213 отмененного Закона о промышленной собственности³¹⁷, по иску фармацевтической компании, поставляющей на рынок непатентованные лекарственные средства. В сравнительной рекламе использовались следующие зарегистрированные рекламные слоганы: «Схожие препараты», «тот же продукт, но дешевле» и «экономия до 75%»³¹⁸.

Окружной суд вынес решение в пользу истца, постановив, что в сравнительной рекламе была сделана ссылка на конкретные товарные знаки истца. В решении были приведены изображения сравнительной рекламы, в которой было допущено нарушение, включая товарные знаки нескольких международных фармацевтических компаний и товарный знак истца. Согласно решению окружного суда, было подтверждено намерение

³¹¹ Первый выездной окружной административный суд Первого округа, решение об обеспечении иска 289/2016, 7 июля 2016 года.

³¹² Аналогичное положение: раздел I статьи 386 FIPPA.

³¹³ Аналогичные FIPPA положения – статьи 55, 81, 82.

³¹⁴ Десятый административный выездной окружной суд первого округа, решение об обеспечении иска 218/2017, 22 марта 2018 года.

³¹⁵ Там же, стр. 42.

³¹⁶ Второй дополнительный окружной суд одиннадцатого региона, Решение об обеспечении иска 152/2016, 11 августа 2016 года.

³¹⁷ Аналогичные положения: разделы I и III статьи 386 FIPPA.

³¹⁸ Там же: статьи 26–27. Рекламные слоганы – особый вид товарных знаков, которые, согласно статье 205 Закона о промышленной собственности, регулируются теми же правовыми положениями и принципами, что и стандартные товарные знаки. Рекламным слоганам также предоставлялась защита на основании статьи 200 отмененного Закона о промышленной собственности.

ответчика дискредитировать продукцию истца посредством сравнения, которое суд счел необъективным, поскольку ответчик заявил, что его продукт дешевле, не уточнив его свойств. В частности, ответчик не указал в рекламе, что его продукция – непатентованные лекарственные средства, которые можно использовать как замену и они не аналогичны оригинальному товару владельца бренда: «Поэтому они отличаются от оригинальных инновационных лекарственных препаратов... таким образом, реклама распространяет информацию о том, что предлагаемая продукция – более дешевый аналог; это вводящее в заблуждение, предвзятое и преувеличенное заявление»³¹⁹.

В другом деле товарному знаку была предоставлена защита от недобросовестной конкуренции еще до регистрации³²⁰. Дело было возбуждено в связи с договором франшизы, который был заключен до подачи заявки на регистрацию товарного знака. Ответчик заявил, что на момент подписания договора франшизы товарный знак не был зарегистрирован. Он был зарегистрирован позже. Ответчик утверждал, что он третье лицо, которое добросовестно использовало товарный знак до регистрации. Но выездной окружной суд квалифицировал действие как недобросовестное, поскольку, независимо от даты регистрации товарного знака, ответчик продолжил его использование после прекращения действия договора франшизы.

В деле 443/2015 суд отклонил обвинение в нарушении прав на товарный знак³²¹. Но суд признал ответчика виновным в совершении акта недобросовестной конкуренции на основании отмененного Закона о промышленной собственности (Статья 213, Раздел I), поскольку на выданных ответчиком торговых купонах использовался товарный знак истца. Примечательно, что суд вынес решение по иску о недобросовестной конкуренции на основании Раздела I независимо от остальных разделов Статьи 213. Как указывалось ранее, трудно согласовать этот подход и подход, примененный ВСМ в апелляционном деле 2234/2009, рассмотренном выше.

В деле об обеспечении иска 413/2013 выездной окружной суд заявил о необходимости продемонстрировать наличие конкурентных отношений³²². Дело касалось переводчицы Сусаны Сабалеты, которую суд низшей инстанции привлек к ответственности за нарушение прав на товарный знак и недобросовестную конкуренцию. Она поставила спектакль под названием «Twisted kinky», которое было сходно с товарным знаком истца – «Kinki». Окружной суд отменил решение и вернул дело на повторное рассмотрение для изучения аргументов ответчицы, заявлявшей, что произведение является драматическим спектаклем, а не мюзиклом: «Учитывая свойства постановки ответчицы... и мнения экспертов о том, что такое драматический спектакль, становится очевидным, что ее постановка носит именно такой характер... а не является мюзиклом, как было ошибочно решено...»³²³. Но такой подход к разграничению мюзиклов и драматических спектаклей нецелесообразен, поскольку и то, и другое считается представлением. Если бы такое толкование играло решающую роль в определении конкурентных отношений, было бы сложно доказать наличие конкурентных отношений между сторонами.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

³¹⁹ Там же, стр. 39.

³²⁰ Шестнадцатый выездной окружной суд по административным делам для первого округа, решение об обеспечении иска 388/2016, 6 октября 2016 года.

³²¹ Восьмой дополнительный выездной окружной суд третьего региона, дело об обеспечении иска 154/2015, 26 июня 2015 года, статья 26.

³²² Пятнадцатый административный выездной окружной суд для первого округа, дело об обеспечении иска 413/2013, 20 июня 2013 года.

³²³ Там же, стр. 33.

В законодательных актах и судебной практике региона понятие недобросовестной конкуренции зачастую используется в областях, не связанных со значением статьи 10bis ПК. В качестве примера можно привести дело в Коста-Рике, возбужденное в связи со спором между таксистами, работающими традиционными методами, и таксистами, использующими электронные платформы, в котором упоминался термин «недобросовестная конкуренция»³²⁴. Но это дело не было связано с правами интеллектуальной собственности или смешением в отношении потребителей.

Другие средства защиты от недобросовестного конкурентного поведения в Мексике связаны с внешним видом товара и охраной коммерческой тайны или закрытой информации. В ряде дел была установлена необходимость защиты внешнего вида товара на основании положений о недобросовестной конкуренции. По апелляционному делу об обеспечении иска 5287/2014 ВСМ постановил, что статьей 10bis ПК предусматривается защита внешнего вида товара. Суд постановил, что в понятие «фирменный стиль» входят визуальные характеристики и отличительные признаки продукта должны быть тщательно классифицированы в силу их оригинальности и связи с извлечением выгоды из продажи этого товара....»³²⁵.

Подход ВСМ использовался при рассмотрении подобных дел в ряде судов низшей инстанции. В деле об обеспечении иска 642/2014 выездной окружной суд признал, что иски о защите внешнего вида товара могут подаваться даже против компании с регистрацией товарного знака. Вопрос заключался в необходимости аннулирования зарегистрированного товарного знака ответчика; был приведен убедительный аргумент, что он не может нарушать права на товарный знак, действуя под защитой зарегистрированного товарного знака. Однако суд вынес отрицательное решение, поскольку предметом иска была недобросовестная конкуренция. Затем суд сравнил схожие черты товаров сторон и пришел к заключению, что «оба продукта продаются в 200-граммовой упаковке, поэтому создается явное впечатление схожести по визуальным признакам....»³²⁶. Эти дела примечательны, поскольку отмененный Закон не содержал положений, касающихся внешнего вида товара или дающих определение этому понятию.

Разделы XIV и XV статьи 386 FIPPA предусматривают защиту коммерческой тайны от недобросовестной конкуренции. Раздел XIV устанавливает в качестве основания для иска неправомерное завладение коммерческой тайной для получения конкурентного преимущества или при совершении актов недобросовестной конкуренции. Основание для иска, установленное разделом XV, относится к предложению, продаже, импорту или экспорту продуктов и к оказанию услуг с использованием коммерческой тайны. Чтобы выиграть дело по данному иску на основании раздела XV, истец должен был доказать, что нарушитель знал или должен был знать, что информация была использована без согласия или «способом, противоречащим надлежащей практике и обычаям в промышленности, торговле и сфере услуг, что представляет собой недобросовестную конкуренцию»³²⁷. Как и в остальных положениях закона, в этом положении отсутствовало определение или перечисление актов добросовестной практики и недобросовестной конкуренции. Поэтому в каждом конкретном случае должны быть

³²⁴ Верховный суд Коста-Рики, Конституционная палата, архивное дело 21-018063-0007-CO, 14 сентября 2021 года. В этом деле апеллант, владелец концессии такси, утверждал, что государство Коста-Рика не приняло мер для пресечения актов недобросовестной конкуренции, заключающихся в нелегальном использовании водителями таких приложений, как UBER и NOVA, которое нанесло ему значительный экономический ущерб. Ущерб усугубило то, что он заразился COVID-19 и испытывал повышенную тревожность. Верховный суд отклонил апелляцию, постановив, что дело не касается выяснения правового статуса таких платформ.

³²⁵ Верховный суд Мексики, Вторая палата, дело об обеспечении иска 5287/2014, статьи 30 и 33.

³²⁶ См., например: семнадцатый административный выездной суд Первого округа, дело по обеспечению иска 642/2014, 3 сентября 2015 года.

³²⁷ Раздел XV статьи 386 FIPPA.

представлены аргументы. Тем не менее в судебной практике по этому вопросу не было изменений.

F. АНДСКОЕ СООБЩЕСТВО*

1. Законодательная база

Общие понятия свободной торговли и недобросовестной конкуренции регулируются решениями Андского сообщества, а в национальном законодательстве закреплены более узкие нормы.

Решение 608 Андского сообщества призвано содействовать развитию и защите свободной конкуренции в регионе³²⁸. Область применения Решения распространяется только на практику, которая сложилась и оказывает влияние в странах Андского сообщества. Местные сделки внутри страны должны соответствовать внутреннему законодательству. Возник вопрос, можно ли проводить расследование в отношении одной стороны по одному и тому же делу дважды. В этой связи Андский суд в досудебном разъяснении 484-IP-2018 обозначил область применения транснациональных законов Андского сообщества, указав, что нарушители могут совершать действия, имеющие последствия в Андском регионе, с целью уклониться от расследования, которые проводят местные органы власти. Андский суд пришел к выводу, что местные власти могут решать, что расследования должны касаться только практики, не имеющей трансграничного влияния. Но в расследованиях на национальном уровне полномочия органов власти Андского сообщества по расследованию трансграничных сделок не ограничиваются. В заключение Андский суд рекомендовал предпринимателям воздержаться от совершения действий, препятствующих конкуренции, во избежания мер со стороны не только местных уполномоченных органов, но и органов власти Андского сообщества.

В решении 486 Андского сообщества³²⁹ закреплены общие положения о промышленной собственности, а ведомствам интеллектуальной собственности разрешается отклонять заявку на товарный знак, если установлено, что она была подана с целью совершения акта недобросовестной конкуренции или участия в нем.

Андский суд выделил два аспекта борьбы с недобросовестной конкуренцией: «во-первых, это необходимость защиты интересов владельцев других предприятий, которые могут пострадать от актов недобросовестной конкуренции; во-вторых, необходимость эффективной защиты от недобросовестной практики (например, лживой рекламы) потребителей или адресатов оферты»³³⁰. Суд разработал трехступенчатую проверку для выявления актов недобросовестной практики:

- действие должно быть совершено в рамках конкурентных отношений; сторона, допустившая нарушение, и пострадавшая сторона должны быть конкурентами в одной и той же или в схожих областях коммерческой деятельности;
- акт или деятельность должны быть некорректными;
- в результате действия должна возникать вероятность ущерба конкуренту.

* Г-н Родриго В. Бермео-Андрате, поверенный по вопросам интеллектуальной собственности и руководитель латиноамериканского бюро «Вертео & Вертео», Кито, Эквадор.

³²⁸ Решение 608 Андского сообщества от 29 марта 2005 года о постановлениях о защите и поощрении свободной торговли в Андском сообществе.

³²⁹ Решение 486 Андского сообщества от 14 сентября 2000 года об общих положениях о промышленной собственности.

³³⁰ Досудебное толкование, процесс 217-IP-2015, 24 августа 2015 года.

Суд пришел к выводу, что действие квалифицируется как недобросовестное, если его цель или последствия могут нанести конкуренту ущерб.

В 1996 году в Колумбии был принят Закон о недобросовестной конкуренции; это первая страна в регионе, где был принят местный закон для регулирования практики, которая может причинить рынку ущерб³³¹. В 2008 году в Перу был принят Указ 1044 о недобросовестной конкуренции³³². Последним из принятых в последнее время законодательных актов стал Конституционный закон Эквадора о регулировании и контроле рынка³³³, вступивший в силу в 2011 году. Боливия пока не имеет общей внутренней правовой базы. Защита от недобросовестной конкуренции дополняет общие концепции Конституции и ряд специальных законов.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

Нормативные акты Андского сообщества применяются к сделкам, происходящим в одной или в нескольких странах. В решении 608 Андского сообщества относит действия, препятствующие конкуренции, к числу актов, ограничивающих свободную торговлю и представляющих собой злоупотребление доминирующим положением. Кроме того, в решении 486 Андского сообщества затрагивается недобросовестная практика, связанная с интеллектуальной собственностью.

Согласно статье 4 решения 608 Андского сообщества, запрещены и признаются наказуемыми действия, способные негативно повлиять на свободу торговли или представляющие собой злоупотребление рыночным влиянием, но только если они были совершены субъектами экономических отношений. Генеральный секретариат Андского сообщества может в ходе расследования распорядиться о немедленном прекращении негативно влияющих действий, и, при необходимости, о применении корректирующих мер или наказания.

Что касается местных сделок, то Колумбия и Эквадор используют аналогичную классификацию недобросовестных практик, в которой незаконные действия определяются и регулируются местными законами.

Во внутренних законах Эквадора, Колумбии и Перу получение значительного конкурентного преимущества за счет нарушения какой-либо правовой нормы считается неправомерным. Такие конкурентные преимущества могут быть получены, в частности, в результате злоупотребления судебными или административными процедурами, несоблюдения правовых норм, нарушения экологических, рекламных, налоговых, трудовых, социальных, потребительских или других предписаний.

В Колумбии запрещаются действия «нарушающие принципы справедливой торговли, добросовестности и честной практики в промышленных и торговых делах»³³⁴.

В Перу действия конкурентов подпадают под определение недобросовестной коммерческой практики, если они нарушают принципы правдивости, лояльности, законности, подлинности и социальной адекватности. Что касается рекламной деятельности, то в статье 17 Закона Перу о недобросовестной конкуренции предусматривается санкции за распространение рекламы и перечисляются незаконные действия. Это, в частности: а) непредупреждение потребителя о рисках, связанных с

³³¹ Колумбия, Закон 256 «О режиме компетенции» (Закон о недобросовестной конкуренции от 1996 года

³³² Перу, Законодательный указ 1044, (Ley de Represión de la Competencia Desleal) от 26 июня 2008 года

³³³ Эквадор, Конституционный закон о регулировании и контроле рынка, 2011 год

³³⁴ Статья 7 Закона 256 (Закон о недобросовестной конкуренции) от 1996 года

использованием или потреблением продукции; b) умалчивание о цене товара или услуги без учета применимых налогов и сборов; c) отсутствие в рекламе акций и распродаж сведений об их продолжительности, минимальном количестве единиц предлагаемого товара и т.д.

В Торговом кодексе Боливии акты недобросовестной конкуренции регулируются Главой V³³⁵. Недобросовестной конкуренцией считаются действия, противоречащие закону и честным обычаям в торговле, нарушающие права интеллектуальной собственности и дискредитирующие продукцию или услуги конкурента. В статье 66 Торгового кодекса Боливии указано, что эти действия наказуемы в соответствии с Уголовным кодексом. Вторая глава Уголовного кодекса устанавливает ответственность за преступления, наносящие ущерб промышленности и торговле, включая мошенничество, обманные действия и переманивание клиентов.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

В статье 259 Решения 486 Андского сообщества выделяются следующие виды недобросовестной конкурентной практики: а) любые действия, способные ввести в заблуждение относительно места регистрации, продукции или деятельности конкурента; б) ложные утверждения, способные дискредитировать место регистрации, продукцию или деятельность конкурента; в) указания или утверждения, которые могут ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, качества или количества продукта.

3.1 Смешение и имитация

В решении по делу 217-IP-2015³³⁶ Андский суд проводит различие между актами смешения в рамках защиты интеллектуальной собственности и актами смешения, квалифицируемыми как недобросовестная практика. Смешение товарных знаков или продуктов само по себе не является основанием для возбуждения дела о недобросовестной конкуренции, поскольку такие акты смешения регулируются другими, более узкими законодательными актами об интеллектуальной собственности. Актом недобросовестной конкуренции считается ситуация, когда потребителя склоняют к покупке, лишая его возможности сделать выбор в соответствии с его потребностями и желаниями из-за того, что он введен в заблуждение в отношении учреждения, продукции или экономической деятельности конкурента.

В деле 43-IP-2018³³⁷ Андский суд постановил, что недобросовестная практика имеет место, когда предприниматель, совершивший нарушение, привлекает клиентов без каких-либо усилий, например, имитируя упаковку конкурента для экономии затрат на разработку оформления или с целью ввести потребителя в заблуждение и тем самым переманить клиентов.

В статье 10 Закона о недобросовестной конкуренции Колумбии воспроизводится содержание статьи 10bis(3), №1 ПК, которая запрещает «любые действия, способные создать смешение в отношении учреждения, товаров, промышленной или торговой деятельности конкурента». В статье 14 того же закона запрещается имитация продукции/услуг третьей стороны в случаях, когда это создает смешение в отношении места регистрации предприятия или влечет за собой нечестное использование репутации других лиц. Систематическая имитация предпринимательских инициатив

³³⁵ Статья 66 Указа 14379 от 25 февраля 1977 года (Торговый кодекс Боливии).

³³⁶ TJCA, 24 августа 2015 года, Досудебное толкование, процесс 217-IP-2015.

³³⁷ TJCA, 8 ноября 2018 года, досудебное толкование, процесс 43-IP-2018.

также считается недобросовестной практикой, если ее цель состоит в том, чтобы предотвратить или затруднить развитие конкурента на рынке. Управление промышленности и торговли Колумбии (SIC) заявило, что компания Alpina S.A. совершила недобросовестные действия в отношении Danone³³⁸, i) зарегистрировав в Колумбии ряд знаков, схожих с используемыми компанией Danone во всем мире, ii) рекламируя продукцию на телевидении с использованием коммерческих элементов и идей, созданных Danone, и iii) характеризуя продукцию с помощью торговых инициатив, которые были результатом работы Danone, а не Alpina. SIC пришло к выводу, что систематическая имитация препятствовала конкурентной деятельности Danone в Колумбии.

Согласно статье 27(1) Антимонопольного закона Эквадора, недобросовестной считается любая практика, которая может создать смешение с деятельностью, свойствами, продукцией или учреждениями третьей стороны. Недобросовестным актом считается использование или имитация товарных знаков, этикеток, упаковок или любых отличительных знаков третьей стороны. Постоянная, систематическая имитация или подражание предпринимательским инициативам также относятся к недобросовестным действиям³³⁹.

Статья 9 Кодекса о недобросовестной конкуренции Перу определяет акты смешения как действия, которые могут ввести других в заблуждение относительно исходного продукта путем неправильного указания места регистрации предприятия или подражания особенностям продукции.

3.2 *Акты сравнения*

Как в статье 27(5) Антимонопольного закона Эквадора, так и в статье 13 Закона о недобросовестной конкуренции Колумбии недобросовестным актом считается сравнение деятельности, коммерческих услуг, продуктов, учреждений, если при этом используются неверные или ложные утверждения или упускается достоверная информация.

В статье 12 Закона о недобросовестной конкуренции Перу проводится различие между актами сравнения и утверждениями об эквивалентности. При совершении акта сравнения речь идет о преимуществах товара перед конкурентами. Утверждения об эквивалентности – это представление характеристик предлагаемого предприятием товара, перечисленных в предложении третьей стороны. В Перу разрешаются сравнения и утверждения об эквивалентности, если они основаны на правдивой, точной и актуальной информации и не носят дискриминационного характера.

В Колумбии сравнение деятельности или преимуществ различных предприятий считается недобросовестным действием, если используются ложные или неверные утверждения или если опускается соответствующая действительности информация (статья 13 Закона о недобросовестной конкуренции).

При этом статья 27(5) Антимонопольного закона Эквадора не допускает никаких актов сравнения. В ней не проводится различий между истинными и ложными утверждениями.

Наконец по вопросу об использовании товарных знаков третьими лицами в Андском сообществе, в решении 486 Андского сообщества говорится, что акты сравнения не относятся к сфере охраны товарных знаков. Таким образом, согласно законодательству Андского сообщества товарные знаки третьих лиц могут использоваться в

³³⁸ Управление промышленности и торговли Колумбии (SIC), 24 августа 2015 года, дело 1228-2015.

³³⁹ В статье 27.3 Закона Эквадора акт имитации признается нарушением права ИС и подражанием предпринимательским инициативам (если он вызывает смешение в отношении места регистрации предприятия или влечет за собой нечестное использование репутации других лиц).

сравнительной рекламе, но с соблюдением местных законов. Следовательно, сравнение может быть признано недобросовестным в соответствии с применимыми национальными нормами.

3.3 Порочащие или дискредитирующие действия

В законах Колумбии напрямую повторяется содержание статьи 10bis(3), №2, ПК, описывающей дискредитирующие действия, в то время как в Перу и Эквадоре такое поведение квалифицируется как порочащие действия.

В соответствии со статьей 10bis(3), №2 ПК, в Колумбии запрещены «ложные утверждения в ходе торговли, дискредитирующие предприятие, товары и промышленную или коммерческую деятельность конкурента».

В статье 12 Закона Колумбии о недобросовестной конкуренции более детально описывается концепция этой практики и утверждается, что она считается недобросовестной, если цель или последствия распространения неверных или ложных утверждений или опущения истинной информации могут дискредитировать деятельность, преимущества, предприятия или торговые отношения конкурента, в случае если эти утверждения не соответствуют действительности, неточны и неуместны.

Управление промышленности и торговли Колумбии (SIC) признало бывшего дистрибьютора Duna Enterprises S.L. виновным в дискредитации продукции GA.MA Italy путем публикации неточной и неуместной информации³⁴⁰. Ответчик выпустил и опубликовал заявление, в котором утверждалось, что владелец товарных знаков обманывал потребителей, поскольку местом происхождения товара была не Италия – он импортировался из Китая, Уругвая или Аргентины. В нем также утверждалось, что потребители могут потребовать обменять товар на оригинальную продукцию итальянского производителя или направить запрос на возврат средств и возмещение причиненного ущерба. SIC проанализировало, что, хотя впоследствии на владельца были наложены санкции, на момент заявления это было лишь необоснованное заявление ответчика; санкции были наложены в связи с неточным указанием места происхождения продукции. Таким образом, утверждения i) были неточными, ii) были неуместными для рынка, поскольку не позволяли потребителям сформировать свои предпочтения и принять решение на основе выбора наиболее достойного конкурента; iii) преследовали цель дискредитации компании в глазах ее клиентов.

Статья 27(4) Антимонопольного закона Эквадора содержит определение, аналогичное принятому в Колумбии. Как уже указывалось, в этом определении данный вид недобросовестной практики относится к числу порочащих действий. Но это строгое определение, поскольку оно не допускает противоположных свидетельств, когда обвинения могут носить дискриминационный характер в отношении национальности, религиозных убеждений, близких отношений, частной или личной жизни ответчика. Та же норма применяется, когда дискредитирующие утверждения составлены в таком тоне, что конкурент на рынке высмеивается.

В Перу дискредитирующие или порочащие действия определяются аналогичным образом. Однако в законе указывается, какие действия разрешены. Статьей 11 Закона Перу о недобросовестной конкуренции разрешаются такие действия в случаях, когда утверждения истинны, объективны, могут быть проверены и соответствуют действительности; когда информация точна, ясна и уместна, когда представлены конкретные недвусмысленные факты, относящиеся к конкуренту или его продукции;

³⁴⁰ Управление промышленности и торговли Колумбии (SIC), 30 августа 2012 года, решение 48512012.

когда при заявлении не используются сатира, ирония или сарказм; и когда не допускается дискриминация по признакам национальности, убеждений, близких отношений или любых сугубо личных обстоятельств, которые не относятся к экономической эффективности.

3.4 Ложные утверждения

В Колумбии, Эквадоре и Перу регулируются случаи ложных утверждений и обманчивых действий.

При этом в закон Колумбии буквально переносится содержание статьи 10bis(3), №3 ПК, запрещающей «указания или утверждения, которые в ходе торговли могут ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров» Если используются неверные или ложные утверждения, упускаются истинные факты или совершаются любые другие действия, которые могут ввести общественность в заблуждение, высказывается предположение о том, что был совершен акт недобросовестной практики (статья 11 Закона Колумбии о недобросовестной конкуренции).

В Эквадоре и Перу обманные действия определяются как любое поведение, целью или результатом которого может быть введение общественности в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению, качества, количества, цены, условий продажи, географического происхождения и любых преимуществ или особенностей продукта, предприятия или сделки³⁴¹. В Эквадоре и Перу рекламодатель обязан проверить истинность всех заявлений и ознакомиться с имеющимися доказательствами, прежде чем делать утверждения³⁴². В Перу ложные свидетельства также подпадают под понятие обманных действий³⁴³. Такие действия в Перу считаются противоречащими принципу подлинности³⁴⁴.

Национальный институт защиты конкуренции и защиты интеллектуальной собственности (INDECOPI) в Перу разъяснил применение принципа подлинности при решении вопроса о том, соответствует ли действительности фраза «не содержит трансжиров», использованная в рекламе продукта, содержащего минимальное количество трансжиров. Согласно статье 8.3 Закона Перу о недобросовестной конкуренции, рекламодатель обязан проверить истинность всех утверждений и располагать доказательствами, *прежде* чем использовать эту фразу. Согласно имеющейся информации, количество трансжиров, содержащихся в продукте, было ниже международных стандартов FDA и Codex Alimentarius. Но результаты лабораторных исследований были получены после того как фраза была использована в рекламе, что не соответствовало требованию статьи 8.3. Несмотря на наличие нарушения, связанного с отсутствием доказательств, Трибунал по вопросам конкуренции отменил санкции и вынес предупреждение, решив, что дополнительные результаты лабораторных исследований подтвердили истинность утверждения без ущерба для потребителей или рынка³⁴⁵.

Комиссия по защите свободной конкуренции INDECOPI приняла решение³⁴⁶ по принципу правомерности об установлении недобросовестной практики, применив Закон

³⁴¹ Статья 27.2 Антимонопольного закона Эквадора, статья 8 Закона Перу о недобросовестной конкуренции.

³⁴² Статья 8.3 Закона Перу о недобросовестной конкуренции.

³⁴³ Статья 8 Закона Перу о недобросовестной конкуренции.

³⁴⁴ Статья 16 Закона Перу о недобросовестной конкуренции.

³⁴⁵ Перу, INDECOPI, 24 апреля 2018 года, решение №091-2015/SDC-INDECOPI.

³⁴⁶ Решение №108-2021/CCD-INDECOPI, 1 июня 2021 года.

№30021³⁴⁷ «О содействии здоровому питанию детей и подростков» и Положений Закона³⁴⁸.

Согласно статье 17 Закона Перу о недобросовестной конкуренции, следующие действия расцениваются как акты недобросовестной конкуренции, противоречащие принципу правомерности: распространение рекламных сообщений, не соответствующих установленным правилам рекламы (статья 17.1); нарушение любого положения, регулирующего осуществление рекламной деятельности, связанного с ее содержанием, распространением или доведением до всеобщего сведения (статья 17.2).

По решению Технического секретаря Комиссии по защите свободной конкуренции INDECOPИ в Перу были применены санкции против одной из сторон, которая не включила в описание желатиновой продукции предупреждение, предусмотренное Законом о содействии здоровому питанию³⁴⁹, которое необходимо, когда в продуктах питания или безалкогольных напитках превышены нормы содержания натрия, сахара, насыщенных жиров и трансжиров.

В продукте было превышено допустимое количество натрия, но Комиссия по защите свободной конкуренции проанализировала все профильные правовые нормы. Поскольку продукт (желатин) для употребления должен быть смешан с водой, из применимых правил и толкований следует, что анализировать необходимо готовый продукт. Следовательно правонарушения не было, и санкция была отменена, поскольку не было нарушения законов.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

4.1 Недобросовестное использование с уклонением от оплаты

Что касается защиты от неправомерного присвоения, то Андский суд дал определение недобросовестному действию, заключающемуся в использовании репутации других субъектов экономической деятельности, в документе 67-IP-2015³⁵⁰. Он подтвердил предыдущее определение и отметил, что «позиционирование бизнеса – это серьезная логистическая задача. Позволяя конкуренту использовать преимущества своего положения на рынке, предприниматель систематически подрывает свою репутацию. Злоупотребление репутацией других субъектов экономической деятельности должно быть наказуемо, поскольку оно ухудшает положение компаний на рынке»³⁵¹.

В законодательных системах Колумбии и Перу получение выгоды за счет репутации третьей стороны квалифицируется как недобросовестная практика. Статья 15 Закона о недобросовестной конкуренции Колумбии содержит положение о том, что использование положительной репутации или приобретенных преимуществ третьей стороны в личных интересах составляет недобросовестную практику. В частности, речь о таких действиях, как несанкционированное использование любого товарного знака,

³⁴⁷ Перу, Закон №30021 Закон о популяризации здорового питания среди детей и подростков от 2013 года.

³⁴⁸ Перу, Верховный указ №017 2017 SA – Постановления к Закону №30021 о популяризации здорового питанию детей и подростков"), 2017 год.

³⁴⁹Статья 10, Закон о популяризации здорового питания. - Предупреждения в рекламе. «В рекламе продуктов питания и безалкогольных напитков, содержащих трансжиры, большое количество сахара или насыщенных жиров, необходимо размещать следующую маркировку в четкой, разборчивой, заметной и понятной форме: «Высокое содержание (натрия, сахара, насыщенных жиров): воздержитесь от чрезмерного потребления». «Содержит транс-жиры: воздержитесь от потребления» Это предупреждение относится к пищевым продуктам и безалкогольным напиткам, при изготовлении которых превышены технические параметры, установленные в нормативных документах».

³⁵⁰TJCA, 13 августа 2015 года, досудебное толкование, процесс 67-IP-2015.

³⁵¹TJCA, 24 августа 2013 года, досудебное толкование, процесс 54-IP-2013.

ложных или вводящих в заблуждение наименований происхождения, даже содержащих ссылки на реальное происхождение продукта или такие термины, как «модель», «система», «подобный», «класс», «имитация», «аналогичный».

SIC Колумбии постановило, что «участники рынка формируют свои клиентские портфели своими силами, а не за счет действий конкурента, которые он предпринял ранее»³⁵²

Статья 10 Закона Перу о недобросовестной конкуренции содержит определение действий, которые не квалифицируются как акты смешения, включая действия, целью или результатом которых является использование выгоды от благоприятного имиджа, репутации, известности, престижа, профессиональной или промышленной репутации третьей стороны. В число таких практик может входить несанкционированное использование интеллектуальной собственности. В Эквадоре эта практика подпадает под действие общих правил, регулирующих защиту интеллектуальной собственности³⁵³, или общих норм в отношении недобросовестного обогащения, запрещающие такого рода практики в гражданском праве.

4.2 Защита коммерческой тайны

Коммерческая тайна защищена в Андском сообществе статьей 260 Андского соглашения 486. Она защищается, пока не раскрывается, пока обладает коммерческой ценностью, поскольку является секретной, а владелец принял необходимые меры для ее сохранения в тайне.

Владельцы коммерческой тайны могут передавать ее или разрешать ее использование третьей стороне. Уполномоченная сторона должна сохранять информацию в тайне. Лица, получившие секретную информацию в силу своей работы, должности, профессии или деловых отношений, обязаны хранить ее в тайне и использовать только по назначению, даже после прекращения работы или деловых отношений.

Необходимо также защищать коммерческие тайны, поданные в агентства для получения разрешений на продажу. Использование информации для получения таких разрешений нельзя рассматривать как недобросовестное.

Статья 27(7) Антимонопольного закона Эквадора во многом схожа с Андским соглашением и оговаривает также, что коммерческая тайна может быть передана в запечатанном конверте нотариусу в целях предъявления доказательства.

Механизмы правоприменения в Эквадоре, Колумбии и Перу имеют большое сходство. Согласно определению в статье 27(7) Антимонопольного закона Эквадора, статье 18 Закона о недобросовестной конкуренции Колумбии и статье 13 Закона о недобросовестной конкуренции Перу, нарушение коммерческой тайны определено как ее разглашение или использование без согласия третьей стороны либо когда был получен незаконный доступ к конфиденциальной информации либо к информации для ограниченного круга лиц. В этих юрисдикциях также предусмотрено наказание за приобретение коммерческой тайны путем шпионажа или, в частности, подстрекательства к нарушению тайны.

4.3 Новые правила применения, обусловленные развитием современных технологий

Закон о недобросовестной конкуренции в Колумбии распространяется на онлайн-рекламу при условии соблюдения объективных, субъективных и территориальных

³⁵² Управление промышленности и торговли Колумбии (SIC), 24 августа 2005 года, дело 009-2005.

³⁵³ Статья 27.3.a Закона о недобросовестной конкуренции Эквадора.

факторов. Такие практики могут быть признаны недобросовестными независимо от того, какое средство массовой информации использовалось для публикации. Это положение применимо и к искусственному интеллекту, и к использованию новых технологий. Из вышесказанного можно сделать вывод, что законодательство пока невозможно использовать для регулирования новых, быстро развивающихся практик. Но за использование искусственного интеллекта или других новых технологий может быть предусмотрено наказание, если эти действия подпадают под условия предоставления защиты от недобросовестной конкуренции, а их последствия влияют или должны были повлиять на решение покупателя или потребителя либо воздействуют на рынок.

4.4 Практика, направленная против конкурентов

Согласно статье 15 Закона о недобросовестной конкуренции, в Перу запрещается коммерческий саботаж, под которым понимаются практики, способные нанести ущерб производственной или коммерческой деятельности конкурента путем вмешательства в договорные отношения с его клиентами, поставщиками, сотрудниками.

Статья 11(15) Антимонопольного закона Эквадора запрещает бойкот с целью ограничения доступа на рынок или конкуренции других компаний.

В законодательстве Перу и Эквадора разрешены акты, которые не ограничивают и не затрудняют доступ существующих или потенциальных конкурентов на рынок, обусловленный экономической эффективностью. В Перу такое положение распространяется на обеспечение лучших условий для работников и поставщиков.

В Колумбии и Эквадоре также считается незаконным подстрекательство к нарушению контракта. В соответствии со статьей 17 Закона Колумбии о недобросовестной конкуренции недобросовестной практикой признается подстрекательство работников, поставщиков, клиентов или любой другой стороны к нарушению контракта с конкурентом. Кроме того, в вышеупомянутом деле³⁵⁴ SIC применило санкции к бывшему дистрибьютору GA.MA за подстрекательство к нарушению договора, поскольку сочло, что i) между сторонами ранее существовали договорные отношения, ii) заявления, адресованные розничным продавцам, представляли собой позитивные действия, поскольку требовали нарушения заключенных ими контрактов, и iii) ряд предприятий розничной торговли действительно нарушили свои договоры, поскольку сняли продукцию GA.MA с продажи.

Статья 27(8) Антимонопольного закона Эквадора содержит во многом подобные положения. Но в ней актами недобросовестной конкуренции также считаются нарушение существенного положения контракта, разглашение коммерческой тайны, мошенничество и действия, совершенные с намерением устранить конкурента. Законодательство обеих стран предусматривает возможность расторжения контракта в обычном порядке.

4.5 Ограничения свободной конкуренции

Согласно статье 7 Решения 608 Андского союза, соглашение юридически считается ограничивающим свободную конкуренцию, если его цель или последствия приводят к: a) прямому или косвенному ценовому сговору, b) ограничению спроса или предложения товаров/услуг, c) к разделу рынка товаров или услуг, d) к предотвращению доступа конкурентов, или e) к искажению результатов государственных тендеров или торгов.

³⁵⁴ Управление промышленности и торговли Колумбии (SIC), 30 августа 2012 года, решение 48512012.

В законодательстве Колумбии, Эквадора и Перу есть общее положение о том, что практика, не имеющая точного определения, может, тем не менее, считаться актом недобросовестной конкуренции.

Практики, препятствующие конкуренции и ограничивающие свободную торговлю, описаны в статье 11 Антимонопольного закона Эквадора. Часть незаконных практик, перечисленных в статье 11, связана с соглашениями, такими как соглашения о распределении клиентов или поставщиков по разным географическим районам и соглашения с условиями в пользу третьих сторон; соглашения о недопущении конкурентов на рынок или объединения и соглашения о предоставлении неверной информации о качестве или характеристиках продукции. Другие виды недобросовестной практики включают следующие ограничения: нарушение процессов производства, распределения или продажи товаров; ограничение источников снабжения; ограничение технического прогресса; повышение барьеров для входа на рынок; приостановление монополизированных услуг.

Статья 19 Закона Колумбии о недобросовестной конкуренции запрещает включать в договоры поставки положения об эксклюзивности, если их целью или следствием является ограничение доступа конкурентов на рынок или монополизация распределения продукции или услуг.

G. ОБЩИЙ РЫНОК СТРАН ЮЖНОЙ АМЕРИКИ (МЕРКОСУР)*

1. Законодательная база

В странах МЕРКОСУР нет наднационального органа. Законодательная база в разных странах МЕРКОСУР не унифицирована. Система недобросовестной конкуренции в каждой стране устроена по-своему. Аргентина³⁵⁵, Бразилия³⁵⁶, Парагвай³⁵⁷ и Уругвай³⁵⁸ утвердили собственный порядок обеспечения соответствия статье 10bis(1) ПК.

В Законе о защите прав потребителей Бразилии есть ряд специальных положений, например, «присвоение незаслуженной награды или знака отличия как средство рекламы»³⁵⁹ и общие положения, например, «убытки, вызванные нарушением прав промышленной собственности и актами недобросовестной конкуренции, не предусмотренными настоящим законом, которые могут порочить репутацию или препятствовать экономической деятельности других лиц и вызывать смешение между коммерческими объектами, промышленными объектами или поставщиками услуг, или между продуктами и услугами, реализуемыми на коммерческой основе»³⁶⁰. В законодательстве Аргентины есть специальные пункты, например, «Побуждение к нарушению договора: побуждение сотрудников, поставщиков, клиентов или других связанных сторон к нарушению договорных обязательств, заключенных с конкурентом»³⁶¹, а в парагвайском – сочетание общих пунктов, таких как «прямое или косвенное использование любых средств, противоречащих принципам профессиональной этики и способных нанести ущерб конкуренту»,³⁶² и специальных

* Г-н Милтон Лусидио Леан Барселлос, партнер, Leão Intellectual Property, и профессор, Юридическая школа Антонио Менегетти, Порту-Алегри, Бразилия.

³⁵⁵ Указ 274/2019, отменивший Закон о справедливой торговле №22.802.

³⁵⁶ Закон о промышленной собственности 9279/96.

³⁵⁷ Закон о товарных знаках 1294/98.

³⁵⁸ Указ-закон 14910 (ратифицирует статью 10bis Парижской конвенции).

³⁵⁹ Статья 195(VII) Закона о промышленной собственности 9279/96.

³⁶⁰ Статья 209 Закона о промышленной собственности 9279/96.

³⁶¹ Статья 10(к) Указа 274/2019.

³⁶² Статья 108 (d) Закона о торговле 1034/83.

положений о «распространении новостей или оценок о продукции или деятельности конкурента с целью их дискредитации или присвоения достоинств продукции этого конкурента»³⁶³.

В Бразилии, помимо основных нормативных актов о недобросовестной конкуренции, приняты специальные подходы к недобросовестному конкурентному поведению, регулируемые Законом о защите прав потребителей³⁶⁴, Законом о конкуренции³⁶⁵ и Законом о рекламе³⁶⁶. Особые подходы к регулированию актов недобросовестной конкуренции применяются также в законодательстве Аргентины³⁶⁷, Парагвая³⁶⁸ и Уругвая³⁶⁹.

Хотя основная цель системы защиты от недобросовестной конкуренции в странах МЕРКОСУР состоит в защите конкурентов от недобросовестного поведения на рынке, законы также обеспечивают защиту прав потребителей, что играет важную роль в судебных решениях³⁷⁰.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

Статья 10bis(2) ПК в открытом формате³⁷¹ включена в статью 80 Закона Парагвая 1294/98, которая гласит, что «всякий акт конкуренции, противоречащий честным практикам в промышленных и торговых делах», приравнивается к акту недобросовестной конкуренции. Наряду с этим общим положением, статья 81 того же закона содержит примерный перечень возможных форм недобросовестного поведения в конкуренции, в том числе, например, акты смешения или ассоциации, ложные географические указания, ложная или вводящая в заблуждение реклама.

В Бразилии защита от недобросовестной конкуренции предоставляется с учетом четырнадцати конкретных случаев недобросовестного поведения, перечисленных в статье 195 Закона о промышленной собственности 9279/96³⁷². Статья 209 того же закона предусматривает возможность запрета «других актов недобросовестной конкуренции, не упомянутых в настоящем законе». Поскольку Парижская конвенция является непосредственно применимой частью бразильской правовой системы, в статутном

³⁶³ Статья 108 (с) Закона о торговле 1034/83..

³⁶⁴ Закон о защите прав потребителей 8078/90.

³⁶⁵ Закон о конкуренции 12529/2011.

³⁶⁶ CONAR – Саморегулирование рекламы в Бразилии.

³⁶⁷ Закон о защите прав потребителей 24.240/93; Закон о конкуренции 27.442/2018; CONARP – Закон Аргентины о саморегулировании в рекламе.

³⁶⁸ Коммерческий закон 1034/83.

³⁶⁹ Закон о конкуренции 18159/07 и Закон о товарных знаках 17011/98.

³⁷⁰ Верховный суд Бразилии – STJ, 23 марта 2021 года, дело REsp 1679192/SP, Editora Musical Amigos Ltda против Imobiliária e Construtora Roberto Carlos. См. также: Верховный суд Бразилии, 05 декабря 2013 года, дело REsp 1190341/RJ, Harrods Buenos Aires Ltd. против Harrods Limited.

³⁷¹ «Акты конкуренции, идущие вразрез с честной практикой в промышленных и торговых делах...»

³⁷² Все 14 действий, квалифицируемых как недобросовестная конкуренция, можно кратко описать следующим образом: I – ложное заявление или II – ложная информация о конкуренте; III – использование мошеннических методов переманивания покупателей; IV – использование слоганов и высказываний для создания смешения; V – неправомерное использование торговых и коммерческих названий конкурента; VI – замена имени или названия компании своим именем или названием без согласия; VII – не соответствующая действительности информация о получении премии или знака отличия; VIII – использование упаковки или емкости третьей стороны для продажи поддельного или контрафактного продукта; IX – предложение конкуренту денег или иной выгоды (подкуп) для получения преимущества незаконным путем; X – получение от конкурента денег или иной льготы (взятки) для предоставления преимущества незаконным путем; XI – несанкционированное разглашение или использование коммерческой тайны; XII – несанкционированное разглашение или использование коммерческой тайны, полученной незаконным путем или путем мошенничества; XIII – ложное заявление о том, что продукт защищен патентом или правом на промышленный образец; XIV – несанкционированное использование результатов испытаний и других нераскрытых данных.

праве Бразилии³⁷³ отсутствуют дополнительные общие положения. При этом существуют такие разрозненные законодательные подходы, как внесение соответствующих положений в Бразильский Закон о защите прав потребителей, Бразильский Закон о конкуренции и Бразильское саморегулирование рекламы, которые направлены на пресечение недобросовестного поведения на рынке. Их следует воспринимать как дополнение к единому подходу, направленному на развитие свободной конкуренции, защиту прав промышленной собственности и прав потребителей и обеспечение честного поведения конкурентов³⁷⁴.

В законодательстве Аргентины применяется новый подход: положения, касающиеся недобросовестной конкуренции и антимонопольного законодательства, объединены в одном указе с целью обеспечения добросовестности и прозрачности в коммерческих отношениях и гарантирования передачи необходимой информации о продуктах и услугах³⁷⁵. Помимо общих положений Статей 8 и 9 Аргентинского Декрета 274/2019, есть статья 10, которая запрещает мошеннические действия, подражание и создание смешения, и относит их к недобросовестным практикам. Общее открытое положение статьи 9 запрещает любое «действие или бездействие с помощью ненадлежащих средств, способное оказать объективное влияние на конкурентную позицию лица или на надлежащее функционирование конкурентного процесса».

При определении соответствия честной практике члены МЕРКОСУР придерживаются нормативного подхода³⁷⁶. В Законе Бразилии о промышленной собственности 9279/96³⁷⁷, Указе 274/2019 в Аргентине³⁷⁸, Коммерческом законе Парагвая 1034/83³⁷⁹, прецедентном праве³⁸⁰ и теории³⁸¹ признается, что понятие «недобросовестное» поведение носит открытый характер путем использования неисчерпывающих оговорок. Кроме того, признается влияние общей практики и экономического подхода на сектор. Как указывается в публикации Barbosa, «...границы конкуренции определяет не закон, а практика, рассматриваемая с учетом времени, места и специфики рынка конкурентов,

³⁷³ Парижская конвенция была принята и введена в правовую систему Бразилии (указ 635/1992) и непосредственно используется в качестве правовой основы в ряде судебных решений. См.: Верховный суд Бразилии – STJ, 15 октября 2019 года, дело AgInt in REsp 1527232/SP, SS Industrial S/A, против Natura Cosméticos S/A.

³⁷⁴ Верховный суд Бразилии – STJ, 28 февраля 2014 года, дело REsp 1190341/RJ, 21.

³⁷⁵ До принятия Указа 274/2019 в Аргентине говорилось о необходимости более совершенного и глубокого подхода к регулированию вопросов недобросовестной конкуренции. См. Guillermo Cabanellas, “El derecho argentino de la competencia desleal”, в: Derechos Intelectuales, n. 10, ASIPI, Buenos Aires, Astrea 2003, 113-133.

³⁷⁶ Статья 195 Закона Бразилии о промышленной собственности. Статья 10 Указа 274/2019 Аргентины. Статья 81 Закона о товарных знаках 1294/98. Действующий в Уругвае указ-закон 14910 (ратифицирует статью 10bis Парижской конвенции).

³⁷⁷ См. статью 209. «За потерпевшей стороной сохраняется право на возмещение убытков и ущерба, причиненных актами нарушения прав промышленной собственности и актами недобросовестной конкуренции, которые не предусмотрены настоящим законом, но направлены на нанесение ущерба репутации или бизнесу другого лица или на создание смешения между коммерческими или промышленными учреждениями или поставщиками услуг, или между продуктами и услугами, представленными на рынке».

³⁷⁸ См. статью 10: «...Вышеприведенный перечень служит исчерпывающей основой для применения Органом принудительного исполнения санкций и поясняет положение для целей поощрения юридических действий со стороны пострадавших, в случае которых судья может также применить общую оговорку, установленную в статье 9 настоящего Указа, в случаях, прямо не предусмотренных настоящей статьей».

³⁷⁹ См. статью 108. «Кроме специальных правил регулирования товарных знаков, патентов и других аналогичных прав, изложенных в положениях, актами недобросовестной конкуренцией признаются, в частности, перечисленные ниже действия: (...) d) прямое или косвенное использование любых средств, противоречащих принципам профессиональной этики, которые могут нанести ущерб конкуренту».

³⁸⁰ См.: Апелляционный суд штата Сан-Паулу – TJSP, 12 марта 2020 года, дело APC 1009266-14.2016.8.26.0008, Seguroo Administradora e Corretora de Seguros Eirelli против Alper Consultoria e Corretora de Seguros S/A.

³⁸¹ Wilson Pinheiro Jabur, “Pressupostos do ato de concorrência desleal”, см.: Manoel J. Pereira dos Santos and Wilson Pinheiro Jabur, Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal, São Paulo, Saraiva 2007, 335-386.

которая показывает, что законно, а что – нет. При выходе на определенный рынок каждый конкурент устанавливает определенные стандарты конкуренции, – более или менее агрессивные, от которых будут зависеть его риски. Такие стандарты могут меняться с течением времени или в зависимости от местоположения, но существуют стандарты и неприемлемые формы конкуренции. С учетом таких стандартов можно сформировать разумные ожидания относительно будущих доходов»³⁸². Как отмечается в публикации Pontes de Miranda, такое восприятие общей практики в данном секторе традиционно используется при формировании концепции и определения добросовестной практики и влияет на ее негативное измерение – выявление актов недобросовестной конкуренции,³⁸³.

В двух странах МЕРКОСУР³⁸⁴ при рассмотрении уголовных дел применяется сочетание закрытого, исчерпывающего перечисления запрещенных действий, а для гражданских дел, связанных с запретом актов недобросовестной конкуренции, те же случаи недобросовестного поведения используются лишь в качестве примеров³⁸⁵. Поскольку Уругвай включил положения Парижской конвенции в национальное законодательство и не стал принимать специальный национальный закон, он сохраняет принцип открытости положений статьи 10bis ПК на национальном уровне³⁸⁶.

Резюмируя, важно отметить, что страны МЕРКОСУР уделяют особое внимание оценке честности в промышленных и торговых делах как основе для толкования открытых положений, сопоставимых со статьей 10bis(2) ПК, и более узких положений, содержащих описание отдельных форм недобросовестного поведения. Таким образом, в законодательстве стран МЕРКОСУР учитывается бессрочный характер понятия «недобросовестное поведение» и в национальные правовые системы государств-членов вводятся гибкие нормативные решения³⁸⁷. Затем гибкие нормы в области недобросовестной конкуренции закрепляются в судебных решениях³⁸⁸.

³⁸² Denis Borges Barbosa, *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2nd ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro 2003, 258 (перевод автора).

³⁸³ В публикации Pontes de Miranda 1956 года отмечалось, что «развитие методов пресечения недобросовестной конкуренции в уголовном и частном праве схоже с аналогичными изменениями в регулировании различных видов единоборств. Вначале необходимо было разрешить единоборств в принципе. Чтобы участники единоборств не доходили до крайних проявлений, постепенно было решено, какие приемы и удары будут запрещены» (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Book XVII, second edition, Rio de Janeiro, Borsoi 1956, 272).

³⁸⁴ Аргентина и Бразилия.

³⁸⁵ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. "Fundamentos jurídicos y económicos del régimen de competencia desleal", в публикации: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, (4-6).

³⁸⁶ Jorge Achard and Pablo Monsuárez. "La competencia desleal en el Uruguay. Ámbito de aplicación, alcance, configuración y nuevas tendencias en materia de daños y perjuicios", в публикации: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, (629).

³⁸⁷ Статья 195 (III) Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96. Статья 81 (a) Закона Парагвая о товарных знаках 1294/98. Статья 108 (b)(d) Закона Парагвая о коммерческой деятельности 1034/83. Статьи 8 и 9 Указа о коммерческой лояльности 274/2019 (Аргентина).

³⁸⁸ См. Верховный суд Бразилии – STJ, 27 мая 2015 года, дело REsp 1237752/PR, Auto Shopping Curitiba Administradora de Bens Ltda против CM Comércio de Veículos Ltda, в котором было решено следующее: «(...) в правовой системе, в которой устанавливается ответственность за недобросовестную конкуренцию, появляется поведенческая модель, возникновению которой способствуют субъекты экономической деятельности и которая наблюдается в отрасли, связанной с определенными продуктами или услугами; она противоречит поведенческим нормам, которые должны соблюдаться в борьбе за клиентуру, и применяется с использованием средств, заставляющих усомниться в их соответствии требованиям рынка, и..., поскольку описание недобросовестной конкуренции и пассивной конкуренции, в основе которого лежит понятие неправомерного обогащения, предусмотренное статьей 884 Гражданского кодекса, основывается на доказательствах, ситуация должна оцениваться индивидуально в каждом случае», 32–33. См. также: Национальный апелляционный совет Уругвая, 10 июня 2019, дело 99/219 (2-23472/2016), Doralet S.A., Satenil S.A. and Motenix S.A (NETCOM) против Mauricio Quintana, Juan Correa, Marcelo Ramírez, Miguel Otegui y Colkey S.A. в котором о недобросовестной конкуренции было сказано следующее: «для такого акта требуются: а) наличие конкуренции между компаниями; б) поведение, противоречащее правилам коммерческой лояльности («опорочивание», разрушение внутренней структуры компании-конкурента;

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Три пункта в статье 10bis(3) PC реализуются в национальном законодательстве стран МЕРКОСУР либо напрямую³⁸⁹, либо посредством специальных дополнительных законов, в которых воплощается содержание статьи 10bis(3) PC в государствах-членах³⁹⁰.

3.1 Акты, создающие смешение

В МЕРКОСУР не полностью унифицировано понятие «создание смешения». Но общие положения³⁹¹ и соображения, содержащиеся в системе права³⁹², а также примеры из судебной практики позволяют уточнить понятие смешения. Например, Федеральный суд Аргентины по гражданским и коммерческим делам, «оценив представляющие собой предмет спора упаковки последовательно, а не одновременно и оценив заключение эксперта, графического дизайнера, постановил, что сходство между ними не дает оснований для вывода о достаточной вероятности смешения»³⁹³.

Поскольку закон о недобросовестной конкуренции имеет ряд общих черт с законом о товарных знаках в области защиты от смешения, в судебной практике был проделан подобный анализ, связанный с пресечением актов создания смешения³⁹⁴. При рассмотрении дела *Peixe Urbano/Hotel Urbano* Высший суд Бразилии (STJ) постановил, что недобросовестная конкуренция в форме действий, создающих смешение, должна рассматриваться не теоретически, а с учетом поведения, направленного на создание смешения. Как отметил министр Рикардо Вильяс Боас Куэва, «вывод о том, что ответчик использовал нестандартные методы для того, чтобы воспользоваться авторитетом, который истец (PEIXE URBANO) завоевал на интернет-рынке, или как минимум известностью его имени, также подтверждается содержанием интервью, которое дали сами создатели веб-сайта HOTEL URBANO»; STJ подтвердил решение Государственного суда³⁹⁵.

с) поведение, способное нанести ущерб конкуренту». См. также: Верховный суд Парагвая, 30 октября 2020 года, дело 99/2020, Multilaser Industrial S.A. против Mohamad Moustapha Jebai, в котором суд утверждает, что истец, подавший иск о недобросовестной конкуренции, «должен неопровержимо доказать, что поведение ответчика препятствует честной практике в коммерческих делах, поскольку предполагает действия, вызывающие смешение или, как минимум, риск возникновения ассоциации, даже косвенной, с продукцией компании истца. (...) В этой связи очевидно, что в соответствии со ст. 81(a) Закона о товарных знаках 294/98 и ст. 10bis Парижской конвенции факта недобросовестной конкуренции не было.

³⁸⁹ В законодательстве Уругвая напрямую применяются положения Парижской конвенции без специальных законодательных актов.

³⁹⁰ Во внутреннее законодательство Аргентины, Бразилии и Парагвая (закон о промышленной собственности, закон о правах потребителей, закон о товарных знаках, закон о коммерческой деятельности, закон о конкуренции) были включены конкретные положения с целью соблюдения статьи 10bis(3) Парижской конвенции.

³⁹¹ Статья 195 (III–IV) Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96, статья 10(b) Указа о коммерческой лояльности Аргентины 274/2019, статья 108(b) Закона Парагвая о коммерческой деятельности 1034/83.

³⁹² Alberto Luis Camelier da Silva, *Concorrência desleal: atos de confusão*, São Paulo, Saraiva 2013, 54/135. См. также José Henrique Pierangeli, *Crimes contra a Propriedade Industrial & Crimes de Concorrência Desleal*, São Paulo, Revista dos Tribunais 2003, 269/297. См. также Hermano Duval, *Concorrência Desleal*, São Paulo, Saraiva, 1976, 224.

³⁹³ См.: Федеральный суд по гражданским и коммерческим делам Аргентины, 26 марта 2018 года, дело №11.864/2005, General Sweet S.A. против Victoria Cream S.A.

³⁹⁴ Demetrio A. Chamatropulos, *La publicidad engañosa em el nuevo Régimen de Lealtad Comercial*, см.: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, 307.

³⁹⁵ Верховный суд Бразилии – STJ, 10 октября 2016 года, дело REsp 1606781/RJ, Hotel Urbano Serviços Digitais S.A. против Peixe Urbano Web Serviços Digitais Ltda.

В странах МЕРКОСУР допускается размещение сравнительной рекламы, если она соответствует особым правилам, изложенным в Резолюции о рекламе МЕРКОСУР (относительно ясности, достоверности, вводящей в заблуждение рекламы и сравнительной рекламы)³⁹⁶. В частности, правила, регламентирующие рекламу, обеспечивают, чтобы: «а) она не вводила в заблуждение; б) ее основная цель заключалась в разъяснении информации для потребителей; с) ее основной принцип заключался в объективности сравнения, а не в использовании субъективных элементов, психологических или вызывающих эмоции данных; d) сравнение было основано на поддающихся проверке фактических данных; e) сравнение не представляло собой акт недобросовестной конкуренции в виде дискредитации имиджа продуктов, услуг и брендов других компаний; f) сравнение не вводило в заблуждение относительно продуктов, услуг или брендов других компаний»³⁹⁷.

Если конкурент имеет «цель и возможность вызвать смешение относительно происхождения продукта, переманивая покупателей»³⁹⁸, то можно доказать вероятность смешения, связанного с недобросовестной конкуренцией»³⁹⁹.

Согласно постановлению Верховного суда Бразилии, для оценки вероятности смешения необходимо проанализировать «среднестатистического потребителя – среднего человека, достаточно внимательного, образованного и проницательного; при этом результаты оценки могут зависеть от характеристик потребителя товара или услуги»⁴⁰⁰.

³⁹⁶ MERCOSUR/GMC/RES. 126/96, пункт III Приложения.

³⁹⁷ См также: Верховный суд Бразилии – STJ, 26 мая 2017, дело REsp 1668550/RJ, The Gillette Company/Procter & Gamble do Brasil S/A против Spectrum Brands Brasil Indústria e Comércio de Bens de Consumo Ltda., подтверждающее применение правил размещения сравнительной рекламы в законодательстве стран МЕРКОСУР в деле Duracell/Rayovac; в этом решении в полной мере учитывались положения законов Бразилии о защите прав потребителей, о саморегулировании рекламы, о промышленной собственности и о конкуренции.

³⁹⁸ См.: Верховный суд Бразилии – STJ, 18 августа 1997, дело REsp 70015/SP, Soppil Sociedade Paulista de Produtos Industriais Ltda. против Apolo Objetos de Arte Ltda.

³⁹⁹ См.: Апелляционный суд штата Сан-Паулу – TJSP, 25 августа 2021, дело APC 1002701-05.2019.8.26.0404, Farmácia Orfândia Ltda EPP против Roberta Garrido Manfio Morelli & Cia Ltda Me., 7.

⁴⁰⁰ Верховный суд Бразилии – STJ, 07 ноября 2019, дело REsp 1336164/SP, Bombriil Mercosul S/A против Tecbril Indústria Química Ltda.

3.2 *Дискредитирующие и порочащие обвинения*

В национальных законах Аргентины, Бразилии и Парагвая о недобросовестной конкуренции и соответствующих постановлениях, принятых этими странами, содержатся отдельные положения о дискредитирующих и порочащих утверждениях в условиях конкуренции⁴⁰¹ в соответствии со статьей 10bis(3), №2, ПК.

На базе национальных законов стран-членов МЕРКОСУР, в которых ложная информация или ложные заявления в отношении конкурента квалифицируются как акты недобросовестной конкуренции⁴⁰², сформировалась практика рассмотрения исков о ложных утверждениях в процессе торговли. Например, дело *Oeste Gráfica* против *Editora Imprensa*, в котором речь шла о выборочном, неточном и ложном использовании конкретной информации, связанной с коммерческим ростом одного издательства, в результате чего было получено ложное преимущество при сравнении с другого издательства. При рассмотрении этого дела суд проанализировал факты, чтобы определить, действительно ли конкурент проводил конкретное исследование и использовал коммерческое сравнение «без указания использованных методов, без упоминания того, что истец является абсолютным лидером на рынке, и без распространения данных в сравнении с предыдущими исследованиями, так как демонстрировался только предполагаемый рост благосостояния ответчика за счет основного конкурента»⁴⁰³. Конкуренту следует воздерживаться от использования дискредитирующих и порочащих утверждений, даже если он намерен продемонстрировать сравнительную информацию о продукте/услуге, когда сравнение явно используется для восхваления собственных продуктов и услуг по сравнению с чужими⁴⁰⁴. Важную роль в оценке рекламных кампаний с использованием юмора сыграла также необходимость соблюдения равновесия между достаточной свободой коммерческого самовыражения и предотвращением недобросовестной конкуренции в случае дискредитирующих или порочащих утверждений. При рассмотрении дела *Rio Carioca* против *Cervejaria Petrópolis*, открытого в связи с тем, что ответчик разработал юмористическую кампанию, в которой использовался следующий текст: «Если вы не будете вести себя хорошо, Санта принесет вам *Itaipava*», где *Itaipava* – бренд конкурента, суд принял решение в пользу истца с вынесением судебного запрета и возмещением убытков.⁴⁰⁵

Бразильский национальный совет по саморегулированию рекламы (CONAR) рассматривал и другие дела⁴⁰⁶, связанные с дискредитирующими и порочащими заявлениями, в которых речь шла о нарушении правил саморегулирования рекламы CONAR и бразильского закона о промышленной собственности. Например, в деле *McDonald's promus Burger King*⁴⁰⁷ факт использования злого клоуна, похожего на известного клоуна, использовавшегося Рональдом Макдональдом, в кампании *Burger King* был признан порочащей кампанией, нарушающей правила CONAR, связанные с порочащей сравнительной рекламой⁴⁰⁸ и правами ИС⁴⁰⁹.

⁴⁰¹ Статья 195 (I, II и III) Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96, статья 10 ("i" и "m") Указа о коммерческой лояльности 274/2019 в Аргентине, статья 108 ("c" и "d") Закона Парагвая о коммерческой деятельности 1034/83.

⁴⁰² Статья 195 (I и II) Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96, статья 10 ("i") Указа о коммерческой лояльности 274/2019 (Аргентина), статья 108 ("c") Закона Парагвая о коммерческой деятельности 1034/83.

⁴⁰³ См.: Апелляционный суд штата Сан-Паулу – TJSP, 1 октября 2014 года, дело APC 0011391-83.2008.8.26.0482, *Oeste Gráfica e Editora Ltda* против *Editora Imprensa Ltda.*, 5.

⁴⁰⁴ Marcus Elidius Michelli de Almeida, *Abuso do direito e concorrência desleal*, São Paulo, Quartir Latin, 2004, 130.

⁴⁰⁵ См. Апелляционный суд штата Сан-Паулу – TJSP, 18 января 2018 года, дело APC 1002219-58.2016.8.26.0082, *Rio Carioca Alimentos Distribuição Ltda Me* против *Cervejaria Petrópolis S/A*.

3.3 Вводящие в заблуждение указания или утверждения

Суды в странах МЕРКОСУР также относят вводящие в заблуждение указания или утверждения к актам недобросовестной конкуренции. Решения, принятые в последнее время⁴¹⁰, подтверждают необходимость применения правил недобросовестной конкуренции для обеспечения защиты от действий, вводящих в заблуждение, перечисленных в статье 10bis(3), №3, ПК. В деле *Minalba Alimentos e Bebidas Ltda* против *Danone Ltda.* спор касался доказанности введения в заблуждение слоганами "Меньше натрия в продукции MINALBA – доказано" и "Меньше натрия", а также правомерности подачи конкурентом (истцом) иска, касающегося работы с потребителями, так как речь шла о введении в заблуждение посредством публикации заявления о содержании и сокращении содержания натрия в рекламируемой ответчиком воде. Заключение суда основывалось на имеющихся доказательствах (в двух других образцах минеральной воды содержание натрия было ниже, чем в воде компании-ответчика), что позволило вынести судебный запрет, признать правомерность действий истца на основании закона о недобросовестной конкуренции⁴¹¹ и признать рекламу вводящей в заблуждение⁴¹². В деле *Laboratorios Bago S.A* против *Brystol Myers Squibb Argentina S.R.L.S.* с учетом неточного сравнения цен между различными продуктами (разное количество таблеток в каждой упаковке), действие было расценено как акт недобросовестной конкуренции; было указано, что «сравнительная реклама считается законной, если информация о товаре конкурента правдива, не несет в себе негативных намерений или не содержит заявления о непригодности продукта»⁴¹³.

В специальных законах Аргентины, Бразилии и Парагвая делается акцент на конкретные действия, связанные с указаниями или утверждениями в ходе торговли, способными ввести общественность в заблуждение. Например, в статье 10(a) Аргентинского Указа 274/2019 «акты обмана» определяются как поведение, вводящее общественность в заблуждение в отношении «существования или характера, способа производства или распространения, основных характеристик, чистоты, смеси, пригодности для использования, качества, количества, цены, условий продажи или покупки товара, его наличия, результатов, которые можно ожидать от его использования, и в целом характеристик, преимуществ или условий, связанных с товарами и услугами». В статье 195 (I), (VII) и (XIII) Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96

⁴⁰⁶ См.: CONAR, май 2018 года, дела 085/18 и 086/18 (TIM/NEXTEL); CONAR, июль 2018 года, дело 276/17 (McDonald's и DPZ&T/Burger King); CONAR, май 2021 года, дело 056/21 (KFC/Popeyes Brasil); CONAR, февраль 2016 года, дело 240/15 (Reckitt Benckiser Brasil/Lima & Perguer).

⁴⁰⁷ См. CONAR, июль 2018 года, дело 276/17 (McDonald's и DPZ&T/Burger King).

⁴⁰⁸ См. CONAR – Кодекс саморегулирования рекламы Бразилии, статья 32 (f): «С учетом современных международных тенденций и в соответствии с применимыми правилами Кодекса промышленной собственности сравнительная реклама допустима при условии, что она соответствует следующим принципам и ограничениям: f) отсутствие недобросовестной конкуренции, опорочивания имиджа продукта или продукта другой компании»;

⁴⁰⁹ См. CONAR – Кодекс саморегулирования рекламы Бразилии, статья 43: «Никакая реклама не должна предполагать неправомерного использования знаков, слоганов, концепций и прав третьих сторон, даже тех, которые используются за пределами Страны и должным образом связаны с другим рекламодателем».

⁴¹⁰ См.: Апелляционный суд штата Сан-Паулу – TJSP, 3 февраля 2015 года, дело APC 1074419-14.2013.8.26.0100, *Minalba Alimentos e Bebidas Ltda* против *Danone Ltda.*, 11/12. См. также CONAR, февраль 2021, дело 265/20 (*Claro/Vivo*); CONAR, февраль 2021, дело 258/20 (*Unilever Brasil/Salon Line Devintex*); CONAR, март 2021, дело 032/21 (*Claro/TIM*); CONAR, май 2021, дело 261/20 (*Costumer* и *CONAR/Companhia Hering*).

⁴¹¹ См. Закон о промышленной собственности 9279/96, статья 195 (I): Акты недобросовестной конкуренции совершает любое лицо, которое: I – публикует любыми средствами ложные заявления в ущерб конкуренту с целью получения какого-либо преимущества;

⁴¹² См. CONAR – Кодекс саморегулирования рекламы Бразилии, статья 32 (f): «С учетом современных международных тенденций и в соответствии с применимыми правилами Кодекса промышленной собственности сравнительная реклама допустима при условии, что она соответствует следующим принципам и ограничениям: f) отсутствие недобросовестной конкуренции, опорочивания имиджа продукта или продукта другой компании»;

⁴¹³ См.: Федеральный суд по гражданским и коммерческим делам Аргентины, 8 сентября 2011 года, дело №520111117, *Laboratorios Bago S.A* против *Brystol Myers Squibb Argentina S.R.L.S.*

приводятся конкретные примеры введения в заблуждение. Это происходит в ситуациях, когда кто-то:

- «публикует ложные заявления с целью получения какого-либо преимущества в ущерб конкуренту» (I);
- «в рекламных целях приписывает себе награду или знак отличия, которых не получал» (VII);
- «продает, демонстрирует или предлагает для продажи продукт, заявляя, что в его отношении подана или удовлетворена заявка на патент либо подана или удовлетворена заявка на регистрацию в качестве промышленного образца, в то время как это не соответствует действительности, либо указывает не соответствующую действительности информацию о подаче или удовлетворении таких заявок в отношении данного продукта в рекламе либо в коммерческом издании» (XIII).

Также достойна упоминания гибкая трактовка в статье 195 (III), в которой определяются различные виды недобросовестного поведения: в ней говорится, что актом недобросовестной конкуренции считается использование конкурентом «мошеннических средств для переманивания клиентов другого лица для себя или в интересах другой стороны».

В статье 81 (b) и (f) Закона Парагвая о товарных знаках 1294/98 следующие деяния названы актами недобросовестной конкуренции:

- «ложные описания товаров или услуг с использованием слов, символов или других средств, которые могут ввести общественность в заблуждение относительно характера, качества или полезности таковых» (b);
- «использование или распространение сведений или утверждений, способных вызвать смешение в отношении происхождения, производства, возможности использования или потребления или других характеристик собственных или чужих товаров или услуг» (f).

Вместе с тем необходимо отметить, что в делах, связанных с потенциально вводящими в заблуждение утверждениями, суды должны точно различать ложную рекламу, представляющую собой введение в заблуждение и недобросовестное поведение⁴¹⁴, и допустимое использование преувеличений в рекламе. Например, в деле Heinz Brasil S/A против Unilever Brasil Ltda. ответчик Heinz пытался доказать, что выражения «лучший во всем, что ты делаешь» и «самый потребляемый кетчуп в мире», использованные в рекламной кампании, были преувеличены. Однако Апелляционный суд штата Сан-Паулу счел допустимым использование подобных преувеличений. На этом основании суд постановил, что преувеличения не введут потребителей на конкретном рынке в заблуждение. Истец Unilever использовал ту же стратегию в отношении собственных продуктов, продаваемых под брендом Hellmann's⁴¹⁵.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

⁴¹⁴ См. CONAR, октябрь 2015 года, дело 177/17 (Imifarma/Distribuidora Big Benn) о рекламной кампании, в которой Distribuidora Big Benn заявила о наличии «лучшей цены». Данный подход нельзя назвать «хвастовством», так как это возможно только в том случае, если потребитель сразу видит преувеличение, содержащееся в рекламном материале.

⁴¹⁵ Апелляционный суд штата Сан-Паулу – TJSP, 12 февраля 2016 года, дело APC 1004301-65.2013.8.26.0309, Heinz Brasil S/A против Unilever Brasil Ltda.

В своих национальных законах страны МЕРКОСУР отметили необходимость предотвращения подобных актов недобросовестной конкуренции⁴¹⁶. Например, в системе регулирования недобросовестной конкуренции стран МЕРКОСУР также признается недопустимым слепое подражание⁴¹⁷.

Обобщая различные акты недобросовестной конкуренции и их многочисленных форм характеристики, важно проанализировать защиту от других актов недобросовестной конкуренции (4.1), защиту коммерческой тайны (4.2), защиту внешнего вида (4.3) и современные виды недобросовестного поведения с использованием новых технологий, которые также считаются актом недобросовестной конкуренции в странах МЕРКОСУР (4.4).

4.1 Другие акты недобросовестной конкуренции

При рассмотрении других актов недобросовестной конкуренции в области подражания и незаконного присвоения важно понимать границы общественного достояния и пространства для свободной конкуренции, которые часто бывают размытыми. В публикации Barbosa указывается, что «вся суть правового регулирования подражания заключается не в том, чтобы запретить копирование, а в соблюдении оптимального баланса между эффективностью разрешения копирования и эффективностью запрещения копирования, в случае если копирование выполняет социальную функцию. Различать эти две модели в соответствии с тем, что предписывают правовые нормы, — это настоящее искусство»⁴¹⁸.

Согласно этой концепции, в странах МЕРКОСУР паразитическое поведение в виде использования благ с уклонением от оплаты признается актом недобросовестной конкуренции, но подлежит тщательной оценке с учетом доказательств, представленных в каждом конкретном случае, и в ходе надлежащей правовой процедуры. Например, в деле Flávia Versiani Aragão против Friedman S/A. STJ признал недействительным решение государственного суда на основании отсутствия анализа всех доказательств, связанных с использованием бывшей сотрудницей руководств и материалов, написанных ею во время работы у истца, когда после этого она начала работать у конкурента. Решение было обосновано тем, что ответчица имела ограниченные авторские права на руководства, подготовленные ею по трудовому договору, а также на том, что судья окружного суда и решения суда штата не дали полной оценки доказательствам по иску о недобросовестной конкуренции; было заявлено: «Поэтому оптимальным решением представляется отмена приговора и решения суда штата,

⁴¹⁶ В статье 209 Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96 речь идет не только об актах недобросовестной конкуренции, которым уделяется внимание в четырнадцати пунктах статьи 195; в статье также упоминается открытый характер перечней «других актов недобросовестной конкуренции, не предусмотренных Законом», что позволяет понять, как Бразилия достигает целей открытости в соответствии со статьей 10bis(2) ПК. Как и в Бразилии, в Аргентине принято положение об открытости перечней с перечислением других актов недобросовестной конкуренции: оно присутствует в Указе 274/2019 (статья 9), в котором не только признается перечень актов, перечисленных в статье 10, но и указывается, что любое «действие или бездействие с использованием неправомерных способов объективно способно повлиять на конкурентную позицию какого-либо лица или на надлежащее функционирование конкурентного процесса». В статье 80 Закона Парагвая 1294/98 упоминается «любое действие, противоречащее честной практике и честному использованию в промышленных или торговых делах», при этом список недобросовестных конкурентных действий в статье 81 приведен только в качестве примера. Поскольку в Уругвае применяется полный текст статьи 10bis ПК, в Законе тоже применяется принцип открытости, без перечисления различных новых актов недобросовестной конкуренции.

⁴¹⁷ Newton Silveira, “A propósito da imitação servil”, São Paulo, Migalhas, 14 October 2015, опубликовано на сайте <https://www.migalhas.com.br/depeso/228322/a-proposito-da-imitacao-servil>. См. также: Mariano Peruzzotti and María Milagros Astesiano, “La imitación como supuesto de competencia desleal”, в публикации: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019, Buenos Aires: La Ley, 2019, 231-239.

⁴¹⁸ Denis Borges Barbosa, A concorrência desleal e sua vertente parasitária, Rio de Janeiro, Revista da ABPI n. 116, Jan/Fev 2012, 21.

чтобы дать возможность полнее оценить доказательства по искам о недобросовестной конкуренции и нарушении добросовестности»⁴¹⁹.

4.2 Защита коммерческой тайны

Законодательство⁴²⁰ и судебная практика⁴²¹ в странах МЕРКОСУР обеспечивают защиту коммерческой тайны как важного ресурса⁴²². Основной целью защиты коммерческой тайны является «обеспечение свободной конкуренции, которой препятствует незаконное разглашение, учитывая при этом ущерб или возможность ущерба, который наносит недобросовестное действие владельцу инновационного решения»⁴²³. Например, в законах Аргентины, Бразилии и Парагвая ясно сформулировано, что входит в состав недобросовестного поведения:

- т.е. от раскрытия или использования без разрешения владельцев коммерческой тайны лицами, которые получили к ней доступ законно, но с обязательством неразглашения, либо незаконно. В указанных выше случаях недобросовестным поведением считается завладение коммерческой тайной путем шпионажа или аналогичных действий, независимо от санкций, предусмотренных другими правовыми нормами. Необходимо, чтобы у стороны, допустившей нарушение, было намерение получить прибыль для себя или для третьей стороны, или намерение нанести ущерб владельцу коммерческой тайны (статья 10(j) Указа о коммерческой лояльности Аргентины 274/2019).
- Сторона разглашает, использует или применяет без разрешения конфиденциальные знания, информацию или данные, которые могут быть использованы в промышленности, торговле или оказании услуг, кроме тех, которые являются общедоступными или очевидными для специалиста в данной области, доступ к которым он получил в ходе договорных или трудовых отношений, даже после прекращения договора; разглашает, эксплуатирует или использует без разрешения знания или информацию, о которых говорится в предыдущем пункте, если они получены незаконным путем или доступ к ним был получен обманным путем (статья 195, XI и XII Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96).
- Закрытая информация: любая техническая, коммерческая или деловая информация, которая: 1) секретна в том смысле, что она в целом или в точной конфигурации и составе ее компонентов не является общеизвестной или легко доступной лицам в кругах, где обычно используется такая информация; 2) ввиду своей секретности имеет коммерческую ценность; 3) является

⁴¹⁹ См.: Верховный суд Бразилии – STJ, 27 октября 2015, дело REsp 1380630/RJ, Flávia Versiani Aragão против Friedman S/A.

⁴²⁰ Статья 195 (XI, XII, XIV) Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96 и статья 482 (g) Закона Бразилии о труде 5452/43. Статья 10 (j) Указа о коммерческой лояльности Аргентины 274/2019. Статьи 2 и 3 Закона Парагвая о закрытой информации 3283/2007.

⁴²¹ Несмотря на то, что законодательство предусматривает защиту коммерческой тайны, число фактически рассмотренных дел невелико, что обусловлено сложностью сбора, использования и оценки (экспертизы) достоверных доказательств. См.: Верховный суд Бразилии – STJ, 11 декабря 2019, дело REsp 1792449/RJ, Sicra S/A против Valid Soluções S/A. Как указывается в решении, в деле не было предоставлено достаточных доказательств и не было проведено достаточно точного технического сравнения технологий, методов и информации, охраняемых коммерческой тайной, чтобы сделать вывод о том, что бывшие сотрудники истца подталкивали ответчика к получению доступа к коммерческой тайне. Это решение согласуется с толкованием положений о коммерческой тайне в законодательстве стран МЕРКОСУР, в соответствии с которым истец обязан предоставить четкие доказательства соответствующего поведения стороны, допустившей нарушение (см. статьи 195, XI и XII Закона Бразилии о промышленной собственности 9279/96), и того, что сторона, допустившая нарушение, имела намерение получить выгоду (см. статью 10 (j) Указа Аргентины о коммерческой лояльности 274/2019) от нарушения.

⁴²² См.: Cesar Flores, Segredo Industrial e o Know-How: Aspectos jurídicos internacionais, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2008, 33. См. также: José Henrique Pierangeli, Crimes contra a Propriedade Industrial & Crimes de Concorrência Desleal, São Paulo, Revista dos Tribunais 2003, 364.

⁴²³ Pierangeli, Crimes contra a propriedade industrial, at 365.

предметом принятия разумных мер, направленных на сохранение ее секретности физическим или юридическим лицом, которое ее произвело или правомерно контролирует. Получение информации, противоречащее честному коммерческому использованию: представляет собой незаконное поведение в форме нарушения договорных условий о конфиденциальности, злоупотребление доверием, нарушение конфиденциальности, подстрекательство к нарушениям и приобретение закрытой информации третьими лицами, которые осведомлены о том, что она была получена таким способом (статьи 2 и 3 Закона Парагвая о закрытой информации 3283/2007).

В решениях бразильских судов по делам о нарушениях коммерческой тайны учитываются положения статьи 10bis PC и статьи 39 ТРИПС⁴²⁴. В деле *Honda Motor Co. Ltda* против *Toyama do Brasil Máquinas Ltda.* истец утверждал, что ответчик действовал недобросовестно, и предъявил иск о недобросовестной конкуренции, поскольку последний использовал двигатель практически идентичных конструкции и внешнего вида, вводя потребителей в заблуждение. Суд признал, что доказательства не позволяют квалифицировать деяние как акт недобросовестной конкуренции, и подчеркнул, что «для того чтобы констатировать нечестность в конкурентной среде, необходимо знать не юридический, а фактический аспект. Необходимо, чтобы акты конкуренции противоречили постулату о «честном использовании в промышленных или торговых делах (Парижская конвенция, Ст. 10bis) или «честной коммерческой практике» (ТРИПС, Ст. 39), что всегда определяется в соответствии со спецификой конкретного рынка, в конкретном месте, в конкретное время».

4.2 Защита фирменного стиля

Законы стран МЕРКОСУР предусматривают защиту от нарушения фирменного стиля как от акта недобросовестной конкуренции⁴²⁵. В последнее время было принято множество судебных решений, в которых признается необходимость защиты фирменного стиля⁴²⁶. Например, в деле *Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda* против *Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda*, где рассматривалось нарушение фирменного стиля на основании сходства общего внешнего вида гимнастических снарядов, Верховный суд Бразилии установил, что «фирменный стиль» – это совокупность изображений, используемых для идентификации услуги или продукта, которые визуальным образом ассоциируются с брендом с целью привлечения клиентов. Его защита может осуществляться путем регистрации смешанного товарного знака, трехмерной фигуры или промышленного образца, или даже через институт защиты от недобросовестной конкуренции, если речь идет о незарегистрированных визуальных характеристиках (цвета, графические элементы, упаковка, надписи и т.д.). Таким образом, подразумевается, что вопросы недобросовестной конкуренции решаются в рамках вторичной защиты по Закону об интеллектуальной собственности, что лишает этот процесс объективности. Важно подчеркнуть, что визуальное оформление продуктов заслуживает правовой охраны независимо от любых других формальностей, поскольку для того, чтобы требовать их защиты⁴²⁷, не нужно их регистрировать – это утверждение

⁴²⁴ См.: Верховный суд Бразилии – STJ, 18 марта 2014 года, дело AREsp 467797/PR, *Honda Motor Company Ltda* против *Toyama do Brasil Maquinas Ltda.*

⁴²⁵ José Carlos Tinoco Soares, *Concorrência desleal vs. Trade Dress e/ou Conjunto-Imagem*, São Paulo, Editora do Autor, 2004.

⁴²⁶ Верховный суд Бразилии – STJ, 16 апреля 2021 года, дело REsp 1697466/RJ, *Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda* против *Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda.* См. также другие дела STJ: . 18 декабря 2018 года, дело Resp. 1527232/SP, *Natura Cosméticos S.A.* против *SS Industrial S.A.*; 05 декабря 2019 года, дело Resp. 1843339/SP, *Laboratorio Catarinense Ltda* против *Hypera S/A.*

⁴²⁷ Верховный суд Бразилии – STJ, 16 февраля 2021 года, дело REsp 1697466/RJ, 21. *Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda* против *Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda.* См. также: Апелляционный суд Уругвая, 24 июля 2013 года, дело SEF-0009-000124/2013 (0002-031564/2011), *Ferrero SPA* против *Merfix S.A.*, о подражании общему внешнему виду шоколадных конфет, в котором суд признал

соответствует решению Государственного суда по делу о нарушении фирменного стиля с требованием о возмещении соответствующего ущерба.

Следует отметить, что судебная практика последних лет свидетельствует о необходимости проведения официального экспертного анализа с учетом отличительных особенностей, функций, привычек потребителей и степени внимания среднего потребителя на конкретном рынке, того чтобы получить убедительные доказательства недобросовестного поведения на рынке⁴²⁸. Например, в деле Ritter Alimentos S/A против Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A Высший суд пояснил, что: «Выводы о подражании и недобросовестной конкуренции могут быть сделаны только по результатам исследования каждого конкретного случая. В данном случае необходима помощь эксперта, который сможет оценить аспекты рынка, привычки потребителей, методы рекламы и маркетинга, степень внимания среднестатистического или типичного потребителя продукта, время появления продукта на рынке, а также другие элементы, влияющие на внешний вид продукта или услуги»⁴²⁹.

4.4 Прочие случаи недобросовестного поведения с использованием новых технологий

Проблемы, возникающие в последнее время в связи с использованием новых технологий, например, Интернета, побудили страны МЕРКОСУР⁴³⁰ принять новые нормативные акты, регулирующие свободу, неприкосновенность частной жизни, обязанность прозрачности и нейтральность сети⁴³¹. В деле Insulfilm Do Brasil Ltda./Google Brasil Internet Ltda. суд штата Сан-Паулу после решения STJ, отметившего необходимость рассмотрения отдельных фактов дела, принял окончательное постановление, что Google должен удалить рекламу по ключевым словам, содержащую упоминание о товарном знаке INSULFILM, используемом конкурентами. В то же время Google не несет ответственности за ущерб, поскольку содержание рекламы было предоставлено рекламодателями, а не компанией Google⁴³².

Что касается актов недобросовестной конкуренции на онлайн-торговых площадках, то в странах МЕРКОСУР возникает еще один существенный спорный вопрос: может ли компания, управляющая онлайн-торговой площадкой, нести ответственность за недобросовестное поведение работающих на ней продавцов⁴³³.

нарушение фирменного стиля на основе того, что «Речь идет не о смешении названий Ferrero Rocher и Love Story, которого нет, а о том, как выглядит и выкладывается на прилавки продукция, что вызывает смешение у потребителя из-за определенного сходства оформления. Очевидно, что часть потребителей могут по ошибке купить шоколадные конфеты Love Story вместо Ferrero Rocher. Если перепутать названия продуктов нельзя, то их оформление (фирменный стиль) – можно».

⁴²⁸ См. Верховный суд Бразилии – STJ, 28 августа 2017 года, дело REsp 1353451/MG, Soppil Sociedade Paulista de Produtos Industriais Ltda. против Apolo Objetos de Arte Ltda. См. также другие дела STJ: от 13 марта 2018 года, дело 1591294/PR, BRF Brasil Foods S/A против Société des Produits Nestlé S/A. и 19 декабря 2018 года, дело 1778910/SP, Ritter Alimentos S/A против Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A.

⁴²⁹ См.: Верховный суд Бразилии – STJ, 19 декабря 2018, дело REsp 1778910/SP, Sicpa S/A против Valid Soluções S/A.

⁴³⁰ Бразильский Билль о правах в Интернете № 12965/2014 и нормативный указ № 8771/2016.

⁴³¹ Статья 3(IV) Закона о промышленной собственности 12965/2014.

⁴³² См. Верховный суд Бразилии – STJ, 29 марта 2019, дело AREsp 1383651/PR, Honda Motor Company Ltda против Toyota do Brasil Maquinas Ltda. См. также STJ, 09 апреля 2019 года, дело AREsp 1450872/SP, Google Brasil Internet Ltda против Estok Comércio e Representações S.A.

⁴³³ Хотя при рассмотрении дел потребителей на основании Закона о защите прав потребителей 8078/90 суды последовательно приходят к выводу об объективной ответственности всех участников цепочки поставок (см. Высший суд Бразилии – STJ, 27 мая 2020 года, дело REsp 1552080/GO, Paulo Horto Leilões Ltda против Mario Ribeiro de Castro), вопрос ответственности торговой площадки (B2W), связанной с актами недобросовестной конкуренции в отношении товаров и услуг, продаваемых третьими лицами, (торговая площадка отвечает за отмену рекламы при получении запроса, но не несет ответственности за ущерб в соответствии со статьей 19(I) Закона 12965/2014), пока не прояснен. См.: Апелляционный суд штата Сан-

CONARP подготовил руководство по маркетингу с привлечением лидеров общественного мнения⁴³⁴. В нем содержатся более структурированные положения, регулирующие эту деятельность. В руководстве подчеркивается принцип прозрачности: «Важно разъяснять отношения с рекламодателями и/или агентствами в размещаемых материалах». В 2020 году CONARP⁴³⁵ выпустил аналогичное руководство, в котором отмечается, что «распространяемая информация должна быть достоверной и не содержать обмана и преувеличений, подрывающих доверие общественности; не должно быть злоупотребления доверием и использования недостатка у аудитории культуры, знаний или опыта. Ни одно сообщение, прямое или косвенное, не может содержать описания, изображения или тексты, которые создают возможность запутать потребителя или заставляют его поверить, что описываемый продукт обладает характеристиками, не соответствующими его возможностям, за исключением явных преувеличений, используемых для развлечения или привлечения внимания».

Н. АРАБСКИЙ РЕГИОН*

Арабский мир имеет сложную, разнородную структуру; в него входят двадцать две страны⁴³⁶, разбросанные по трем основным регионам⁴³⁷ и объединенные арабским языком. Все арабские страны относятся к категории развивающихся: шесть из них входят в категорию наименее развитых стран⁴³⁸.

После возникновения централизованных арабских национальных государств их правовые системы претерпели радикальные изменения⁴³⁹. В разных странах приняты разные системы правосудия⁴⁴⁰ во всех странах, и нельзя считать, что арабская культура лежит в основе той или иной судебной системы⁴⁴¹.

Паулу – TJSP, 04 мая 2021 года, дело APC 1000500-63.2019.8.26.0073, B2W Companhia Digital против A.Israel).

⁴³⁴ CONAR Digital Influencer Advertising Guidelines (2021). Опубликовано по адресу <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/817b260b67384bac8682684c56460c63.shtml>.

⁴³⁵ CONARP Influencers Guide to the communication with commercial purposes. См. <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/817b260b67384bac8682684c56460c63.shtml>.

* Г-н Пьер Эль Хури, специалист по ИС/ИКТ, юрист и профессор, Университет Сажесс, Бейрут, Ливан.

⁴³⁶ Все арабские страны – члены Лиги арабских государств.

⁴³⁷ Северная Африка, Восточное Средиземноморье, или Ближний Восток, и Аравийский полуостров.

⁴³⁸ Коморские Острова, Джибути, Мавритания, Сомали, Судан и Йемен.

⁴³⁹ После окончания французского и британского мандатов новые арабские национальные государства возобновили усилия по модернизации своих законов и судебной системы.

⁴⁴⁰ Начиная с конца XIX века правовые системы в странах Арабского региона менялись по-разному, формировались сами и формировали роль судебных органов в развитии стран.

⁴⁴¹ В арабском регионе существовало три основных варианта правовых систем. Ряд государств продолжали придерживаться некодифицированной версии Шариата, как, например, Саудовская Аравия. В других государствах, которые во второй половине XIX века находились под управлением Османской империи, применялся Меджел, сохранившийся и после падения Османской империи и начала французского и британского мандатов. В третью группу вошли юрисдикции, которые заимствовали французское право, например, Ливан. Благодаря профессору Санхури в регионе появилось и четвертое направление развития правовой системы. Enid Hill, "Sanhūrī and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad Sanhūrī, Egyptian Jurist and Scholar: 1895–1971", Arab Law Quarterly Vol. 3, No. 1 (Feb., 1988), 33-64.

В большинстве арабских стран действует судебная система, основанная на французской.⁴⁴² Это частично обусловлено колониальным присутствием⁴⁴³, например, в Алжире, Джибути, Ливане, Марокко, Мавритании, Сирии и Тунисе.

Не существует единого свода законов, который применялся бы во всех или некоторых арабских странах. В настоящем докладе речь идет о законах и прецедентах в отдельных странах из каждого региона⁴⁴⁴. По мере необходимости для демонстрации защиты от недобросовестной конкуренции в государствах-членах ВОИС арабского региона добавляются примеры из других стран.

1. Законодательная база

Различия в уровнях развития и экономической структуре арабских стран наряду с глобализацией обусловили разнородные экономические, социальные и правовые изменения в регионе. Но в большинстве арабских стран идея рыночных отношений и свободы торговли священна, несмотря на отсутствие гармонизированных законов, направленных на решение вопросов борьбы с монополиями и недобросовестной конкуренции. На национальном уровне действуют нормативные акты, меры политики и специализированные органы, повышающие эффективность реформ в сфере государственного регулирования⁴⁴⁵. Они используются для регулирования конкуренции на всех рынках, в том числе для защиты потребителей от вводящих в заблуждение и агрессивных практик⁴⁴⁶. Наряду с антимонопольным законодательством, которое является неотъемлемым элементом социально-экономической структуры каждой из стран⁴⁴⁷, действуют положения о защите различных объектов от недобросовестной конкуренции. Национальные законы разных уровней предусматривают разные наказания для продавцов, которые применяют недобросовестную деловую практику в отношении своих конкурентов.

⁴⁴² За исключением Саудовской Аравии (где действует уникальная система, сочетающая религиозные суды и административные органы с судебной системой) и ряда стран Персидского залива, где есть свои важные нюансы (более заметная роль религиозных судов в семейных и уголовных делах).

⁴⁴³ Однако традиция правового сотрудничества не исключает стремления противостоять британскому присутствию.

⁴⁴⁴ Главным образом речь пойдет о Египте (который занимает лидирующие позиции в развитии законодательной и судебной практики на Ближнем Востоке, в частности на Аравийском полуострове), Ливане (действующий в Ливане закон о промышленной собственности – старейший из действующих в регионе; он содержит отдельные положения о недобросовестной конкуренции), Марокко (законодательный орган Марокко перевел статью 10bis и включил ее в закон об ИС) и ОАЭ (политическая система, структура общества и культурные особенности роднят эту страну с государствами Персидского залива). См. информацию о влиянии египетского законодательства на арабские страны в Ian Edge, "Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf", 34 Clev. St. L. Rev. 129-144 (1985-1986).

⁴⁴⁵ Королевство Саудовская Аравия приняло новый закон о конкуренции в соответствии с королевским указом № М/75 от 2019 года с целью борьбы с недобросовестной практикой, затрагивающей интересы потребителей, в интересах развития экономики и обеспечения добросовестной конкуренции на рынке; Бахрейн в 2018 году издал закон №31 о поощрении и защите конкуренции во имя дальнейшей диверсификации и либерализации экономики; Иордания приняла закон о конкуренции №. 33 от 2004 года, охватывающий сговоры, препятствующие конкуренции, злоупотребление доминирующим положением, регулирование слияний и поглощений и обеспечение справедливости экономических сделок; в 2005 году в Египте был принят Закон о конкуренции № 3, призванный обеспечить, чтобы экономическая деятельность не препятствовала и не ограничивала свободу конкуренции.

⁴⁴⁶ Во всех арабских странах, за исключением Ливана и Ливии, либо действуют законы, либо существуют меры политики и специализированные ведомства или советы по борьбе с практикой, препятствующей конкуренции, призванные содействовать дальнейшей диверсификации и либерализации экономики. В 2019 году в парламент Ливана был внесен законопроект о конкуренции, в значительной степени опирающийся на французское законодательство, однако он до сих пор не принят.

⁴⁴⁷ Законы о конкуренции, не дополняемые законами о защите прав потребителей, не смогли защитить потребителей от ущерба со стороны компаний, поскольку законы о конкуренции не охватывают проблемы потребителей в полном объеме. Hassan Qaqaya and George Lipimile, *The Effects of Anti-Competitive Business Practices on Developing Countries and their Development Prospects*, UNCTAD, 2008, 68. Опубликовано по адресу https://unctad.org/en/docs/ditcclp20082_en.pdf.

Ряд стран ввели в свои законы об интеллектуальной собственности специальные положения о недобросовестной конкуренции, опираясь на основной закон об ИС. Закон, действующий в Ливане, содержит всего две статьи, посвященные недобросовестной конкуренции, и наделяет суды правом решать, признавать ли то или иное действие актом недобросовестной конкуренции⁴⁴⁸. Но эти положения достаточно широки и охватывают случаи, связанные с правами промышленной собственности и их нарушением, которое может считаться одним из видов недобросовестной конкуренции. Ливанские ученые выделяют следующие виды недобросовестной конкуренции: создание смешения, т.е. ситуации, когда потребитель путает двух конкурентов, их предприятия или их продукцию, например, путем подделки фирменного наименования, товарного знака, дизайна или модели; клевета; создание сбоев на рынке с помощью сравнительной рекламы. В теории недобросовестной конкуренции появилось относительно новая концепция – «паразитизм».⁴⁴⁹

В соответствии с общим критерием, осуждающим любые действия, противоречащие честной практике в промышленной или коммерческой сфере, в Марокко⁴⁵⁰, Омане⁴⁵¹ и Сирии⁴⁵² были приняты аналогичные положения. Это, в частности, все действия любого рода, которые могут вызвать смешение с предприятием конкурента, его продукцией, его промышленной или коммерческой деятельностью; любые ложные утверждения при ведении торговли, если они могут нанести ущерб репутации предприятия конкурента, его продукции или его промышленной или коммерческой деятельности; любое заявление или утверждение, которое в ходе торговли введет общественность в заблуждение относительно характера, метода производства, характеристик, пригодности для использования или количества товара⁴⁵³.

Другие страны включили положения о недобросовестной конкуренции в различные законы. Закон Объединенных Арабских Эмиратов «О борьбе с мошенничеством и обманом в коммерческих сделках»⁴⁵⁴ предусматривает прямой запрет на совершение продавцом, производителем или изготовителем таких действий, как прямое или косвенное использование неверного или вводящего в заблуждение утверждения о происхождении или источнике товара, о личности его производителя или изготовителя. Также запрещается:

- прямо или косвенно использовать некорректное или вводящее в заблуждение оригинальное наименование или имитацию оригинального наименования, даже при указании реального происхождения товара, или использовать наименование в переводе или в сопровождении таких слов, как «образец», «модель», «имитация» и т.п.;

⁴⁴⁸ Закон Ливана о коммерческой и промышленной собственности № 2385 от 1924 года, раздел 5 «Незаконная конкуренция», статьи 97 и 98.

⁴⁴⁹ Паразитизм – это использование конкурентом действий и усилий оппонента так, чтобы избежать себя от необходимости совершать те же действия и усилия.

⁴⁵⁰ Закон Марокко о промышленной собственности №17–97 от 2000 года, глава VI, раздел 3 «Недобросовестная конкуренция».

⁴⁵¹ Королевский указ Омана №67 от 2008 года «О введении в действие Закона о правах промышленной собственности, часть III «Защита от недобросовестной конкуренции»

⁴⁵² Закон Сирии №8 от 2007 года «О товарных знаках, географических указаниях, промышленных образцах и недобросовестной конкуренции, Глава VI «Защита от недобросовестной конкуренции и защита коммерческой тайны»

⁴⁵³ Статья 184 Закона Марокко №17–97 от 2000 года и статья 116 вышеупомянутого Закона Сирии №8 от 2007 года.

⁴⁵⁴ Министерское решение №26 от 1984 года «Об исполнительном регламенте Закона №4 от 1979 года "О борьбе с мошенничеством и обманом в коммерческих сделках"» (с изменениями, внесенными Министерским решением №26 от 2003 года), глава 1 «Торговые данные и недобросовестная конкуренция», статья 5. Опубликовано на сайте: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/19818>

- умышленно использовать поддельный или имитированный товарный знак и каким-либо образом изменять товарный знак;
- осуществлять действия, вызывающие смешение в любом виде с коммерческими наименованиями конкурентов, их продукцией, их промышленной или коммерческой деятельностью.

Кодекс коммерческих сделок Объединенных Арабских Эмиратов⁴⁵⁵ запрещает продавцу подстрекать сотрудников или рабочих конкурента к переманиванию клиентов или разглашению секретов конкурента. Кроме того, продавец не может прибегать к мошенничеству и обману при сбыте своих товаров и не может распространять или публиковать ложные сведения, наносящие ущерб интересам продавца-конкурента; в противном случае он обязан возместить убытки.

Иордания приняла специальный закон, направленный на более эффективное обеспечение применения запрета на недобросовестную конкуренцию, содержащегося в Парижской конвенции. В этот закон вошли положения статьи 10bis(1) ПК, к которым были добавлены другие осуждаемые действия⁴⁵⁶. Это прежде всего любая практика, наносящая ущерб репутации другого товара, вызывающая смешение в отношении общей формы или описания другого товара или вводящая общественность в заблуждение при объявлении цены товара или метода ее подсчета; любое действие, ведущее к размыванию отличительных характеристик товара, и любая имитация его объемного контура, его веса, размера, оформления и упаковки, а также рисунков и украшений на нем. Помимо этого, закон обеспечивает защиту от актов недобросовестной конкуренции, вводящих общественность в заблуждение относительно товарного знака, используемого в Иордании, независимо от того, зарегистрирован ли такой знак. Он регулирует все отличительные знаки, независимо от того, являются ли они общеизвестным с точки зрения законов о товарных знаках. Таким образом, если владелец товарного знака заявляет о нарушении прав на его знак, он может не только воспользоваться средствами правовой защиты, предусмотренными законом о товарных знаках, но и подать иск о возмещении ущерба.

Торговый кодекс Египта устанавливает общие нормы в отношении недобросовестной конкуренции; таковой считается любое действие, нарушающее обычаи и принципы, соблюдаемые при совершении сделок. Это, в частности, нарушение знаков, неправомерное использование торговых названий, патентов и неправомерное завладение коммерческой тайной третьих лиц, подстрекательство сотрудников к разглашению коммерческой тайны или к увольнению с работы, а также любые действия или заявления, которые могут вызвать смешение с предприятием или продукцией, ослабить доверие к владельцу, руководителям или продукции предприятия⁴⁵⁷. Кроме того, в Египте действует Закон о защите прав потребителей, в котором признаются недопустимыми действия, которые могут создать у потребителя неверное впечатление, ввести его в заблуждение, вызвать смешение или заставить его совершить ошибку⁴⁵⁸.

Законодательный орган Алжира не установил конкретных условий для открытия дела о недобросовестной конкуренции. Закон о правилах коммерческой практики запрещает

⁴⁵⁵ Кодекс коммерческих сделок ОАЭ, введенный в действие Федеральным законом №18 от 1993 года, Часть вторая, Глава первая «Место ведения деятельности, коммерческое наименование и недобросовестная конкуренция», статьи 64–70. Размещен на сайте <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/10465>.

⁴⁵⁶ Закон Иордании №15 от 2000 года о недобросовестной конкуренции и торговых секретах, статья 2. Размещен на сайте <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/128321>.

⁴⁵⁷ Торговый кодекс Египта, введенный в действие Законом №17 от 1999 года, Часть II «Коммерческие обязательства и контракты», статья 66. Размещен на сайте <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/13558>

⁴⁵⁸ Закон Египта о защите прав потребителей, введенный в действие законом №67 от 2006 года, статья 6. Размещен по адресу <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg012en.pdf>

любую противоречащую честным и добросовестным обычаям недобросовестную коммерческую практику, посредством которой хозяйствующий субъект наносит ущерб интересам других субъектов экономической деятельности; такая практика включает распространение вредоносной информации с очернением продукции или услуг конкурента; имитацию отличительных знаков, продукции или услуг конкурента и рекламу с целью привлечения клиентов путем создания риска смешения⁴⁵⁹.

В большинстве арабских стран концепция недобросовестной конкуренции формировалась в судебной практике на основе положений о гражданской ответственности или генеральном деликте⁴⁶⁰. Должны быть соблюдены три условия: наличие вины или нарушение юридического обязательства, предусмотренного законом; ущерб; и наличие причинно-следственной связи между ущербом и виной.

Принятые в арабских странах правила в отношении недобросовестной конкуренции обеспечивают регулирование рынков путем предотвращения и пресечения ущерба в процессе коммерческой деятельности, связанного как с нарушениями, причиненными субъектом экономической деятельности, так и с нарушением правил конкуренции, и тем самым защищают интересы потребителей, даже если такая защита не считается их основной целью. Как правило, судебные разбирательства по обвинению в недобросовестной конкуренции призваны обеспечить защиту продавцов, а не потребителей, если только положение об осуждаемом деянии не закреплено в законе или нормативном документе о защите прав потребителей или не связано с таким законом или документом. В последнем случае защита также предоставляется потребителям, которые могут подать иск в суд против стороны, нарушающей право.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

В арабских странах нет единого подхода ни к применению статьи 10bis(2) ПК, ни тем более к толкованию концепции защиты от недобросовестной конкуренции. При определении того, что представляет собой соблюдение принципов добросовестной практики, в основном применяется нормативный подход с опорой на представления о честности в коммерции. Критерии формируются с опорой на гибкие, общие положения в законах арабских стран. В положениях статутного права не закреплено точное значение выражения «честная практика в промышленных и торговых делах». Не существует и общего определения честной или нечестной практики, есть лишь критерии, вытекающие из судебных прецедентов.

Несмотря на различия между странами, в регионе выделены виды практики, которые считаются недобросовестными. В законах ряда арабских стран, например, Египта, Алжира, Иордании, Объединенных Арабских Эмиратов и Марокко, прямо перечисляются и запрещаются конкретные действия. В других странах, например, в Ливане подробно разработанная типология актов недобросовестной конкуренции отсутствует. Однако в большинстве арабских стран судебные органы имеют право решать отдельно в каждом конкретном случае, является ли то или иное действие «честным» или «нечестным».

Например, законодательством Ливана не определяются конкретные акты недобросовестной конкуренции, но предусматривается всеобъемлющий, гибкий

⁴⁵⁹ Закон Алжира №04–02 от 2004 года «О правилах коммерческой практики», глава IV, статья 26. Размещен на сайте <https://wipolex.wipo.int/ru/text/333918>.

⁴⁶⁰ Чтобы установить, что действия составляют недобросовестную конкуренцию, можно использовать концепцию злоупотребления правом. На нормативном уровне считается, что добросовестная конкуренция представляет собой использование права, которым торговцы обладают в соответствии с торговыми обычаями, а недобросовестная конкуренция – злоупотребление таким правом. Суды признают, что имело место злоупотребление правом, на основе принципа вины.

механизм судопроизводства. Такой механизм применяется ко всем возможным актам недобросовестной конкуренции. С одной стороны, он обеспечивает защиту закрепленных в законе об ИС исключительных прав, в основном в отношении товарных знаков, которым ввиду невыполнения условий для уголовного преследования не обеспечивается защита в уголовном порядке, предусмотренная вышеуказанным законом или положениями Уголовного кодекса Ливана. С другой стороны, закон дает судье возможность отдельно оценивать все ситуации, к которым неприменим тот или иной конкретный законодательный акт⁴⁶¹. Последние представляют собой любое деяние, в отношении которого суды вправе принимать соответствующие решения по своему усмотрению.

Суды в арабских странах пытались выработать определение недобросовестной конкуренции и использовали разные формулировки: в одних акцент делался на используемых в недобросовестной конкуренции средствах, а в других – на намерениях. Например, Кассационный суд Египта определил недобросовестную конкуренцию как правонарушение, за которое виновник несет наказание в виде компенсации причиненного ему ущерба. В соответствии с этим подходом действия, осуществляемые с нарушением законов или обычаев, и использование при совершении сделок средств, нарушающих принципы доверия и чести, считаются нарушением принципов добросовестной конкуренции, если они направлены на создание смешения между двумя коммерческими организациями или на дезорганизацию одной из них путем переманивания клиентов в другую либо если они ведут к потере клиентов одной из организаций⁴⁶².

Недобросовестная конкуренция упоминается во многих решениях судов в Объединенных Арабских Эмиратах, но определение ей не дается⁴⁶³. Например, Федеральный верховный суд Объединенных Арабских Эмиратов заявил, что товарный знак не может быть зарегистрирован, если он идентичен или ранее зарегистрированному товарному знаку или подобен такому знаку, подразумевая, что отказ в просьбе о регистрации товарного знака должен быть обусловлен наличием сходного или идентичного товарного знака, зарегистрированного на другое имя, и что этот отказ призван защитить других лиц и пресечь недобросовестную конкуренцию. В другом деле Суд использовал фразу «нарушающий принципы добросовестной конкуренции»⁴⁶⁴.

Кассационный суд Ливана заявил, что «продавец должен следовать принципам юридической добросовестности, которых продавцы могут придерживаться в конкурентной среде. Если продавец в процессе конкуренции использует подозрительные или искаженные методы, такое поведение считается недобросовестной конкуренцией»⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Закон Ливана о коммерческой и промышленной собственности №2385 от 1924 года, раздел 5 «Незаконная конкуренция», статьи 97 и 98. «Недобросовестной конкуренцией считаются следующие действия: 1. Любое нарушение настоящего закона, при котором не выполняется одно из требований для применения санкций, предусмотренных разделом 6 ниже. 2. Любое действие, которое суды вправе считать составляющим недобросовестную конкуренцию».

⁴⁶² Решение Кассационного суда Египта №62 от 25 июня 1959 года, цитируется в публикации Ramzi Madi and Mohammad Almistarehi, "The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark", Int. J. Economics and Business Research Vol. 19, No.1, (2020), 46.

⁴⁶³ Ни в Кодексе коммерческих сделок ОАЭ, ни в решениях судов страны не упоминается определение понятия «недобросовестная конкуренция». Суды во многих решениях использовали определения, закрепленные в вышеуказанном кодексе и связанные с недобросовестной конкуренцией в сфере коммерческой деятельности, для защиты незарегистрированных товарных знаков. Кодекс коммерческих сделок ОАЭ, введенный в действие Федеральным законом №18 от 1993 года. Размещен на сайте: <https://wipolex.wipo.int/ru/legislation/details/10465>.

⁴⁶⁴ Соответственно кассация №509 2010 года и Кассация №586 2015 года, цитируется в публикации Madi and Almistarehi, "The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark", 46.

⁴⁶⁵ Решение Кассационного суда Ливана №116 от 23.10.1969, опубликовано на арабском языке по адресу <http://legallaw.ul.edu.lb/>

Из различных судебных определений можно вывести общие отличительные характеристики недобросовестной конкуренции: совершение в конкурентной борьбе действий, не соответствующих правилам честности, чести и добросовестности, принятым в коммерческих кругах и соответствующим коммерческим обычаям, независимо от того, были ли эти действия совершены недобросовестно или добросовестно; в такой конкуренции участвуют лица, занимающиеся одинаковыми или подобными видами коммерческой деятельности; оценку таких конкурентных отношений осуществляет суд первой инстанции; такие действия противоречат коммерческим законам и обычаям и причиняют вред.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Суды установили следующие три критерия для признания акта недобросовестной конкуренции: наличие конкуренции между двумя сторонами; и акт недобросовестной конкуренции, совершенный одной из сторон. Как правило, суды ищут доказательства совершения такого акта ответчиком и изучают, какой ущерб понесла потерпевшая сторона.

Что касается недобросовестных действий, перечисленных в статье 10bis(3) ПК, то в законах ряда арабских стран, как правило, признаются правонарушениями использование, вызывающее смешение (3.1), дискредитирующие и порочащие утверждения (3.2) и практика, направленная на введение в заблуждение (3.3).

3.1 Создание смешения

Акты недобросовестной конкуренции, направленные на создание смешения, в целом вытекают из таких действий в конкурентной сфере, как переманивание клиентов конкурента в аналогичной сфере деятельности, покупателей аналогичных продуктов или услуг. В иных случаях представить доказательства вероятного смешения представляется затруднительным. Смешение может иметь место в отношении не только зарегистрированного товарного знака, но и других отличительных признаков товара или услуги, таких как их особый внешний вид, их происхождение и характеристики. В Иордании суды установили в качестве одного из критериев для квалификации действия как недобросовестной конкуренции создание смешения⁴⁶⁶ или как минимум риска смешения⁴⁶⁷ между двумя товарными знаками. В Ливане в судебных решениях неоднократно указывалось, что недобросовестную конкуренцию составляет создание для среднего потребителя риска смешения двух товаров или услуг, а не двух зарегистрированных товарных знаков⁴⁶⁸. В Марокко Кассационный суд постановил, что важно сходство, а не различие между двумя товарными знаками⁴⁶⁹, при этом смешение должно квалифицироваться как правонарушение только в случаях, если два конкурента находятся в географической близости друг от друга⁴⁷⁰, за исключением случаев, когда

⁴⁶⁶ Кассационный суд Иордании, дело №355 от 27 февраля 2002 года, Пленарное заседание, (дело Value Plus), цитируется в публикации Antoine Nachef, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, AlGhazal, Beirut, 2009, 530.

⁴⁶⁷ Суд высшей инстанции Иордании, дело №427 от 7 января 2000 года, *Judicial Journal* (2000), 366.

⁴⁶⁸ Кассационный суд Ливана, дело №7 от 7 февраля 2002 года (дело Gezaïri); Суд первой инстанции Бейрута, решение №1080 от 28 октября 1998 года (дело Sodeco); Апелляционный суд Бейрута, дело №916 от 13 июня 1968 года, дело №571 от 8 мая 1971 года и дело №124 от 16 июня 1987 года. Опубликовано на арабском языке по адресу <http://www.legallaw.ul.edu.lb>

⁴⁶⁹ Кассационный суд Марокко, дело №142 от 7 февраля 2007 года, коммерческое дело №1430 от 3 января 2006 года, цитируется в публикации *Trademark Guide*, OMPIC, 66.

⁴⁷⁰ Коммерческий суд Касабланки, дело №3420 от 24 марта 2008 года, коммерческое дело №9993/61/2007, опубликовано в *Commercial Court Gazette*, II, September 2011, Association for the dissemination of legal and judicial information, 37.

речь идет об использовании одного и того же общеизвестного товарного знака⁴⁷¹. Кассационный суд Абу-Даби упомянул недобросовестную конкуренцию в ряде своих постановлений и указал, что «было также решено, что правовая охрана коммерческих названий представляет собой защиту от недобросовестной конкуренции, то есть действий, которые могут вызвать смешение с другим конкурентом, его продукцией или его коммерческой деятельностью»⁴⁷².

В других делах о смешении суды постановили, что важен общий образ, который запечатлевается в сознании потребителя, а различия между двумя товарными знаками должны быть четкими, не создающими смешения и двусмысленности⁴⁷³.

3.2 *Дискредитирующие и порочащие утверждения*

В эту категорию входят действия, направленные против продукции или услуг конкурента, в виде критики их качества, высокой цены или утверждений об опасности их использования. Порочащие утверждения о продукте как не соответствующем рекламируемым характеристикам, даже без прямого упоминания конкурирующего продукта, считаются нечестным действием. Достаточно даже косвенного намека, особенно если общественности легко понять, какой продукт является объектом порочащих утверждений⁴⁷⁴. В число недобросовестных действий входят нанесение ущерба репутации конкурента путем заявлений, что он находится на грани банкротства или употребляет наркотические средства, распространение ложных сведений с целью снизить стоимость товара как некачественного, и утверждение, что товар представляет собой подделку, непригоден для потребления или вреден для здоровья потребителей⁴⁷⁵. В ОАЭ наказуемыми актами недобросовестной конкуренции считаются ложные утверждения и дискредитация⁴⁷⁶.

Верховный федеральный суд Объединенных Арабских Эмиратов в решении, вынесенном в 1994 году⁴⁷⁷, постановил, что если кто-либо имитирует, подделывает или использует товарный знак и применяет его к аналогичным товарам или услугам, то это считается посягательством на право владельца товарного знака, которое наносит ему ущерб в связи со снижением доверия к его товарам или услугам, узнаваемым благодаря товарному знаку⁴⁷⁸.

3.3 *Вводящие в заблуждение указания или утверждения*

В некоторых арабских странах, таких как ОАЭ, существует правовая презумпция допустимости сравнительной рекламы ввиду отсутствия регулирующего ее отдельного

⁴⁷¹ Коммерческий суд Танжера, дело №58 от 24 января 2008 года, коммерческое дело №1596/33/2006.

⁴⁷² Кассационное решение №752, судебный год 7, от 13.12.2013. Сборник решений Кассационного суда Абу-Даби за 2013 год, стр. 2479–2484

⁴⁷³ Гражданский суд первой инстанции Дубая, дело №123 от 30 мая 1990 года (дело LifeBuoy); и Гражданский суд первой инстанции Дубая, дело №683 от 22 октября 1990 года (дело Lipton); и Гражданский суд первой инстанции Дубая, дело №1157 от 18 октября 1990 года (дело Sunsilk), цитируется в Nachef, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, 532–537.

⁴⁷⁴ Судья Бейрута по ускоренному рассмотрению дел, 1998 год, постановление цитируется в Nachef, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, 220.

⁴⁷⁵ Mohamad Ali Helalat and Murad Ali Al-Tarawneh, “Cases of Unfair Competition under the Unfair Competition and Trade Secrets Law and the Jordanian Judiciary”, *International Journal of Business and Social Science* Vol. 6, No. 11, (November 2015), 64.

⁴⁷⁶ Кодекс коммерческих сделок ОАЭ, введенный в действие Федеральным законом №18 от 1993 года, Часть вторая, Глава первая «Место ведения деятельности, коммерческое наименование и недобросовестная конкуренция», статья 66.

⁴⁷⁷ Кассационный суд ОАЭ, дело №60 от 4 июля 1994 года, Сборник решений, принятых Федеральным Верховным судом в 1994 году, 590, цитируется в Madi and Almistarehi, *The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark*, 52.

⁴⁷⁸ Владелец товарного знака имеет право обратиться в суд с иском о недобросовестной конкуренции на основании статьи 282 Закона о гражданских сделках и положений статьи 66 Закона о коммерческих сделках.

закона, с ограничениями в отношении случаев недобросовестной торговой практики⁴⁷⁹. Кроме того, существуют и другие факторы, которые могут повлиять на присутствие в регионе сравнительной рекламы. Например, в Саудовской Аравии и Кувейте сравнительная реклама запрещена, поскольку она не соответствует положениям Шариата⁴⁸⁰. В Марокко суд вынес обвинительное заключение по делу о вводящей в заблуждение рекламе, которая породила сомнения в происхождении товара и нанесла ущерб коммерческой репутации его владельца⁴⁸¹.

Под действиями, вводящими в заблуждение, могут подразумеваться различные концепции, предусмотренные законами различных арабских стран:

- любые ложные утверждения при ведении торговли;
- любое заявление или утверждение, использование которого при ведении торговли может ввести общественность в заблуждение относительно характера товара, способа его изготовления, его свойств, пригодности для использования или количества⁴⁸²;
- любое прямое или косвенное использование некорректного или вводящего в заблуждение утверждения о происхождении или источнике товара и о личности его производителя или изготовителя;
- любое прямое или косвенное использование некорректного или вводящего в заблуждение оригинального наименования или имитации оригинального наименования, даже при указании реального происхождения товара, и использование наименования в переводе или в сопровождении таких слов, как тип, модель, имитация и т.п.;
- умышленное использование поддельного или имитированного товарного знака, или изменение товарного знака любым способом⁴⁸³;
- ложное заявление о статусе, степени или награде или любое другое действие, вводящее в заблуждение, преследующее цель переманить клиентов конкурирующего продавца; и т.д.⁴⁸⁴;
- любая практика, вводящая общественность в заблуждение в отношении заявления цены товара или метода ее подсчета⁴⁸⁵;

⁴⁷⁹ Хотя положения Федерального закона ОАЭ о торговых марках №37 от 1992 года запрещают незаконное использование зарегистрированного товарного знака, в нем отсутствует отдельное положение о добросовестном использовании наименования или товарного знака конкурента.

⁴⁸⁰ Шариат (система правил, на которых строится исламское право) призывает не стремиться к выигрышу в конкурентной борьбе путем нанесения вреда другим, поэтому в Саудовской Аравии и Кувейте сравнительная реклама воспринимается как недостойный подражания пример противостояния и хвастовства.

⁴⁸¹ Создание у общественности подозрений относительно источника и владельца продукта. Коммерческий суд Касабланки, дело №768 от 25 января 2010 года, коммерческое дело №3867/16/2009.

⁴⁸² Статья 184 Закона Марокко №17–97 от 2000 года и статья 116 вышеупомянутого Закона Сирии №8 от 2007 года.

⁴⁸³ Министерское решение №26 от 1984 года «Об исполнительном регламенте Закона №4 от 1979 года "О борьбе с мошенничеством и обманом в коммерческих сделках"» (с изменениями, внесенными Министерским решением №26 от 2003 года), Глава 1 «Торговые данные и недобросовестная конкуренция», статья 5. Опубликовано на сайте: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/19818>

⁴⁸⁴ Кодекс коммерческих сделок ОАЭ, введенный в действие Федеральным законом №18 от 1993 года, Часть вторая, Глава первая «Место ведения деятельности, коммерческое наименование и недобросовестная конкуренция», статья 65.

⁴⁸⁵ Например, информация о пищевых продуктах (натуральные, экологичные, обезжиренные или с низким содержанием жира) или информация на пачках сигарет о содержании никотина и смол. Закон Иордании №15 от 2000 года «О недобросовестной конкуренции и коммерческой тайне, статья 2. Размещен на сайте <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/128321>.

- любое действие, которое может создать у потребителя неверное впечатление, ввести его в заблуждение, вызвать смещение или заставить его совершить ошибку⁴⁸⁶.

В первом судебном решении по делу о товарных знаках в Объединенных Арабских Эмиратах⁴⁸⁷ было признано, что защита товарных знаков должна обеспечиваться в рамках законов о недобросовестной конкуренции. Истцом был агент голландской компании, производящей известные молочные консервы под торговой маркой Rainbow. Компания-ответчик импортировала для продажи уступающий им по качеству продукт под названием Rainshow. Гражданский суд Абу-Даби постановил, что нарушение прав на товарный знак является одной из форм недобросовестной конкуренции. Государству важно защитить своих граждан от поддельных и, возможно, опасных товаров массового потребления. В качестве критерия было выбрано сходство используемых названий. Признавая не только вред от недобросовестной конкуренции, но и необходимость защиты потребителей от действий, вводящих в заблуждение, суд вынес следующее постановление:

«Если появляется производитель или продавец, который пользуется трудностями и расходами, возникшими у других лиц, чтобы получить преимущество для себя, и, желая получить выгоду и прибыль, имитирует или копирует известные торговые марки или бренды, то он не только нарушает законные права человека, но и умышленно обманывает потребителей [...] Обязанность Суда заключается не только в защите прав сторон, которые предстали перед ним, ожидая от него правосудия, но и в защите прав граждан, за счет которых производители и продавцы обеспечивают свое благосостояние. Гражданин имеет право покупать то, что ему нравится, на деньги, которые он платит.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

Недобросовестной конкуренцией могут считаться не только акты, упомянутые в трех пунктах статьи 10bis(3) ПК, но и другие действия: рабское подражание (4.1), недобросовестное использование с уклонением от оплаты (4.2) и неправомерное завладение коммерческой тайной (4.3). Ни в одной арабской стране нет специальных правил, касающихся новых технологий и связанных с ними маркетинговых инструментов.

4.1 Слепое подражание

В законодательстве арабских стран не упоминается защита от слепого подражания или от слепого копирования продуктов или услуг сама по себе. Суды могут принимать решения об установлении ответственности за рабское подражание как за форму недобросовестной конкуренции по своему усмотрению, даже при невыполнении условий для применения положений о защите прав ИС. Об этом прямо говорится в статье 97 Закона Ливана о коммерческой и промышленной собственности №2385 от 1924 года: «Любое нарушение настоящего закона, при котором не выполняется одно из требований для применения санкций, предусмотренных разделом 6 ниже»⁴⁸⁸.

4.2 Недобросовестное использование с уклонением от оплаты

⁴⁸⁶ Закон Египта о защите прав потребителей, введенный в действие законом №67 от 2006 года, статья 6. Размещен по адресу <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg012en.pdf>

⁴⁸⁷ Thani ben Murshid & Co. и The African Co. против Refrigerator Al-Nawis Co. (1973 год) (Гражданский суд Абу-Даби), с подтверждением, (1973 год) (Апелляционный суд), I.I.C. 883 (1981), процитировано в публикации Ian Edge, Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf, 34 Clev. St. L. Rev. 129 (1985–1986), 142.

⁴⁸⁸ О судебных делах с применением этой статьи в Ливане не сообщалось.

Ни один закон о товарных знаках, действующий в арабских странах, прямо не предусматривает защиты от действий, размывающих товарный знак, от действий, порочащих репутацию его владельца, или от недобросовестного использования с уклонением от оплаты. Тем не менее владельцы товарных знаков могут пользоваться гражданской защитой в соответствии с правилами в отношении недобросовестной конкуренции⁴⁸⁹.

В ряде арабских стран используется относительно новая концепция недобросовестной конкуренции – концепция «паразитирования». Например, суды Ливана определили паразитическое поведение как действие, при котором лицо использует экономические блага, созданные с помощью конкретного проекта, который приобрел определенную известность и конкурентное преимущество перед другими. «Паразит» – это лицо, не пользующееся той же известностью, что и другое лицо, но получает выгоду от его усилий, репутации и славы⁴⁹⁰. Одним из наиболее примечательных решений, в котором четко сформулирована концепция «паразитической конкуренции» как одной из форм недобросовестной конкуренции, является решение Апелляционного суда Бейрута по делу Chandon Paris (нижнее белье и одежда) против Moët & Chandon (алкоголь) 1993 года⁴⁹¹. В нем было прямо указано, что принадлежность товаров к разным категориям не препятствует квалификации действий как актов недобросовестной конкуренции в случаях, когда контрафактный товарный знак имеет международную известность. Апеллянт воспользовался известным товарным знаком, не приложив собственных усилий, что представляло собой акт недобросовестной «паразитической» конкуренции. По мнению суда, апеллянт нарушил принципы чести и разумной торговли и нанес материальный и моральный вред, сделав так, чтобы покупатели перестали воспринимать бренд как уникальный и стали считать его популярным брендом разных товаров, продаваемых на рынке. Кроме того, Суд указал, что критерии для квалификации действия как акта недобросовестной конкуренции следует считать удовлетворенными, даже если товар апеллянта отличается от другого товара.

4.3 Защита коммерческой тайны

Лишь в нескольких арабских странах существуют специальные законы, касающиеся коммерческой тайны⁴⁹². Правовая защита коммерческой тайны основывается на специальных положениях или решениях судов в отношении защиты конфиденциальной информации⁴⁹³.

Закон о недобросовестной конкуренции и коммерческой тайне Иордании признает недопустимым нарушение обязанности соблюдать конфиденциальность в разных формах⁴⁹⁴. Согласно разделу 6 Закона, неправомерное использование информации, составляющей коммерческую тайну, может считаться нарушением честной

⁴⁸⁹ Бейрутский апелляционный суд, Гражданский 1-й округ, дело №571 от 8 мая 1971 года, Rani Sader, The Reference on IP Cases, Sader, Lebanon, 2006, 275; Кассационный суд Египта, дело №436, судебный год 22, 14 июня 1956 года; Кассационный суд Египта, дело №877, судебный год 36, 23 мая 1966 года, цитируется в Samiha Al Kalioubi, Industrial Property, 6th ed., Dar Al Nahda El Arabia, Egypt, 2007, 580.

⁴⁹⁰ Суд первой инстанции Горного Ливана, дело №23 от 30 октября 2000 года, опубликовано на арабском языке по адресу <http://www.legallaw.ul.edu.lb>

⁴⁹¹ Апелляционный суд Бейрута, дело №264 от 3 мая 1993 года, Sader, The Reference on IP Cases, 127.

⁴⁹² Бахрейн (Закон о коммерческой тайне №7 от 2003 года), Иордания (Закон о недобросовестной конкуренции и коммерческой тайне №15 от 2000 года), Катар (Закон о коммерческой тайне №5 от 2005 года), Саудовская Аравия (Министерский указ №50 от 2005 года), ОАЭ (Закон Международного финансового центра Дубая №4 от 2019 года), Йемен (Закон о патентах, полезных моделях, топологии интегральных микросхем и нераскрытой информации №2 от 2011 года). Размещен на сайте <https://wipoex.wipo.int>

⁴⁹³ Например, Марокко (Закон о труде №35 от 2003 года), Оман (Закон об интеллектуальной собственности №67 от 2008 года), Сирия (Закон о труде №17 от 2004 года), ОАЭ (Закон о гражданских сделках №5 от 1985 года и Закон о коммерческих компаниях №2 от 2015 года).

⁴⁹⁴ Закон Иордании №15 от 2000 года о недобросовестной конкуренции и коммерческой тайне, опубликован по адресу <https://www.wipo.int/wipoex/ru/text/128321>

коммерческой практики. В частности, речь идет о нарушении договорных обязательств, касающихся конфиденциальной информации и коммерческой тайны, передаваемых в рамках соглашения, в нарушение принципов честной коммерческой практики. Закон дает владельцу коммерческой тайны право требовать компенсации в связи с любым ущербом, нанесенным вследствие неправомерного использования коммерческой тайны, и требовать прекращения неправомерного использования и конфискации материалов, содержащих неправомерно использованную коммерческую тайну, или продукции, произведенной в результате неправомерного использования коммерческой тайны.

В Омане действуют прямо сформулированные положения о защите коммерческой тайны от недобросовестной конкуренции, не зависящие от любых законодательных положений, защищающих права ИС, и дополняющие их. Статьей 60 Закона об интеллектуальной собственности Омана – Королевского указа Омана №67 от 2008 года – предусматривается, что приобретение нераскрытой информации третьими лицами, которые были осведомлены о том, что такие действия, как нарушение договора, нарушение доверия и склонение к нарушению, включая приобретение третьими лицами нераскрытой информации, представляют собой акты недобросовестной конкуренции, или чья неосведомленность о вышесказанном составляла грубую небрежность⁴⁹⁵.

I. КИТАЙ*

1. Законодательная база

В Китае основным законодательным актом, обеспечивающим защиту от недобросовестной конкуренции, является специальный Закон о борьбе с недобросовестной конкуренцией («ЗБНК»), который был принят в 1993 году и пересматривался в 2017 и 2019 годах. В редакцию 2017 года были внесены достаточно серьезные и глубокие изменения⁴⁹⁶; в частности, были скорректированы положения о создании смешения и было введено специальное положение (статья 12) о недобросовестной конкуренции, возникающей, в частности, на интернет-рынках. Пересмотр 2019 года был направлен главным образом на усиление защиты коммерческой тайны путем установления штрафных санкций в виде возмещения убытков и переноса бремени доказывания.

В правовой системе Китая есть такие нормы, касающиеся недобросовестной конкуренции, как правила Государственного управления по регулированию рынка («ГУРП») ⁴⁹⁷, провинциальные и муниципальные законы, такие как Положение Шанхая о борьбе с недобросовестной конкуренцией⁴⁹⁸ и судебное толкование Верховного

⁴⁹⁵ Королевский указ Омана №67 от 2008 года «О введении в действие Закона о правах промышленной собственности», статья 60, 2(В).

* Г-жа Сюцинь Линь, профессор Школы права и декан Исследовательского института интеллектуальной собственности (IPRI), Сямэньский университет; и г-н Сюань Ван, кандидат наук, IPRI, Сямэньский университет, Китай.

⁴⁹⁶ Пересмотр 2017 года коснулся всех 33 положений Закона о недобросовестной конкуренции в редакции 1993 года. Однако некоторые ученые по-прежнему считают, что пересмотренный в 2017 году Закон о недобросовестной конкуренции все еще значительно отстает от торговой практики и рыночной конъюнктуры Китая. Lizhi Ning, "Gains and Losses in Revision of the Anti-Unfair Competition Law"(in Chinese), *Studies in Law and Business* 2018, 104 (118).

⁴⁹⁷ В 2020 году ГУРП выпустило проект пересмотренной редакции Положения о коммерческой тайне, в котором указывается, что в ближайшем будущем данное положение о защите коммерческой тайны будет пересмотрено. Опубликовано на сайте <http://www.moj.gov.cn/news/content/2020-09/04/zlk3255343.html>.

⁴⁹⁸ По состоянию на март 2021 года действовало как минимум специальных 12 законодательных актов провинциального уровня, регулирующих вопросы недобросовестной конкуренции.

народного суда («ВНС»)⁴⁹⁹. Следует отметить, что вышеупомянутые постановления, правила и судебные толкования не должны противоречить ЗБНК в соответствии с иерархией законов, предписанной Законом Китая о законодательных механизмах⁵⁰⁰.

Что касается обоснования ЗБНК, то он разработан не только для обеспечения честной и беспрепятственной конкуренции на рынке, но и для защиты законных интересов конкурентов. Примечательно, что в пересмотренной редакции 2017 года в число заинтересованных сторон – выгодоприобретателей были добавлены потребители⁵⁰¹. ЗБНК играет жизненно важную роль в создании справедливой рыночной среды и служит дополнением к специальным законам, защищающим права интеллектуальной собственности в Китае⁵⁰². В случаях когда стороны, чьи права были нарушены, не могут получить защиту на основании специального закона об интеллектуальной собственности, они могут добиваться возмещения ущерба, ссылаясь на положения ЗБНК⁵⁰³.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

ЗБНК в редакции 1993 года предусматривал, что субъекты экономической деятельности должны придерживаться в рыночных сделках принципов свободы воли, равенства, справедливости и добросовестности, а также общепринятой деловой этики⁵⁰⁴. Однако было неясно, можно ли напрямую применять эти принципы в судебной практике. В 2010 году ВНС прояснил этот вопрос, разрешив самостоятельное применение содержащейся в статье 2 ЗБНК «общей оговорки»⁵⁰⁵ при следующих трех условиях: во-

⁴⁹⁹ Основными документами такого рода являются два судебных толкования по вопросу недобросовестной конкуренции, принятых ВНС. Первый – Толкование Верховного народного суда по некоторым проблемам применения законодательства при рассмотрении гражданских дел о недобросовестной конкуренции (Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции, 2007); второй – Толкование положений Верховного народного суда по некоторым проблемам применения законодательства при рассмотрении гражданских дел, связанных с нарушением коммерческой тайны (Толкование по вопросам коммерческой тайны, 2020 год). Девятнадцатого августа 2021 года ВНС опубликовал пересмотренный проект документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» (Проект документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции», 2021 год) для выяснения общественного мнения.

⁵⁰⁰ Статья 88 Закона Китая о законодательных механизмах гласит: «Законы имеют более высокий статус, чем административные постановления, местные постановления и правила. Административные постановления имеют более высокий статус, чем местные постановления и правила».

⁵⁰¹ Статья 2(2) ЗБНК (в редакциях 2017 и 2019 годов) гласит: «Для целей настоящего Закона акт недобросовестной конкуренции означает, что в своей производственной деятельности или при осуществлении распределительных операций предприятие нарушает порядок рыночной конкуренции и наносит ущерб законным интересам других предприятий или потребителей в нарушение настоящего Закона».

⁵⁰² См. Handong Wu, “Intellectual Property Issues Concerned with Unfair Competition” (на китайском языке), *Modern Law Science* 2013, 35(37–43).

⁵⁰³ Статья 11 Уведомления ВНС №23 от 2009 года гласит: «Если специальные законы об интеллектуальной собственности содержат исчерпывающие положения, ЗБНК не применяется для расширения защиты. Если конкретные положения ЗБНК обеспечивают исчерпывающую защиту, то объем защиты, как правило, не расширяется в соответствии с принципами и правилами, касающимися не регулируемых отдельно видов конкурентной деятельности; только в соответствии с признанными торговыми обычаями и принципами здравого смысла можно определить, что положения ЗБНК нарушены, и установить, что деяние является актом недобросовестной конкуренции, в целях предотвращения препятствования свободной и честной конкуренции путем излишнего расширения сферы действия норм о недобросовестной конкуренции».

⁵⁰⁴ Статья 2 ЗБНК (редакция 1993 года).

⁵⁰⁵ Статья 2 ЗБНК (редакции 2017 и 2019 годов) гласит: «Предприятия в своей производственной и операционной деятельности должны придерживаться принципов свободы воли, равенства, справедливости и добросовестности, соблюдать законы и деловую этику. Для целей настоящего Закона «акт недобросовестной конкуренции» означает, что в своей производственной деятельности или при осуществлении распределительных операций предприятие нарушает порядок рыночной конкуренции и наносит ущерб законным интересам других предприятий или потребителей в нарушение настоящего Закона. Для целей настоящего Закона «предприятие» означает физические лица, юридические лица или организации, не являющиеся юридическими лицами, которые производят или распространяют товары или предоставляют услуги (товары и услуги далее совместно именуются «товары»).

первых, если в ЗБНК отсутствуют специальные положения о рассматриваемом виде недобросовестной конкуренции; во-вторых, если в результате такой конкуренции действительно был нанесен ущерб законным интересам других субъектов экономической деятельности; в-третьих, если такой вид конкурентного поведения действительно представляет собой правонарушение, поскольку нарушает принцип честной практики в промышленных и торговых делах⁵⁰⁶. После этого решения «общая оговорка» многократно применялась при рассмотрении дел, особенно касающихся конкуренции на интернет-рынке⁵⁰⁷. Примечательно, что в редакции 2017 года отсутствует требование, чтобы «деловая этика» была «общепринятой». Пересмотренная статья 2 гласит: «Предприятия в своей производственной и операционной деятельности должны придерживаться принципов свободы воли, равенства, справедливости и добросовестности, а также соблюдать законы и деловую этику. Это положение считается общей оговоркой и применением принципа «честной практики в промышленных и торговых делах»⁵⁰⁸. В последнем проекте документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции», выпущенном ВНС, понятие «деловая этика» определяется как «общепризнанный и соблюдаемый в конкретной сфере бизнеса кодекс поведения»⁵⁰⁹.

На фоне стремительного развития интернет-бизнеса, сопровождаемого возникновением различных форм сомнительного поведения в конкурентной среде, у китайских судов появились возможности для обсуждения конкретного значения понятия «деловая этика». В громком деле *360 против Tencent*⁵¹⁰ ВНС постановил, что для того чтобы установить, является ли поведение 360 актом недобросовестной конкуренции, важнее всего выяснить, нарушает ли предполагаемое нарушение принцип добросовестности и «общепринятую» деловую этику в интернет-индустрии и наносит ли оно ущерб законным интересам Tencent. КПК принял решение в пользу Tencent на основании того, что 360 нанесла ущерб безопасности программного обеспечения Tencent и его услуг и подорвала доверие к ним, а также снизила экономические выгоды Tencent и сократила возможности для совершения операций с услугами с добавленной стоимостью и таким образом вмешалась в деятельность Tencent вопреки принципу добросовестности и общепринятой деловой этике. ВНС также подтвердил, что «Протокол самодисциплины» интернет-индустрии может служить основой для установления общепринятых стандартов поведения в отрасли и принципов деловой этики. В деле Baidu против 360⁵¹¹

⁵⁰⁶ Shandong Foodstuffs Import and Export Corporation, Shandong San Fu Group Co., Ltd., Shandong San Fu Ri Shui Co., Ltd. против Ma Daqing, Qingdao Sheng Ke Da Cheng Trading Co., Ltd. Номер дела: ВНС (2009) Min-Shen-Zi No. 1065.

⁵⁰⁷ По состоянию на 10 августа 2021 года – 8 255 дел, связанных с применением статьи 2 (источник – сайт www.pkulaw.com).

⁵⁰⁸ См. обзор в публикации Jun Wu «The Judicial Application Mode of the General Clauses of the AUCL» (на китайском языке), Chinese Journal of Law 2016, 38(02).

⁵⁰⁹ Статья 3 последнего проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» гласит: «Выясняя, нарушает ли субъект экономической деятельности деловую этику в конкретном случае, суд должен всесторонне изучить правила или деловую практику отрасли, субъективный статус хозяйствующего субъекта, желание контрагента принять решение, воздействие на порядок рыночной конкуренции, право потребителя на информацию и на выбор и т.д.».

⁵¹⁰ Под «360» подразумеваются Beijing Qihoo Technology Co., Ltd. и Qizhi Software (Beijing) Co., Ltd. В данном деле речь идет о том, что компания 360 поочередно выпустила две программы, 360 Privacy Protectors и 360 Deduction Bodyguards, ориентированные на пользователей QQ, популярной игры компании Tencent. Компания 360 утверждала, что вышеупомянутые программы ее разработки способны защитить конфиденциальность и безопасность пользователей QQ. Впоследствии Tencent объявила, что не позволит пользователям одновременно запускать игру QQ и вышеупомянутые программы 360. То есть пользователи могли выбрать продукты только одной из двух компаний. Затем компании инициировали ряд судебных исков друг против друга (номер дела о недобросовестной конкуренции – ВНС (2013) Min-San-Zhong-Zi No.5).

⁵¹¹ Номер дела в Пекинском Народном суде высшей инстанции (2013): Gao Min Zhong Zi No. 2352. В 2012 году приложение 360 Security Guard компании Qihoo выборочно ставило значок белого восклицательного знака на красном фоне на странице результатов поиска Baidu.com (www.baidu.com) – этот знак предупреждает пользователей, что веб-сайт, соответствующий результату поиска, подвергается риску. Компания Qihoo постепенно подталкивает пользователей к тому, чтобы установить браузер 360 Security,

Пекинский Народный суд высшей инстанции предложил в отсутствие необходимости защиты общественных интересов применять «принцип невмешательства» и постановил, что организации, предоставляющие интернет-услуги, могут вмешиваться в функционирование интернет-продуктов или в оказание услуг других организаций без ведома и согласия интернет-пользователей и других интернет-провайдеров только тогда, когда этого требуют общественные интересы. Необходимо обосновать потребность в таком вмешательстве.

В последнее время суды Китая многократно рассматривали дела о недобросовестной конкуренции, связанные с большими данными⁵¹², и в случаях, когда сомнительные действия, являющиеся предметом иска, не были прямо запрещены законом, ссылались на положение о «деловой этике», содержащееся в статье 2 ЗБНК⁵¹³. Оценивая понятие честности в конкретном сегменте экономики с целью толкования принципа «деловой этики» или «честной практики», суды преимущественно применяли эмпирический подход. Но авторы нового проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» занимают более жесткую позицию и документ не допускает применения общей оговорки к действиям, перечисленным в тексте ЗБНК, и к поведению, которое наносит ущерб только интересам конкурента, но не порядку рыночной деятельности⁵¹⁴.

Что касается определения понятия "конкуренция", то суды Китая в своей практике отошли от концепции строгой горизонтальной конкуренции, приняли более широкий подход и стали признавать также косвенную конкуренцию. В Справочном примере №30, опубликованном ВНС в 2014 году, указано, что актами недобросовестной конкуренции следует считать случаи, когда сторона нарушает положения ЗБНК и наносит ущерб законным интересам конкурентов, даже если конкуренция была лишь косвенной⁵¹⁵. Из редакции 2017 года было исключено требование о наличии «конкурентных отношений», поэтому применение понятия «конкуренция» в делах о недобросовестной конкуренции, особенно в сфере больших данных, стало более гибким⁵¹⁶. В последнем проекте документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» используется более широкий подход и конкурентные отношения определяются как возможность соперничества за возможности ведения торговли и сокращение конкурентных преимуществ⁵¹⁷.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

В ЗБНК предлагаются несколько способов защиты в связи с созданием смешения (3.1), дискредитирующими и порочащими утверждениями (3.2) и введением в заблуждение (3.3).

показывая соответствующие сообщения, и рекламирует свои браузеры через поисковую систему Baidu. Кроме того, компания Qihoo встроила поисковую строку Baidu в свой веб-сайт для просмотра веб-ресурсов (hao.360.cn), изменив выпадающие подсказки, которые пользователи Baidu.com видят в поисковой строке, и подталкивая пользователей к посещению сайта Qihoo.

⁵¹² В конце 2016 года Пекинский суд по вопросам интеллектуальной собственности вынес решение по делу Sina Weibo против Maimai, которое известно как первое дело о недобросовестной конкуренции в сфере больших данных. С тех пор суды в Пекине, Шанхае, Ханчжоу и других регионах рассмотрели большое количество дел, связанных с недобросовестной конкуренцией в сфере больших данных.

⁵¹³ См. обзор в публикации Ge Jiang, "Commercial Customs Factors in the Evaluation of the Unfair Competition" (на китайском языке), Law Review 2019,37 (02).

⁵¹⁴ Статья 1 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

⁵¹⁵ См. примеры споров о нарушении прав на товарные знаки и недобросовестной конкуренции в публикации Lan Jianjun, Hangzhou Little Thumb Auto Maintenance Technology Co., Ltd. v. Tianjin Little Thumb Auto Maintenance Service Co., Ltd. Тяньцзиньский высший народный суд (2012), дело Min-San-Zhong-Zi No. 46.

⁵¹⁶ См. публикацию Chun Zhong, "Judgement Rules of Unfair Competition Cases Concerning Data" (на китайском языке), People's Judicature 2019, 10(16–21).

⁵¹⁷ Статья 1 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

3.1 Создание смешения

Статьей 5 ЗБНК (в редакции 1993 года) предусмотрен ряд актов недобросовестной конкуренции, которые могут создавать смешение: 1) использование зарегистрированных товарных знаков других лиц без разрешения; 2) использование уникального названия, упаковки или оформления известного товара без разрешения либо использование названия, упаковки или оформления, схожих с названием, упаковкой или оформлением известного товара, вызывающие смешение с товаром другого производителя, с тем чтобы покупатели приняли предлагаемый товар за известный аналог 3) использование названия другого предприятия или физического лица без разрешения, с тем чтобы заставить людей принять предлагаемый товар за продукцию другого предприятия. Тем не менее считается, что эти положения имеют определенные недостатки, такие как дублирование положений Закона о товарных знаках, некоторая нелогичность и неполный перечень типов вызывающего смешение поведения⁵¹⁸. В 2017 году статья 5 была существенно пересмотрена: во-первых, были добавлены определение понятия «вызывающее смешение поведение» в статье 6 и четыре категории создающих смешение действий; во-вторых, были удалены положения, дублирующие содержание Закона о товарных знаках; в-третьих, был расширен диапазон подлежащих охране знаков предприятия: в него были включены название, оформление и основные элементы веб-сайтов, а также любые другие обозначения, достаточные для того, чтобы вызвать смешение⁵¹⁹. Примечательно, что в соответствии с новой редакцией статьи 6 ЗБНК охраняемые знаки, как зарегистрированные, так и незарегистрированные, должны пользоваться «определенным влиянием», то есть иметь репутацию и общественное признание. В последнем проекте документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции», составленном с использованием той же логики, что и в Законе о товарных знаках, и уточняется, что охраняемые знаки должны иметь отличительные характеристики, указывающие на источник товара⁵²⁰. Кроме того, в проекте уточняется, какие ситуации не квалифицируются как акты недобросовестной конкуренции – например, использование схожих знаков, которые должны объективно описывать собственные товары предприятия⁵²¹, или добросовестное использование схожих знаков в разных регионах⁵²².

По вопросу о концепции смешения установлено, что в концепцию «смешения» в ЗБНК входят как фактическое смешение, так и вероятность смешения. Достаточно, чтобы предположительно недобросовестное поведение было способно создать неверное

⁵¹⁸ Cp. Lizhi Ning, "Gains and Losses in Revision of the Anti-Unfair Competition Law" (на китайском языке), *Studies in Law and Business* 2018, 104 (118).

⁵¹⁹ Статья 6 ЗБНК (в редакциях 2017 и 2019 годов) гласит: «Предприятие не имеет права совершать следующие действия, направленные на то, чтобы заставить человека поверить, что товар принадлежит другому лицу или имеет определенную связь с другим лицом: 1) использование без разрешения, в частности, названия, упаковки или оформления товара другого лица, имеющего определенное влияние; 2) использование без разрешения наименования другого лица, имеющего определенное влияние, например, названия (включая аббревиатуры и фирменные наименования) предприятия, названия (включая аббревиатуры) общественной организации или имени (включая псевдонимы, сценические псевдонимы и переводы имен) физического лица; 3) использование без разрешения, в частности, обладающих определенным влиянием основной части доменного имени, названия веб-сайта или веб-страницы другого лица; 4) другие действия, вызывающие смешение, достаточные для того, чтобы заставить человека поверить, что товар принадлежит другому лицу или имеет определенную связь с другим лицом».

⁵²⁰ Статья 5 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

⁵²¹ Статья 7 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

⁵²² Согласно статье 15 7 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции», использование одинаковых или схожих знаков с определенным влиянием в разных географических зонах не квалифицируется как акт недобросовестной конкуренции, если лица, которые стали использовать такие знаки позже, могут доказать свою добросовестность,

представление о наличии связи между продукцией разных предприятий⁵²³. Такое толкование понятия «смешение» в пересмотренном ЗБНК аналогично толкованию в Законе о товарных знаках.

В стране рассматривается большое количество дел о конфликтах между фирменными наименованиями и правами на товарные знаки; как правило, они урегулируются в соответствии с ЗБНК⁵²⁴. Согласно статье 58 Закона о товарных знаках (2019), если какая-либо организация включает зарегистрированный товарный знак или незарегистрированный общеизвестный товарный знак других лиц в составе своего фирменного наименования для введения общественности в заблуждение и если имеет место акт недобросовестной конкуренции, дело должно рассматриваться в соответствии с ЗБНК. В Административных положениях о регистрации фирменных наименований («АПРФН») (в редакции 2020 года) также предусматривается, что в случае использования фирменного наименования для актов недобросовестной конкуренции или других действий, дело должно рассматриваться в соответствии с соответствующими законами и административными положениями⁵²⁵. Но в статье 6(2) ЗБНК речь идет только о несанкционированном использовании названия другого предприятия. Поэтому неясно, какой закон должен применяться на практике для борьбы с нарушением прав на товарный знак с использованием фирменных наименований. В последнем проекте документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» в этой связи указано, что для урегулирования такого конфликта может быть использована статья 6(4) ЗБНК⁵²⁶.

3.2 Дискредитирующие и порочащие утверждения

Статья 11 ЗБНК гласит, что «субъекты экономической деятельности не должны формировать или распространять ложную или вводящую в заблуждение информацию с целью нанесения ущерба репутации и продукции конкурентов». Как и в решении по делу 360 против Tencent, в статье 11 уточняется, что репутации продукта конкурента может быть нанесен ущерб, даже если распространенные сведения соответствуют действительности⁵²⁷. Соответствующая действительности, но вводящая в заблуждение информация может причинять такой же вред, как и искажение истинной ситуации. Центральный вопрос заключается в том, является ли дискредитирующее поведение хозяйствующего субъекта достаточным основанием для того, чтобы ухудшить репутацию бизнеса или продукции его конкурентов в глазах потребителей⁵²⁸.

Дела, описанные ниже, проясняют принятые в Китае нормативные положения в отношении дискредитирующих и порочащих утверждений или «распространением порочащих сведений в коммерческой деятельности». В деле Ningbo Zhong Yuan Information Technology Co., Ltd. против Ningbo Zhong Sheng Information Technology Co., Ltd. суд установил, что ответчик дискредитировал истца, несмотря на то, что ложная

⁵²³ Ping An Insurance (Group) Co., Ltd. of China против YM Gold Olives Harmony International Hotel. См. Народный суд Гуандуна (2019), дело Yue-Min-Zhong No. 1853.

⁵²⁴ См. обзор, выполненный в публикации бывшего судьи Zhipu Su, “Rules for the determination of infringement when the company name and registered trademark of others are both similar” (на китайском языке), People’s Judicature 2016,(26), 96–100.

⁵²⁵ Статья 22 АПРФН.

⁵²⁶ Статья 13 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

⁵²⁷ Beijing Qihoo Technology Co., Ltd. и Qizhi Software (Beijing) Co., Ltd против Tencent, BHC (2013) MinSan-Zhong-Zi No.5. Основанием для открытия дела стало то, что приложение компании 360 проанализировало установленные пользователем программы Tencent и предупредило пользователя, что программа Tencent имеет серьезные уязвимости с точки зрения безопасности в сегменте красных шрифтов, и подтолкнуло пользователей к установке и обновлению программного обеспечения компании 360 для устранения риска для безопасности.

⁵²⁸ Shaanxi Bai Shui Du Kang Wine Industry Co., Ltd. против Luoyang Du Kang Holding Co., Ltd. BHC (2017) Min-shen No. 4643.

информация была направлена конфиденциально только одному человеку⁵²⁹. В деле *Huanghua Heng Tai Aquaculture Co., Ltd.* против *Weifang An Jing Aquatic Products Development CO., Ltd.* суд постановил, что для того чтобы высказываться о конкурентах, хозяйствующий субъект должен иметь законную цель и в своих высказываниях должен быть объективным, правдивым, справедливым и нейтральным и проявлять осторожность, так, чтобы не вводить общественность в заблуждение и не наносить ущерб деловой репутации других лиц⁵³⁰. Направляя уведомление от имени адвоката или письмо с предупреждением о нарушении, хозяйствующий субъект не может нарушать права и умалять деловую репутацию конкурентов⁵³¹. Но вопрос о том, должны ли истец и ответчик быть прямыми конкурентами для признания факта распространения порочащих сведений в коммерческой деятельности, остается открытым. Можно предположить, что авторы ЗБНК отвечают на этот вопрос утвердительно, поскольку в статье 11 ЗБНК используется термин «конкуренты-соперники». Но в ряде случаев суды сочли, что наличие прямых конкурентных отношений не требуется, и постановили, что для установления факта недобросовестной конкуренции может быть достаточно наличия любого вида неоговоренных конкурентных отношений⁵³². Кроме того, ущерб может быть как фактическим, так и вероятным⁵³³.

Кроме того, очевидно, что не прямое формирование ложной или вводящей в заблуждение информации, а ее преднамеренное распространение в Интернете также наносит вред. Последним проектом документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» предусмотрено, что хозяйствующие субъекты, намеренно распространяющие ложную или вводящую в заблуждение информацию, сформированную другими лицами, чтобы нанести ущерб деловой репутации конкурентов и репутации их продукции, совершают акт недобросовестной конкуренции⁵³⁴.

3.3. Вводящие в заблуждение указания или заявления

Согласно статье 8(1) ЗБНК, «хозяйствующим субъектам запрещается распространять ложную или вводящую в заблуждение коммерческую информацию о своей продукции с точки зрения ее производительности, функций, качества, объемов продаж, оценки со стороны пользователей и полученных наград». На решение распространенной на интернет-рынке острой проблемы ложных отзывов пользователей направлена статья 8(2) ЗБНК, которая прямо запрещает хозяйствующим субъектам помогать другим лицам в создании лживой или вводящей в заблуждение коммерческой рекламы путем публикации ложной информации о сделках или любым иным способом.

В последнем проекте документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» понятие «вводящая в заблуждение коммерческая реклама» подразделяется на следующие четыре категории: 1) представление односторонней

⁵²⁹ Номер дела: ВНС (2015) Min-Shen No. 3340.

⁵³⁰ Номер дела: Народный суд высшей инстанции Гуандуна (2018) Yue-Min-zhong No. 613.

⁵³¹ Народный суд высшей инстанции Шанхая постановил, что если уведомление направляется продавцу, пользователю или потенциальному пользователю продукта, то эти получатели практически не могут судить о том, нарушает ли продукт авторские права. Если получатели такого уведомления стремятся избежать риска, оно может побудить их принять решение избегать торговли. Таким образом, чтобы предотвратить введение в заблуждение, отправитель должен проявлять должную осторожность, объективно и полно раскрывать получателю необходимую информацию. *Wuxi Hisky Medical Technology Co., Ltd. v. Shanghai Echo Medical Device Technology Co., Ltd.* Номер дела: Суд высшей инстанции Шанхая (2016), Hu-Min-Zhong No. 274.

⁵³² *Foshan Wei Te Highway Maintenance Equipment Co., Ltd. против Nanjing Ying Da Highway Maintenance Vehicle Manufacturing Co., Ltd.* Номер дела: Народный суд высшей инстанции провинции Цзянсу (2011), Su-Zhi-Min-Zhong No. 0112.

⁵³³ Там же.

⁵³⁴ Статья 21 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

информации при рекламировании и сравнении товаров; 2) представление в рекламе товара не доказанных наукой точек зрения, явлений и т.д. как убедительных фактов; 3) использование в коммерческой рекламе двусмысленных формулировок; 4) другие вводящие в заблуждение действия, осуществляемые при создании коммерческой рекламы⁵³⁵.

Примечательно, что на практике важную роль в препятствовании использованию недостоверных указаний или утверждений играют административные учреждения Китая⁵³⁶. Количество гражданских дел, связанных с недостоверными утверждениями, невелико⁵³⁷.

4. Другие законы о недобросовестной конкуренции

В дополнение к защите от ущерба от недобросовестных действий, вытекающего из вызывающей смещение, дискредитирующей, порочащей и вводящей в заблуждение практики, в Китае обеспечивается защита внешнего вида товара (4.1) и защита от других актов незаконного присвоения (4.2). Кроме того, в редакции ЗБНК 2019 года и в судебном толковании 2020 года устанавливаются подробные правила, обеспечивающие усиления защиты коммерческой тайны (4.3). Кроме того, была добавлена отдельная статья об Интернете, нацеленная на регулирование недобросовестного конкурентного поведения, особенно широко распространенного на онлайн-рынке. (4.4). Согласно отчету об инспекциях за 2020 год, опубликованному Постоянным комитетом Всекитайского собрания народных представителей («ПК ВСНП»), основную долю актов недобросовестной конкуренции в Китае составляют действия следующего рода: подделка и создание смещения (41,3%), лживая реклама (18,8%) и нарушение коммерческой тайны (17,7%)⁵³⁸.

4.1 Защита внешнего вида

Хотя в ЗБНК отсутствует прямое указание на рабское подражание, в статье 6(1) ЗБНК содержатся положения о защите и упоминаются отличительные знаки предприятия, имеющие «определенное влияние». В число знаков, охраняемых в соответствии с ЗБНК, входят веб-сайты, макеты веб-страниц и другие знаки, имеющие «определенное влияние».

В деле M&G Pen⁵³⁹ ВНС постановил, что, если в отношении внешнего вида продукта выдан патент на оформление и продукт стал широко известен, то использование оформления другими лицами после прекращения действия такого патента будет составлять недобросовестную конкуренцию, если такого использования будет достаточно, чтобы ввести общественность в заблуждение относительно производителя продукта. Кроме того, ВНС сформулировал четыре требования для предоставления охраны в таких случаях: во-первых, товар, в котором используется данный промышленный образец, становится известным; во-вторых, оформление выполняет функцию отличительной характеристики производителя товара, поэтому может быть использовано в качестве уникальной упаковки или украшения для известных товаров; в-третьих, оформление не определяется характером самого продукта, не предназначено для достижения определенного технического эффекта и не необходимо для придания

⁵³⁵ Статья 18 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

⁵³⁶ По состоянию на 15 августа 2021 года на сайте <https://law.wkinfo.com.cn/> была размещена информация о 2 882 постановлениях о назначении административного наказания.

⁵³⁷ По состоянию на 15 августа 2021 года на сайте <https://wenshu.court.gov.cn/> можно было запросить всего 314 гражданских дел, включая дела первой и второй инстанции.

⁵³⁸ Опубликовано по адресу

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/817b260b67384bac8682684c56460c63.shtml>.

⁵³⁹ Ningbo Wei Ya Da Pen Co., Ltd. V. Shanghai M&G Stationery Inc. Номер дела: ВНС (2010) Min-Ti No. 16.

продукту существенной ценности; в-четвертых, использование такого оформления другими лицами может вызвать у общественности смешение или непонимание. В действующем ЗБНК первое требование, касающееся известных товаров, было смягчено. Достаточно того, что знак, о котором идет речь, оказывает «определенное влияние»⁵⁴⁰.

В последнем проекте документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции» уточняются правила защиты внешнего вида, в частности закрепляется требование об уникальности и узнаваемости упаковки и оформления на рынке⁵⁴¹, а также указывается, при каких обстоятельствах защита по ЗБНК не предоставляется⁵⁴². Кроме того, в нем указывается, что общий имидж предприятия и его уникальный стиль, состоящий из оформления деловых помещений, стиля оргтехники и одежды персонала предприятия, также может представлять собой «оформление» в смысле статьи 6(1) ЗБНК⁵⁴³.

4.2 Подкуп и незаконные практики в ходе распродаж с выдачей призов

Статья 7(1) ЗБНК обеспечивает защиту от подкупа, в частности, любыми организациями или лицами, которые могут повлиять на конкретную сделку, используя свою власть или влияние⁵⁴⁴. Тайная выплата и тайное принятие скидки сторонами сделки не считаются подкупом, если эти действия правдиво отражены в бухгалтерской книге⁵⁴⁵. Что касается распродаж с выдачей призов, то в пересмотренной редакции ЗБНК от 2017 года был повышен максимальный объем лотерей и было уточнено, в чем заключается недопустимое поведение субъектов экономической деятельности, которое не позволит потребителям требовать вознаграждения⁵⁴⁶.

Стоит отметить, что в научных кругах есть мнение, что положения о подкупе в ЗБНК могут вызвать излишнее дублирование в правоприменении, поскольку в уголовном законодательстве есть недвусмысленные положения о подкупе. Но не все виды подкупа, регулируемые ЗБНК, представляют собой преступление, и в ЗБНК делается акцент на том, препятствует ли такое поведение честной конкуренции⁵⁴⁷.

⁵⁴⁰ Например, в деле Land Rover V Landwind суд постановил, что форма и оформление автомобиля Range Rover Auriga важны и устанавливают устойчивую рыночную связь с Jaguar Land Rover, а форма и оформление Range Rover Auriga car приобрели определенную репутацию и влияние в Китае. Номер дела: Пекинский суд по вопросам интеллектуальной собственности (2019) Jing-73–Min-Zhong NO.2033.

⁵⁴¹ Статья 4 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

Статья 8 проекта «Толкования по вопросам недобросовестной конкуренции» гласит: «Если название, упаковка, оформление или отличительные признаки продукта представляют собой знак, который невозможно использовать в качестве товарного знака в соответствии с первым пунктом статьи 10 Закона о товарных знаках, то им не должна предоставляться охрана по ЗБНК».

⁵⁴³ Статья 6 проекта документа «Толкование по вопросам недобросовестной конкуренции».

⁵⁴⁴ Статья 7(1) ЗБНК (редакции 2017 и 2019 годов) гласит: «Предприятие не должно стремиться получить возможности для заключения сделок или конкурентные преимущества путем подкупа имуществом или любыми другими способами следующих организаций или физических лиц: 1) работник организации – другой стороны по сделке; 2) организация или физическое лицо, уполномоченные другой стороной решать соответствующие вопросы; 3) организация или физическое лицо, использующее власть или влияние, чтобы повлиять на сделку».

⁵⁴⁵ Статья 7(2) ЗБНК (редакции 2017 и 2019 годов).

⁵⁴⁶ Статья 10 ЗБНК (редакции 2017 и 2019 годов).

⁵⁴⁷ Lizhi Ning, "Gains and Losses in Revision of the Anti-Unfair Competition Law"(на китайском языке), Studies in Law and Business 2018, 104 (123).

4.3 Защита коммерческой тайны

В последние годы в Китае существенно улучшилось положение с защитой коммерческой тайны⁵⁴⁸. Согласно статье 9(4) ЗБНК, чтобы информация считалась коммерческой тайной, она должна отвечать трем требованиям: 1) она должна быть неизвестна общественности (требование секретности), 2) она должна иметь экономическую ценность (требование ценности); и 3) она должна быть объектом принятых правообладателем мер по сохранению ее секретности (требование соответствующих мер)⁵⁴⁹. После пересмотра в 2017 году в ЗБНК предусматривается четыре вида нарушений коммерческой тайны⁵⁵⁰.

Впоследствии, чтобы решить проблему сложности доказывания для правообладателя, Китай пересмотрел ЗБНК и в редакции 2019 года ввел в статью 32 положение о переносе бремени доказывания. Если правообладатель предоставляет достаточные на первый взгляд доказательства того, что он принял меры по обеспечению конфиденциальности коммерческой тайны, являющейся предметом иска, и обоснованно указывает на то, что коммерческая тайна была нарушена, предполагаемый правонарушитель должен доказать, что коммерческая тайна, в отношении которой подает иск правообладатель, не является коммерческой тайной по смыслу ЗБНК. В деле *Jia Xing Zhong Hua Chemical Co., Ltd., etc., V. Wang Guojun, etc.*⁵⁵¹ ВНС постановил, что поведение ответчика представляло собой сокрытие доказательств и недобросовестное открытие судебного разбирательства, поскольку ответчик отказался представить доказательства, такие как объем продаж контрафактной продукции, и не предоставил веских доказательств того, что выполнял собственные независимые научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы. Кроме того, согласно статье 32(2), если правообладатель представит достаточные на первый взгляд доказательства, обоснованно указывающие на то, что коммерческая тайна была нарушена, и предоставит любое конкретное доказательство⁵⁵², предполагаемый нарушитель должен доказать отсутствие такого нарушения.

⁵⁴⁸ См. Xiuqin Lin, "Trade Secret Law in China", в публикации Kung-Chung Liu, Reto Hilty (eds.), *Trade Secret Protection: Asia at a Crossroads*, Kluwer Law International 2021, Chapter 3.

⁵⁴⁹ Lin, там же, para. 120.

⁵⁵⁰ Статья 9(1) ЗБНК (в редакциях 2017 и 2019 годов) гласит: "Предприятие не должно совершать следующие действия, нарушающие коммерческую тайну: 1) приобретение коммерческой тайны у правообладателя путем кражи, подкупа, мошенничества, принуждения, электронного проникновения или любым другим незаконным способом; 2) раскрытие, использование коммерческой тайны, полученной от правообладателя любым способом, указанным в предыдущем подпункте, или разрешение другому лицу коммерческой тайны или разрешение другому лицу использовать такую коммерческую тайну в нарушение обязательств по сохранению конфиденциальности или требований правообладателя по сохранению конфиденциальности коммерческой тайны; 3) раскрытие и использование находящейся в его распоряжении коммерческой тайны или разрешение другому лицу использовать такую коммерческую тайну в нарушение его обязательства о неразглашении или требований правообладателя о сохранении конфиденциальности коммерческой тайны или содействие лицу в таком приобретении, раскрытии, использовании или предоставлении разрешения ».

Кроме того, согласно статье 9(2) ЗБНК, если третье лицо знает или должно было знать о том, что сотрудник или бывший сотрудник правообладателя коммерческой тайны или любое другое юридическое или физическое лицо совершило одно из запрещенных действий, но все равно приобретает, разглашает, использует или позволяет другому лицу использовать коммерческую тайну, считается, что третье лицо нарушило коммерческую тайну;

⁵⁵¹ *Jia Xing Zhong Hua Chemical Co., Ltd., etc., V. Wang Guojun, etc.* Номер дела – ВНС (2020) Zhi-Min-Zhong No. 1667.

⁵⁵² Статья 32(2) ЗБНК (2019) предусматривает следующие три условия:

- 1) доказательства того, что предполагаемый правонарушитель имеет канал или возможность для доступа к коммерческой тайне и что используемая им информация по существу совпадает с коммерческой тайной;
- 2) доказательства того, что коммерческая тайна была раскрыта или использована, или что существует риск ее раскрытия или использования предполагаемым нарушителем;
- 3) доказательства того, что коммерческая тайна была иным образом нарушена предполагаемым нарушителем.

Подготовленный ВНС документ «Интерпретация понятия коммерческой тайны 2020 года» содержит более детальные правила в отношении защиты коммерческой тайны и может усовершенствовать судебную практику. Во-первых, в нем прямо указано, что сведения о структуре, сырье, стилях, алгоритмах, данных и т.д. могут быть признаны новым видом коммерческой тайны⁵⁵³. Во-вторых, были усилены меры по обеспечению защиты коммерческой тайны⁵⁵⁴. Кроме того, статья 17(3) ЗБНК налагает штрафные санкции за злонамеренное нарушение коммерческой тайны⁵⁵⁵.

4.4 Пункт об Интернете

Будучи одним из лидеров в сфере электронной коммерции, Китай сталкивается с различными актами недобросовестной конкуренции, связанными с Интернетом. Вследствие дела 360 против Tencent и других влиятельных дел при пересмотре ЗБНК в 2017 году в него была введен специальный «пункт об Интернете»⁵⁵⁶. Статья 12(2) предусматривает три конкретных вида недобросовестного конкурентного поведения и универсальное правило⁵⁵⁷.

Однако ввиду отсутствия отвлеченных норм и стремительного развития Интернета влияние пункта об Интернете ограничено, и большинство пострадавших от новых видов актов недобросовестной конкуренции вынуждены искать средства правовой защиты в

⁵⁵³ Статья 1 документа «Интерпретация понятия коммерческой тайны» гласит: «Народный суд может установить, что информация, в частности, о структуре, сырье, компонентах, формулах, материалах, образцах, стилях, материалах для размножения новых сортов растений, процессах, методах или их этапах, алгоритмах, данных, компьютерных программах и соответствующих документах, относящихся к технологии, представляет собой техническую информацию согласно пункту 4 статьи 9 ЗБНК. Народный суд может установить, что информация, в частности, о творчестве, управлении, продажах, финансах, планах, образцах, материалах для тендеров, информация о клиентах и данные, относящаяся к предпринимательской деятельности, представляет собой деловую информацию согласно пункту 4 статьи 9 ЗБНК. Для целей предыдущего пункта в «информацию о клиентах» входят имя, адрес, контактная информация клиента, а также сведения о торговой практике, намерениях, контенте и др.»

⁵⁵⁴ Например, статья 15 «Интерпретации понятия коммерческой тайны» гласит: "Если ответчик пытается ненадлежащими средствами получить, раскрыть, использовать или разрешить любому другому лицу использовать, или ненадлежащими средствами получил, раскрыл, использовал или разрешил любому другому лицу использовать коммерческую тайну, представляющую собой предмет иска правообладателя, народный суд может вынести решение о принятии мер по сохранению в соответствии с законом, если непринятие мер по сохранению затруднит исполнение соответствующего решения, или причинит другой ущерб любой стороне, или нанесет непоправимый ущерб законным интересам правообладателя. Если любое из обстоятельств, перечисленных в предыдущем пункте, относится к числу чрезвычайных обстоятельств, предусмотренных статьей 100 или статьей 101 Гражданского процессуального кодекса, народный суд должен вынести решение в течение 48 часов".

⁵⁵⁵ Статья 17(3) ЗБНК (2017 & 2019) гласит: «Если предприятие недобросовестно нарушает коммерческую тайну при серьезных обстоятельствах, сумма компенсации может быть установлена в размере, превышающем сумму, определенную вышеуказанным методом более чем в один раз, но не более чем в пять раз».

⁵⁵⁶ Недобросовестную конкуренцию в Интернете можно условно разделить на две категории: первая – распространение традиционных актов недобросовестной конкуренции в Интернет-пространство, а вторая – акты недобросовестной конкуренции с использованием технических средств, характерные только для Интернета. Пункт об Интернете прежде всего касается последних.

⁵⁵⁷ Статья 12(2) ЗБНК(2017 и 2019) гласит: "Ни одно предприятие не может, используя технические средства для воздействия на возможности пользователей, в частности, совершать следующие действия по вмешательству в нормальное функционирование онлайн-продуктов или услуг, законно предоставляемых другим предприятием, или по их саботажу:

- 1) вставка ссылки или принудительное перенаправление с URL-адреса онлайн-продукта или услуги, законно предоставляемых другим предприятием, без его согласия;
- 2) введение пользователей в заблуждение, обман или принуждение их к изменению, закрытию или удалению онлайн-продукта или услуги, законно предоставляемых другим предприятием;
- 3) создание с недобросовестными намерениями несовместимости с онлайн-продуктом или услугой, законно предоставляемыми другим предприятием;
- 4) другие действия по вмешательству в нормальное функционирование онлайн-продуктов или услуг, законно предоставляемых другим предприятием, или по их саботажу».

соответствии с «общим пунктом» в статье 2 ЗБНК⁵⁵⁸. При этом некоторые суды обращаются к статьям 12(2) и (4) ЗБНК⁵⁵⁹. В последнем проекте документа «Интерпретация понятия недобросовестной конкуренции» сформулированы пять условий для определения «актов недобросовестной конкуренции» по статьям 12(2) и (4) ЗБНК: 1) осуществляются коммерческим предприятием с использованием сетевых технологий для осуществления действий; 2) осуществляются вопреки желаниям других операторов и приводят к нарушению нормальной работы законно предоставляемых ими сетевых продуктов и услуг; 3) противоречат принципам добросовестности и деловой этики; 4) нарушают порядок рыночной конкуренции и наносят ущерб законным интересам потребителей; 5) не имеют разумных оснований⁵⁶⁰. Кроме того, в проекте предусмотрены правила и рекомендации в отношении недобросовестного поведения, связанного с большими данными, проявления которого широко распространились в последние годы. Проект предусматривает, что, когда операторы используют данные, полученные другими лицами от пользователей, они должны повторно получить согласие пользователей, а также использовать данные, контролируемые другими операторами, законным и надлежащим способом, не создавая помех добросовестной конкуренции на рынке и не нанося ущерба законным интересам потребителей⁵⁶¹.

Недавно ГУРП объявило о подготовке документа «Запрет актов недобросовестной конкуренции в Интернете» (проект для комментариев общественности), который содержит резюме и перечень новых проявлений недобросовестного конкурентного поведения в Интернете⁵⁶². Например, предлагается регулировать такие новые виды недобросовестной конкуренции, как ложные сделки, блокировка рекламы, принудительный выбор определенной торговой площадки⁵⁶³, скрейпинг (получение веб-данных путем извлечения их со страниц веб-ресурсов), дискриминация на основе данных⁵⁶⁴ и т.д.

Хотя этот проект разработан в основном как основа для применения административного законодательства, он окажет влияние на деловые операции в Интернете и послужит важным справочным материалом для судебных дел.

J. ИНДИЯ*

1. Законодательная база

⁵⁵⁸ Yunyun Diao, “Dilemma and Outlet of Application of the Internet Clause of Anti-unfair Competition Law in Commercial Field” (на китайском языке), Law Science Magazine 2021, 132–140.

⁵⁵⁹ Статья 12(2)(4) была применена к двум из десяти типичных дел, связанных с Интернетом, информация о которых была опубликована ВНС 31 мая 2021 года. В одном из дел суд установил четыре фактора для определения того, является ли деяние актом недобросовестной конкуренции в Интернете: во-первых, существуют ли конкурентные отношения между двумя сторонами; во-вторых, препятствует ли поведение ответчика нормальному функционированию сетевых продуктов или услуг, законно предоставляемых другими операторами, и создает ли сбой в их функционировании; в-третьих, нарушает ли ответчик нормы рыночной конкуренции и наносит ли ущерб законным интересам других операторов или правам потребителей; в-четвертых, нарушает ли ответчик принципы добровольности, равенства, справедливости, добросовестности и деловой этики.

⁵⁶⁰ Статья 25 проекта документа «Интерпретация понятия недобросовестной конкуренции».

⁵⁶¹ Статья 26 проекта документа «Интерпретация понятия недобросовестной конкуренции».

⁵⁶² Опубликовано по адресу http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202108/t20210817_434868.html.

⁵⁶³ Этот вопрос в основном возникает в сфере электронной коммерции в Интернете и относится к ситуациям, когда определенная платформа использует свое влияние, чтобы заставить торговцев продавать товары только на своей платформе, препятствуя конкуренции на разных платформах.

⁵⁶⁴ Эта ситуация в основном относится к ценовой дискриминации платформы в отношении различных потребителей с помощью алгоритма больших данных.

* Г-н Дев Саиф Ганджи, профессор юридического факультета Оксфордского университета, Великобритания; приглашенный профессор Национального юридического университета, Дели, Индия

Как и в других юрисдикциях общего права, в Индии отсутствует единая правовая база для защиты от недобросовестной конкуренции. Не существует ни единого законодательного ориентира, ни отдельного деликта недобросовестной конкуренции. Однако понятие предотвращения недобросовестного поведения упоминается в нормах договорного, деликтного и уголовного права страны, а также в законах об ИС⁵⁶⁵. В настоящем докладе рассматривается лишь часть этой обширной области, к которой относятся антимонопольное (конкурентное) законодательство, правила маркировки продуктов питания, законы о телекоммуникациях и о защите прав потребителей. Основное внимание уделяется правовым средствам, которые позволяют продавцам и другим хозяйствующим субъектам подавать иски о недобросовестной конкуренции для защиты нематериальных интересов в дополнение к законам об ИС.

В качестве отдельного понятия недобросовестная конкуренция упоминается в конкретных законодательных актах. Так, например, на Палату производителей изделий из кокосового волокна, созданную для поддержки производства канатов, волокон и пряжи из этого материала, возлагается обязанность содействовать сбыту такой продукции и предотвращать недобросовестную конкуренцию⁵⁶⁶. Другой пример – полномочия центрального правительства по регуляции цен на газеты и газетных полос с целью обеспечения равных условий для издателей и предотвращения недобросовестной конкуренции⁵⁶⁷. Наиболее значима в этом контексте ссылка на законы об охране географических указаний (ГУ), согласно которым неправомерные действия включают «несанкционированное использование, которое представляет собой акт недобросовестной конкуренции, в том числе ведение деятельности под чужим именем, в отношении» зарегистрированного ГУ⁵⁶⁸. В пояснениях к этому положению используется формулировка Статьи 10bis(2) ПК, которая применяется ко «всякому акту конкуренции, противоречащему честной практике в промышленных и торговых делах». Согласно ее трактовке, предложенной как минимум одним судом, если между сторонами спора отсутствуют прямые конкурентные отношения, то ведение деятельности под чужим именем маловероятно, поскольку отсутствует факт предоставления ложной информации⁵⁶⁹. Так, в одном отеле высшей категории была открыта зона отдыха «Дарджилинг Лаунж», а Чайный совет Индии, правообладатель ГУ Дарджилинг, выступил против такого названия; было решено, что это использование географического описания, относящегося к известному поселению в горах Восточной Индии, для несхожего продукта (зона отдыха для гостей отеля, а не высококачественный чай), что не классифицируется как недобросовестная конкуренция⁵⁷⁰. Этот пример показывает, что с точки зрения законодательства недобросовестная конкуренция – общее понятие, в которое входит ведение деятельности под чужим именем (см. раздел 3.1 ниже). Кроме того, закон Индии о товарных знаках предоставляет право предъявлять иск о ведении деятельности под чужим именем в отношении незарегистрированных знаков⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ Более подробный обзор см. в статье R Mittal, "India" в публикации F Henning-Bodewig (ed), *International Handbook on Unfair Competition Law* (Beck*Hart*Nomos, 2013), 285.

⁵⁶⁶ Раздел 10(1)(f) Закона о предприятиях – изготовителях кокосового волокна 1953 года, Закон №45 от 1953 года.

⁵⁶⁷ Раздел 3(1) Закона о газетах (ценах и полосах) 1956 года, Закон №45 1956 года; дополнен законом 1961 года.

⁵⁶⁸ Раздел 22(1)(b) Закона о географических указаниях в отношении товаров (регистрация и охрана) 1999 года, Закон №48 от 1999 года.

⁵⁶⁹ Чайный совет Индии против ITC Ltd., 2011 год, (5) CHN 1 (Calcutta HC).

⁵⁷⁰ Чайный совет Индии против ITC Ltd., 2011 год, (5) CHN 1; последующий иск также не был удовлетворен: Чайный совет Индии против ITC Ltd., 4 февраля 2019 года (Calcutta HC).

⁵⁷¹ Статья 27(2) Закона о торговых марках 1999 года, Закон №47 от 1999 года.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

Как сторона, подписавшая Парижскую конвенцию, Индия взяла на себя обязательство по статье 10bis (2) ПК поддерживать «честную практику в промышленных и торговых делах»⁵⁷². Однако подход, принятый в Индии, согласуется с подходом в других юрисдикциях общего права. Здесь нет ни единого законодательного источника, ни норм деликтного права в отношении недобросовестной конкуренции. Тем не менее в Индии существует ряд законодательных положений и деликтов общего права, принятых для выполнения международных обязательств.

Для предотвращения недобросовестной конкуренции в Индии чаще всего используются нормы деликтного права о ведении деятельности под чужим именем. Как отметил Высокий суд Дели, эти нормы «предназначены для защиты продавцов от актов недобросовестной конкуренции, заключающихся в получении с применением обмана и введения в заблуждение выгоды от репутации, уже приобретенной конкурирующим продавцом. Ответчик стремится получить эту выгоду, выдавая свои товары за товары истца»⁵⁷³. Несмотря на эту узкую формулировку, в суды, рассматривающие дела об ИС, часто подаются общие иски о недобросовестной конкуренции, хотя это основание для иска не признается независимым в законодательстве Индии. Например, когда ответчики продавали продукцию, оформление которой было похоже на дизайн престижных товаров и предметов интерьера, изготовляемых истцом, утверждалось, что ответчики «вели незаконную деятельность, ведя деятельность под чужим именем и совершая акты недобросовестной конкуренции и размытия права»⁵⁷⁴. Рассмотрим также более поздний пример: «В иске содержалось требование об установлении [постоянного] судебного запрета и возврате товаров для уничтожения в связи с нарушением прав на товарный знак, ведением деятельности под чужим именем, дискредитацией, размытием знака, незаконным завладением коммерческой тайной, недобросовестной конкуренцией, подделкой бухгалтерской отчетности, причинением ущерба и т.д.»⁵⁷⁵.

Поскольку для квалификации деяния как ведения деятельности под чужим именем должен быть доказан факт предоставления ложной информации, истцы подают в суды иски о незаконном завладении или использовании с уклонением от оплаты. Однако Высокий суд Дели категорически отклонил предложение разработать новое положение о деликте незаконного завладения в споре, связанном с информацией, для которой устанавливаются временные ограничения, или с «последними новостями»⁵⁷⁶. Ответчикам удалось обжаловать временный запрет на распространение информации о матче по крикету. Они предоставляли информацию о счете в виде текстовых сообщений в качестве платной услуги без лицензии со стороны истца, обладавшего эксклюзивными правами на трансляцию матчей. Суд пришел к заключению, что на (фактические) спортивные результаты не существует права собственности. Признание таких прав противоречит закону об авторском праве, который не защищает фактические данные. Кроме того, оно препятствует осуществлению конституционных прав, в частности прав на свободу выражения мнений и распространения информации. Поэтому, несмотря на то, что стороны конфликта подавали иск о недобросовестной конкуренции в общем смысле, суды в Индии, как правило, анализируют такие иски в рамках понятия «ведение деятельности под чужим именем».

⁵⁷² Индия присоединилась к ПК 7 сентября 1998 года, документ введен в силу 7 декабря 1998 года. См. https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/paris/treaty_paris_188.html.

⁵⁷³ B.K. Engineering Co. против Ubhi Enterprises AIR 1985 Delhi 210, [13] (Avadh Behari, J).

⁵⁷⁴ Eicher Goodearth Pvt Ltd против Krishna Mehta & Ors, 29 июня 2015 года (Высокий суд Дели), [3b].

⁵⁷⁵ Cervceria Modelo Demexico против The Origin Ventures & Ors, 30 сентября 2021 года (Высокий суд Дели), [2].

⁵⁷⁶ Akuate Internet Services Pvt. Ltd. и Ors. против Star India Pvt. Ltd. и Ors 2013 3(1) MIPR. См. также Claudio De Simone и Ors. против Actial Farmaceutica SRL. и Ors, 17 марта 2020 года, (Высокий суд Дели) (если срок действия патента истек, а информация не может считаться коммерческой тайной, поскольку относится к общественному достоянию, дополнительный иск о недобросовестной конкуренции для ее защиты предъявляться не может).

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Что касается списка запрещенных действий в статье 10bis(3) ПК, то законодательством страны установлены средства предотвращения смешения (3.1), дискредитирующих и порочащих заявлений (3.2) и действий, вводящих в заблуждение (3.3). В приведенном ниже обзоре не рассматриваются такие законодательные акты в отношении прав ИС, как закон о товарных знаках, который содержит общие положения о предотвращении смешения, и законы о промышленных образцах и авторском праве, которые запрещают определенные виды копирования или незаконного завладения⁵⁷⁷.

3.1 Создание смешения

Нормы деликтного права, устанавливающие ответственность за ведение деятельности под чужим именем, – основное средство выполнения обязательства по статье 10bis(3), №1 ПК запрещать «действия такого характера, которые могут привести к смешению». В этом смысле оно согласуется с общей концепцией законодательства Великобритании⁵⁷⁸. Деликтное право основано на принципе «запрета человеку продавать свои товары под видом товаров другого лица»⁵⁷⁹. Верховный суд Индии в нескольких делах признавал, что источником этой нормы деликтного права является общее право. Например, он постановил, что «концепция ведения деятельности под чужим именем – средство защиты в рамках общего права, посредством которого лицо лишается возможности незаконно использовать деловую репутацию другого лица, обманывая общественность путем выдачи чужих товаров за свои»⁵⁸⁰. Ниже излагаются критерии для установления таких действий.

В основе исковых требований о признании действий ведением деятельности под чужим именем лежит принцип, что никто не имеет права представлять свои товары под видом товаров другого лица. . . . В современном законодательстве деликт ведения деятельности под чужим именем состоит из пяти элементов: 1) предоставление ложной информации 2) продавцом в ходе коммерческой деятельности 3) его потенциальным клиентам или конечным потребителям товаров или услуг, 4) которое способно причинить ущерб предприятию или деловой репутации другого продавца (если такое последствие можно было предвидеть в разумных пределах) и 5) которое причиняет предприятию или деловой репутации продавца, подавшего иск, фактический ущерб или (в случае иска о предотвращении причинения истцу ущерба, который невозможно возместить деньгами) может причинить такой ущерб⁵⁸¹.

Кроме того, Верховный суд ссылаясь на более привычные альтернативные критерии, предполагающие наличие трех стандартных элементов: причинение вреда деловой репутации, предоставление ложной информации и причинение ущерба⁵⁸². Несмотря на существование законодательных норм об охране зарегистрированных товарных знаков, ведение деятельности под чужим именем остается независимым основанием для иска⁵⁸³. Однако закон о товарных знаках устанавливает правила судебного процесса и возможные средства правовой защиты. За несколько десятилетий в судах Индии был накоплен большой объем судебной практики в этой области, и в прошлом три

⁵⁷⁷ См. Закон о товарных знаках от 1999 года; Закон о промышленных образцах от 2000 года, Закон №16 от 2000 года; Закон об авторском праве от 1957 года, Закон №14 от 1957 года.

⁵⁷⁸ См. Gangjee, Report on the United Kingdom, 3.1.

⁵⁷⁹ N. R. Dongre против Whirlpool Corporation (1996) 5 SCC 714 (с разрешения приведено постановление нижестоящего суда).

⁵⁸⁰ Ramdev Food Prod. Pvt. Ltd. v. Arvindbhai Rambhai Patel & Ors AIR 2006 SC 3304, at [50].

⁵⁸¹ Cadila Healthcare Ltd. против Cadila Pharm. Ltd AIR 2001 SC 1952, at [10].

⁵⁸² Satyam Infoway Ltd. против Sifynet Solutions Pvt Ltd. AIR 2004 SC 3540, [13]–[15].

⁵⁸³ RK Patel & Co. & Ors. против Shri Rajdhar Kalu Patil & Ors., 2007 Bom LR 739, [22].

вышеназванных основных элемента были взаимосвязаны⁵⁸⁴. Эти совокупные критерии традиционно служат для структурирования и ограничения ведения деятельности под чужим именем. Основные пункты иска заключаются в том, что ответчик использует те же или похожие знаки, что и истец, чтобы ввести в заблуждение среднестатистического потребителя, выдавая свою продукцию за продукцию истца. Эти знаки (не только товарные знаки, но и внешнее оформление или упаковка) должны обладать отличительной способностью как символы деловой репутации. Верховный суд Индии аннулировал ряд решений нижестоящих судов, которые предлагали установить, что при отсутствии в регионе клиентов и деловой репутации должно быть достаточно трансграничной репутации⁵⁸⁵. Деловая репутация – территориальный фактор, который требует наличия клиентов на территории Индии. Таким образом, для признания действия актом ведения деятельности под чужим именем недостаточно доказать, что людям известно о гибридном автомобиле Toyota Prius, если этот автомобиль отсутствует и не продается на рынке Индии в конкретный период времени⁵⁸⁶.

3.2 *Дискредитирующие и порочащие утверждения*

Дискредитирующие и порочащие утверждения одного продавца в отношении другого оцениваются по нормам деликтного права в отношении злонамеренной или вредоносной ложной информации, или дискредитации⁵⁸⁷. Суды Великобритании редко принимают постановления о наличии злого умысла, т.е. психологического аспекта, связанного с нечестным мотивом, тогда как индийские суды в последние годы снизили порог для применения соответствующей нормы деликтного права⁵⁸⁸. Эта норма часто применяется в делах о сравнительной рекламе, когда один продавец заявляет о превосходстве своей продукции, прямо или косвенно утверждая, что товар конкурента в чем-то ей уступает. В таких делах товары конкурентов противопоставляются, что делает введение в заблуждение относительно происхождения товара и, следовательно, ведение деятельности под чужим именем маловероятным. В Великобритании к утверждению о злонамеренной ложной информации предъявляются более высокие пороговые требования: товар истца должен быть легко узнаваем; кроме того, необходимо наличие объективно ложного заявления, элемента злого умысла и особого ущерба (или на установленной законом презумпции)⁵⁸⁹. В Индии же для предъявления иска о дискредитации достаточно заявления о том, что товар истца в чем-то уступает товару ответчика (например, его отбеливатель очищает одежду хуже или его напиток менее питателен). Суды более не требуют доказательств, что заявления ответчика не соответствуют действительности, сделаны со злым умыслом и привели к фактическому или вероятному ущербу⁵⁹⁰. Также признается дискредитация общего характера, когда ответчик утверждает, что весь класс продукции конкурентов уступает его продукции, не указывая конкретного конкурента⁵⁹¹. Английские суды всегда считали допустимым «хвастовство», или преувеличение со стороны продавца, которое признавалось выражением мнения, а не фактическим заявлением. Таким образом толковались отзывы как о достоинствах собственной продукции продавца, так и указания на недостатки конкурента. Однако индийские суды возражают против последнего элемента как

⁵⁸⁴ См. гл. 25, P Naryanan, *Law of Trade Marks & Passing Off* (Eastern Law House, 2018); KC Kailasam (ed), *Venkateswaran on Trade Marks and Passing Off*, 6th ed (Lexis Nexis 2015) 1044–1060.

⁵⁸⁵ *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha* против *Prius Auto Industries Ltd & Ors*, 14 декабря 2017 года (SC).

⁵⁸⁶ *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha* против *Prius Auto Industries Ltd & Ors*, 14 декабря 2017 года (SC).

⁵⁸⁷ *Colgate-Palmolive* против *Anchor* (2004) 40 PTC 653 (Madras HC), [25].

⁵⁸⁸ A. Banerjee, "Comparative advertising and the tort of generic disparagement" (2010) 5(11) *JIPLP* 791.

⁵⁸⁹ См. Gangjee, *Report on the United Kingdom*, P.3.2.

⁵⁹⁰ *Reckitt Colman* против *Ramachandran* (1999) 19 PTC 741; *Pepsi* против *Coca Cola* (2003) 27 PTC 305; *Dabur India Ltd* против *Colortek Meghalaya Pvt. Ltd* (2010) 167 DLT 278 (Delhi DB); *Reckitt Benckiser* против *Hindustan Unilever Ltd*, 30 июля 2021 года (Высокий суд Дели).

⁵⁹¹ *Dabur* против *Emami* (2004) 29 PTC 1; *Dabur* против *Colgate-Palmolive* (2005) AIR Delhi 102.

такового. Они высказывают сомнение в совместимости таких решений со свободой коммерческого самовыражения и конкуренции⁵⁹².

3.3 Вводящие в заблуждение указания или утверждения

Вводящая в заблуждение информация о продукции продавца регулируется в первую очередь в соответствии с законами Индии о защите прав потребителей, а именно, Законом о защите прав потребителей от 2019 года⁵⁹³. Этот закон регулирует несправедливые условия контрактов и недобросовестную торговую практику. Последняя определяется как «использование в коммерческой деятельности для стимулирования продаж, использования или поставки любого товара или предоставления услуги недобросовестный метод, нечестную или обманную практику»⁵⁹⁴. К числу таких методов и практик относят ложную информацию, касающуюся стандарта, качества, количества, сорта, состава, оформления или модели товара; ложную информацию о том, что товар спонсируется, одобрен другим лицом или принадлежит ему; и ложная информация о продажной цене. Отдельно признается вводящая в заблуждение и ложная реклама⁵⁹⁵. Полномочия по регулированию, проведению расследований и вынесению судебных решений предоставлены недавно созданному Центральному управлению по защите прав потребителей. В число лиц, которые в праве подавать жалобы, входят отдельные потребители, отдельный потребитель, подающий коллективный или представительский иск, ассоциации потребителей и правительство⁵⁹⁶. Новый закон был принят с целью расширить права потребителей путем предоставления возможности подавать жалобы в электронном виде, стимулирования использования посредничества, отмены требования о взимании платы за рассмотрение мелких исков, введения более строгих штрафов и регулирования продажи товаров на платформах электронной торговли⁵⁹⁷.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

В заключение настоящего обзора следует упомянуть еще о двух формах пресечения недобросовестной конкуренции. Первая – защита коммерческой тайны и конфиденциальной информации⁵⁹⁸. Коммерческая тайна может быть защищена посредством обязательства по сохранению конфиденциальности, налагаемого договорным правом (например, нарушение условий конфиденциальности в соглашениях о неразглашении, трудовых договорах, консультационных соглашениях). Кроме того, она может защищаться иском о нарушении конфиденциальности, основанным на праве справедливости⁵⁹⁹. Чтобы информация считалась конфиденциальной или относилась к коммерческой тайне, она должна отвечать требованию секретности, иметь коммерческую ценность и быть объектом принятых мер по сохранению ее секретности⁶⁰⁰.

Вторая новая форма – защита прав на изображение. Права на изображение служат для защиты признаков личности; это, в частности, имя, прозвище, физическое сходство, изображение, фотография, подпись, голос и другие личные характеристики человека. Для применения этого средства необходимо, чтобы по использованию таких признаков

⁵⁹² A. Banerjee, "Comparative advertising and the tort of generic disparagement" (2010) 5(11) JIPLP 791.

⁵⁹³ Закон №35 от 2019 года. Заменяет Закон о защите прав потребителей от 1986 года.

⁵⁹⁴ Раздел 2(47) Закона о защите прав потребителей от 2019 года.

⁵⁹⁵ Раздел 2(28) Закона о защите прав потребителей от 2019 года.

⁵⁹⁶ Раздел 2(35) Закона о защите прав потребителей от 2019 года.

⁵⁹⁷ См.: <https://consumeraffairs.nic.in/acts-and-rules/consumer-protection>. См. также N Chawla and B Kumar, «E-Commerce and Consumer Protection in India: The Emerging Trend» (2021) Journal of Business Ethics [готовится к публикации].

⁵⁹⁸ A Kumar and A Mishra, "Protecting Trade Secrets in India" (2015) 18(6) JWIP 335.

⁵⁹⁹ John Richard Brady & Ors против Chemical Process Equipment P Ltd & Anr AIR 1987 Delhi 372; Diljeet Titus против Alfred Adevare & Ors 2006 (32) PTC 609 Del.

⁶⁰⁰ Bombay Dyeing против Mehar Karan Singh, 24 августа 2010 года (Высокий суд Бомбея).

ответчиком можно было установить, что речь идет об истце, как правило, знаменитости или известном человеке⁶⁰¹. Основание для этого права сформулировано индийскими судами не полностью; в настоящее время оно служит для защиты интересов частной жизни, в отличие от заявления прав на изображение⁶⁰².

К. ЯПОНИЯ И КОРЕЯ*

1. Законодательная база

В Японии и Корее действуют единственные в своем роде законы, обеспечивающие защиту от недобросовестной конкуренции: в Японии – Закон о предотвращении недобросовестной конкуренции (ЗПНК)⁶⁰³, а в Корее – Закон о предотвращении недобросовестной конкуренции и защите коммерческой тайны (ЗПНКЗКТ)⁶⁰⁴. Они предусматривают конкретные основания для иска и содержат подробные определения недобросовестного поведения. В обоих законах напрямую применяется статья 10bis(1) ПК. Помимо закона о недобросовестной конкуренции, в областях, где нарушение интеллектуальной собственности, например, прав на товарный знак, также может представлять собой акт недобросовестной конкуренции, могут использоваться законодательные нормы об интеллектуальной собственности. В случаях когда действия не подпадают под конкретную категорию недобросовестного поведения, также предоставляется защита от незаконного поведения в соответствии с Гражданским кодексом, дающего основания для предъявления исков в соответствии с деликтным правом и законом о неправомерном обогащении⁶⁰⁵. Как в Японии, так и в Корее законы о недобросовестной конкуренции неоднократно пересматривались, после чего перечень оснований для исков в них был расширен путем включения нормативных мер, связанных с техническим прогрессом и подписанием международных соглашений. Поэтому в настоящее время суды с осторожностью относятся к искам, основанным на общих положениях Гражданского кодекса, особенно при наличии соответствующих законодательных положений о недобросовестной конкуренции, касающихся конкретных действий (см. разделы 3 и 4).

Ни Япония, ни Корея не внесли общий запрет на недобросовестную конкуренцию в национальные законы о недобросовестной конкуренции. Японский ЗПНК содержит лишь исчерпывающий список недобросовестных действий без общей оговорки, в связи с чем не остается возможности для открытой трактовки. В процессе пересмотра закона в 1993 году обсуждался вопрос о введении общей оговорки, но она не была принята во избежание правовой неопределенности⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Titan Industries Ltd против M/S Ramkumar Jewelers, 26 апреля 2012 года (Высокий суд Дели).

⁶⁰² Krishna Kishore Singh против Sarla A Saraogi, 10 июня 2021 года (Высокий суд Дели); см. V. Jhavar, «Vempati Ravi Shankar – Facebook Copyright Dispute» 9 July 2021, по ссылке: <https://spicyip.com/2021/07/copyright-infringement-moral-rights-and-posthumous-enforcement-of-celebrity-rights.html>.

* Г-жа Нари Ли, профессор Школы экономики Ханкен, Хельсинки, Финляндия.

⁶⁰³ Закон о предотвращении недобросовестной конкуренции. Закон №47 от 1993 года. Все законодательные акты, действующие в Японии, и их перевод опубликованы в онлайн-базе данных по японскому законодательству с возможностью поиска. <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> (по состоянию на 1 сентября 2021 года)

⁶⁰⁴ Закон о недобросовестной конкуренции и защите коммерческой тайны. Закон №16024 от 2019 года. Все законодательные акты, действующие в Корее, и примеры из судебной практики страны, упомянутые в настоящем докладе, опубликованы в базе данных по корейскому законодательству с возможностью поиска: <http://www.law.go.kr> (по состоянию на 1 сентября 2021 года).

⁶⁰⁵ Гражданский кодекс Японии, Закон №89 от 27 апреля 1896 года, статьи 709 и далее, и Гражданский закон Кореи, Закон №17905, с изменениями и дополнениями от 2021 года. 1. 26, статьи 750 и далее.

⁶⁰⁶ See Y Tamura (2003) Unfair Competition Law, 2 edition, Yuhikaku, 7.

Корейский ЗПНКЗКТ содержит перечень недобросовестных действий, в том числе общее основание для возбуждения исков о недобросовестном использовании с уклонением от оплаты, которое было введено в 2013 году после пересмотра Закона (см. раздел 4.5 ниже)⁶⁰⁷.

Значительную долю законодательных актов составляют положения, разъясняющие цель защиты от недобросовестной конкуренции. Что касается Японии, то в статье 1 ЗПНК указано, что закон служит для принятия «мер по пресечению недобросовестной конкуренции и компенсации убытков и ущерба, понесенных в результате проявлений недобросовестной конкуренции, для обеспечения *добросовестной конкуренции между предприятиями* и надлежащего выполнения соответствующих международных соглашений, что поспособствует здоровому развитию национальной экономики». Таким образом, цель заключается не только в защите конкуренции в целом и ее участников, но и в защите интересов потребителей и общественности на уровне мер политики⁶⁰⁸. статья 1 корейского ЗПНКЗКТ гласит, что закон направлен на поддержание *добросовестной и организованной торговли* путем предотвращения актов недобросовестной конкуренции, таких как недобросовестное использование торговых указаний, широко известных в Корее, права на которые принадлежат другим лицам, и незаконное завладение коммерческой тайной. Закон не дает более точного определения «добросовестной и организованной торговли». Тем не менее можно с уверенностью предположить, что этот термин включает понятия честной коммерческой практики и свободы конкуренции. Комментаторы поясняют, что недобросовестное поведение причиняет ущерб интересам предприятий, конкурентов и потребителей⁶⁰⁹.

Законы о недобросовестной конкуренции в Японии и Корее предусматривают основания для иска против незаконного присвоения достижений другого лица, поэтому неизбежно дублирование положений законов об ИС, на основании которых предоставляется защита творческих и инновационных достижений. Чтобы избежать двойной защиты, в законодательных актах и судебной практике разграничивается защита на основании закона об ИС и на основании закона о недобросовестной конкуренции. В японском законодательстве эта проблема менее актуальна, поскольку ЗПНК применяется только к прямо запрещенным действиям, перечисленным в статье 2. Исследователи в Японии утверждают, что ЗПНК только частично регулирует четыре типа действий, которые признаются актами недобросовестной конкуренции; это действия, которые приводят к ослаблению или ликвидации конкуренции; действия, направленные на неправомерное увеличение спроса; действия с целью имитации или незаконного присвоения достижений другого лица и действия, в результате которых снижается внешняя эффективность⁶¹⁰. Такие нормы делают дублирование других законов или взаимодействие с ними неизбежным. Например, виды и конфигурации продуктов (см. раздел 4.2) могут пользоваться защитой не только на основании закона о недобросовестной конкуренции, но и в соответствии с законами о регистрации патентов, полезных моделей и промышленных образцов. Цели регулирования и доступные средства защиты могут быть различными⁶¹¹. Статья 709 Гражданского кодекса Японии предусматривает защиту от деликта (недобросовестного поведения). Но суды редко применяют ее, если предметом иска не являются конкретные неправомерные действия,

⁶⁰⁷ Тем не менее суд проявляет осторожность и применяет перечень только в тех случаях, когда конкретный эквивалентный акт отсутствует, но действие сочтено недобросовестным по смыслу Закона о недобросовестной конкуренции. См., например: Центральный районный суд Сеула, 28 августа 2014 года, постановление Ga Hap 552431.

⁶⁰⁸ Tamura, *Unfair Competition Law*, 10.

⁶⁰⁹ SJ Jung (2020) 'General: Article 1' в публикации SJ Jung et al eds, *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, Pakyoungsa at 13–16.

⁶¹⁰ Tamura, *Unfair Competition Law*, 17–21.

⁶¹¹ Например, Коммерческий кодекс Японии, Закон №48 от 9 марта 1899 года, статья 12.1 предусматривает основания для иска об использовании идентичного или похожего зарегистрированного коммерческого названия с неправомерной целью, а в статье 12.2 предусмотрен судебный запрет.

предусмотренные законодательными актами, например, законами об ИС⁶¹². В ЗПНК отсутствует законодательное положение, устанавливающее, какой закон имеет преимущественную силу в случае коллизии – закон об ИС или другие правовые нормы. Таким образом, основания для защиты устанавливаются в каждом конкретном случае отдельно. Например, при параллельной ссылке на права на товарные знаки и на незарегистрированные знаки более высокий приоритет придается первым⁶¹³. Суды⁶¹⁴ также придерживаются мнения, что попытки владельцев патентных прав или прав на промышленные образцы добиться максимальной защиты известных видов продукции могут быть равносильны злоупотреблению правом по смыслу общих правил Гражданского кодекса, несмотря на то, что в ЗПНК нет конкретной законодательной нормы, препятствующей таким попыткам⁶¹⁵.

В практике применения корейского ЗПНКЗКТ законы об ИС и о недобросовестной конкуренции дополняют друг друга; приоритет отдается следующим законам: Закону о патентах, Закону о полезных моделях, Закону об охране промышленных образцов, Закону о товарных знаках, Закону о контроле качества сельскохозяйственной и рыбной продукции, Закону об авторском праве, Закону об регулировании монополий и добросовестной торговле, Закону о честной маркировке и рекламе (ЗЧМР), Закону о честных субподрядных сделках и Закону об уголовном преследовании⁶¹⁶. Тем не менее суды в стране придерживаются мнения, что законодательный приоритет не препятствует применению ЗПНКЗКТ для ограничения действий, которые считаются недобросовестными, даже если формально не противоречат другим законам. Так, регистрация товарного знака в соответствии с требованиями законов о регистрации товарных знаков может быть признана противоречащей закону о недобросовестной конкуренции, если целью регистрации было использование репутации незарегистрированного знака другого лица⁶¹⁷. Было признано, что регистрация промышленного образца, подобного или идентичного продукции другого лица, противоречит закону о недобросовестной конкуренции, даже если регистрация была произведена в соответствии с требованиями, предусмотренными Законом об охране промышленных образцов⁶¹⁸. Конституционный суд Кореи подтвердил этот вывод, постановив, что приоритет статьи 15 ЗПНКЗКТ не означает ее исключительности и возможности применения только одного закона⁶¹⁹. При этом Высокий суд Сеула постановил, что с учетом цели охраны действия, признанные законными и не приводящими к нарушению авторских прав, также не могут быть признаны неправомерными по Закону о недобросовестной конкуренции⁶²⁰. Рассматривая

⁶¹² See Y Tamura (2014) 'Protection of First Mover advantage – regulation against imitation of the product configuration in Japan,' in Lee, Westkamp, Kur, Ohly (eds) Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity at 217.

⁶¹³ См., например, Верховный суд Японии, 12 октября 1981 года, дело Showa 54 (o) 145, в публикации 35 Minshu 7 at 1129, основанное на статье 6 предыдущей редакции ЗПНК, которая в настоящее время исключена из ЗПНК.

⁶¹⁴ См., например: Верховный суд Японии, 29 мая 1984 года, в публикации 38 Minshu 7 at 920.

⁶¹⁵ Tamura, Unfair Competition Law, 233–235.

⁶¹⁶ Статья 15 ЗПНКЗКТ

⁶¹⁷ Верховный суд Кореи, 19 января 1993 года, постановление 92 Do 2054.

⁶¹⁸ Верховный суд Кореи, 14 марта 2013 года, постановление 2010 Do 15512.

⁶¹⁹ Конституционный суд Кореи, 27 сентября 2001 года, постановление 99 Hun Ba 77. Суд постановил, что положения Закона не подразумевают, что защита по ЗПНКЗКТ распространяется только на знаки, не охраняемые законом о товарных знаках, а нарушение прав на зарегистрированные знаки исключает применение ЗПНКЗКТ.

⁶²⁰ Например, Высокий суд Сеула 4 декабря 2014 года, решение 2014 Na 2011480. В деле о нарушении авторских прав на подобные фотографии природных ландшафтов суд не признал нарушения в связи с отсутствием существенного сходства и отказался применять закон о недобросовестной конкуренции. В деле, относящемся к правилам игры, суд постановил, что до тех пор пока нет нарушения авторских прав, копирование элементов игры, не защищенных авторским правом, не противоречит закону о недобросовестной конкуренции. Высокий суд Сеула, 2017 год, 12 января 2017 года, решение №2015 Na2063761. В деле по апелляции Верховный суд установил нарушение авторских прав и тем самым

судебную практику в совокупности, можно сделать вывод, что согласно статье 15 другие перечисленные выше законы приобретают преимущественную силу только в случае коллизии регулирующих документов; однако в отсутствие такой коллизии законы о недобросовестной конкуренции могут применяться к тем же действиям, которые регулируются конкретными законами об интеллектуальной собственности, с учетом целей законов и лежащих в их основе охраняемых законом интересов.

При нарушении Закона о недобросовестной конкуренции могут использоваться как гражданские, так и уголовные средства правовой защиты. Однако и в Японии, и в Корее проводится различие между обеспечением исполнения норм частного права (закона о недобросовестной конкуренции) и норм общественного права, в частности закона о борьбе с монополиями и закона о добросовестной торговле и маркировке. Эти законы и нормативные акты служат схожим целям; тем не менее основания для исков отличаются по типам средств правовой защиты, предусмотренным для частных лиц и по привлечению административных учреждений⁶²¹. Но иногда дублирование неизбежно. Закон Японии о запрете частных монополий и поддержании честной торговли (документу, относящемуся к области общественного права) категорически запрещает недобросовестную торговую практику; тем не менее при его нарушении допускается применение норм частного права (судебный запрет)⁶²². В Корее же более распространено мнение, что при предъявлении исков частными лицами не всегда устанавливается судебный запрет в соответствии с действующими положениями Закона о регулировании монополий и добросовестной торговле⁶²³.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

Из отсутствия общего запрета на недобросовестную конкуренцию как в Японии, так и в Корее означает, что концепция честной практики в промышленных и торговых делах по смыслу статьи 10bis(2) ПК так и не была реализована в законодательстве. Тем не менее в результате использования понятия честной практики были признаны определенные формы поведения, к которым не применяются правовые нормы защиты от недобросовестной конкуренции.

Как отмечается в одном комментарии, в Японии иски о недобросовестной конкуренции могут предъявлять только лица, чьим деловым интересам был причинен ущерб. Таким образом, действия, не связанные с предпринимательской деятельностью (т.е. совершаемые с некоммерческой целью), считаются правомерными, или как минимум не подпадают под действие ЗПНК. Кроме того, есть исключения, позволяющие сравнить примеры честной коммерческой практики с запрещенными действиями⁶²⁴. Так, в отношении действий, создающих смешение (см. 3.1.), существуют особые правила, которые освобождают от запрета на использование обычного названия или имени собственного и разрешают повторное использование. Иными словами, ответственность не наступает, если знак используется в качестве общего, общепринятого названия или имени собственного без противоправной цели и без причинения ущерба другим лицам, если название использовалось для указания происхождения до того, как оно стало широко известным или знаменитым, и если знак используется лицами, к которым перешло предприятие, без противоправной цели. Японский закон о недобросовестной

аннулировал решение, не обращаясь к закону о недобросовестной конкуренции. Верховный суд, 27 июня 2019 года, Решение 2017 Da212095.

⁶²¹ Tamura, *Unfair Competition Law*, 14, 309–411 in Japan. S Choi 'Relationship of Unfair Competition Prevention Law and Monopoly Regulation and Fair Trade Act' in Jung eds (2020), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, 239–251.

⁶²² Статьи 19 и 24 Закона о запрете частных монополий и поддержании добросовестной торговли (Закон №54 от 14 апреля 1947 года)

⁶²³ SH Kwak (2007), 'Antitrust Enforcement and Injunctive Relief', 56 *Korean Lawyer's Association Journal* 4 at 80–145.

⁶²⁴ Статья 19 ЗПНК.

конкуренции также предусматривает защиту от слепого копирования, незаконного использования коммерческой тайны и присвоения данных, а также от обхода технических мер защиты (см. раздел 4). Но независимо от этих форм защиты, допускается добросовестное использование (т.е. использование без ведома и преступной халатности) товаров, коммерческой тайны и данных. Что касается мер технической защиты, то допускается использование в целях исследований и испытаний. Вышеприведенные исключения указывают на то, что согласно законодательству Японии честной коммерческой деятельностью могут признаваться, в частности, некоммерческая цель использования и использование без ведома, без преступной халатности и противоправных намерений в рамках добросовестной конкуренции.

Согласно ЗПНКЗКТ, действия некоммерческой направленности считаются законными. В ряде законодательных актов содержится прямое указание на это⁶²⁵. Кроме того, в определенных случаях суды ссылаются на практику добросовестной торговли, когда разъясняют цель закона о недобросовестной конкуренции (см. раздел 1) и конкретизируют ряд действий, недопустимых в рамках общего запрета на недобросовестное использование с уклонением от оплаты (см. раздел 4.5), в целях соблюдения баланса интересов. Например, в силу статьи 2.1(с) ЗПНКЗКТ и статьи 1-2 Указа об обеспечении исполнения использование общеизвестных знаков считается законным, если они используются в некоммерческих целях⁶²⁶. Для признания использования некоммерческим по смыслу статьи 2.1(с) необходимо привести факты, показывающие, приносят ли такие действия коммерческую выгоду пользователю и какова цель использования⁶²⁷. Кроме того, использование общеизвестных знаков разрешено в новостных репортажах и комментариях. Оно также допускается на основании предшествующего и постоянного использования без неправомерной цели, если такое использование соответствует «стандартной практике добросовестных коммерческих транзакций». В этом контексте ссылка на стандартную практику добросовестных коммерческих транзакций считается подтверждением добросовестного использования⁶²⁸. Статья 13 ЗПНКЗКТ предусматривает освобождение от ответственности по основаниям добросовестности, в ограниченной степени допуская использование или раскрытие коммерческой тайны, приобретенной законным путем в результате сделки. Ученые высказывали критику в отношении этого аспекта, так как, например, против добросовестного продавца товаров, произведенных с использованием слепого копирования, можно подать иск на основании ЗПНКЗКТ⁶²⁹.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Что касается Японии и Кореи, то в статье 2 Закона о недобросовестной конкуренции закреплено определение недобросовестной конкуренции со ссылкой на конкретные виды недобросовестных действий в экономической сфере. Лица, чьи деловые интересы были (или могли быть) затронуты в результате перечисленных действий, имеют право требовать судебного запрета и возмещения убытков. Право подавать иск имеют только продавцы, чьи деловые интересы затронуты; потребители и лица, представляющие

⁶²⁵ Статья 2.1.(с) ЗПНКЗКТ и статья 1-2 Указа об обеспечении исполнения Закона о предотвращении недобросовестной конкуренции и защите коммерческой тайны [вступил в силу 1 января 2019 года.] [Указ Президента №29421 от 24 декабря 2018 года, принятие дополнений в форме другого закона].

⁶²⁶ Указа об обеспечении исполнения Закона о предотвращении недобросовестной конкуренции и защите коммерческой тайны [Дата вступления в силу 1 января 2019 года.] [Указ Президента №29421 от 24 декабря 2018 года, принятие дополнений в форме другого закона].

⁶²⁷ JS Song (2006) Interpretation and Application of Trademark Dilution Theory. PhD Thesis, Seoul National University. http://www.clt.re.kr/V1/data/file/Thesis/200602_D_Song%20Jae%20Sup.pdf at 230

⁶²⁸ См. JS Song (2020), 'Article 2.1.(c)', в публикации Jung (eds), Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 53–54.

⁶²⁹ См. JY Choi and KH Lee (2019), Unfair Competition Law, 3rd edition. Jinwonsa at 21. См. также SY Moon (2020) 'Article 2.1(k)' in Jung, Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 238.

интересы потребителей, не имеют такого права⁶³⁰. В Японии и Корее под определение недобросовестного конкурентного поведения подпадают создание смешения (раздел 3.1), дискредитация конкурентов в процессе торговли посредством ложных утверждений (раздел 3.2) и введение в заблуждение (раздел 3.3). Страны также применяют Статью 6septies ПК, согласно которой несанкционированная регистрация знаков субъектом или его представителем запрещена как особая форма недобросовестной конкуренции. Как подробно описано в разделе 4, есть и другие случаи, в которых применяется защита от недобросовестного конкурентного поведения. Законы о недобросовестной конкуренции защищают от размытия знаки, имеющие сложившуюся репутацию. В число актов недобросовестной конкуренции также входят слепое копирование и незаконное завладение коммерческой тайной.

3.1 Создание смешения

Статьей 2.1.i ЗПНК и статьей 2.1.a и b ЗПНКЗКТ запрещены акты создания смешения путем использования общеизвестных знаков или коммерческих обозначений, права на которые принадлежат другим лицам. Такая защита от «смешения с другим продуктом или фирменным стилем» согласуется с положениями статьи 10bis(3) №1 ПК. Судя по положениям законодательных актов, для применения защиты необходимо выполнить три требования: 1) используемые указания или обозначения должны быть идентичными либо схожими; 2) они должны быть широко известны⁶³¹; и 3) должно иметь место смешение. В этой модели регулирования сравнительная реклама разрешена, если обозначение товара или предприятия не используется для характеристики товара или предприятия рекламодателя⁶³².

Как в Японии, так и в Корее понятия коммерческих обозначений и указаний, а также охраняемых товарных знаков для продукции и услуг трактуются широко. Законы о недобросовестной конкуренции содержат неисчерпывающий перечень с пояснением того, что может быть обозначениями и указаниями. Это, в частности, методы ведения коммерческой деятельности, а также конструктивные элементы и внешний вид продукции, если они могут выполнять функцию отличительных знаков коммерческого происхождения⁶³³. В статье 2.1.b ЗПНКЗКТ понятие «любой другой коммерческий признак» раскрывается полнее и точно указывается, что охрана распространяется на методы ведения предпринимательской деятельности и оформление магазинов. Таким образом, в ней систематизируются судебные постановления, в которых запрещается использование фирменного стиля другого лица⁶³⁴. В деле об имитации внешности певца Верховный суд Кореи постановил, что имя может быть указанием и, следовательно, на него распространяется охрана, тогда как внешность певца не может рассматриваться как указание, подлежащее охране от копирования⁶³⁵. Но теперь она может пользоваться охраной в силу статьи 2.1.k ЗПНКЗКТ (см. раздел 4.4).

⁶³⁰ См. KJ Paek (2020), «Article 2.2 Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Business» в Jung, Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 400–401. Информацию о Японии см. в публикации Tamura, Unfair Competition Law, 7–8.

⁶³¹ Буквальный перевод – «общеизвестный»; фразы на японском и корейском языках эквивалентны с лингвистической точки зрения, но при официальном переводе на английский язык было принято другое словосочетание.

⁶³² Высокий суд Токио, 25 февраля 1981 года, См. публикацию 13 Mutaishu 1 at 134 'Fragrance Types.'. Научные эксперты считают, что в Корее сравнительная реклама не считается использованием, требующим применения закона о недобросовестной конкуренции. См. Song (2020), Article 2.1.(c), 44.

⁶³³ См. например, Верховный суд Японии, 9 апреля 1985 года Апелляция на решение Высокого суда Осаки, решение от 3 марта 1983 года, опубликовано в Hanji 1084 at 122. «Каталог товаров "телемаркетинга"». См. также Tamura, Unfair Competition Law, 119–136.

⁶³⁴ Например, Верховный суд Кореи, решение от 21 сентября 2016 года, 2016 Da 229058. См. также DH Lee 'Article 2.1.(a)&(b)' (2020), in Jung (ed), Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 24–28.

⁶³⁵ Верховный суд Кореи, 30 января 2009 года, постановление 2008 Do 5897.

Создание смешения – это действие, в связи с которым возникает вероятность смешения (не обязательно его факт)⁶³⁶. Смешение трактуется как широкое понятие, к которому относится смешение относительно коммерческой связи и принадлежности разных видов товаров или услуг при использовании аналогичного обозначения⁶³⁷. Верховный суд Кореи постановил, что при применении требований по статье 2.1.с ЗПНКЗКТ товары или услуги могут быть разными, достаточно сходства указателей⁶³⁸. Верховный суд Японии постановил, что существует вероятность смешения в отношении принадлежности несхожих предприятий – местного бара и французского бренда предметов роскоши Chanel, учитывая репутацию бренда и тенденцию к диверсификации индустрии моды⁶³⁹.

Понятие «сходство между указателями» было сформулировано с учетом концепции, используемой в законодательстве о товарных знаках, которая предусматривает комплексное сравнение с учетом условий сделки⁶⁴⁰. Понятие широкой известности требует некоторого уточнения. В частности, японское законодательство требует, чтобы указание было широко известно среди потребителей. Таким образом, открытым остается вопрос возможности охраны указаний, известных за рубежом⁶⁴¹. ЗПНКЗКТ прямо указывает, что охраняются исключительно указания в пределах этой Кореи. Верховный суд постановил, что потребители и конкуренты должны обладать соответствующим знанием⁶⁴². Порог «широкой известности» в Японии считается настолько низким, что вероятность, что это понятие помешает истцу требовать защиты в соответствии с ЗПНК в случаях если в результате использования аналогичного указания было вызвано смешение, практически отсутствует⁶⁴³. При возникновении конфликта между зарегистрированным товарным знаком и общеизвестным незарегистрированным знаком, охраняемым в соответствии с ЗПНК, действующий закон Японии о товарных знаках предусматривает, что владелец зарегистрированного знака по смыслу статьи 32.2 может потребовать от владельца конкурирующего незарегистрированного знака изменить указание с целью предотвращения смешения; это свидетельствует об приоритетности охраны зарегистрированных товарных знаков⁶⁴⁴.

3.2 *Дискредитирующие и порочащие утверждения*

Дискредитирующие и порочащие утверждения в соответствии со статьей 10bis(3) №2 ПК относятся к категории «действия, причиняющие ущерб конкуренту», и, таким образом, не приравниваются к введению в заблуждение или неправомерному использованию знака другого лица в качестве отличительного признака собственного предприятия ответчика, его продуктов и услуг с уклонением от оплаты. В статье 2.1.xxi ЗПНК (Япония) реализуются положения статьи 10bis(3), №2 ПК с уточнением, что акты создания или распространения ложных утверждений о предприятии конкурента с целью причинить

⁶³⁶ Lee (2020), Article 2.1.(a)&(b), 34–35, Tamura, Unfair Competition Law, 86–91.

⁶³⁷ Например, решение Верховного суда Японии от 10 сентября 1998 года, опубликованное в 1655 Hanji at 160 «Закусочная Chanel». Решение Верховного суда Кореи от 14 мая 2004 года, 2002 Da 13782.

⁶³⁸ Верховный суд Кореи признал недобросовестным использование известной торговой марки «Виагра» компании Pfizer в качестве доменного имени для предприятия, продающего биодобавку, в своем постановлении 2002 Da 13782 от 14 мая 2004 года.

⁶³⁹ Решение Верховного суда Японии от 10 сентября 1998 года Опубликовано в 1655 Hanji 160 «Закусочная Chanel».

⁶⁴⁰ Решение Верховного суда Кореи от 23 февраля 2001 года 98 Da 63674. Решение Верховного суда Японии от 7 января 1983 года, опубликованное в 37 Minshu 8, 1082, 'Japan Woman Power'.

⁶⁴¹ Окружной суд Осаки, решение от 29 августа 1999 года, Дело No Heisei 12 (wa) 2435 'SPARK-S'

⁶⁴² Например, Верховный суд Кореи, постановление 2002 Do 1613 от 14 июня 2002 года.

⁶⁴³ Tamura, Unfair Competition Law, 47, 50–54.

⁶⁴⁴ Статья 6 предыдущей редакции ЗПНК предусматривала, что иски, основанные на законе о недобросовестной конкуренции, должны отклоняться; но была сформирована судебная практика, в которой суды рассматривают оба иска. По мнению комментаторов, это означает, что владелец товарного знака защищен от претензий о недобросовестной конкуренции. См. Tamura, Unfair Competition Law, 229.

ущерб его репутации уголовно наказуемы. Для признания действий такими актами должны быть соблюдены три условия: 1) ложная информация в описании; 2) акт уведомления или распространения; и 3) деловая репутация конкурента. Суды постановили, что этому требованию отвечает описание товара конкурента как «копии» или «товара более низкого качества»⁶⁴⁵. То же можно сказать о дискредитирующих сравнениях. Тем не менее было сочтено законным упоминать в сравнительной рекламе, что продукт конкурента, имеющий репутацию знаменитого бренда, имеет более низкое качество, чем менее известный, но более качественный продукт рекламодателя⁶⁴⁶. В таких случаях суды взвешивают интересы, принимая во внимание уровень знаний получателей информации⁶⁴⁷. Акт уведомления или распространения ложного описания должен быть направлен на общественность, а не только на истца. Но этот акт не обязательно должен быть массовым сообщением, ориентированным на широкую общественность⁶⁴⁸. Наконец ущерб для репутации должен быть связан с предпринимательской деятельностью. Это требование исключает возможность удовлетворения исков в связи с ущербом личной репутации. Что касается личной репутации, то статьей 709 Гражданского кодекса Японии предусмотрено средство правовой защиты, основанное на применении деликтного права, без судебного запрета⁶⁴⁹. Требование о наличии конкурентных отношений не исключает возможности подачи исков о недобросовестной конкуренции против некоммерческих организаций⁶⁵⁰.

В отличие от правовых норм Японии, в ЗПНКЗКТ дискредитирующие и порочащие утверждения не указаны в качестве отдельного основания для иска. Согласно закону, дискредитирующие и порочащие действия должны причинять вред репутации конкурента. Если такой вред причинен, то для восстановления репутации можно воспользоваться средствами правовой защиты, предлагаемыми в статье 6 ЗПНКЗКТ. Это, в частности, извинения в письменном виде, извинения в присутствии общественности в открытом судебном заседании и в новостных средствах массовой информации, публикация опровержения или решения в отношении неправомерных действий и др. Поскольку большинство недобросовестных действий, предусмотренных ЗПНКЗКТ, связаны с товарами и услугами, он не предусматривает прямого основания для иска о порочащем или дискредитирующем поведении, направленном на предприятие конкурента. Исключением из этого правила является намеренное противоправное использование знаков, пользующихся определенной репутацией (см. раздел 4). ЗЧМР регулирует порочащие утверждения в контексте маркировки и рекламы. В частности, Закон запрещает недобросовестную сравнительную маркировку или рекламу, а также клеветническую маркировку или рекламу⁶⁵¹, например, сравнение без точно определенных стандартов и без объективных оснований⁶⁵². Например, Верховный суд Кореи постановил, что недобросовестным сравнением в рекламе считается утверждение на основе неполных данных о дорожно-транспортных происшествиях, что автомобиль, произведенный конкурентом, небезопасен⁶⁵³. Применение ЗЧМР предполагает проведение расследований Корейской комиссией по добросовестной торговле, поскольку в число средств правовой защиты входят административные постановления об устранении нарушения – от временного запрета

⁶⁴⁵ Окружной суд Осаки, 10 сентября 1974 года, опубликовано в 6 *Mutaishu* 2 at 217 'Kewpie'

⁶⁴⁶ Окружной суд Нагои, 15 октября 1982 года, опубликовано в *Hanta* 190 at 155 'Yamaha'

⁶⁴⁷ Высокий суд Токио, 26 июня 2002 года, опубликовано в *Hanji* 1795 at 115, 'Pachinko machine patent pool'

⁶⁴⁸ Высокий суд Осаки, 15 июля 1980 года, опубликовано в *Hanta* 427 at 174, постановление в отношении сообщения, адресованного двум деловым партнерам истца

⁶⁴⁹ *Tamura*, *Unfair Competition Law*, 444.

⁶⁵⁰ Окружной суд Токио, 6 декабря 1994 года, опубликовано в *Hanfukyo* 1250/172 at 169

⁶⁵¹ Статья 3.1.(3) и (4) Закона Кореи о честной маркировке и рекламе.

⁶⁵² Статьи 3.3 и 3.4, Указ об обеспечении исполнения Закона о честной маркировке и рекламе [Указ Президента №25050 от 30 декабря 2013 года].

⁶⁵³ Верховный суд, 26 февраля 2003 года, решение 2002 Da 67062.

до уголовного наказания. Кроме того, при нарушении ЗЧМР может подаваться иск с требованием о компенсации⁶⁵⁴.

3.3 Вводящие в заблуждение указания или утверждения

В законах о недобросовестной конкуренции Японии и Кореи предусматриваются основания для иска в связи с вводящими в заблуждение указаниями или утверждениями. Как отмечалось в предыдущем разделе, меры против дискредитации и ложных утверждений направлены на нечестные действия, направленные на конкурентов, тогда как запрет на вводящие в заблуждение указания и заявления служит для защиты потребителей⁶⁵⁵. Положения статьи 2.1.xx ЗПНК о вводящих в заблуждение указаниях служат для осуществления статьи 10bis(3), №3 ПК⁶⁵⁶. Эта статья запрещает вводящие в заблуждение указания относительно места происхождения, качества, содержания, процесса производства, предназначения, количества товаров и качества, содержания, цели и количества услуг. Согласно статье 2.1.d–2.1.f ЗПНКЗКТ недобросовестным считается использование вводящих в заблуждение указаний об источнике происхождения, месте производства и др., а также о качестве, составе, технологии производства, способе использования и количестве продукта. Статья в какой-то мере совпадает с положениями о ложной или преувеличенной рекламе в статье 3.1(1) и (2) ЗЧМР. Но, как объяснялось выше, ЗЧМР относится к сфере общественного права и наделяет полномочиями по обеспечению соблюдения закона Корейскую комиссию по добросовестной торговле, в то время как закон о недобросовестной конкуренции предусматривает частные средства правовой защиты.

В обеих странах «использование» указания включает применение не только в качестве знака на товарах или услугах, но и в рекламе, в торговых документах и в сообщениях. Широкий охват мер против использования в торговле, включая экспорт и импорт, следует из перечня в законодательных актах. Примечательно, что в ЗПНК (Япония) прямо указано, что предоставление товаров и услуг через телекоммуникационные линии представляет собой форму недобросовестного поведения. В Корейском законе добавлено выражение «таким образом, чтобы общественности становилось известно о знаках» с целью реализовать в нем положения статьи 3bis Мадридского соглашения⁶⁵⁷. Поскольку в Корее, в отличие от Японии, закон трактуется ограничительно и буквально, здесь может применяться подход, предполагающий охват только товаров с исключением услуг, который критикуется комментаторами⁶⁵⁸.

Одним из условий для признания указания «вводящим в заблуждение» является использование конкретного географического указания для товаров, произведенных за пределами региона⁶⁵⁹. При этом в число запрещенных действий входят не только ведение деятельности под чужим именем⁶⁶⁰, но и опущение важной информации о собственном продукте⁶⁶¹. В рамках судебной практики в Японии запрещаются такие действия, как реклама с «исчезающей приманкой», в которой продукт известного бренда используется в качестве приманки для продажи других товаров⁶⁶², и «двойная цена» – использование вместо указанной цены первоначальной или стандартной продажной цены⁶⁶³.

⁶⁵⁴ Статьи 7–11 Закона о честной маркировке и рекламе.

⁶⁵⁵ КН Lee (2020) 'Article 2.1.(d)' в публикации Jung (ed), Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 56; Tamura, Unfair Competition Law, 415

⁶⁵⁶ См. Yamamoto at 218

⁶⁵⁷ Мадридское соглашение о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указателей источника на товарах от 14 апреля 1891 года.

⁶⁵⁸ См. КН Lee (2020), Article 2.1.(d), 63–66.

⁶⁵⁹ Верховный суд Кореи, 26 января 2006 года, решение 2004 Do 5124.

⁶⁶⁰ Высокий суд Сеула, 26 августа 2010 года, решение 2009 Na 122394.

⁶⁶¹ Верховный суд Кореи, 26 января 1989 года, решение 87 Do 1565.

⁶⁶² Окружной суд Нагои, 15 октября 1982 года, опубликовано в Hanta 190 at 155 'Yamaha'.

⁶⁶³ Tamura, Unfair Competition Law, 416–417

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

4.1 Размытие указаний, обладающих репутацией

Как в Японии (статья 2.1(iii) ЗПНК), так и в Корее (статья 2.1(c) ЗПНКЗКТ), указания, имеющие определенную репутацию, защищаются от размытия Законом о недобросовестной конкуренции, даже в отсутствие смешения. Корейский закон распространяется только на действия, снижающие различительную способность или вредящие репутации указания. В Японии же для предъявления требований о возмещении ущерба в соответствии со статьей 3 ЗПНК необходимо предъявить доказательства причинения ущерба деловым интересам владельца указания. Запрет распространяется на размытие товарного знака путем действий, как порочащих его репутацию, так и снижающих его различительную способность⁶⁶⁴. В Корее охрана предоставляется «общеизвестным» указаниям по смыслу статьи 2.1(a) и (b) ЗПНКЗКТ. Что касается взаимосвязи между защитой от размытия и защитой от смешения, то Верховный суд Кореи постановил, что часть примеров недобросовестного поведения, включенных в список, относятся к формам смешения, которые могут дублировать действия, приводящие к размытию по смыслу статьи 2.1(a)(b) и (c).

В таком случае иски по обоим обвинениям могут быть поданы одновременно; суд пояснил (в соответствии с мнениями, высказанными в научной литературе), что статья 2.1(c) ЗПНКЗКТ охватывает только известные обозначения, то есть те, которые узнаваемы не только продавцами и целевой аудиторией, но и потребителями в целом⁶⁶⁵.

4.2 Слепое подражание формам продуктов

Согласно японскому и корейскому законодательству (статья 2.1(iii) ЗПНК и статья 2.1(i) ЗПНКЗКТ), слепое подражание формам и видам продукции запрещено как недобросовестные действия. Положения предусматривают трехлетний период защиты⁶⁶⁶. Из формулировок законов следует, что защита не распространяется на услуги. Кроме того, она не распространяется на конструктивные элементы, необходимые для функционирования продукта, а также типичные или незаменимые для данного типа продукта⁶⁶⁷. В судебной практике высказывались мнения, что такие элементы необходимы для надлежащего функционирования продукта (т.е. для того, чтобы он выполнял свою техническую функцию) или для борьбы с конкурентами в данной области⁶⁶⁸, например, когда этот элемент фактически распространен на рынке, а не делает товар уникальным⁶⁶⁹. Защита от слепого подражания распространяется на незарегистрированные образцы, не охраняемые законодательными нормами о зарегистрированных промышленных образцах. Кроме того, она может распространяться на продукты, не обладающие художественной ценностью. Этим она отличается от норм об охране промышленных образцов и от авторского права. В статье 2.4 ЗПНК дается определение конструктивных элементов товара, в число которых входят «внешние и внутренние элементы товара...». Таким образом, она содержит широкое определение

⁶⁶⁴ Tamura, Unfair Competition Law, 236–240, 248–250, JS Song (2020) ‘Article 2.1.(c)’ in Jung (ed), Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 45–46.

⁶⁶⁵ Решение Верховного суда Кореи от 14 мая 2004 года, 2002 Da 13782.

⁶⁶⁶ ЗПНК, статья 19.v.(a), ЗПНКЗКТ, статья 2.1(i)(i)

⁶⁶⁷ В дополненной редакции закона, действующего в Японии, от 2005 года выражение «типичные для вида товара конструктивные элементы» было заменено на формулировку «функционально необходимые конструктивные элементы», в число которых могут входить элементы, типичные для вида товара.

⁶⁶⁸ Верховный суд Кореи, 24 января 2017 года, решение 2015 Da 216758

⁶⁶⁹ Корея, Высокий суд Сеула, 24 апреля 2014 года, решение 2013 Na63211,

«конструктивных элементов товара», что оставляет возможность для охраны внутренних элементов, которые не всегда видны при повседневном использовании. Охраняются в том числе двухмерные конструктивные элементы, такие как нанесенные на изделие изображения или детали изделия⁶⁷⁰, если они особо важны для общей формы товара и имеют независимую рыночную ценность⁶⁷¹. Это широкое понятие также охватывает совместную выкладку товаров в наборе⁶⁷². Но идеи продуктов сами по себе не подлежат охране.

4.3 Незаконное завладение коммерческой тайной.

Как в японском, так и в корейском законодательстве о недобросовестной конкуренции предусматривается защита коммерческой тайны. В обеих странах законодательные органы активно участвуют в изменении норм о защите коммерческой тайны, расширяя сферу защиты. В статье 2.6 ЗПНК коммерческая тайна определяется как «техническая или деловая информация, полезная для предпринимательской деятельности, например, методы производства или рекламы, которая хранится в секрете и не является общеизвестной». В определении не упоминается ценность информации, однако есть требование об ее полезности.

В отличие от Японии, в Корее критериями для предоставления охраны признаются как независимая экономическая ценность, так и полезность (статья 2.2 ЗПНКЗКТ). На практике Верховный суд Кореи уделяет основное внимание независимой экономической ценности, а не полезности⁶⁷³. Положения о «незаконном завладении коммерческой тайной» (нарушении прав на коммерческую тайну) распространяются на третьих лиц; в это понятие входят ненадлежащие приобретение, использование и раскрытие первичным субъектом (статья 2.1(iv) ЗПНК, статья 2.3(a) ЗПНКЗКТ), а также вторичными и последующими субъектами, приобретающими коммерческую тайну у первичных субъектов (статьи 2.1.(v)-(x) ЗПНК и статьи 2.3.(b)-(f) ЗПНКЗКТ) умышленно или вследствие преступной халатности. В обеих странах предусмотрена как гражданская, так и уголовная ответственность. Примечательно, что в Японии после пересмотра закона о коммерческой тайне в 2015 году в перечень недобросовестных действий в статье 2.1.x ЗПНК была включена торговля объектами (в том числе, компьютерными программами), приобретенными в результате незаконного присвоения секретной технической информации. Гражданско-правовая защита коммерческой тайны ограничена по времени. Например, в Японии право требовать судебного запрета утрачивается через 20 лет, а в Корее – через 10 лет с момента совершения противоправного действия или, если обладатель коммерческой тайны не заявляет о своем праве, в течение трех лет после того как обладателю стало известно о факте правонарушения и личности правонарушителя (статья 15(1) ЗПНК, статья 14 ЗПНКЗКТ). Право требовать возмещения убытков не регулируется отдельно, но им можно воспользоваться, с учетом того же ограничения по времени, предъявив иск о деликте на основании статьи 724 Гражданского кодекса Японии и статьи 766 Гражданского закона Кореи. В Корее основанием для гражданской ответственности (статья 13 ЗПНКЗКТ) не признается добросовестное (без ведома и преступной халатности) использование и раскрытие коммерческой тайны, которая была получена законным путем в результате сделки. В Японии диапазон оснований для освобождения от ответственности шире. Соответствующее положение касается не только гражданской ответственности и распространяется на продавцов объектов, приобретенных в результате незаконного завладения секретной технической информацией. В обеих странах лица, неправомерно использующие коммерческие тайны за рубежом, подлежат уголовной ответственности

⁶⁷⁰ Верховный суд Кореи, 8 февраля 2002 года, решение 2000 Da 67839, Высокий суд Токио, 17 декабря 1991 года, опубликовано в 22 Mutaishu 2 at 443

⁶⁷¹ SH Park (2020) 'Article 2.1(i)' in Jung (eds), Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 171–173

⁶⁷² Окружной суд Осаки 19 сентября 1997 года, 30 Chizaishuu 3 at 501 «Набор полотенец с мишками».

⁶⁷³ Верховный суд Кореи, 25 августа 2011 года, решение 2011 Do 139.

(статья 21.6 ЗПНК, статья 18 ЗПНКЗКТ), что указывает на возможность экстратерриториального применения.

4.4 Изменения с учетом новых технологий

Законодательством установлена ответственность за три вида актов недобросовестной конкуренции, связанных с новыми технологиями: недобросовестные действия в отношении доменных имен (Япония и Корея), меры технической защиты (Япония) и прямая защита данных (Япония).

В частности, предоставляется защита доменных имен веб-сайтов от незаконного использования (статья 2.1.xix ЗПНК и статья 2.1.h ЗПНКЗКТ). В Японии запрещается приобретение с целью неправомерного обогащения или с намерением причинить вред другим лицам. Здесь предусматриваются только гражданско-правовые средства защиты. В Корее охрана предоставляется только широко известным в стране указаниям. Но здесь запрещается более широкий диапазон недобросовестных целей приобретения, включая приобретение с намерением получить коммерческую выгоду.

В Японии введен запрет на торговлю устройствами и программным обеспечением для обхода технических мер защиты (статья 2.1.xvii–xviii ЗПНК). В корейском законе о недобросовестной конкуренции, напротив, отсутствуют конкретные положения, направленные на пресечение торговли устройствами для обхода технических мер. Положения, запрещающие торговлю устройствами для обхода технических мер защиты, включены в закон об авторском праве (статья 104bis Закона Кореи об авторском праве).

На фоне развития экономики больших данных в Японии была введена новая форма защиты от незаконного присвоения данных, охватывающая неправомерное приобретение, раскрытие и использование данных первичными и вторичными субъектами (статья 2.1.xi–xvi ЗПНК). Защита распространяется на данные с ограниченным доступом, определенные в статье 2.7 ЗПНК как «техническая или деловая информация, накопленная в значительном объеме и обрабатываемая электронными или магнитными средствами, которая должна предоставляться конкретным лицам на регулярной основе» (исключая конфиденциальную информацию). Это определение охватывает большие данные с контролем доступа, не отвечающие требованиям защиты коммерческой тайны или авторского права. Могут применяться гражданские средства правовой защиты (судебный запрет и возмещение убытков), но уголовное наказание не предусмотрено. В корейском законодательстве не предусмотрена эквивалентная форма защиты. Однако, как показано в разделе 4.5 ниже, в стране действует общий запрет на недобросовестное использование с уклонением от оплаты, который может быть использован против аналогичных актов, связанных с данными.

4.5 Незаконное завладение бизнес-идеями и неправомерное использование с уклонением от уплаты (Корея)

В Корее недобросовестным поведением признается недобросовестное использование и распространение ценных технических идей и бизнес-идей, разглашенных в ходе переговоров или сделок (статья 2.1(j) ЗПНКЗКТ). Охране подлежат конкретные идеи, которые были высказаны в ходе переговоров или сделок. Однако чтобы идея подлежала охране, она должна быть ценной и новой для получателя.

Помимо этого, в Корее действует общий запрет на неправомерное использование с уклонением от уплаты. Статья 2.1(k) ЗПНКЗКТ запрещает «любые прочие действия, приносящие ущерб экономическим интересам других лиц путем использования чужих достижений, полученных путем масштабных инвестиций и усилий, для своего предприятия, без разрешения и способом, противоречащим *честной коммерческой*

практике или порядку рыночной конкуренции» Это положение представляет собой кодификацию сложившейся судебной практики, в частности постановления Верховного суда⁶⁷⁴ о том, что в соответствии с Гражданским законом Кореи недобросовестное использование чужих достижений, полученных путем инвестиций, и использование их в своих интересах в ущерб другому лицу представляет собой деликт и противоречит закону. Выражение «любые прочие действия» подразумевает, что положение охватывает формы поведения, которые не подпадают под определения других актов недобросовестной конкуренции. Таким образом, предполагается использование этого положения как еще одного средства защиты. При толковании статьи 2.1(к) ЗПНКЗКТ *от противного* можно сделать вывод, что достижения, которые не требуют масштабных инвестиций или усилий, находятся вне сферы защиты и их использование не препятствует добросовестной конкуренции. Чтобы установить, противоречат ли действия добросовестной коммерческой практике или порядку рыночной конкуренции, проводится предметный анализ фактически существующих торговых стандартов и обычаев, а также общественной полезности. Суды проявляют осторожность, стремясь избегать излишне широкого применения общей оговорки. Например, Высокий суд Сеула постановил, что использование имен исполнителей в качестве поисковых слов в рекламе по ключевым словам не противоречит честной торговой практике по смыслу статьи 2.1(к) ЗПНКЗКТ⁶⁷⁵.

L. АССОЦИАЦИЯ ГОСУДАРСТВ ЮГО-ВОСТОЧНОЙ АЗИИ (АСЕАН)*

Ассоциация государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН) была создана в 1967 году⁶⁷⁶ Индонезией, Малайзией, Филиппинами, Сингапуром и Таиландом. Позже в нее вступили Бруней-Даруссалам (1984 год), Вьетнам (1995 год), Мьянма (1997 год), Лаос (1997 год) и Камбоджа (1999 год). На момент подготовки настоящего доклада все члены АСЕАН являются членами Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) и Всемирной торговой организации (ВТО) и (за исключением Мьянмы) сторонами Парижской конвенции по охране промышленной собственности (Парижская конвенция)⁶⁷⁷.

АСЕАН была основана как региональная экономическая организация, а в 2015 году было учреждено Экономическое сообщество АСЕАН (ЭСА)⁶⁷⁸. Однако, в отличие от Европейского союза (ЕС), АСЕАН не стремится гармонизировать национальное законодательство с помощью региональных инструментов.⁶⁷⁹ Поэтому в

⁶⁷⁴ Верховный суд, 25 августа 2010 года, Решение 2008 Ма 1541, Верховный суд 29 марта 2012 года, Решение 2010 Да 20044.

⁶⁷⁵ Высокий суд Сеула, 30 января 2015 года, Решение 2014 На 2006129.

* Г-жа Ирен Калболи, профессор юридического факультета Техасского университета А&М, Форт-Уэрт, Соединенные Штаты Америки; старший преподаватель юридического факультета Мельбурна, Мельбурн, Австралия; приглашенный профессор Сингапурского университета социальных наук, Сингапур. Автор выражает благодарность коллегам в странах АСЕАН, которые помогли ей в сборе информации о законодательных положениях и судебных решениях в области недобросовестной конкуренции. Ответственность за все ошибки и упущения лежит на авторе.

⁶⁷⁶ Декларация Ассоциации государств Юго-Восточной Азии 1967 года (Бангкокская декларация), 8 августа 1967 года, I.L.M. 1233.

⁶⁷⁷ Несмотря на то что Мьянма пока не присоединилась к Парижской конвенции, она следует ее принципам как член Всемирной торговой организации (ВТО) и сторона Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС).

⁶⁷⁸ АСЕАН состоит из трех основополагающих элементов – Сообщества по вопросам безопасности АСЕАН, Экономического сообщества АСЕАН (ЭСА) и Социально-культурного сообщества АСЕАН. Они разработали Дорожную карту развития Сообщества АСЕАН на 2009–2015 годы.

⁶⁷⁹ Подробный анализ создания ЭСА приводится в публикации Stefano Inama & Edmund W. Sim, *The Foundation of the ASEAN Economic Community: An Institutional and Legal Profile*, Cambridge: Cambridge

государствах – членах АСЕАН отсутствует гармонизированная региональная система, регулирующая законы об ИС и защите от недобросовестной конкуренции
Государства – члены АСЕАН следуют принципам единой позиции и невмешательства в национальную политику – так называемому «пути АСЕАН»⁶⁸⁰.

Основная цель государств – членов АСЕАН заключается в упрочении регионального сотрудничества в ряде областей; для достижения этой цели реализуется ряд инициатив⁶⁸¹. В рамках этих инициатив были разработаны конкретные планы действий в области права интеллектуальной собственности, конкурентного права и защиты прав потребителей⁶⁸². Эти планы не накладывают на членов АСЕАН юридических обязательств; тем не менее они сыграли важную роль в принятии и обновлении национальных законов об ИС в регионе.

Тем не менее на момент написания настоящего доклада основным и единственным правовым источником для регулирования основных законов о недобросовестной конкуренции остаются национальные законы отдельных государств – членов АСЕАН. Этим законам и посвящен настоящий доклад, в котором дается краткий обзор национальных механизмов, используемых членами АСЕАН для применения положений статьи 10*bis* ПК. Кроме того, в докладе указывается на различные правовые традиции членов АСЕАН, которые усложняют процесс гармонизации. В частности, в Брунее-Даруссаламе, Малайзии, Мьянме и Сингапуре действуют системы общего права; в Камбодже, Индонезии, Лаосской НДР и Вьетнаме – системы гражданского права; а на Филиппинах и в Таиланде – гибридные системы (в которых преимущественно применяется гражданское право, но сохраняется влияние общего права). Национальные законы о недобросовестной конкуренции в этих группах в целом схожи. Это ожидаемо, поскольку многие из этих стран имеют общую историю и общие традиции⁶⁸³.

1. Законодательная база

Несмотря на то, что в АСЕАН отсутствуют региональные нормы о недобросовестной конкуренции, в 2007 году в первой редакции Плана АСЕАН подчеркивалось, что «политика АСЕАН в области конкуренции преследует основную цель формирования культуры добросовестной конкуренции».⁶⁸⁴ В Плате на 2015–2025 годы подчеркивается важность «обязательных для исполнения правил конкуренции, запрещающих антиконкурентную деятельность», как инструмента, необходимого для «формирования региона, где больше внимания уделяется конкуренции и инновациям»⁶⁸⁵. Из этих общих руководящих принципов следует, что члены АСЕАН считают добросовестную

University Press 2015.

⁶⁸⁰ Договор о дружбе и сотрудничестве в Юго-Восточной Азии от 24 февраля 1976 года.

⁶⁸¹ Декларация о Плате экономического сообщества АСЕАН, [далее – План ЭСА АСЕАН], 2007 год.

⁶⁸² План ЭСА АСЕАН 2007 года, В1 «Политика в области конкуренции»; В2 «Защита прав потребителей»; В3 «Интеллектуальная собственность». Члены АСЕАН приняли Рамочное соглашение АСЕАН о сотрудничестве в области интеллектуальной собственности, в соответствии с которым учредили Рабочую группу АСЕАН по сотрудничеству в области интеллектуальной собственности (РГАИС). См. Рамочное соглашение АСЕАН о сотрудничестве в области интеллектуальной собственности от 15 декабря 1995 года, WIPO Lex. No. TRT/ASEAN-IP/001. Последней инициативой, принятой РГАИС, стал План действий АСЕАН в области прав интеллектуальной собственности на 2016–2025 годы, который в первую очередь направлен на содействие созданию региональных баз данных. Что касается конкурентного права, то члены АСЕАН создали группу экспертов, в которую вошли представители национальных органов по вопросам конкуренции (ГЭКА), которая приняла План действий АСЕАН по конкуренции (ПДКА). Кроме того, члены АСЕАН учредили Комитет АСЕАН по защите прав потребителей (КЗППА), который реализует План действий АСЕАН по защите прав потребителей (ПДЗППА).

⁶⁸³ Общую информацию см. в публикации Mohamad Faisol Keling, Mohamad Nasir Saludin & Shukri Shuib, “The Development of ASEAN from Historical Approach, Canadian Centre of Science and Education”, 2011, опубликованной по адресу: repo.uum.edu.my/7270/1/6426.pdf

⁶⁸⁴ План ЭСА АСЕАН – 2007, 41.

⁶⁸⁵ План ЭСА АСЕАН – 2025.

конкуренцию основополагающим инструментом содействия экономической интеграции в регионе.

Как упоминалось ранее, положения о недобросовестной конкуренции содержатся в соответствующих национальных законах государств – членов АСЕАН. В странах гражданского и общего права эти положения во многом схожи, хотя в каждом государстве есть свои особенности.

Примечательно, что на сегодняшний день ни в одном из государств – членов АСЕАН не принят отдельный специальный закон о недобросовестной конкуренции. В каждом из них недобросовестная конкуренция запрещается посредством ряда положений, которые содержатся в национальных законах об интеллектуальной собственности, в законах о защите прав потребителей и конкуренции, а также в законах, связанных с регулированием рекламы. В ряде стран АСЕАН для борьбы с недобросовестной конкуренцией также введены экономические деликты, такие как ведение деятельности под чужим именем, злонамеренная и вредоносная ложная информация, нарушение конфиденциальности и распространение порочащих сведений. Кроме того, в странах АСЕАН, кроме Вьетнама⁶⁸⁶, отсутствуют специальные законы о рекламе и реклама регулируется законами о защите прав потребителей.

Что касается стран гражданского права, то в Камбодже, Индонезии, Лаосе и Вьетнаме защита от недобросовестной конкуренции частично включена в национальные законы об ИС (Лаос⁶⁸⁷), кодексы ИС (Вьетнам⁶⁸⁸), и законы о товарных знаках (Камбоджа⁶⁸⁹ и Индонезия⁶⁹⁰). Это традиционная модель для стран гражданского права, которые часто обеспечивают защиту от недобросовестной конкуренции в рамках национальных законов об ИС⁶⁹¹.

Государства – члены АСЕАН с системами общего права осуществляют защиту от недобросовестной конкуренции посредством концепции экономических деликтов. Такая картина во многом схожа с правовой традицией Великобритании, которая служит общим образцом для этих юрисдикций⁶⁹². В частности, в Брунее-Даруссаламе⁶⁹³, Малайзии⁶⁹⁴, Мьянме⁶⁹⁵ и Сингапуре⁶⁹⁶ несанкционированное использование обозначений, сходных с незарегистрированными знаками, и другие действия, создающие смешение и иным образом вводящие потребителей в заблуждение, а также использование средств, противоречащих честной торговой практике, запрещены нормами деликтного права, устанавливающими ответственность за ведение деятельности под чужим именем.

⁶⁸⁶ Закон №16/2012/QN13 о рекламе (Вьетнам) [далее Закон Вьетнама о рекламе].

⁶⁸⁷ Закон об интеллектуальной собственности (с поправками) 2017 года №322/P (Лаосская НДР) [далее Закон об ИС Лаосской НДР].

⁶⁸⁸ Закон №50/2005/QN11 об интеллектуальной собственности (Вьетнам) [далее Закон Вьетнама об ИС].

⁶⁸⁹ Закон о знаках, торговых наименованиях и актах недобросовестной конкуренции (2006 год) NS/RKM/0202/006 (Камбоджа) [далее Закон Камбоджи о товарных знаках и ГУ].

⁶⁹⁰ Закон №20 от 2016 года о товарных знаках и географических указаниях (Индонезия) [далее Закон Индонезии о товарных знаках и ГУ].

⁶⁹¹ См. обзоры систем защиты от недобросовестной конкуренции в Европейском союзе (ЕС) и других странах гражданского права в настоящей публикации.

⁶⁹² См., например, Kwai Hang Ng & Brynna Jacobson, “How Global is the Common Law? A Comparative Study of Asian Common Law Systems – Hong Kong, Malaysia, and Singapore”, *Asian Journal of Comparative Law* 12 (2017), 209.

⁶⁹³ См. информацию о Брунее-Даруссаламе, по адресу https://www.wipo.int/directory/ru/details.jsp?country_code=BN

⁶⁹⁴ См. Tay Pek San, *Intellectual property Law in Malaysia*, 2d. ed., Sweet & Maxwell 2020 (49–117).

⁶⁹⁵ См. Akin Gump, *Myanmar: Protection of Trademarks in Myanmar*, April 25, 2000, Mondaq, опубликовано по адресу <https://www.mondaq.com/trademark/8597/protection-of-trade-marks-in-myanmarsup1sup>

⁶⁹⁶ См. Ng-Loy Wee Loon, *Law of Intellectual Property in Singapore*, 2d ed., Sweet & Maxwell 2014 (237–307).

Государства – члены АСЕАН, где действуют системы общего права, также защищают добросовестную конкуренцию посредством норм деликтного права о злонамеренной или вредоносной ложной информации и распространения порочащих сведений⁶⁹⁷.

Примечательно, что в странах – членах АСЕАН (Филиппины и Таиланд) есть возможность подачи иска в связи с ведением деятельности под чужим именем, которая предусмотрена специальными положениями в Кодексе интеллектуальной собственности Филиппин⁶⁹⁸ и в Гражданском и торговом кодексе Таиланда⁶⁹⁹. Такая ситуация сложилась в результате исторического развития этих стран и их влияния на национальное законодательство.

Кроме того, в национальных законах о конкуренции всех государств – членов АСЕАН (с системами гражданского и общего права и с гибридными системами) присутствуют положения, касающиеся защиты от недобросовестной конкуренции⁷⁰⁰. В странах АСЕАН законодательство о конкуренции – одна из наиболее развитых областей права, на которую значительное влияние оказали традиции ЕС⁷⁰¹. Все государства – члены АСЕАН приняли национальные законы о защите прав потребителей, которые содержат положения о регулировании недобросовестной конкуренции, в частности положения, связанные с запретом вводящей в заблуждение рекламы и других подобных незаконных действий⁷⁰². Традиции ЕС оказали существенное влияние на эту сферу в том числе потому, что они служат образцом для региональных и национальных законов стран АСЕАН о защите прав потребителей⁷⁰³.

Анализ действующего законодательства показывает, что защита от недобросовестной конкуренции в государствах – членах АСЕАН обеспечивается как положениями, служащими для защиты рыночной конкуренции, так и правовыми нормами, защищающими беспрепятственную конкуренцию в интересах потребителей. Но проблемы конкуренции приобретают все большее значение для национального и регионального экономического развития, что согласуется с главной целью АСЕАН и ее отдельных членов⁷⁰⁴. В этой связи, как уже упоминалось, меры против недобросовестной конкуренции считаются важнейшим инструментом создания

⁶⁹⁷ См., например, Gerald Tan, *Legal Systems in ASEAN — Singapore, Chapter 5—Business Law (Part 3): The Law of Torts*, опубликовано по адресу <https://www.aseanlawassociation.org/wp-content/uploads/2019/11/ALA-SG-legal-system-Part-5-3.pdf>

⁶⁹⁸ Статья 168 Кодекса Филиппин об интеллектуальной собственности, RA №8293 (1997 год) с поправками, [далее – Кодекс Филиппин об интеллектуальной собственности].

⁶⁹⁹ Раздел 18 Гражданского и торгового кодекса Таиланда с поправками; Закон о товарных знаках 2534 года буддийской эры с поправками, внесенными Законом о товарных знаках (№2) 2543 года буддийской эры и Раздел 46 Закона Таиланда о товарных знаках (№3) 2559 года буддийской эры, [далее – Закон Таиланда о товарных знаках]. См. также Surutchada Reekie & Adam Reekie, “A Comparative Analysis of the Protection of Trade Names Under the English Tort of Passing Off and Section 18 of Thailand’s Civil and Commercial Code”, *Asian Journal of Comparative Law* 11 (1) (2016), 1–26.

⁷⁰⁰ Список национальных законодательных систем см. на странице «Политика в области конкуренции в АСЕАН», <https://www.asean-competition.org> (в октябре 2021 года национальный закон о конкуренции был принят в Камбодже).

⁷⁰¹ См., например, Burton Ong, “Competition Law and Policy in the ASEAN Region: Origins, Objectives and Opportunities”, в публикации Burton Ong (ed.), *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*, Cambridge: Cambridge University Press 2018 (1–30); Josef Drexl, “The Transplantability of the EU’s Competition Law Framework into the ASEAN Region”, в публикации Burton Ong (ed.), *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*, Cambridge: Cambridge University Press 2018 (210–235).

⁷⁰² См. перечень национальных законодательных актов на странице «Защита прав потребителей в АСЕАН: Последние изменения в странах», <https://aseanconsumer.org>

⁷⁰³ См. статьи в публикации Luke Nottage, Justin Malbon, Jeannie Paterson, & Caron Beaton-Wells, *ASEAN Consumer Law Harmonisation and Cooperation*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

⁷⁰⁴ Так, статья 6(d) Закона об ИС Вьетнама гласит: «Права на пресечение недобросовестной конкуренции устанавливаются исходя из условий конкуренции в предпринимательской деятельности».

конкурентной деловой среды и, в свою очередь, способствуют экономическому развитию АСЕАН и ее членов.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

В соответствии с вышеописанным подходом члены АСЕАН осуществляют различные меры для применения статьи 10bis(2) ПК, где вводится понятие «честной практики в промышленных и торговых делах». Как отмечалось в предыдущем разделе, реализация этого положения в государствах – членах АСЕАН с системами гражданского права и общего права схожа, хотя и не идентична. В частности, страны гражданского права в своем законодательстве зачастую применяют статью 10bis(2) ПК напрямую, тогда как в странах общего права наблюдаются разные картины.

Камбоджа и Лаос, страны гражданского права, включили в свои законы об ИС и недобросовестной конкуренции положение, *дословно* повторяющее статью 10bis(2) ПК. Их законы гласят, что «любой акт конкуренции, противоречащий честной практике в промышленных и торговых делах и в сфере услуг, рассматривается как акт недобросовестной конкуренции»⁷⁰⁵. Но на момент подготовки настоящего доклада ни в одной из стран не были предложены ни пояснение значения этих положений, ни трактовка понятия «честная практика». Это неудивительно, поскольку в Камбодже и Лаосе законы об ИС были приняты лишь недавно.

В Кодексе об ИС, принятом на Филиппинах (одна из стран с гибридной системой, где преимущественно применяются нормы гражданского права), закреплено точное определение «недобросовестной конкуренции на сельскохозяйственных, торговых или промышленных предприятиях и в трудовых отношениях»⁷⁰⁶. Недобросовестная конкуренция определяется как «применение силы, запугивание, обман, махинации, злоупотребление положением и любые другие несправедливые и дискриминационные методы».⁷⁰⁷ Кроме того, Кодекс Филиппин об ИС гласит, что «любое лицо», использующее «обман или любые другие средства, противоречащие принципам добросовестности», чтобы «выдать [свой] товар или услугу за чужой...», считается «виновным в недобросовестной конкуренции»⁷⁰⁸.

В законах об ИС Индонезии и Вьетнама отсутствуют официальные положения о «честной и нечестной практике»⁷⁰⁹. Однако в национальных законах этих стран используются термины «честный» или «добросовестный» применительно к действиям, которые субъекты права должны совершать в рамках добросовестной конкуренции. Например, в Законе Индонезии о борьбе с монополиями и недобросовестной конкуренцией в бизнесе последняя определяется как «соперничество между предпринимателями при осуществлении производственной деятельности и/или при сбыте товаров и/или услуг, в рамках которого применяются недобросовестные и противозаконные способы или которое препятствует конкуренции в бизнесе».⁷¹⁰ В Законе Вьетнама о конкуренции 2018 года упоминается «недобросовестная конкурентная практика», которая определяется как «действия, совершаемые

⁷⁰⁵ Закон Камбоджи о товарных знаках и ГУ, Статья 22; Закон Лаоса об ИС, статья 124.

⁷⁰⁶ Кодекс Филиппин об ИС, статья 28.

⁷⁰⁷ Там же.

⁷⁰⁸ Там же, Статья 168.2. См. также *Со против супругов Йын*, G.R. No. 212705, 10 сентября 2014 года; *San Miguel Pure Foods Co., Inc. против Foodsphere, Inc.*, G.R. №№217781 и 217788, 20 июня 2018 года; *Petron Corp. против Yao, Sr.*, G.R. No. 243328, 18 марта 2021 года.

⁷⁰⁹ Пояснение к Закону об ИС Лаосской НДР, статья 124. 21. «Применение».

⁷¹⁰ Закон Индонезии №5 1999 года «О борьбе с монополиями и запрете недобросовестной деловой конкуренции», статья 1(6) [далее – Закон Индонезии о конкуренции].

предприятиями в рамках конкуренции вопреки принципам добросовестности, честности, нормам и стандартам бизнеса»⁷¹¹.

Слово «честный» также используется в ряде положений Закона Таиланда о торговой конкуренции (еще одной страны с гибридной системой, где преимущественно применяются нормы гражданского права), но только в формулировке «борьба с монополиями и нечестной торговлей», т.е. применительно к монополиям и другим антиконкурентным действиям⁷¹². Это единственный случай, когда в национальных законах Таиланда об ИС упоминаются понятия «честная и нечестная практика».

В государствах – членах АСЕАН с системами общего права в законодательных актах в области ИС также отсутствует определение «недобросовестной конкуренции» и действий, противоречащих «честной практике в промышленных и торговых делах». Но формулировка «честная практика в промышленных и торговых делах» включена в законодательные акты этих стран о товарных знаках и географических указаниях и применяется в отношении исключений и ограничений прав, предоставляемых товарными знаками и географическими указаниями (ГУ)⁷¹³. Иными словами, это понятие используется в национальных законах при описании действий, совершенных без согласия владельцев ИС.

В законах Брунея-Даруссалама, Малайзии и Сингапура используются идентичные формулировки, касающиеся действий, не представляющих собой нарушения прав на товарный знак. Это действия, относящиеся к использованию знака третьими лицами для идентификации: а) имени или адреса; б) вида, качества, количества, предназначения, стоимости, географического происхождения, времени производства товаров, оказания услуг и других характеристик товаров и услуг; и с) предназначения продукта или услуги – «при условии, что использование соответствует честной практике в промышленных и торговых делах»⁷¹⁴. Однако в Законе Мьянмы о товарных знаках 2019 года, который еще не вступил в силу, аналогичного положения нет⁷¹⁵.

Выражение «честная практика в промышленных и торговых делах» в контексте исключений и ограничений прав на товарные знаки используется не только государствами – членами АСЕАН, где приняты системы общего права. Формулировка, используемая в национальных законах Брунея-Даруссалама, Малайзии и Сингапура, повторяется и в ряде положений Закона Вьетнама об ИС⁷¹⁶. Кодекс Филиппин об ИС содержит аналогичное положение относительно защиты товарного знака; в законодательном тексте нет прямого упоминания «добросовестной практики», однако указано, что использование знака «не должно вводить общественность в заблуждение

⁷¹¹ Закон о конкуренции от 2018 года (заменяющий закон от 2004 года), статья 3.6 (Вьетнам). Кроме того, статья 5.2. предусматривает, что «конкуренция должна осуществляться на основе принципов честности, справедливости, без ущерба интересам государства, общественным интересам, правам и интересам предприятий и потребителей». Там же.

⁷¹² Глава 3 Закона Таиланда о конкуренции в торговле 2560 года буддийской эры (2017 года), [далее – Закон Таиланда о конкуренции].

⁷¹³ Закон о товарных знаках от 2000 года с изменениями 2014 и 2017 годов, Раздел 14 и приложения о сертификационных знаках и коллективных знаках (Бруней-Даруссалам) [далее – Закон Брунея-Даруссалама о товарных знаках]; Закон о товарных знаках 2019 года, разделы 55(1) и 77 и Приложения о сертификационных знаках и коллективных знаках (Малайзия) [далее – Закон Малайзии о товарных знаках]; Закон Сингапура о товарных знаках 1998 года в редакции 2005 года, Раздел 28(1) [далее – Закон Сингапура о товарных знаках].

⁷¹⁴ См. предыдущее примечание. В этом аспекте положения этих стран согласуются с подходом, принятым в ЕС, в частности, со статьей 14(2) Регламента ЕС о товарных знаках и статьей 14(2) Директивы о товарных знаках.

⁷¹⁵ Закон Ассамблеи Союза Мьянма №3/2019 «О товарных знаках».

⁷¹⁶ Закон Вьетнама об ИС, статьи 125.2.g и 125.2.h

относительно происхождения» продукции⁷¹⁷. При этом во внутренних законах Камбоджи, Лаоса и Таиланда аналогичные положения отсутствуют.

Обзор норм, действующих в государствах – членах АСЕАН, показывает, что, устанавливая, соответствует ли действие честной практике, директивные и судебные органы этих стран придерживаются комбинированного подхода, хотя, как уже отмечалось, примеров практического применения этих положений в настоящее время практически нет. Компетентные органы следуют нормативному подходу, основанному на трактовке понятия «честность» в соответствующем секторе, в сочетании с эмпирическим подходом, основанным на обычаях сектора, и с экономическим подходом, в котором основное внимание уделяется цели по оптимизации функционирования рынка.⁷¹⁸

Например, Апелляционный суд Сингапура, трактуя понятие «честная практика в промышленных и торговых делах», заявил, что оно включает как субъективные, так и объективные элементы, и что при оценке фактов суды «должны учитывать стандарты и практику, обычно применяемые в отрасли или на предприятии»⁷¹⁹. По мнению суда, любое использование, «противоречащее честной практике в промышленных и торговых делах рассматривается как нарушение зарегистрированного товарного знака, если при этом недобросовестно и без должной причины извлекается выгода из отличительных признаков или репутации товарного знака или таким признакам или репутации причиняется ущерб»⁷²⁰. Рассмотрим также ситуацию в Филиппинах, где суды отметили, что «недобросовестная практика» имеет «две характеристики: 1) она должна быть связана с причинением ущерба конкуренту или сопернику в коммерческой деятельности, и 2) она должна предполагать действия, противоречащие «добросовестности», «возмутительные в глазах суда» или иначе неправомерные»⁷²¹. Суды на Филиппинах также отмечают, что в число основных элементов иска о недобросовестной конкуренции входят: а) сходство внешнего вида товаров до степени смешения; и б) намерение обмануть общественность и конкурента, и не предъявляют требования о наличии фактического умысла на совершение мошеннических действий⁷²².

Из того, каким образом в странах – членах АСЕАН трактуется понятие «честная практика в промышленных и торговых делах», можно сделать вывод, что в этих странах в первую очередь уделяется внимание проблемам, связанным с экономическими концепциями и защитой конкурентов и ставится задача определить, что представляет собой «честность» в торговле.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Различаются и подходы членов АСЕАН к осуществлению мер против конкретных актов недобросовестной конкуренции, предусмотренных статьей 10bis(3) ПК, в частности 1) действий, создающих смешение с продуктом конкурента; 2) ложных, дискредитирующих и порочащих утверждений; и 3) иных вводящих в заблуждение действий. Страны гражданского права, как правило, предоставляют защиту от

⁷¹⁷ Кодекс Филиппин об ИС, статья 148.

⁷¹⁸ Того же мнения придерживаются специалисты, занимающиеся частной практикой, представители научных кругов и отдельные должностные лица из этих юрисдикций, с которыми автор консультировалась при подготовке настоящего доклада.

⁷¹⁹ Audience Motivation Company Asta против AMC Live Group China, 216 SGCA 25.

⁷²⁰ Там же.

⁷²¹ См., например, Willaware Products Corp. против Jesichris Manufacturing Corp., G.R. No. 195549, 3 сентября 2014 года.

⁷²² См. Petron Corp. против Yao, Sr., G.R. No. 243328, 18 марта 2021 года; San Miguel Pure Foods Co., Inc. против Foodsphere, Inc., G.R. №№217781 и 217788, 20 июня 2018 года.

конкретных актов недобросовестной конкуренции в рамках своих национальных законов об ИС, хотя средства обеспечения такой защиты зависят от конкретной юрисдикции. Страны общего права в основном используют нормы деликтного права, устанавливающие ответственность за ведением деятельности под чужим именем и предоставление злонамеренной ложной информации.

В частности, Камбоджа и Лаос, страны гражданского права, вновь ввели в свои национальные законы положение, дословно повторяющее статью 10bis(3) ПК⁷²³. Но в законодательных актах этих стран отсутствует подробное описание и не приводятся примеры соответствующих действий. На момент подготовки настоящего доклада суды в этих странах не предлагали трактовку таких норм. Примечательно, что в законе Лаоса об ИС к списку, приведенному в статье 10bis(3) ПК, добавлена четвертая категория – запрет «прямого и косвенного использования ложных указаний происхождения товара и личности производителя, изготовителя и продавца»⁷²⁴. Эта защита распространяется на все коммерческие указания, включая незарегистрированные товарные знаки и ГУ. Но до сих пор не было вынесено ни одного решения с трактовкой этого положения.

Аналогичное положение, защищающее «указания источников», включено и в действующий Закон Индонезии о товарных знаках и географических указаниях.⁷²⁵ В этом законе не разъясняются запрещаемые действия в отношении указаний и лишь упоминается, что указания «охраняются без требования о регистрации либо декларативно – как знак, указывающий на истинное происхождение товаров и услуг и используемый в ходе торговли»⁷²⁶. Индонезия также не использует в своих законах об ИС формулировку статьи 10bis(3) ПК. Положения о недобросовестной деловой практике закреплены в Законе страны о конкуренции и в Постановлении правительства от 2021 года о борьбе с монополиями и недобросовестной конкуренцией⁷²⁷. Как упоминалось в предыдущем разделе, в Законе Индонезии о конкуренции дается определение «недобросовестной конкуренции в бизнесе» и запрещаются различные антиконкурентные действия, которые фактически сводятся к действиям, перечисленным в статье 10bis(3) ПК⁷²⁸.

Как и в Индонезии, в Таиланде в законах об ИС не упоминаются конкретные категории, перечисленные в статье 10bis(3) ПК. На них указывается только в положении Закона о товарных знаках, признающем право владельца незарегистрированного товарного знака предъявлять иск против любого лица в связи с ведением деятельности под именем владельца товарного знака⁷²⁹.

В Таиланде положения о недобросовестной конкуренции содержатся в Законе о конкуренции в торговле, который ограничивает антиконкурентную практику на рынке⁷³⁰.

Но подробное описание недобросовестной конкуренции приводится в Законе Вьетнама об ИС. В частности, ее проявления включают: а) использование коммерческих обозначений для создания смешения относительно предприятий, деятельности и

⁷²³ Закон Камбоджи о товарных знаках и ГУ, сатья 22; Закон Лаоса об ИС, статья 124.

⁷²⁴ Закон Лаоса об ИС, статья 124.

⁷²⁵ Закон Лаоса об ИС, статья 65.

⁷²⁶ Там же.

⁷²⁷ Закон Индонезии о конкуренции, статья 1(6). Тем не менее не существует ни официального, ни иного перевода Постановления Правительства №44 от 2021 года об обеспечении применения запрета на монополистическую деятельность и недобросовестную конкуренцию в бизнесе, которое было введено в действие 2 февраля 2021 года.

⁷²⁸ Закон Индонезии о конкуренции, статья 1(6).

⁷²⁹ Закон Таиланда о товарных знаках, Раздел 46.

⁷³⁰ Закон Таиланда о конкуренции.

происхождения продукции; и b) использование коммерческих обозначений для создания смешения относительно происхождения и характеристик продукции⁷³¹. «Коммерческие указания» определяются как «знаки и информация, служащие руководством для торговли товарами или услугами, в том числе знаки, торговые наименования, коммерческие символы, слоганы, географические указания, оформление упаковок и/или этикеток товаров»⁷³²; а «акты использования коммерческих обозначений» – как «размещение таких коммерческих обозначений на товарах, упаковках товаров, средствах оказания услуг, в документах о деловых операциях или средствах рекламы; а также продажа, реклама и хранение для продажи и импорт товаров, на которых размещены такие коммерческие обозначения»⁷³³. Помимо действий, указанных в перечне Парижской конвенции, запрещенными признаются: с) использование знаков, охраняемых в государствах – участниках таких договоров, стороной которых является Вьетнам, «которые предусматривают запрет на использование таких знаков представителями их владельцев без согласования с владельцами знаков и без обоснования такого применения»⁷³⁴; и d) регистрация доменного имени, идентичного или сходного до степени смешения с указаниями происхождения или владение таким именем без права на его использование с целью «извлечения выгоды или причинения ущерба репутации и снижения популярности знака, фирменного наименования или географического указания»⁷³⁵.

Если Закон Вьетнама об ИС предусматривает защиту от действий, создающих смешение у конкурентов, и других вводящих в заблуждение действий (статья 10bis(3), №1 и 3 ПК), то Закон Вьетнама о рекламе запрещает ложные утверждения в процессе торговли – действия, перечисленные в статье 10bis(3), №2 ПК. Закон о рекламе, в частности, запрещает: «использовать рекламу, оскорбляющую репутацию, честь и достоинство других организаций и лиц» и «рекламировать что бы то ни было с использованием неверной информации или создавать смешение в отношении деловой компетенции, способности поставлять продукцию» и характеристик продукции⁷³⁶.

В Кодексе Филиппин об ИС также подробно описываются акты недобросовестной конкуренции. Это, в частности: а) продажа товаров, внешний вид которых схож с товарами другого производителя или продавца, включая упаковку и другие особенности; б) создание ложного убеждения, что данное лицо предлагает услуги другого лица; и с) ложное заявление в ходе торговли или совершение любого другого недобросовестного действия с целью дискредитации товаров, предприятия и услуг конкурента⁷³⁷. Национальные суды предложили трактовки этих положений и подтвердили, что критерием для признания недобросовестности конкуренции считается «намерение ответчика обмануть покупателя, совершающего покупки в обычных условиях акта купли-продажи, являющегося предметом спора».⁷³⁸

⁷³¹ Закон Вьетнама об ИС, статья 130(1)(a)–(c).

⁷³² Там же, статья 130(2).

⁷³³ Там же, статья 130(3).

⁷³⁴ Там же, статья 130(1)(d).

⁷³⁵ Там же, статья 130(1)(e).

⁷³⁶ Закон Вьетнама о рекламе, статья 8.

⁷³⁷ Кодекс Филиппин об ИС, статья 168.

⁷³⁸ Petron Corp. против Yao, Sr., G.R. No. 243328, 18 марта 2021 года. См. также San Miguel Pure Foods Co., Inc. против Foodsphere, Inc., G.R. №№217781 и 217788, 20 июня 2018 года.

Страны АСЕАН, где применяется общее право (Бруней-Даруссалам, Малайзия, Мьянма и Сингапур) руководствуются нормами деликтного права, устанавливающими ответственность за ведение деятельности под чужим именем, и не применяют положения, аналогичные статье 10bis(3)ПК. Иск о ведении деятельности под чужим именем не зависит от защиты зарегистрированных прав ИС и может предъявляться параллельно с ее предоставлением. Для подачи такого иска необходимо доказать три факта: а) наличие деловой репутации, как правило, в стране, о которой идет речь; б) факт предоставления ложной информации; и с) ущерб. Эти элементы соответствуют формулировкам британских судов о важных аспектах, свидетельствующих о ведении деятельности под чужим именем⁷³⁹. В этом отношении в законодательстве стран АСЕАН, так же, как в Великобритании, проводится различие между деловой репутацией и общей репутацией. Деловая репутация, в отличие от общей, защищена правом собственности. Деловая репутация – это «аспект, который привлекает клиентов» и присутствует в товарах и услугах⁷⁴⁰.

На момент подготовки доклада наиболее обширная судебная практика в этой области⁷⁴¹ накоплена в Сингапуре⁷⁴² и Малайзии⁷⁴³. В обеих странах для признания факта ведения деятельности под чужим именем истцы должны доказать наличие деловой репутации в данной стране. При этом иностранные компании, не ведущие коммерческую деятельность в Сингапуре или Малайзии, не имеют права подавать иски в связи с ведением деятельности под чужим именем. В 2014 году апелляционный суд Сингапура в деле *Staywell Hospitality Group*⁷⁴⁴ признал, что известная иностранная компания может обладать деловой репутацией, не ведя коммерческую деятельность в пределах данной юрисдикции, однако в 2015 году в деле *Ku De Ta*⁷⁴⁵ он вновь указал, что иностранные продавцы должны вести коммерческую деятельность в Сингапуре. Согласно позиции апелляционного суда Малайзии, для признания факта ведения деятельности под чужим именем иностранные продавцы также должны доказать наличие деловой репутации в этой стране⁷⁴⁶; при этом достаточно «небольшого масштаба» коммерческой деятельности.⁷⁴⁷ Как отмечается в следующем разделе, владельцы общеизвестных знаков могут пользоваться защитой, предоставляемой национальными законами о товарных знаках, которые служат средствами осуществления статьи 6bis ПК и предусматривают охрану незарегистрированных общеизвестных знаков⁷⁴⁸.

Ответственность за вводящие в заблуждение и ложные утверждения в процессе торговли, как и за ведение деятельности под чужим именем, может устанавливаться нормами деликтного права о злонамеренной ложной информации. Злонамеренная ложная информация – это публикация кем бы то ни было данных, которые могут серьезно повредить положению или репутации продавца. Поскольку указанные нормы, как и нормы, устанавливающие ответственность за деликт ведения деятельности под чужим именем, направлены на защиту общей репутации продавца, а не его деловой

⁷³⁹ *Leather Cloth Co. против American Cloth Co.* (1865), 11 HL Cas 523.

⁷⁴⁰ *IRC против Muller & Co Margarine Ltd* (1901) AC217.

⁷⁴¹ В отношении Брунея-Даруссалама см. дело *Canon Kabushiki Kaisha против Lee Unison Company* (1993). В отношении Мьянмы – см. *K.E. Mohamed Ebrahimord Another против. The Tajmahal Stationery Mart*, [1952] B. L. R. 204.

⁷⁴² *Lifestyle 1.99 Pte Ltd v. S\$1.99 Pte Ltd* (деятельность под именем ONE.99 SHOP). [2000] SGCA 19; *Ingenohi v. El Oriente Fabrica De Tabacos* [1928] S.S.L.R. 212.

⁷⁴³ *Tee Yih Jia Food Manufacturing Pte Ltd против Seet Chuan Seng & Anor* [1993] 2 CLJ 354; *Pakai Industries Bhd v. Chew Yew Industries Sdn Bhd* [1991] 3 CLJ 383.

⁷⁴⁴ *Staywell Hospitality Group Pty Ltd против Starwood Hotels & Resort Worldwide, Inc* [2014] 1 SLR 911.

⁷⁴⁵ *Guy Neale против Ku De Ta SG Pte Ltd* [2015] 4 SLR 283.

⁷⁴⁶ *Lim Yew Sing против Hummel International Sports & Leisure* [1996] 3 MLJ 7.

⁷⁴⁷ *Thrifty Rent-A-Car System, Inc против Thrifty Rent-A-Car Sdn Bhd & Anor* [2004] 7 MLJ 567.

⁷⁴⁸ См. ниже (раздел 4).

репутации, связанной с предлагаемыми им товарами, такой деликт также называют «клеветой в торговле». Основными характеристиками злонамеренной ложной информации считаются недостоверность и злой умысел. Для подтверждения совершения этого деликта истец должен доказать, что: а) ответчик опубликовал ложную информацию об истце; б) она была опубликована со злым умыслом; в) ущерб стал прямым и закономерным результатом публикации⁷⁴⁹. В странах АСЕАН, где применяется система общего права, ответственность за деликт злонамеренного предоставления ложной информации, как правило, регулируется положениями общего права, а также национальными законами о распространении порочащих сведений⁷⁵⁰.

Анализ применения статьи 10bis(3)ПК в странах АСЕАН показывает, что, хотя наличие конкретных конкурентных отношений не является необходимым условием для признания недобросовестной конкуренции, такие отношения часто представляют собой основную составляющую запрещенных действий во всех государствах – членах АСЕАН. Иными словами, обзор защиты от конкретных актов недобросовестной конкуренции указывает на то, что члены АСЕАН уделяют основное внимание национальной и региональной конкуренции.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

Помимо положений, описанных в предыдущих разделах, в государствах – членах АСЕАН может быть предусмотрена дополнительная защита от: а) недобросовестного использования с уклонением от оплаты, вытеснения и незаконного присвоения общеизвестных знаков, включая внешнее оформление, и незарегистрированных ГУ; б) неправомерного завладения коммерческой тайной и конфиденциальной информацией. Защита от слепого подражания предусматривается в рамках общих законов, направленных на пресечение недобросовестной конкуренции и ведения деятельности под чужим именем, которые были рассмотрены в предыдущих разделах.

Что касается недобросовестного использования с уклонением от оплаты и защиты от незаконного присвоения и вытеснения общеизвестных знаков, то в отдельных государствах – членах АСЕАН обеспечивается защита общеизвестных знаков независимо от того, зарегистрированы ли эти знаки и осуществляют ли их владельцы коммерческую деятельность в данной стране. Для обеспечения такой защиты не предъявляется требование доказать подобие продуктов и вероятность смешения. В соответствии с формулировкой статьи 16(3) ТРИПС, общеизвестным знакам предоставляется охрана от видов использования, которые подразумевают связь с другим лицом, спонсирование им или принадлежность ему и способны причинить ущерб законным интересам владельцев товарных знаков. Такая защита предусматривается в законах о товарных знаках Брунея-Даруссалама⁷⁵¹, Малайзии⁷⁵², Филиппин⁷⁵³, Сингапура

⁷⁴⁹ См., например, Per Kamalanathan Ratnam J. в Tan Chong & Sons Motor Co Sdn Bhd против Borneo Motors (M) Sdn Bhd & Anor [2001] 3 AMR 3789.

⁷⁵⁰ См., например, Закон о распространении порочащих сведений, пересмотренный в ред. 2014 года (Сингапур); Закон о распространении порочащих сведений от 1957 года с поправками (Малайзия); Закон о распространении порочащих сведений, пересмотренный в 2000 году (Бруней-Даруссалам).

⁷⁵¹ Закон Брунея-Даруссалама о товарных знаках, Раздел 54.

⁷⁵² Закон Малайзии о товарных знаках, Раздел 76. В Малайзии в соответствии с ранее действовавшим законом о товарных знаках были рассмотрены следующие дела: Y-Teq Auto Parts (M) Sdn Bhd против X1R Global Holdings & Anor [2017] 2 MLJ 609; Warmal Wil Heavy Duty Pumps Sdn Bhd против Pump Matrix Engineering Sdn Bhd [2018] MLJU 86; Colliers International Property Consultants Inc против Colliers International Property Consultants Sdn Bhd [2015] MLJU 2348.

⁷⁵³ Кодекс Филиппин об ИС, статья 169. См. Forietrans Manufacturing Corp. против Davidoff Et. Cie Sa & Japan Tobacco, Inc., G.R. No. 197482, 6 марта 2017 года.

⁷⁵⁴и Вьетнама⁷⁵⁵. В Сингапуре основанием для иска может стать использование, «ведущее к недобросовестному размытию отличительных признаков товарного знака владельца» или «с неправомерным извлечением выгоды из отличительных признаков товарного знака владельца»⁷⁵⁶. При этом в Камбодже⁷⁵⁷, Лаосе⁷⁵⁸ и Индонезии⁷⁵⁹ незарегистрированные общеизвестные знаки охраняются только в тех случаях, если они относятся к сходным товарам и услугам и для их защиты необходимо доказать вероятность смешения. В законах Таиланда отсутствуют положения об охране незарегистрированных общеизвестных знаков, помимо общего положения о защите от ведения деятельности под чужим именем⁷⁶⁰.

Что касается охраны незарегистрированных ГУ, то соответствующие положения приняты в Сингапуре. Согласно ранее действовавшему Закону Сингапура о географических указаниях от 1998 года, любое указание, используемое в торговле для обозначения конкретного места происхождения товаров, охранялось в соответствии с требованиями Соглашения ТРИПС⁷⁶¹. Закон о географических указаниях от 1998 года не предусматривал систему регистрации, и владельцы ГУ могли возбуждать гражданские дела по любому предполагаемому нарушению; защита предоставлялась не только от смешения при использовании, но и от незаконного присвоения ГУ в отношении вин и спиртных напитков⁷⁶². В новом Законе Сингапура о географических указаниях от 2014 года⁷⁶³ была введена система регистрации ГУ, но национальное законодательство, как и ранее, не предусматривает обязательной регистрации ГУ, и незарегистрированные ГУ могут пользоваться защитой, в том числе предоставляется защита от незаконного присвоения ГУ в отношении вин и спиртных напитков.

Кроме того, в рамках своих обязательств по выполнению положений статьи 39 ТРИПС страны АСЕАН предоставляют защиту от незаконного завладения коммерческой тайной и конфиденциальной информацией. Как и в других странах, в государствах – членах АСЕАН защита коммерческой тайны обеспечивается при выполнении следующих условий: а) информация недоступна общественности; б) она имеет коммерческую ценность; с) приняты меры по защите ее конфиденциальности. При этом средства защиты коммерческой тайны в государствах – членах АСЕАН не гармонизированы. В частности, в странах гражданского права коммерческая тайна охраняется посредством специальных законодательных положений, в то время как страны общего права следуют традициям Великобритании и защищают коммерческую тайну на основании исков о нарушении конфиденциальности⁷⁶⁴. Как и в других юрисдикциях, коммерческая тайна в этих странах охраняется и другими видами законодательства, такими как договорное право, трудовое право и уголовное право.

⁷⁵⁴ Закон Сингапура о товарных знаках, Раздел 55.

⁷⁵⁵ Закон Вьетнама об ИС, статья 129(d).

⁷⁵⁶ Закон Сингапура о товарных знаках, Раздел 55.

⁷⁵⁷ Закон Камбоджи о товарных знаках и ГУ, статья 26.

⁷⁵⁸ Закон Лаоса об ИС, статья 58(3)

⁷⁵⁹ Закон Индонезии о товарных знаках и ГУ, статья 83(2). См., например, решение Коммерческого суда Центральной Джакарты №72/Pdt.Sus-Merek/2014/ PN Niaga Jkt.Pst и постановление Верховного суда №164 K/Pdt.Sus-HKI/2016 (Prada); постановление Коммерческого суда Центральной Джакарты №15/Pdt.Sus-Merek/2015/ PN Niaga Jkt.Pst и решение Верховного суда №K/Pdt.Sus-HKI/2015 (Pierre Cardin).

⁷⁶⁰ Закон Таиланда о товарных знаках, Раздел 46.

⁷⁶¹ Закон о географических указаниях №44 от 1998 года, Раздел 2 (Сингапур) (дата вступления в силу: 15 января 1999 года).

⁷⁶² Там же, Раздел 3(2)(с).

⁷⁶³ Закон о географических указаниях №19 от 2014 года (Сингапур).

⁷⁶⁴ Суды в этих юрисдикциях преимущественно опираются на ведущий прецедент Великобритании – решение по делу Сосо против A.N. Clark (Engineers) Ltd [1969] R.P.C. 41.

В частности, в Индонезии⁷⁶⁵ и Таиланде⁷⁶⁶ ее охрана обеспечивается специальными законами о коммерческой тайне. Отдельный закон об охране коммерческой тайны также был разработан в Камбодже, и в настоящее время ожидается его утверждение законодательным органом⁷⁶⁷. В Лаосе⁷⁶⁸, на Филиппинах⁷⁶⁹ и во Вьетнаме⁷⁷⁰ коммерческая тайна охраняется общими законами об ИС. Как уже упоминалось, в Брунее-Даруссаламе⁷⁷¹, Малайзии⁷⁷² и Сингапуре⁷⁷³ коммерческая тайна охраняется нормами общего права о нарушении конфиденциальности информации. В Мьянме на момент подготовки доклада специальные положения о защите коммерческой тайны отсутствуют, но раскрытие конфиденциальной информации запрещается Законом о конкуренции от 2015 года как акт недобросовестной конкуренции⁷⁷⁴.

Поскольку во всех государствах – членах АСЕАН конкретные обязательства по сохранению коммерческой тайны включаются в трудовые или иные договоры, защита коммерческой тайны в этих странах, как правило обеспечивается в соответствии с национальными законами о контрактах. Также применяются законы, связанные с контролем электронных устройств, таких как компьютеры. Так, в Сингапуре по Закону о неправомерном использовании компьютеров преступлением признается получение несанкционированного доступа к компьютерам работодателей для доступа к информации и ее загрузке⁷⁷⁵. Поскольку в компьютерах хранится большой объем конфиденциальной информации, этот закон также представляется полезным инструментом охраны коммерческой тайны. Наконец коммерческая тайна, хранящаяся в электронном виде, подлежит защите в соответствии с национальными законами об авторском праве в рамках мер по управлению цифровыми правами и охране технических мер защиты⁷⁷⁶. После принятия в 2016 году Рамочной программы АСЕАН по защите данных в ряде стран также введены положения о защите данных, которые могут применяться для защиты коммерческой тайны⁷⁷⁷.

⁷⁶⁵ Закон №30 от 2000 года «О коммерческой тайне» (Индонезия).

⁷⁶⁶ Закон Таиланда о коммерческой тайне 2545 года буддийской эры (2002 года).

⁷⁶⁷ На момент подготовки доклада охрана коммерческой тайны в Камбодже обеспечивается только в соответствии с общим законом о недобросовестной конкуренции и положениями о расторжении договоров Закона о контрактах 1998 года.

⁷⁶⁸ Статья 20 Закона Лаосской НДР об ИС. Информация, не подлежащая защите в качестве коммерческой тайны, включает личные и государственные секреты, секреты государственного управления и прочую секретную информацию, не связанную с предпринимательской деятельностью.

⁷⁶⁹ Статья 4(1)(g) Кодекса Филиппин об ИС. В Кодексе об ИС упоминается «нераскрытая информация» как право ИС, но ее определение отсутствует. Верховный суд в деле Air Philippines Corp. против Pennswell Inc. G.R. 172835 от 13 декабря 2007 года принял определение этого термина из юридического словаря Блэка.

⁷⁷⁰ Статья 127 Закона Вьетнама об интеллектуальной собственности. Следующие виды информации не подлежат защите как коммерческая тайна: 1) секретная информация о личном статусе; 2) секреты государственного управления; 3) прочая конфиденциальная информация, не связанная с предпринимательской деятельностью.

⁷⁷¹ В Брунее-Даруссаламе дополнительно принят Закон о государственной тайне 1940 года.

⁷⁷² См., например, Dynacast (Melaka) Sdn Bhd против Vision Cast Sdn Bhd [2016] 3 MLJ 417.

⁷⁷³ См. I-Admin (Singapore) Pte Ltd против Hong Ying Ting & Others [2020] SGCA 32; Clearlab SG Pte Ltd против Ting Chong Chai & Others [2015] 1 SLR 163.

⁷⁷⁴ Закон Ассамблеи Союза Мьянма №9/2015 – Закон о конкуренции (Мьянма). Кроме того, для охраны коммерческой тайны могут использоваться правовые нормы, устанавливающие ответственность за ведение деятельности под чужим именем. Такая охрана основана на Уголовном кодексе Мьянмы от 1861 года.

⁷⁷⁵ Статьи 2 и 5 Закона о неправомерном использовании компьютеров 1993 года, пересмотренная редакция от 2007 года. (Сингапур).

⁷⁷⁶ Справочная и прочая информация о национальных законах об авторском праве, действующих в государствах – членах АСЕАН, опубликована на портале интеллектуальной собственности АСЕАН: <https://www.aseanip.org>

⁷⁷⁷ Обновленный обзор законов, действующих в государствах – членах АСЕАН, см. в публикации Thio Tse Gan, Data and Privacy Protection in ASEAN, 2018, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/sg/Documents/risk/sea-risk-data-privacy-inasean.pdf>.

Заключение

Ввиду ограниченного объема исследования в настоящем докладе приводится не вся информация о реализации защиты от недобросовестной конкуренции в государствах – членах АСЕАН. Тем не менее в нем продемонстрировано, что члены АСЕАН применяют такие нормы в соответствии с требованиями Парижской конвенции, хотя между их национальными правовыми системами сохраняются определенные различия. Кроме того, в нем показано, что, хотя АСЕАН не стремится к полной гармонизации законодательных норм, в регионе реализован ряд инициатив в отношении законов об ИС, конкуренции и правах потребителей, которые сыграли важную роль в развитии законодательства и продолжают играть важную роль в эффективной реализации защиты от недобросовестной конкуренции.

М. АВСТРАЛИЯ И ЮЖНАЯ ЧАСТЬ ТИХОГО ОКЕАНА*

1. Законодательная база

В настоящем докладе рассматриваются законы, обеспечивающие защиту от недобросовестной конкуренции в Австралии, Новой Зеландии и ряде государств южной части Тихого океана, чье законодательство основано на англосаксонской правовой традиции (Фиджи, Кирибати, Папуа – Новая Гвинея, Самоа, Соломоновы острова, Тонга и Вануату).

В Австралии, Новой Зеландии и вышеупомянутых государствах южной части Тихого океана защита от недобросовестной конкуренции реализуется посредством норм общего права о деликте ведения деятельности под чужим именем (1.1). Во всех рассмотренных странах, кроме Папуа-Новой Гвинеи и Вануату, защита предоставляется отдельно на основе законов о защите прав потребителей и о «недобросовестной конкуренции» в общем смысле (1.2). Между нормами деликтного права, устанавливающими ответственность за ведение деятельности под чужим именем, и законодательными режимами защиты прав потребителей, которые запрещают продавцам обманные и вводящие в заблуждения действия (1.3), существует комплексная взаимосвязь, но в соответствии с обоими режимами защита предоставляется в случаях использования указаний пострадавшего продавца, пользующегося достаточно прочной деловой или общей репутацией (1.4). Это важно понимать перед прочтением разделов 2 и 3 ниже, в которых поясняется, какие виды действий, представляющих собой недобросовестную конкуренцию, прямо запрещены в Австралии, Новой Зеландии и Южно-Тихоокеанском регионе⁷⁷⁸. Несмотря на то, что защита от недобросовестной конкуренции предоставляется не только законами о ведении деятельности под чужим именем, суды Австралии отказываются от разработки новой нормы деликтного права в отношении недобросовестной конкуренции в рамках общего права (1.5).

* Г-н Майкл Хэндлер, профессор, Школа частного и коммерческого права, факультет права и юстиции Университета Нового Южного Уэльса, Австралия. Автор выражает благодарность Веронике Себесфи за помощь в проведении исследования.

⁷⁷⁸ Помимо законов, рассмотренных в разделе 3, защита от недобросовестной конкуренции в этих странах предоставляется на основании других норм деликтного права, например, устанавливающих ответственность за распространение порочащих сведений, злонамеренную ложь и вмешательство в договорные отношения, а также на основании норм статутного права в отношении авторского права, промышленных образцов, патентов и товарных знаков.

1.1 Ведение деятельности под чужим именем

В Австралии, Новой Зеландии и южной части Тихого океана нормы деликтного права, устанавливающие ответственность за ведение деятельности под чужим именем, устанавливались на основании и в значительной мере с учетом законов Великобритании. Суды в этом регионе руководствуются одним или обоими критериями, установленными Палатой лордов Великобритании⁷⁷⁹. Для признания деяний соответствующим деликтом проводится проверка на соответствие следующим основным критериям:

- Истец должен обладать охраняемой *деловой или общей репутацией* в отношении товаров или услуг, которые он предоставляет, отраженной в используемом им знаке, оформлении и других указаниях.
- Должно быть доказано предоставление ответчиком ложной информации значительному числу потребителей (например, с помощью указания, оформления или рекламы, аналогичных тем, которые использует истец, или совершения действий, которые влекут за собой ложное предположение о коммерческой связи с истцом).
- Предоставление ответчиком ложной информации, которое причинило или могло причинить *ущерб* деловой репутации истца⁷⁸⁰.

В основе этой нормы лежит защита права собственности продавца от причинения ущерба деловой репутации в связи с предоставлением потребителям ложной информации (см. раздел 3), и тем самым предотвращение «нечестных действий в сфере торговли»⁷⁸¹.

1.2 Нормы статутного права о защите прав потребителей и недобросовестной конкуренции

С середины 1970-х годов в Австралии в дополнение к нормам деликтного права, устанавливающим ответственность за ведение деятельности под чужим именем, действуют законы о защите прав потребителей⁷⁸². Действующие нормы приводятся в Приложении 2 Федерального закона о конкуренции и защите прав потребителей 2010 года под заголовком «Закон Австралии о защите прав потребителей» («ЗАПП»)⁷⁸³. ЗАПП предусматривает ряд запретов на акты недобросовестной конкуренции. Самый важный из них закреплен в статье 18(1), которая гласит: «Лицу, занимающемуся торговлей или ведущему коммерческую деятельность, запрещается придерживаться такой линии поведения, при которой другое лицо будет или может быть обмануто или

⁷⁷⁹ Палата лордов, 21 июня 1979 года, Erven Warnink BV против J Townend & Sons (Hull) Ltd [1979] AC 731, 742; Палата лордов, 8 февраля 1990 года, Reckitt & Colman Products Ltd против Borden Inc [1990] 1 WLR 491, 499–500.

⁷⁸⁰ Информацию об основных элементах иска о ведении деятельности под чужим именем см. в следующих решениях: Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 14 апреля 1992 года, ConAgra Inc против McCain Foods (Aust) Pty Ltd (1992) 33 FCR 302, 355; Высокий суд Новой Зеландии, 15 июля 1992 года, Tot Toys Ltd против Mitchell [1993] 1 NZLR 325, 334; Высокий суд Фиджи, 4 июня 2018 года, Luxury Cosmetics Ltd против Royal Mokosoi Pty Ltd [2018] FJHC 514, пункт 67; Национальный суд Папуа – Новой Гвинеи, 4 мая 2020 года, Mara против Bagre Nui [2020] PGNC 128, п. 4.

⁷⁸¹ Высокий суд Австралии, 5 октября 2012 года, JT International SA против Содружества (2012) 250 CLR 1, п. 39; Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 14 апреля 1992 года, ConAgra Inc против McCain Foods (Aust) Pty Ltd (1992) 33 FCR 302, 308, 340–342, 353.

⁷⁸² Этот закон был принят в дополнение к применявшемуся ранее Закону о торговле (торговых описаниях) 1905 года, Раздел 9 которого запрещает импорт товаров, сопровождаемых ложным торговым описанием. В Разделе 3 термин «ложное торговое описание» определяется как «ложное или способное ввести в заблуждение в существенных аспектах в отношении товаров, к которым оно применяется».

⁷⁸³ ЗАПП действует как федеральный закон в силу Части XI Закона о конкуренции и защите прав потребителей 2010 года и как закон штата/территории в силу части XIAA.

введено в заблуждение»⁷⁸⁴. Это достаточно общее положение, которое распространяется на такие формы поведения, как вводящее в заблуждение использование вывесок и внешнего оформления, на использовании которых репутацию заработали другие продавцы. Оно регулирует не только ситуации, квалифицируемые как «ведение деятельности под чужим именем», но и вводящее в заблуждение поведение, не связанное с неправомерным использованием коммерческих указателей другого продавца и не направлено непосредственно против других продавцов, например, вводящие в заблуждение заявления в рекламе и в социальных сетях или ложные заявления относительно качеств или характеристик товаров и услуг.

Несмотря на широкий охват статьи 18(1), ЗАПП содержит дополнительные запреты для сторон, придерживающихся в торговле или в коммерческой деятельности такой линии поведения, которая может ввести общественность в заблуждение относительно характера, характеристик, пригодности для заявленной цели, количества любых товаров или услуг⁷⁸⁵ либо относительно технологии производства любых товаров⁷⁸⁶. Кроме того, в связи с поставкой или возможной поставкой товаров или услуг запрещается делать следующие «ложные или вводящие в заблуждение» заявления:

- запрещается утверждать, что предлагается новый товар⁷⁸⁷, продукт, отвечающий определенному стандарту, товар определенного качества, стоимости, сорта, состава, стиля или модели, или товар, имеющий определенную историю или ранее использовавшийся определенным образом⁷⁸⁸;
- запрещается делать заявления о месте происхождения товаров⁷⁸⁹;
- запрещается утверждать, что услуги отвечают определенному стандарту, имеют определенное качество, стоимость или сортовую принадлежность⁷⁹⁰; и
- запрещается утверждать, что товары или услуги получили спонсорскую поддержку или одобрение, обладают определенными эксплуатационными характеристиками и полезными качествами, снабжены определенными вспомогательными устройствами и применяются с определенными целями⁷⁹¹.

Основная цель этих положений заключается в установлении «нормы поведения»⁷⁹², которой должны придерживаться продавцы, чтобы «защитить общественность как потребителей товаров и услуг»⁷⁹³. Было отмечено, что Раздел 18(1) не имеет прямого отношения к «недобросовестной конкуренции в торговле между двумя продавцами»⁷⁹⁴, но вышеописанный запрет и другие запреты, предусмотренные ЗАПП, могут быть

⁷⁸⁴ Раздел 18(1) ЗАПП применяется в качестве федерального закона в части регулирования поведения корпораций и частных лиц в определенных «дополнительных» обстоятельствах. См. Robert Burrell and Michael Handler, *Australian Trade Mark Law*, Melbourne: 2nd ed, Oxford University Press 2016, 459–460.

⁷⁸⁵ Разделы 33–34 ЗАПП.

⁷⁸⁶ Раздел 33 ЗАПП.

⁷⁸⁷ Раздел 29(1)(c) ЗАПП.

⁷⁸⁸ Раздел 29(1)(a) ЗАПП.

⁷⁸⁹ Раздел 29(1)(k) ЗАПП.

⁷⁹⁰ Раздел 29(1)(b) ЗАПП.

⁷⁹¹ Раздел 29(1)(g) ЗАПП. Существенная разница между термином «ложный или вводящий в заблуждение» в разделе 29 ЗАПП и термином «вводящий в заблуждение или обманный» в разделе 18 ЗАПП отсутствует. Федеральный суд Австралии, 24 июня 2009 года, Австралийская комиссия по конкуренции и защите прав потребителей против Dukemaster Pty Ltd [2009] FCA 682, п. 14.

⁷⁹² Высокий суд Австралии, 2 декабря 2004 года, Butcher против Lachlan Elder Realty Pty Ltd (2004) 218 CLR 592, п. 112.

⁷⁹³ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 16 декабря 1980 года, McWilliam's Wines Pty Ltd против McDonald's System of Australia Pty Ltd (1980) 33 ALR 394, 405.

⁷⁹⁴ Высокий суд Австралии, 19 апреля 1978 года, Hornsby Building Information Centre Pty Ltd против Sydney Building Information Centre Ltd (1978) 140 CLR 216, 227.

применены конкурентами⁷⁹⁵ и, по сути, защищают от актов недобросовестной конкуренции.

Многие страны региона последовали примеру Австралии и приняли законы о защите прав потребителей, содержащие аналогичные запреты на поведение, вводящее в заблуждение, и обман в торговле и в коммерческой деятельности⁷⁹⁶, на поведение, способное ввести общественность в заблуждение относительно характера, характеристик и других аспектов товаров или услуг⁷⁹⁷, и на ложные или вводящие в заблуждение заявления относительно качеств, характеристик, места происхождения и других аспектов товаров или услуг⁷⁹⁸.

В Тонге, в отличие от других государств, действуют два специальных закона о защите от «недобросовестной конкуренции», а также продолжают применяться норма деликтного права, устанавливающая ответственность за ведение деятельности под чужим именем, и общий закон о защите прав потребителей. Во-первых, Закон Тонги о промышленной собственности 1994 года гласит, что «любой акт конкуренции, противоречащий честной практике в промышленных и торговых делах, является незаконным», а действия, перечисленные в статье 10bis(3) ПК, признаются в этом законе «актами недобросовестной конкуренции»⁷⁹⁹. Во-вторых, Закон Тонги о защите от недобросовестной конкуренции 2002 года предусматривает, что «любое лицо, которому причинен или может быть причинен ущерб в результате акта недобросовестной конкуренции по смыслу настоящего Закона, имеет право использовать средства правовой защиты, предусмотренные законодательством Тонги»⁸⁰⁰.

⁷⁹⁵ Раздел 232(2) ЗАПП («любое лицо может обратиться за судебным запретом»); Раздел 236(1) ЗАПП («лицо, понесшее убытки или ущерб от нарушения ЗАПП, имеет право на возмещение убытков»). Поведение, противоречащее Разделу 29(1) ЗАПП, также является правонарушением, предусматривающим привлечение к строгой ответственности: Раздел 151(1) ЗАПП.

⁷⁹⁶ Раздел 9 Закона Новой Зеландии о справедливой торговле 1986 года («ЗСТ НЗ»); Раздел 24 Закона Соломоновых Островов о защите прав потребителей 1995 года («ЗПП Соломоновых Островов»); Раздел 22 Закона Тонги о защите прав потребителей 2000 года («ЗПП Тонги»); Раздел 20 Закона Кирибати о защите прав потребителей 2001 года («ЗПП Кирибати»); Раздел 75 Закона Фиджи о конкуренции и защите прав потребителей 2010 года («ЗКПП Фиджи»); Раздел 55 Закона Самоа о конкуренции и защите прав потребителей 2016 года.

⁷⁹⁷ Разделы 10–11 ЗСТ НЗ; Раздел 30 ЗПП Соломоновых островов; Раздел 28 ЗПП Тонги (только услуги); Раздел 22 ЗПП Кирибати (только услуги); Разделы 80, 83 и 84 ЗКПП Фиджи.

⁷⁹⁸ Раздел 13 ЗСТ НЗ; Раздел 25 ЗПП Соломоновых островов; Раздел 23 ЗПП Тонги; Раздел 77 ЗКПП Фиджи.

⁷⁹⁹ Раздел 34 Закона Тонги о промышленной собственности 1994 года.

⁸⁰⁰ Раздел 4(2) Закона Тонги о защите от недобросовестной конкуренции 2002 года («ЗЗНК Тонги»).

Законом предусматривается, что актами недобросовестной конкуренции, в частности, признаются следующие действия:

- создание смешения в отношении предприятия другого лица⁸⁰¹;
- причинение ущерба деловой репутации или общей репутации другого лица (в том числе путем размывания деловой репутации);⁸⁰²
- введение общественности в заблуждение⁸⁰³; и
- дискредитация предприятия другого лица⁸⁰⁴.

1.3 Взаимосвязь между ведением деятельности под чужим именем и законодательными режимами защиты прав потребителей

С момента принятия законов о защите прав потребителей в Австралии в середине 1970-х годов эксперты обсуждали непростой вопрос о том, как соотносятся между собой предусмотренный статутным правом запрет на «вводящее в заблуждение или обманное поведение» и норма деликтного права о ведении деятельности под чужим именем, которые, как правило, становятся основанием для принятия решений в одних и тех же делах и очевидно пересекаются. Австралийские суды периодически пытаются привлечь внимание к различиям между вышеописанными нормами, отмечая, что они имеют разное происхождение и преследуют противоположные цели, в частности, что нормы о ведении деятельности под чужим именем направлены на защиту деловой репутации продавца, тогда как нормы статутного права – на защиту потребителей⁸⁰⁵. Кроме того, указывалось на недопустимость «неизбирательного переноса» принципов установления ответственности за деликт ведения деятельности под чужим именем на принципы статутного права, на основании которых принимаются решения в делах о вводящем в заблуждение и обманном поведении⁸⁰⁶, и высказывали мнение, что нормы статутного права «обеспечивают общественности более широкую защиту от обмана, чем общее право»⁸⁰⁷. Тем не менее на практике суды, как правило, рассматривают деяния, регулируемые деликтным правом и статутным правом, совместно, и используют принципы и ограничения, сформулированные при рассмотрении дел о ведении деятельности под чужим именем, для определения объема применения широких статутных норм, сохраняя лишь небольшие различия между первыми и вторыми⁸⁰⁸. Подобную позицию занимают и суды в Новой Зеландии⁸⁰⁹. Комментаторы положительно оценивают готовность судов Австралии применять такой комплексный подход⁸¹⁰.

1.4 Деловая репутация или общая репутация как «пороговое» требование при рассмотрении исков в связи с ведением деятельности под чужим именем и смежных исков по закону о защите прав потребителей

Самым ярким примером такого комплексного подхода может служить прямое признание австралийскими судами того, что при подаче иска о ведении деятельности под чужим именем и предъявлении пострадавшим продавцом смежного иска в связи с нарушением предусмотренного статутном запретом на «вводящее в заблуждение и обманное поведение» путем использования знака или символа, связанного с пострадавшим продавцом, исковые требования заявителя по обоим основаниям иска могут быть удовлетворены только в случае, если такой заявитель сможет доказать, что имеет достаточно прочную общую или деловую репутацию⁸¹¹. Такой подход применяется даже в случаях, когда такое требование не предусмотрено запрещающим положением.

⁸⁰¹ Раздел 5 ЗЗНК Тонги.

⁸⁰² Раздел 6 ЗЗНК Тонги. Термин «размывание деловой репутации или репутации» в Разделе 3 определяется как «снижение различительной способности или рекламной ценности товарного знака, фирменного наименования или иного отличительного знака предприятия, внешнего вида или описания продуктов или услуг, знаменитости или известного вымышленного персонажа».

⁸⁰³ Раздел 7 ЗЗНК Тонги.

В Австралии, Новой Зеландии и в государствах южной части Тихого океана можно установить наличие деловой и общей репутации по не только по фирменным обозначениям, но и по различным другим признакам. Это, в частности, описательные фирменные наименования⁸¹², оформление упаковки⁸¹³, цветовые схемы⁸¹⁴, общий внешний вид товаров⁸¹⁵, вымышленные персонажи⁸¹⁶, изображения знаменитостей⁸¹⁷ и темы, используемые в рекламе⁸¹⁸. Однако для установления репутации по таким признакам требуются убедительные доказательства широкого признания потребителями.

В Австралии понятия «деловая репутация» и «общая репутация» используются как взаимозаменяемые⁸¹⁹. Поэтому зарубежным продавцам в Австралии предоставляется

⁸⁰⁴ Раздел 8 ЗЗНК Тонги. Кроме того, к этой категории отнесены любые другие «действия или практики в промышленной или коммерческой деятельности, которые противоречат честной торговой практике»: Раздел 4(1).

⁸⁰⁵ См., например: Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 23 августа 1982 года, Taso Co of Australia Inc против Taso Bell Pty Ltd (1982) 42 ALR 177, 197; Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 21 мая 2007 года, Cadbury Schweppes Pty Ltd против Darrell Lea Chocolate Shops Pty Ltd (2007) 159 FCR 397, п. 98. См. также: Апелляционный суд Новой Зеландии, 13 мая 1998 года, Neumegen против Neumegen & Co [1998] 3 NZLR 310, 325.

⁸⁰⁶ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 23 августа 1982 года, Taso Co of Australia Inc против Taso Bell Pty Ltd (1982) 42 ALR 177, 197. См. также: Апелляционный суд Новой Зеландии, 4 марта 1988 года, Taylor Bros Ltd против Taylor Group Ltd [1988] 2 NZLR 1.

⁸⁰⁷ Высокий суд Австралии, 11 августа 1982 года, Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd против Puxu Pty Ltd (1982) 149 CLR 191, 205.

⁸⁰⁸ Основные различия рассматриваются в публикации Burrell and Handler, *Australian Trade Mark Law*, в 505–513.

⁸⁰⁹ Paul Sumpter, *Intellectual Property Law: Principles in Practice*, Auckland: 3rd ed, CCH New Zealand 2017, 271–274.

⁸¹⁰ Jill McKeough et al, *Intellectual Property in Australia*, Sydney: 3rd ed, LexisNexis Butterworths 2004, 455; Burrell and Handler, *Australian Trade Mark Law*, at 462–464, 505–534. Критические комментарии новозеландских экспертов см. в публикации J.C. Lai и S.I. Becher, "Protecting Consumer Protection", *Victoria University of Wellington Law Review* 49 (2018), 259.

⁸¹¹ Федеральный суд Австралии, 12 декабря 1989 года, Equity Access Pty Ltd против Westpac Banking Group (1989) 16 IPR 431, 441; Федеральный суд Австралии, 5 июня 2009 года, Mars Australia Pty Ltd против Sweet Rewards Pty Ltd (2009) 81 IPR 354, п. 22.

⁸¹² См., например, Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 30 сентября 1994 года, Arand Pty Ltd против The Kettle Chip Co Pty Ltd (1994) 52 FCR 474 (Kettle – картофельные чипсы, приготовленные в фритюре); Высокий суд Новой Зеландии, 21 ноября 1983 года, Shotover Gorge Jet Boats Ltd против Marine Enterprises Ltd [1984] 2 NZLR 154 (Shotover Jet – компания, организующая поездки на реактивных катерах в каньоне реки ШотOVER); Апелляционный суд Фиджи, 26 ноября 2004 года, Natural Waters of Viti Ltd против Crystal Clear Mineral Water (Fiji) Ltd [2004] FLR 545 (Fiji – фиджийская бутилированная вода).

⁸¹³ См., например, Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 4 июня 2002 года, Sydneywide Distributors Pty Ltd против Red Bull Australia Pty Ltd (2002) 55 IPR 354 (оформление банок Red Bull); Апелляционный суд Тонги, 7 августа 1998 года, Nestle (Fiji) Ltd против Tonga Cooperative Federation [1998] Tonga LR 120 (упаковка и маркировка закусок); Высокий суд Фиджи, 7 октября 2003 года, Vo-Ko Industries Ltd против Fish Cannery (Fiji) Ltd [2003] FJHC 295 (оформление рыбных консервов).

⁸¹⁴ См., например, Федеральный суд Австралии, 30 мая 2014 года, Telstra Corporation Ltd против Phone Directories Co Pty Ltd (2014) 107 IPR 333 (использование желтого цвета в телефонных справочниках); Высокий суд Новой Зеландии, 20 ноября 1997 года, Tui Foods Ltd против New Zealand Milk Corporation Ltd [1997] 2 NZLR 214 (желтые крышки на бутылках с молоком); Национальный суд Папуа-Новой Гвинеи, 4 мая 2020 года, Mara против Vagre Nui [2020] PGNC 128 (оформление такси).

⁸¹⁵ См., например, Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 5 августа 2011 года, Peter Bodum A/S против DKSH Australia Pty Ltd (2011) 92 IPR 222 (форма устройства для приготовления кофе «френч-пресс»); Высокий суд Новой Зеландии, 15 июля 1992 года, Tot Toys Ltd против Mitchell [1993] 1 NZLR 325 (форма детской игрушки «пчела»).

⁸¹⁶ См., например, Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 25 мая 1989 года, Pacific Dunlop Ltd против Hogan (1989) 23 FCR 533 (герой фильмов «Крокодил Дэнди»).

⁸¹⁷ Например, Апелляционный суд Квинсленда, 25 октября 1996 года, Talmax Pty Ltd против Telstra Corp Ltd [1997] 2 Qd R 444 (изображение австралийского олимпийского пловца Кирена Перкинса).

⁸¹⁸ Тайный совет, 13 октября 1980 года, Cadbury Schweppes Pty Ltd против Pub Squash Co Pty Ltd [1980] 2 NSWLR 851 (общее признание).

⁸¹⁹ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 14 апреля 1992 года, ConAgra Inc против McCain Foods (Aust) Pty Ltd (1992) 33 FCR 302, 340.

более широкая защита от недобросовестной конкуренции, чем зарубежным продавцам в Великобритании. Если в Великобритании для возбуждения иска о ведении деятельности под чужим именем продолжает предъявляться строгое требование о наличии местной репутации, в соответствии с которым зарубежный истец должен вести торговлю на территории страны⁸²⁰, то в Австралии достаточно, чтобы иностранный продавец имел «трансграничную» репутацию среди австралийцев «в достаточной степени, чтобы установить, что существует вероятность обмана ... потенциальных потребителей и причинения ущерба репутации [продавца]»⁸²¹. В Новой Зеландии было признано, что Австралия и Новая Зеландия могут считаться единым рынком для целей установления того, обладает ли продавец достаточной деловой репутацией для того, чтобы подать иск об упущенной выгоде⁸²². На Фиджи, судя по имеющейся информации, суды придерживаются подхода, принятого в Великобритании, и продолжают предъявлять требование о наличии местной деловой репутации⁸²³.

Следует дополнительно отметить, что в Австралии пострадавшая сторона может подать иск в суд в связи как с ведением деятельности под чужим именем, так и с нарушением запрета на введение в заблуждение или обман и после прекращения торговли, при условии, что у нее сохранилась репутация среди потребителей⁸²⁴.

1.5 Отсутствие деликта недобросовестной конкуренции

Как указано в разделе 1.2 выше, в регионе действуют широкие статутные нормы о защите прав потребителей, поэтому здесь предоставляется защита не только от актов недобросовестной конкуренции, квалифицируемых как ведение деятельности под чужим именем. Но важно отметить, что Высокий суд Австралии не соглашается принять деликтную норму о недобросовестной конкуренции в рамках общего права, чтобы заполнить возможные пробелы в практике рассмотрения дел о ведении деятельности под чужим именем и в статутных нормах, регулирующих защиту прав потребителей, а также в законах об интеллектуальной собственности. В деле *Moorgate Tobacco Co Ltd против Philip Morris Ltd* [№2] суд отметил следующее:

«Отказ в удовлетворении общего иска о «недобросовестной конкуренции» указывает исключительно на признание того факта, что такой иск несовместим с принятыми ограничениями на то, по каким основаниям продавец может предъявить иск в связи с ущербом, причиненным конкурентом, или с угрозой его причинения, в соответствии с обычным и статутным правом. Существование таких ограничений, которые позволяют провести различие между запретами и защитой, предусмотренными законодательством и правом справедливости, и неограниченной конкуренцией, указывает на то, как

⁸²⁰ Верховный суд Великобритании, 13 мая 2015 года, *Starbucks (HK) Ltd против British Sky Broadcasting Group Plc* [2015] 1 WLR 2628.

⁸²¹ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 14 апреля 1992 года, *ConAgra Inc против McCain Foods (Aust) Pty Ltd* (1992) 33 FCR 302, 341–342, 353. Требование о том, чтобы истец намеревался начать торговую деятельность в Австралии, не предъявляется: Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 7 июня 2013 года, *Knott Investments Pty Ltd против Winnebago Industries Inc* (2013) 211 FCR 449, п. 14. Критический анализ подходов, принятых в Великобритании и Австралии, см. в публикации Catherine W. Ng, *Goodwill in Passing Off: A Common Law Perspective*, Cheltenham, UK: Edward Elgar 2021, 70–80, 219–220.

⁸²² Апелляционный суд Новой Зеландии, 27 марта 1987 года, *Dominion Rent A Car Ltd против Budget Rent A Car Systems (1970) Ltd* [1987] 2 NZLR 395, 406; Высокий суд Новой Зеландии, 28 июня 2013 года, *Muzz Buzz Franchising Pty Ltd против JB Holdings (2010) Ltd* [2013] NZHC 1599, п. 74. Общий обзор см. в публикации Graeme W. Austin, “The Consumer in Cross-Border Passing Off Cases”, *Victoria University of Wellington Law Review* 47 (2016), 209.

⁸²³ Высокий суд Фиджи, 4 июня 2018 года, *Luxury Cosmetics Ltd против Royal Mokosoi Pty Ltd* [2018] FJHC 514, пп. 58, 65. Тот же подход, судя по имеющейся информации, принят в Тонге: Верховный суд Тонги, 8 октября 2015 года, *Leiola Group Ltd против Aho* [2015] TOSC 44, п. 15.

⁸²⁴ Верховный суд штата Виктория, 16 августа 1956 года, *Ballarat Products Ltd против Farmers Smallgoods Co Pty Ltd* [1957] VR 104; Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 15 ноября 2000 года, *Mark Foy's Pty Ltd против TVSN (Pacific) Ltd* (2000) 104 FCR 61.

ответственные ... парламенты обеспечивают пропорциональный подход к конкурирующим требованиям и мерам политики⁸²⁵.

Считается, что эта формулировка отражает и позицию законодательных органов Новой Зеландии⁸²⁶.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах.

Ни рассматриваемые в докладе государства южной части Тихого океана, кроме Тонги (чьи законы анализируются в разделе 1.2), ни Австралия и Новая Зеландия в своих законах, запрещающих недобросовестную конкуренцию, не упоминают конкретно действия, которые «противоречат честной практике в промышленных и торговых делах». Эти страны реализуют свое обязательство по статье 10bis(2) РС, устанавливая требования, закрепленные в их нормах деликтного права о ведении деятельности под чужим именем и/или в статутных нормах о защите прав потребителей и/или недобросовестной конкуренции в более общем смысле.

Во всех странах в рамках выполнения обязательства предотвращать действия, которые «противоречат честной практике», для квалификации деяния как ведения деятельности под чужим именем по нормам деликтного права должно удовлетворяться требование о том, чтобы ответчик совершал акты, «вводящие в заблуждение», способные причинить ущерб репутации или деловой репутации истца. Именно это требование фактически делает такие нормы средством предотвращения явления, которое судьи австралийских судов назвали «нечестностью при ведении коммерческой деятельности»⁸²⁷. Из этого следует, что поведение, не вводящее потребителей в заблуждение, не запрещается, поскольку указанные нормы не регулируют «область честной конкуренции»⁸²⁸. Предусмотренные законами о защите прав потребителей запреты на «вводящее в заблуждение или обманчивое поведение» в торговле и коммерции, и на «обманчивые и вводящие в заблуждение заявления» в связи с поставкой товаров или услуг призваны ввести «моральный стандарт»⁸²⁹, при этом методы ведения коммерческой деятельности, не подпадающие под действие вышеперечисленных законодательных запретов, считаются приемлемыми.

Иными словами, именно поэтому в Австралии, Новой Зеландии и других странах региона с аналогичным законодательством акт «присвоения» не считается противоречащим добросовестной коммерческой практике. «Слепое подражание» тому, благодаря чему у истца сформировалась репутация, представляющая коммерческую ценность (например, в форме подделки продукта или использования таких указателей, как вымышленный персонаж, образ знаменитости или рекламная тема), не считается недобросовестной практикой само по себе. Оно нарушает правовую норму в отношении коммерческого поведения только в том случае, если потребители вводятся в заблуждение относительно возможности коммерческих связей с истцом (например, о

⁸²⁵ Высокий суд Австралии, 22 ноября 1984 года, *Moorgate Tobacco Co Ltd против Philip Morris Ltd* [No 2] (1984) 156 CLR 414, 445–446.

⁸²⁶ *Sumpter*, *Intellectual Property Law*, at 283. См. также: Национальный суд Папуа-Новой Гвинеи, 11 апреля 1978 года, *CBS Inc против Ranu Investments* [1978] PNGLR 66 (суд признал, что принятие деликта недобросовестной конкуренции расширит охват законодательства, но оставил вопрос открытым).

⁸²⁷ Высокий суд Австралии, 5 октября 2012 года, *JT International SA против Содружества* (2012) 250 CLR 1, п. 39; Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 14 апреля 1992 года, *ConAgra Inc против McCain Foods (Aust) Pty Ltd* (1992) 33 FCR 302, 308, 340–342, 353.

⁸²⁸ Высокий суд Англии и Уэльса, 20 июля 1994 года, *Hodgkinson & Corby Ltd против Wards Mobility Services Ltd* [1995] FSR 169, 175.

⁸²⁹ *Russell V. Miller*, *Miller's Australian Competition and Consumer Law Annotated*, Sydney: 43rd ed, Thomson Reuters 2021, para 18.20.

том, что истец предоставил или финансировал товары или услуги ответчика или имеет с ним коммерческую связь).⁸³⁰

Есть как минимум две ситуации, когда понятие «честности» напрямую используется при рассмотрении исков по обвинению в ведении деятельности под чужим именем в Австралии и Новой Зеландии. Во-первых, считается, что, хотя намерение ввести в заблуждение не является необходимым условием для возбуждения иска, в случае если такое намерение существует, можно с уверенностью сделать вывод, что такое намерение было осуществлено, что повышает вероятность установления факта предоставления ложной информации.⁸³¹ Во-вторых, если предприятие ведет честную торговлю, просуществовав длительное время и создав себе высокую репутацию, оно будет защищено от претензий со стороны предшествующего пользователя, завоевавшего репутацию с использованием аналогичного знака или оформления.⁸³²

3. Применение списка прямо запрещенных действий

3.1 Законы, имплементирующие статью 10bis(3) №№1 и 3 ПК

Как отмечалось в разделах 1 и 2, для признания справедливости исковых требований как по нормам деликтного права, устанавливающим ответственность за ведение деятельности под чужим именем, так и по смежным статутным запретам на участие во «вводящих в заблуждение или дезориентирующих действиях» должно быть удовлетворено обязательное требование о вероятности того, что ответчик *вводит потребителей в заблуждение* относительно наличия той или иной формы коммерческой связи с истцом. При вынесении решения относительно того, считается ли поведение ответчика в таких случаях введением в заблуждение или предоставлением ложной информации, суды учитывают репутацию истца, контекст использования ответчиком соответствующих знаков, вывесок и других признаков, специфику товаров или услуг сторон и то, как они предлагаются общественности, а также характеристики типичных потребителей этих товаров или услуг. Также суды могут учитывать свидетельства специалистов в сфере маркетинга или психологии потребителей, данные опросов и свидетельства лиц, заявляющих, что они были введены в заблуждение⁸³³.

⁸³⁰ Из этого также следует, что, даже если ответчик может доказать, что его действия не предполагали введения в заблуждение и что он считал свое поведение добросовестным и обоснованным, тем не его действие может считаться нарушением положений ЗАПП, если его действия действительно были или могли быть вводящими в заблуждение. Высокий суд Австралии, 11 мая 1982 года, Farah Constructions Pty Ltd против Say-Dee Pty Ltd (1982) 149 CLR 191, п. 197.

⁸³¹ Высокий суд Австралии, 2 сентября 1937 года, Australian Woollen Mills Ltd против FS Walton & Co Ltd (1937) 58 CLR 641, 657; Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 21 июля 1989 года, Telmak Teleproducts (Australia) Pty Ltd против Coles Myer Ltd (1988) 84 ALR 437, 445; Апелляционный суд Новой Зеландии, 18 октября 1927 года, Black and White Cabs Ltd против McEneaney [1927] NZLR 862; Апелляционный суд Новой Зеландии, 27 марта 2013 года, NZ Tax Refunds Ltd против Brooks Homes Ltd [2013] NZCA 90, пп. 17, 32.

⁸³² Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 28 ноября 2007 года, Colorado Group Ltd против Strandbags Group Pty Ltd (2007) 164 FCR 506, п. 221. Информацию о действиях в соответствии с ЗАПП см. в Burrell and Handler, Australian Trade Mark Law, pp. 517–518, 526–527.

⁸³³ См. Burrell and Handler, Australian Trade Mark Law, pp. 484–487.

В отношении обоих оснований для судебных разбирательств в постановлениях судов Австралии и Новой Зеландии заявлялось, что поведение, создающее «чистое смешение», то есть заставляющее задаться вопросом о том, не были ли два товара произведены одной и той же компанией, считается недостаточным⁸³⁴, даже если может свидетельствовать о вероятности введения в заблуждение⁸³⁵. Для подачи иска о ведении деятельности под чужим именем истец должен доказать, что поведение ответчика ввело или могло ввести в заблуждение «существенное число» потребителей⁸³⁶. В постановлениях по искам на основании закона о защите прав потребителей заявлялось, что степень ответственности зависит от возможной реакции гипотетического «обычного» или «разумного» потребителя, к которому было обращено заявление, без учета реакций, которые могут считаться «крайними или причудливыми»⁸³⁷. В данном случае не требуется, чтобы была введена в заблуждение определенная доля потребителей этой категории (например, «существенное» или «несущественное» число)⁸³⁸.

Суды региона признают разные виды предоставления ложной информации или поведения, направленного на введение в заблуждение или дезориентацию, с использованием товарных знаков и других признаков, благодаря которым сформировалась репутация истца. Наиболее распространенные действия такого рода – предоставление ложной информации о происхождении: например, если ответчик делает ложное заявление, что его товары или услуги принадлежат истцу⁸³⁹. Истцам часто бывает трудно доказать, что они завоевали достаточную репутацией благодаря описательным словам или таким нетекстовым обозначениям, как внешнее оформление или форма товара; не менее трудно им доказывать, что использование ответчиком таких знаков или обозначений вводит в заблуждение⁸⁴⁰, особенно когда они

⁸³⁴ Высокий суд Австралии, 11 августа 1982 года, Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd против Puxu Pty Ltd (1982) 149 CLR 191, 198, 210; Апелляционный суд Новой Зеландии, 19 сентября 2002 года, Anheuser Busch Inc против Budweiser Budvar National Corporation [2003] 1 NZLR 472, п. 130.

⁸³⁵ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 21 июля 1989 года, Telmak Teleproducts (Australia) Pty Ltd против Coles Myer Ltd (1988) 84 ALR 437, 448.

⁸³⁶ См.: Палата лордов, 2 апреля 1941 года, Saville Perfumery Ltd против June Perfect Ltd (1941) 58 RPC 147.

⁸³⁷ Высокий суд Австралии, 9 марта 2000 года, Campomar Sociedad Limitada против Nike International Ltd (2000) 202 CLR 45, пп. 101–105; Высокий суд Австралии, 6 февраля 2013 года, Google Inc против Австралийской комиссии по конкуренции и защите прав потребителей (2013) 249 CLR 435, п. 7. См. также: Апелляционный суд Новой Зеландии, 16 декабря 2015 года, Tasman Insulation New Zealand Ltd против Knauf Insulation Ltd [2016] 3 NZLR 145, п. 225 (принят подход, использованный в Австралии в деле Campomar).

⁸³⁸ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 30 июля 2020 года, Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защиты прав потребителей против TPG Internet Pty Ltd (2020) 278 FCR 450, пп. 23–24.

⁸³⁹ Одним из примеров, связанных с современным контекстом, служит реклама по ключевым словам, когда ответчики покупают определенный запрос, в связи с которым сформирована репутация истца, и отображают его в своей рекламе таким образом, что возникает ложное представление о том, что реклама связана с товарами или услугами истца. См., например, Федеральный суд Австралии, 22 сентября 2011 года, Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защиты прав потребителей против Trading Post Australia Pty Ltd (2011) 197 FCR 498; Высокий суд Новой Зеландии, 12 февраля 2014 года, InterCity Group (NZ) Ltd против Nakedbus NZ Ltd [2014] 3 NZLR 177.

⁸⁴⁰ В этом контексте суды часто придают значение небольшим различиям между вывесками истца и ответчика: см. например, Федеральный суд Австралии, 7 июня 2013 года, REA Group Ltd против Real Estate 1 Ltd (2013) 217 FCR 327 (владелец известного сайта realestate.com.au не смог ограничить выдачу ссылки на сайт realestate1.com.au в результатах поиска и спонсорских ссылках на том основании, что потребители заметят "1" и подумают, что сайт ответчика конкурирует с сайтом истцом, а не служит для расширения границ использования бренда). Примеры исков, требования по которым были удовлетворены: Верховный суд Новой Зеландии, 11 марта 1976 года, New Zealand Insurance Ltd против New Zealand Insurance Brokers Ltd [1976] 2 NZLR 40 (запрет на использование слов "New Zealand Insurance" и "NZIB" с учетом устоявшейся репутации истца, использующего название "New Zealand Insurance" и аббревиатуру "NZI"); Апелляционный суд Тонга, 7 августа 1998 года, Nestle (Fiji) Ltd против Федерации кооперативов Тонги [1998] Tonga LR 120 (вынесен промежуточный судебный запрет, ограничивающий продажу ответчиком своих закусок, имеющих схожую упаковку и маркировку с товарами истца); Национальный суд Папуа – Новой Гвинеи, 4 мая 2020 года, Maqa против Bagre Nui [2020] PGNC 128 (ответчик организовал службу такси, аналогичную службе такси истца, что составляло предоставление ложной информации).

используются для описания их свойств и в сочетании с другими элементами бренда⁸⁴¹. В случаях, когда ответчики использовали описательные знаки, ассоциирующиеся с истцом, чтобы повлиять на результаты поиска в Интернете и перенаправить потребителей на сайты ответчика, суды Австралии и Новой Зеландии не признавали, что подобные действия – даже если они изначально могут вызвать смешение интересов – равносильны предоставлению ложной информации, введению в заблуждение и обману⁸⁴².

Следует упомянуть еще одно действие, признаваемое предоставлением ложной информации о качестве. Такое признание возможно в случаях, когда ответчик продает реальные товары истца, но искажает их качества или характеристики (например, рекламируя линейку товаров, производство которой прекращено, как новую⁸⁴³). Кроме того, оно возможно, если ответчик использует географическое указание, в связи с которым у ряда сторон сложилась «коллективная» деловая репутация, и при этом товары ответчика не поставляются из указанной местности и не обладают качествами или характеристиками, связанными с этим географическим указанием.⁸⁴⁴

Заявление о том, что товары или услуги ответчика спонсируются или утверждаются истцом или иным образом связаны с ним, также считается одной из форм предоставления ложной информации. В этой связи суды Австралии уже давно отказались от требования, что истец и ответчик должны вести деятельность «в общей сфере»⁸⁴⁵. Благодаря этому истцы смогли подать судебные иски с целью предотвратить продажу несанкционированной продукции с изображениями или характеристиками, ассоциирующимися с компанией истца⁸⁴⁶; использование вымышленного персонажа или элементов, создающих атмосферу рекламной кампании, в другом рекламном контексте⁸⁴⁷; использование изображения знаменитости таким образом, что можно предположить, что такая знаменитость поддерживает не имеющие к ней отношения

⁸⁴¹ См., например, Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 15 февраля 1996 года, *Pepsico Australia Pty Ltd против Kettle Chip Co Pty Ltd* (1996) 33 IPR 161 (производителю картофельных чипсов "Kettle" не удалось ограничить использование ответчиком надписи "Kettle Cooked" на своих чипсах, поскольку ответчик разместил на своей упаковке товарный знак "Thins"); Федеральный суд Австралии, 16 апреля 1999 года, *Dr Martens Australia Pty Ltd против Figgins Holdings Pty Ltd* (1999) 44 IPR 281 (производителю обуви Dr Martens не удалось ограничить продажу обуви аналогичного внешнего вида, поскольку ответчик использовал для своей обуви другие фирменные наименования). Для сравнения см.: Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 5 августа 2011 года, *Peter Vodum A/S против DKSH Australia Pty Ltd* (2011) 92 IPR 222 (производитель устройств «френч-пресс» добился ограничения продажи ответчиком «френч-прессов» аналогичной формы, при этом суд счел, что знак ответчика "Euroline" недостаточно заметен и потребители не считают его фирменным наименованием); Высокий суд Фиджи, 9 марта 2007 года, *Rewa Co-op Dairy Co Ltd против Eagle Ridge Investment (Fiji) Ltd* [2007] FLR 127 (использование ответчиком на своей упаковке надписи "Full Cream Long Life Milk" вводило потребителей в заблуждение относительно связи с брендом молока истца "Life").

⁸⁴² См., например, Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 21 июля 2014 года, *Kosciuszko Thredbo Pty Ltd против ThredboNet Marketing Pty Ltd* (2014) 223 FCR 517, п. 48; Высокий суд Новой Зеландии, 31 июля 2017, *National Mini Storage Ltd против National Storage Ltd* [2017] NZHC 1775, пп. 91–92.

⁸⁴³ Палата лордов, 9 июня 1915 года, *AG Spalding & Bros против AW Gamage Ltd* (1915) 32 RPC 273.

⁸⁴⁴ См., например, Апелляционный суд Новой Зеландии, 5 декабря 1991 года, *Wineworths Group Ltd против Comite Interprofessionel du Vin de Champagne* [1992] 2 NZLR 327 (продажа австралийского «шампанского» была запрещена по причине нарушения раздела 9 Соглашения о свободной торговле Новой Зеландии). Это одно из средств, обеспечивающих применение статьи 22.2 ТРИПС в странах региона.

⁸⁴⁵ Верховный суд Нового Южного Уэльса, 14 июня 1960 года, *Radio Corporation Pty Ltd против Henderson* [1960] NSW 279.

⁸⁴⁶ См., например, Федеральный суд Австралии, 17 мая 1996 года, *Twentieth Century Fox Film Corporation против South Australian Brewing Co Ltd* (1996) 66 FCR 451 (продюсеры мультсериала «Симпсоны» добились ограничения несанкционированной продажи пива Duff).

⁸⁴⁷ См., например, Федеральный суд Австралии, 1 августа 2003 года, *Telstra Corporation Ltd против Royal & Sun Alliance Insurance Australia Ltd* (2003) 57 IPR 453 (компания, в чьих известных телевизионных рекламных роликах фигурировал персонаж, носивший имя «Мистер Гогмобиль», добилась ограничения показа рекламы с участием того же актера – исполнителя роли Мистера Гогмобиля, в контексте, подобном исходной рекламе).

товары или услуги ответчика⁸⁴⁸; и даже использование образа знаменитости или вымышленного персонажа, вырванного из коммерческого контекста, в котором он обычно используется, для рекламы или продажи неконкурирующих товаров или услуг ответчика⁸⁴⁹.

Хотя в Новой Зеландии высказывалась критика в отношении общего характера вынесенных в Австралии постановлений по делам о коммерциализации вымышленных персонажей⁸⁵⁰, суды в стране продемонстрировали готовность предотвращать несанкционированное использование изображений знаменитостей в коммерческом контексте в соответствии с законом о защите прав потребителей⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ См., например, Апелляционный суд Квинсленда, 25 октября 1996 года, Talmax Pty Ltd против Telstra Corp Ltd [1997] 2 Qd R 444 (несанкционированное использование изображения австралийского олимпийского пловца в рекламе). Ср. Федеральный суд Австралии, 29 мая 1986 года, Newton-John против Scholl-Plough (Australia) Ltd (1986) 11 FCR 233 (суд не признал, что использование актрисы, похожей на комика Оливию Ньютон-Джон, для рекламы косметики с рекламным слоганом "Olivia? No, this is Maybelline" представляет собой предоставление ложной информации, так как Ньютон-Джон дала разрешение на такую рекламу).

⁸⁴⁹ См., например, Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 25 мая 1989 года, Pacific Dunlop Ltd против Hogan (1989) 23 FCR 533 (ссылка на персонажа фильмов "Крокодил Данди" и известную сцену из фильма в рекламе обуви ответчика была признана вводящей в заблуждение, поскольку поведение ответчика оказало определенное вероятное влияние на покупательское поведение потребителей).

⁸⁵⁰ См., например, Высокий суд Новой Зеландии, 15 июля 1992 года, Tot Toys Ltd против Mitchell [1993] 1 NZLR 325, 362–363.

⁸⁵¹ Высокий суд Новой Зеландии, 2 октября 2001 года, Новозеландский союз регби против Saint Publishing Ltd, без протокола, HC Auckland M1458/01 (запрет на несанкционированное использование изображения новозеландского регбиста в коммерческом контексте).

Во всех рассмотренных странах отсутствует защита от простого «упоминания» продукции конкурента, не вводящего потребителей в заблуждение или не обманывающего их вышеуказанными способами.

Наконец, как отмечалось в разделе 1.2, в законах о защите прав потребителей Австралии, Новой Зеландии и ряда других стран южной части Тихого океана введены дополнительные запреты на ложные и вводящие в заблуждение заявления в торговле или в коммерческой деятельности относительно качеств, характеристик, места происхождения и спонсорства товаров или услуг, а также на поведение, способное ввести общественность в заблуждение относительно характера, характеристик, пригодности для определенных целей, количества или процесса производства товаров и услуг. Несмотря на это, независимая судебная практика по этим дополнительным запретам практически отсутствует. Такая ситуация сложилась главным образом потому, что следствием постановления об участии стороны в «вводящем в заблуждение или обманном поведении» в торговле или коммерческой деятельности, неизбежно становится признание нарушения специфических дополнительных запретов на «ложные и вводящие в заблуждение» заявления⁸⁵², и обосновать такое признание легче, чем решение о том, что поведение «обязательно введет в заблуждение» общественность, для принятия которого должно быть выполнено требование «фактической вероятности того, что общественность будет введена в заблуждение» поведением ответчика⁸⁵³.

3.2 Законы, имплементирующие статью 10bis(3), №2 ПК

Предусмотренный нормами статутного права общий запрет на вводящее в заблуждение или обманное поведение также предоставляет предпринимателям возможность защиты от дискредитации их товаров и предприятия⁸⁵⁴. Запрет на введение в заблуждение играет особенно важную роль в предотвращении «дискредитации» товаров и предприятий конкурентов посредством сравнительной рекламы. В Австралии и Новой Зеландии сравнительная реклама не считается «по своей сути видом дискредитирующего поведения в коммерческой деятельности», и при условии, что «утверждения рекламодателя о фактах не являются неправдой или вводящей в заблуждение неполной правдой, рекламодатель может законно сравнивать конкретный параметр своего товара или услуги с тем же параметром товара или услуги конкурента»⁸⁵⁵. При рассмотрении таких дел особое внимание уделяется точности заявлений ответчика, и считается, что если ответчик «не только рекламирует [свой] продукт, но и сравнивает его с продуктом другого лица таким образом, что последний предстает в невыгодном свете, то [ответчик] должен проявить особую внимательность, чтобы обеспечить корректность заявлений»⁸⁵⁶, с тем чтобы избежать установления факта введения в заблуждение или обмана.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

⁸⁵² Федеральный суд Австралии, 30 мая 2014 года, Telstra Corporation Ltd против Phone Directories Co Pty Ltd (2014) 107 IPR 333, п. 389.

⁸⁵³ Федеральный суд Австралии, 18 июня 2014 года, Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защиты прав потребителей против Coles Supermarkets Australia Pty Ltd (2014) 317 ALR 73, п. 44.

⁸⁵⁴ Такое положение считается более полезным средством, чем норма деликтного права, устанавливающая ответственность за предоставление вредоносной ложной информации, для использования которой необходимо, чтобы было опубликовано одновременно ложное и злонамеренное заявление о предприятии или товарах истца, причиняющее истцу реальный ущерб: см. например, Высокий суд Австралии, 6 декабря 2001 года, Palmer-Bruyn & Parker Pty Ltd против Parsons (2001) 208 CLR 388, п. 52.

⁸⁵⁵ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 26 июля 2002 года, Gillette Australia Pty Ltd против Energiser Australia Pty Ltd (2002) 193 ALR 629, пп. 20, 22.

⁸⁵⁶ Федеральный суд Австралии, 8 октября 1981 года, Stuart Alexander & Co (Interstate) Pty Ltd против Blenders Pty Ltd (1981) 37 ALR 161, 163.

Как Австралия, так и Новая Зеландия и другие рассматриваемые государства южной части Тихого океана предоставляют защиту от других видов недобросовестной конкуренции, не указанных в статье 10bis ПК. Такой подход обусловлен широтой установленного нормами статутного права понятия «вводящее в заблуждение поведение и обман», которое может применяться и к новым коммерческим и маркетинговым практикам с использованием новых технологий. В частности, в Австралии недавно было вынесено постановление о том, что платформа бронирования медицинских услуг нарушила статью 18(1) ЗАПП, не предоставив информацию о сокрытии негативных отзывов пациентов и передаче информации о пациентах страховым брокерам⁸⁵⁷, а компания Google нарушила статью 18(1) ЗАПП, собирая данные о местоположении пользователей устройств Android, отключивших функцию «История местоположения»⁸⁵⁸.

Помимо законов о защите прав потребителей, в Австралии и Новой Зеландии действуют законы, защищающие от «засадного маркетинга». Закон Австралии о важнейших спортивных событиях (указаний и изображениях) 2014 года устанавливает ограниченный «период охраны» на несанкционированное коммерческое использование защищенных указаний и изображений, относящихся к определенному событию, на товарах или услугах, которые могут ввести человека в заблуждение относительно наличия спонсорской или коммерческой договоренности с событием⁸⁵⁹. Тем не менее презюмируется, что для того, чтобы навести на мысль о наличии такой договоренности, достаточно использовать указания и изображения для рекламы товаров и услуг и повышения спроса на них⁸⁶⁰. В Законе Новой Зеландии об организации крупных событий от 2007 года принимается более широкий подход. В нем допускается объявление «крупного события» и «символов и фраз, связанных с важнейшим событием»⁸⁶¹ и не только применяются стандартные нормы о запрете ведения деятельности под чужим именем и защите прав потребителей, но и запрещаются заявления, предполагающие наличие «ассоциации» между крупным событием и определенными товарами или услугами или лицами⁸⁶², с презумпцией нарушения в случаях, если в представлении используется слово-символ или эмблема крупного события, похожие слова или эмблемы, даже если такие заявления сопровождаются заявлением об отказе от ответственности⁸⁶³. Также Закон ограничивает несанкционированную рекламу и уличную торговлю в определенных «чистых зонах» и на «чистых транспортных маршрутах» или в непосредственной близости от них⁸⁶⁴.

Наконец все страны региона обеспечивают защиту от неправомерного использования коммерческой тайны⁸⁶⁵. Такая защита преимущественно обеспечивается условиями договоров, явно сформулированными или подразумеваемыми, или исками на основании норм права справедливости о нарушении конфиденциальности⁸⁶⁶. При этом право

⁸⁵⁷ Федеральный суд Австралии, 20 августа 2020 года, Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защиты прав потребителей против HealthEngine Pty Ltd [2020] FCA 1203.

⁸⁵⁸ Федеральный суд Австралии, 16 апреля 2021 года, Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защиты прав потребителей против Google LLC (No 2) [2021] FCA 367.

⁸⁵⁹ Раздел 16(1) Закона Австралии о крупных спортивных событиях (указания и изображения) 2014 года. Структура Закона позволяет постепенно вносить в него новые «крупные события».

⁸⁶⁰ Раздел 13 Закона Австралии о крупных спортивных событиях (указания и изображения) 2014 года.

⁸⁶¹ Разделы 7–8 Закона Новой Зеландии об организации крупных событий 2007 года ("ЗКЗ НЗ").

⁸⁶² Раздел 10 ЗКЗ НЗ.

⁸⁶³ Раздел 11 ЗКЗ НЗ.

⁸⁶⁴ Разделы 17–20 ЗКЗ НЗ. Критические замечания см. в публикации Louise Longdin, "Public Law Solutions to Private Law Problems: Regulation of Major Event Subverts IP's Internal Balance", *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 4 (2009), 726.

⁸⁶⁵ Таким образом, они также служат средствами имплементации положений статьи 39 ТРИПС.

⁸⁶⁶ Верховный суд Нового Южного Уэльса, 3 мая 2002 года, *AG Australia Holdings Ltd против Burton* (2002) 58 NSWLR 464, пп. 73–75.

собственности на коммерческую тайну не признается в принципе⁸⁶⁷. Таким образом, иск о нарушении конфиденциальности может предъявляться в случаях, когда информация, достоверность которой можно определить с достаточной точностью и которая обладает необходимым качеством конфиденциальности, была получена в обстоятельствах, подразумевающих обязательство конфиденциальности, и если существует фактическое или угрожающее неправомерное использование этой информации⁸⁶⁸. В контексте трудовых отношений суды в Австралии пытались установить различие между коммерческой тайной, которая может быть законно использована исключительно в интересах работодателя (и которая, следовательно, должна сохраняться в тайне после увольнения работника), и информацией, которую работник должен считать конфиденциальной до прекращения трудовых отношений, но которая после ее получения остается у работника, становится частью его квалификации и знаний и может свободно использоваться после прекращения трудовых отношений⁸⁶⁹. Следует отметить, что в ряде стран южной части Тихого океана действуют нормы статутного права о защите коммерческой тайны. В Тонге и Вануату используются такие средства пресечения неправомерного использования коммерческой тайны, как судебные запреты и решения о возмещении убытков⁸⁷⁰, а в Самоа уголовно наказуемы ситуации, когда лицо «незаконно берет, получает или копирует любой документ или любую модель или другое изображение чего-либо или процесса, содержащего или воплощающего коммерческую тайну, зная, что он содержит или воплощает коммерческую тайну»⁸⁷¹.

N. СОДРУЖЕСТВО НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ (СНГ)*

1. Законодательная база

В соответствии с международными стандартами, установленными в ПК и соглашениях ВТО, в частности в Соглашении ТРИПС,⁸⁷² в государствах – членах Сообщества Независимых Государств (СНГ) используются два основных правовых источника общих региональных стандартов в области недобросовестной конкуренции. Во-первых, это Договор СНГ о проведении согласованной антимонопольной политики от 25 января 2000 года⁸⁷³, актуализирующий первый соответствующий документ, принятый в СНГ

⁸⁶⁷ Высокий суд Австралии, 24 мая 2007 года, Farah Constructions Pty Ltd против Say-Dee Pty Ltd (2007) 230 CLR 89, п. 118.

⁸⁶⁸ Федеральный суд Австралии (пленарное заседание), 4 июля 2010 года, Gillette Australia Pty Ltd против Energiser Australia Pty Ltd (2010) 265 ALR 281, п. 39; Апелляционный суд Новой Зеландии, 2 мая 1978, AB Consolidated Ltd против Europe Strength Food Co Pty Ltd [1978] 2 NZLR 515.

⁸⁶⁹ Верховный апелляционный суд Нового Южного Уэльса, 6 марта 1991 года, Wright против Gasweld Pty Ltd (1991) 22 NSWLR 317, 339.

⁸⁷⁰ Раздел 9 ЗЗНК Тонги; Раздел 3 Закона Вануату о коммерческой тайне 2000 года. Согласно статье 1, «коммерческая тайна» определяется как «любая информация, которая: а) не является общеизвестной или легко доступной для лиц, которые обычно имеют дело с информацией такого рода; и б) касается бизнеса или профессиональной деятельности лица, и ее раскрытие окажет или, как можно разумно ожидать, может необоснованно оказать негативное влияние на это лицо в отношении его или ее законного бизнеса или профессиональной деятельности; и в силу этого имеет коммерческую ценность».

⁸⁷¹ Раздел 171(1) Закона Самоа о наказаниях за уголовные преступления 2013 года. Определение «коммерческой тайны» приводится в разделе 171(2).

* Наталья Капырина, доцент кафедры интеграционных процессов Московского государственного института международных отношений (МГИМО), Москва, Российская Федерация.

⁸⁷² Все рассмотренные в настоящем докладе страны – стороны Парижской конвенции. Армения, Грузия, Казахстан, Кыргызская Республика, Республика Молдова, Российская Федерация, Таджикистан, Украина – члены ВТО; Азербайджан, Беларусь, Туркменистан, Узбекистан не входят в ВТО.

⁸⁷³ В статье 1 приводятся общие определения, в статье 3.2.3) перечисляются акты, составляющие недобросовестную конкуренцию. Соглашение подписали Азербайджан, Армения, Беларусь, Грузия (с оговорками, вышла из СНГ с августа 2009 года), Казахстан, Кыргызская Республика, Республика Молдова (с

23 декабря 1993 года. Во-вторых, это Договор о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС), принятый 29 мая 2014 года⁸⁷⁴, и Протокол об общих принципах и правилах конкуренции⁸⁷⁵.

Отдельные страны региона ввели положения о запрете недобросовестной конкуренции в свои национальные конституции, которые преимущественно касаются свободного ведения экономической деятельности⁸⁷⁶. С точки зрения конституций, как минимум в этих странах защита от недобросовестной конкуренции служит средством содействия честной и свободной конкуренции в широком смысле⁸⁷⁷. Эту гипотезу можно также подтвердить, проанализировав, какая важность придается понятию недобросовестной конкуренции в вышеупомянутых региональных соглашениях и в других антимонопольных стандартах, а также в конкретных национальных законах, в которых недобросовестная конкуренция определяется в сочетании с другими связанными с конкуренцией отраслями⁸⁷⁸. Отдельные законы о недобросовестной конкуренции

оговорками), Российская Федерация, Таджикистан, Узбекистан, Украина (с оговорками, вышла из Соглашения с ноября 2020 года). Туркменистан не подписал соглашение.

⁸⁷⁴ Статья 75 «Общие принципы конкуренции»; статья 76 «Общие правила конкуренции». Договор вступил в силу 1 января 2015 года. Договор подписали Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызская Республика, Российская Федерация.

⁸⁷⁵ Статья 1, статьи 2, 14) Приложения 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе, Протокол об общих принципах и правилах конкуренции. Кроме того, ссылка на запрет недобросовестной конкуренции содержится в Протоколе №26 об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности, устанавливающий виды использования наименований мест происхождения товаров, представляющие собой акты недобросовестной конкуренции по смыслу статьи 10bis Парижской конвенции (статья 21 Приложения 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе). Еще до учреждения ЕАЭС Беларусь, Казахстан и Россия приняли Модельный закон «О конкуренции» от 17 сентября 2013 года, утвержденный решением Глав государств №50 от 24 октября 2013 года. Общее определение приводится в статьях 4, 15), а конкретные акты перечисляются в статье 16; этот документ охватывает больше аспектов, чем Договор о ЕАЭС.

⁸⁷⁶ Статья 59 Конституции Республики Армения (с изменениями по состоянию на 6 декабря 2015 года); статья 15.II Конституции Азербайджанской Республики (с последними изменениями от 18 марта 2009 года); статья 26.4 Конституции Республики Казахстан (с изменениями по состоянию на 25 марта 2019 года); статья 34.2 Конституции Российской Федерации (с изменениями по состоянию на июль 2020 года); статья 42 Конституции Украины (с изменениями по состоянию на 2016 год). Недобросовестная конкуренция не упоминается в конституциях следующих стран: Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями по состоянию на 17 октября 2004 года); Конституция Грузии (с последними изменениями по состоянию на 23 марта 2018 года); Конституция Республики Молдова (с изменениями по состоянию на 2016 год; в статье 9, 3) упоминается «добросовестная конкуренция»; Конституция Республики Таджикистан (с изменениями по состоянию на 2003 год); Конституция Туркменистана (с изменениями по состоянию на 2008 год); Конституция Республики Узбекистан (с изменениями по состоянию на 29 августа 2017 года). Конституция Азербайджанской Республики упоминается в статье «Экономическое развитие и государство», но общая цель положения заключается в поддержании рыночной экономики, свободной предпринимательской деятельности, недопущении монополии и недобросовестной конкуренции в экономических отношениях.

⁸⁷⁷ Критические замечания о включении положений о недобросовестной конкуренции в документы о конкуренции см. в публикации UNCTAD, *Assessment of the Eurasian Economic Union Competition Rules and Regulations*, Организация Объединенных Наций, 2020, 10; тема также рассматривается в отечественной литературе.

⁸⁷⁸ Глава V Закона Республики Армения от 6 ноября 2000 года «О защите экономической конкуренции» (с изменениями по состоянию на 1 июля 2014 года) <https://wipolex.wipo.int/en/text/434741>; статьи 3 и 8 Закона Кыргызской Республики №116 от 22 июля 2011 года «О конкуренции» (с изменениями до принятия Закона №153 от 28 июля 2017 года) (<https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/457090>); статья 4 и глава 3 Закона Республики Молдова о конкуренции №183 от 11 июля 2012 года (с изменениями по состоянию на 2 августа 2013 года) <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/339847>; статья 4 и глава 2.1. (статьи 14.1–14.8) Федерального закона «О защите конкуренции» №135-ФЗ от 26 июля 2006 года (с изменениями по состоянию на 2021 год) <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15366>; статьи 3 и 7 Закона Республики Таджикистан «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» от 28 июля 2006 года (с изменениями по состоянию на 2008 год) <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/235995>; статьи 4 и 13 Закона Республики Узбекистан от 6 января 2012 года №ЗРУ–319 «О конкуренции» (с изменениями и дополнениями до 2018 года) <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/477206>.

действуют только в Украине и Азербайджане⁸⁷⁹. Беларусь применяет общие положения своего Гражданского кодекса Беларуси совместно с более конкретными положениями закона о конкуренции⁸⁸⁰. В Казахстане положения о недобросовестной конкуренции кодифицированы в Предпринимательском кодексе⁸⁸¹. В Туркменистане, судя по имеющимся данным, отдельного закона, регулирующего эту сферу, нет⁸⁸².

В действующих национальных законах принят детальный подход, предусматривающий как общее определение недобросовестной конкуренции, так и список конкретно запрещенных действий. Наряду с этим во многих странах были приняты специальные нормативные акты, в частности о рекламе⁸⁸³, о крупных спортивных событиях⁸⁸⁴ и о коммерческой тайне.⁸⁸⁵

Во второй половине 1990-х годов в странах СНГ начала формироваться рыночная экономика. В этой связи возникла необходимость принять законы о недобросовестной конкуренции как элемент механизма формирования эффективной конкуренции. Общим обоснованием для этих законов и соответствующей практики остается необходимость формирования добросовестной конкуренции путем защиты конкурентов. Но не менее важным обоснованием служит необходимость содействия экономическому развитию в целом, так как государство активно участвует в регулировании этой сферы с помощью административных процедур и по возможности – диалога с заинтересованными сторонами. Кроме того, наблюдается тенденция к признанию норм о недобросовестной конкуренции исходя из защиты интересов потребителей.⁸⁸⁶ Несмотря на это, во всех

⁸⁷⁹ Закон Азербайджанской Республики о недобросовестной конкуренции №1049, принятый 2 июня 1995 года (с изменениями по состоянию на 30 декабря 2003 года) <https://wipolex.wipo.int/en/text/365135>; Закон Украины о защите от недобросовестной конкуренции от 07.06.1996 №236/96-ВР (с изменениями по 2019 год).

⁸⁸⁰ Глава 68 (статьи 1029 и 1030) Гражданского кодекса от 7 декабря 1998 года №218–3 (с изменениями по состоянию на 2021 год); статьи 1 и 16 Закона Республики Беларусь от №94-3 от 12 декабря 2013 года «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» (с изменениями по состоянию на 12 декабря 2013 года) <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/337119>;

⁸⁸¹ Предпринимательский кодекс Республики Казахстан №375-в от 29 октября 2015 года (с изменениями до принятия закона №262-ви от 3 июля 2019 года) <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/545642>. До этого вопросы недобросовестной конкуренции регулировались отдельным законом, а затем вместе с другими антимонопольными нормами были объединены в закон о конкуренции (вступил в силу в 2009 году).

⁸⁸² Однако акты недобросовестной конкуренции упоминаются в статье 1068 Гражданского кодекса Туркменистана №222-1 от 12 июня 1997 года (с изменениями по состоянию на 2020 год), но в статье, регулирующей права ИС, говорится лишь о том, что возможны альтернативные средства защиты от недобросовестной конкуренции; статья 16 Закона Туркменистана №698-ХII от 19 мая 1992 года «Об инвестиционной деятельности»; статьи 4 и 32 Закона Туркменистана №374-V «О рекламе» от 26 марта 2016 года.

⁸⁸³ Например, Закон Грузии №1228-lis «О рекламе» от 18 февраля 1998 года; Закон Казахстана №508-П «О рекламе» от 19 декабря 2003 года (статья 174); Закон Кыргызской Республики №155 «О рекламе» от 24 декабря 1998 года; Федеральный закон Российской Федерации №38-ФЗ «О рекламе» от 13 марта 2006 года; Закон Республики Таджикистан «О рекламе» от 1 августа 2003 года.

⁸⁸⁴ Например, статья 20.1 Федерального закона Российской Федерации №329-ФЗ от 4 декабря 2007 года «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (в редакции ФЗ №108-ФЗ от 7 июня 2013 года), специальные законы об Олимпийских играх, турнирах ФИФА и т.д.

⁸⁸⁵ Например, Федеральный закон Российской Федерации №98-ФЗ «О коммерческой тайне» от 29 июля 2004 года.

⁸⁸⁶ В преамбуле Закона Украины «О недобросовестной конкуренции» его цели сформулированы как защита субъектов экономической деятельности и потребителей от недобросовестной конкуренции. В п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 4 марта 2021 года №2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» указывается на цель защитить права и интересы потребителей как субъектов рынка и на их уязвимость для актов недобросовестной конкуренции. В определении Верховного суда Российской Федерации от 26.04.2019 N 303-КГ18-23327 указано: «Запрет ведения деятельности, направленной на недобросовестную конкуренцию, установлен в целях обеспечения хозяйствующим субъектам справедливых (равных) возможностей в осуществлении деятельности на соответствующих товарных рынках, а также в целях защиты потребителей от искажения их поведения в результате использования недобросовестных коммерческих практик со стороны хозяйствующих субъектов».

странах СНГ защита прав потребителей остаются отдельной областью законодательства⁸⁸⁷.

Законы о недобросовестной конкуренции и об интеллектуальной собственности находятся на одном и том же иерархическом уровне, поскольку защита интеллектуальной собственности также закреплена в международных и региональных соглашениях, зачастую в национальных конституциях⁸⁸⁸, а также в специальных законах. Эти документы имеют разные цели и регулируют разные виды поведения, но они взаимодополняемы и взаимосвязаны. Регулирующие документы о недобросовестной конкуренции в странах СНГ и ЕАЭС запрещают недобросовестную регистрацию и использование товарных знаков, недобросовестное использование объектов защиты интеллектуальной собственности, в том числе воспроизведение внешнего оформления сторонних товаров. Широко признается, что использование пользующихся защитой интеллектуальной собственности объектов как таковое не составляет нарушения законов о недобросовестной конкуренции⁸⁸⁹. Как показывает практика параллельного импорта, возможны коллизии между положениями об интеллектуальной собственности и о недобросовестной конкуренции (см. Раздел 4).

Поскольку часть нарушений, предусмотренных законами вышеуказанных двух групп, почти дублируют друг друга, можно выделить ряд концептуальных аспектов, касающихся не только материально-правовых норм (право на защиту, требования, сфера применения и доступные средства защиты), но и процедур и средств правовой защиты, применяемых на практике. Для обеих групп законов в широком смысле применяются как гражданские, так и государственные механизмы принудительного исполнения и их можно применять совместно; тем не менее нарушения законов о недобросовестной конкуренции, как правило, рассматриваются в ходе административных разбирательств с назначением административных и уголовных штрафов, тогда как случаи нарушения прав интеллектуальной собственности, как правило, рассматриваются в судебном порядке – как арбитражными, так и гражданскими судами, с вынесением постановлений о взыскании убытков и выплате компенсаций⁸⁹⁰.

С момента подписания Соглашения стран СНГ о борьбе с недобросовестной конкуренцией 2000 года страны проявляют готовность сотрудничать и согласовывать

⁸⁸⁷ На уровне СНГ 25 января 2000 года было принято Соглашение об основных направлениях сотрудничества в области защиты прав потребителей (с изменениями от 19 мая 2011 года), в котором упоминаются меры противодействия недобросовестной деятельности хозяйствующих субъектов, допускающих нарушения законодательства о защите прав потребителей, обычаев делового оборота, которые причиняют имущественный или неимущественный ущерб потребителям и/или окружающей среде (статья 1).

⁸⁸⁸ Статья 44.1 Конституции Российской Федерации; положения конституций Армении, Кыргызской Республики, Таджикистана, Азербайджана, Молдовы рассматриваются в публикации С. Geiger, "Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights Instruments: Towards a New Social Contract for the Protection of Intangibles", см.: С. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, 661 (Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar, 2015), сноски 23, 24, сноска 30, см. также сноску 15, где упоминаются конституции Казахстана и Узбекистана, в которых отсутствуют ссылки на ИС.

⁸⁸⁹ См. п. 30 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 4 марта 2021 года №2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

⁸⁹⁰ Такой подход отчасти обусловлен тем, что судебные разбирательства затратны для истцов, но главным образом не столь высоким объемом доказательств, требуемым в административном судопроизводстве, а также более широкими полномочиями по ведению расследований. После вынесения положительного решения административным органом владельцы ИС нередко подают иски о возмещении ущерба в арбитражные суды либо предъявляют иски о нарушении прав ИС, используя в качестве доказательства решение административного органа о недобросовестном использовании товарного знака (Гаврилов Э.П. Глава 12. Правовая защита от недобросовестной конкуренции. см. *Право интеллектуальной собственности*. Т. 1. Под общ. ред. проф. Л.А. Новоселовой, стр. 427 (далее – Гаврилов, 2017)).

свою политику на международном уровне⁸⁹¹. Интеграция достигла следующего уровня в рамках ЕАЭС, где с 2015 года конкурентное право, в том числе законы о недобросовестной конкуренции, вошло в сферу наднационального регулирования. Расследование заявлений о недобросовестной конкуренции на трансграничных рынках входит в сферу компетенции Евразийской экономической комиссии (ЕАЭК). Принятый порядок предусматривает консультации с государствами-членами, поэтому достигнутые результаты считаются основанными на консенсусе, если не направлены на гармонизацию норм⁸⁹². При отсутствии наднационального судебного или квазисудебного органа для разрешения споров, связанных с интеллектуальной собственностью, этот механизм правоприменения предоставляет правообладателям возможности для борьбы с неправомерными действиями в отношении различительных признаков (действия, вводящие в заблуждение, недобросовестная регистрация товарного знака, создание смешения).

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

В соответствии с Соглашением стран СНГ 2000 года для установления факта недобросовестной конкуренции необходимо, чтобы действие или бездействие отвечало трем основным критериям: было направлено на получение преимущества в предпринимательской деятельности, причиняло или могло причинить ущерб другим хозяйствующим субъектам или их деловой репутации и противоречило либо национальному антимонопольному законодательству, либо деловому этикету⁸⁹³. После вступления в силу Договора о ЕАЭС подход был изменен: теперь для выявления факта недобросовестной конкуренции требуется наличие действий, совершаемых конкурентами (за некоторыми исключениями),⁸⁹⁴ при этом действия должны противоречить национальным законам, нормам деловой этики или морально-этическим требованиям добросовестности, разумности и справедливости⁸⁹⁵.

Из вышесказанного можно сделать вывод, что положения статьи 10bis ПК о «честной практике в промышленных и торговых делах» в законы стран СНГ и ЕАЭС перенесены в широком смысле, поскольку в них идет речь не только о противоправных действиях, но и об обычаях и практике делового оборота, а также об этических нормах. Тем самым расширяется не только охват защиты от недобросовестной конкуренции, но и дискреционное право судей⁸⁹⁶. В то же время следует отметить, что определение недобросовестной конкуренции, согласно которому действия должны быть направлены

⁸⁹¹ В сентябре 2013 года Межгосударственный совет по антимонопольной политике СНГ и Евразийская экономическая комиссия подписали Меморандум о сотрудничестве в области антимонопольной политики.

⁸⁹² В 2019 году в ЕЭК было подано пять заявлений о недобросовестной конкуренции, в 2018 году – 11, в 2017 году – три (источник: веб-сайт ЕЭК). После обязательного согласительного этапа решения ЕЭК могут быть обжалованы в Суде ЕАЭС. В Суде ЕАЭС еще не было рассмотрено ни одного дела о недобросовестной конкуренции.

⁸⁹³ Соглашение СНГ 2000 года, статья 1 (определения).

⁸⁹⁴ Это общепринятая норма (см. статью 1 Закона Украины «О недобросовестной конкуренции», где говорится только о действиях. Расхождения присутствуют и в других разделах: хотя в российском законодательстве акты упоминаются только в общем определении недобросовестной конкуренции (статья 4.9), бездействие может приводить к созданию смешения в соответствии со статьей 14.6 Закона о защите конкуренции. Таким образом, в региональных документах «акты» скорее следует понимать как «поведение».

⁸⁹⁴ Статьи 2, 14) Приложения 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе «Протокол об общих принципах и правилах конкуренции». См. статьи 4, 19 Закона Российской Федерации «О защите конкуренции».

⁸⁹⁵ Статьи 2, 14) Приложения 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе «Протокол об общих принципах и правилах конкуренции». См. статьи 4, 19 Закона Российской Федерации «О защите конкуренции».

⁸⁹⁶ О.А. Городов, А.Б. Петров, Н.А. Шмигельская. Недобросовестная конкуренция. Юстицинформ, Москва, 2020, 25 (далее – Городов и др., 2020).

на причинение ущерба и получение преимуществ нечестным путем, может считаться более узким, чем понятие «честная практика в промышленных и торговых делах», предусмотренное статьей 10bis ПК⁸⁹⁷. В России статья 10bis ПК действует напрямую. Суды регулярно применяют ее в сочетании со специальными нормами национального законодательства.⁸⁹⁸

Помимо этого, обращаясь только к вопросу деловой этики, ряд авторов отмечают, что на российском рынке, как и в других странах СНГ, эта практика начала формироваться лишь недавно. Поэтому она используется в качестве отправной точки для определения недобросовестности поведения достаточно редко⁸⁹⁹.

При ссылке на несоблюдение таких обычаев делового оборота авторы могут опираться на письменные документы⁹⁰⁰ либо на практику (результаты опросов, исследований и т.д.)⁹⁰¹.

Под морально-этическими принципами, упоминаемыми в определениях недобросовестной конкуренции, закрепленных в ряде законодательных актов в регионе, подразумеваются общие гражданско-правовые принципы⁹⁰². Для оценки указанных норм поведения в первую очередь необходимо применить нормативный подход, основанный на восприятии в контексте рынка. Примеры недобросовестного поведения конкурента часто рассматриваются в контексте нарушения прав по нормам деликтного права. Например, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в деле о недобросовестной регистрации товарного знака ссылался на статью 10bis ПК и на часть 1 статьи 10 Гражданского кодекса для установления факта недобросовестной конкуренции. статья 1 ГК устанавливает пределы свободного применения гражданских прав, в частности, в случаях когда определенный вид поведения препятствует конкуренции и представляет собой недобросовестное поведение, которое в таких случаях квалифицируется как злоупотребление правами⁹⁰³.

Поскольку принципы защиты от недобросовестной конкуренции закреплены в антимонопольном законодательстве, основную роль в определении того, что является нарушением, играет рыночный контекст. В своем основополагающем постановлении Верховный суд Российской Федерации использовал следующую формулировку:

⁸⁹⁷ Городов и др., 2020, 26 – о внутренних правилах Российской Федерации, регулирующие недобросовестную конкуренцию, общих для правовых систем СНГ и ЕАЭС.

⁸⁹⁸ В частности, определения в статье 10bis(2) Парижской конвенции и в статье 9.4 Закона «О защите конкуренции» считаются параллельными определениями недобросовестной конкуренции: Гаврилов, 2017, в вышеупомянутой публикации, 390. Специалисты не пришли к единому мнению по вопросу об их идентичности (за – Гаврилов, там же, 392 (в Российской Федерации принято более подробное определение); против – Городов и др., 2020 год, 20 (речь идет о разных концепциях).

⁸⁹⁹ Такая картина, например, наблюдается в России – см.: И.Ю. Артемьев (ред.). Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции». МГИМО, ФАС России. Москва, Статут, 2016, 307 (далее – Комментарий о положении дел в России, 2016).

⁹⁰⁰ В деле о недобросовестной регистрации одним лицом нескольких тысяч доменных имен антимонопольный орган сослался на деловую практику, закрепленную в соглашении об аккредитации и в Правилах регистрации доменных имен в зоне Российской Федерации (Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации, постановление №11980/12 от 2 апреля 2013 года).

⁹⁰¹ В деле о сайтах объявлений суд установил, что действия, которые истец требовал признать нарушением рыночных стандартов и обычаев делового оборота, являются общепринятой практикой среди конкурентов. Арбитражный суд города Москвы в своем постановлении 19 декабря 2019 года по делу №А40-183412/19-122-1521 поддержал решение Федеральной антимонопольной службы (далее – ФАС) (Avito.ru против Avto.ru). В ходе оценки также были использованы результаты исследования поведения пользователей на таких сайтах.

⁹⁰² Комментарий о положении дел в России, 2016, 307. Ряд авторов обращают внимание на проблему оценки поведения, допустимого в деловом обороте или в соответствии с (как правило невысокими) требованиями законодательства, но запрещенного более высокими этическими нормами: Городов и др., 2020, 26.

⁹⁰³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №3565/08 от 1 июля 2008 года (АКАИ). Гонконгская компания попыталась зарегистрировать товарный знак АКАИ и назвала себя преемником японской компании, созданной в 1929 году.

необходимо, в частности, установить «отличие избранного хозяйствующим субъектом способа ведения конкуренции на рынке от поведения, которое в подобной ситуации ожидалось бы от любого субъекта, преследующего свой имущественный интерес, но не выходящего за пределы осуществления гражданских прав и честной деловой практики»⁹⁰⁴.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

В странах СНГ приняты подробные и неисчерпывающие перечни действий, представляющих собой акты недобросовестной конкуренции⁹⁰⁵. Акты, перечисленные в статье 10bis(3), упоминаются в законах и дополняются разными положениями. Неисчерпывающий перечень таких актов в Договоре ЕАЭС отличается от статьи 10bis(3) тем, что в нем прямо не упоминается нарушение, заключающееся в «создании смешения», но упоминается «некорректное сравнение между хозяйствующими субъектами и товарами» (статья 76.2 Договора о ЕАЭС). Но отсутствие такого упоминания не препятствует возбуждению судебных дел против актов, создающих смешения, поскольку перечень носит неисчерпывающий характер.⁹⁰⁶ В большинстве законодательных систем должны выполняться два требования: акты должны соответствовать общим критериям недобросовестной конкуренции и совершаться во взаимодействии между конкурентами.

Во-первых, любой акт недобросовестной конкуренции должен подпадать под указанные выше критерии (направленность на получение незаслуженного преимущества, реальный или вероятный ущерб, противоречие законодательству, деловой практике, морально-этическим принципам). Законодательство или суды, в зависимости от запрещенного акта, допускают возможность более гибкого подхода к оценке. В Казахстане основным критерием для признания действия актом недобросовестной конкуренции считается направленность на незаконное достижение или получение преимуществ. В ряде случаев требуется отдельно доказать незаконный характер соответствующих актов (незаконное использование отличительных признаков). Незаконными считаются и другие действия (копирование внешнего вида товара и создание смешения; продажа (покупка) товаров обязательного ассортимента; призыв к бойкоту конкурента).⁹⁰⁷ В России существенными считаются все три вышеупомянутых критерия, однако некоторые из них, например, требование реального или вероятного ущерба, могут презюмироваться⁹⁰⁸. Кроме того, действия, указанные в специальных законах, не обязательно должны подпадать под общие критерии, поскольку они непосредственно определяются как акты недобросовестной конкуренции⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ См. п. 30 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 4 марта 2021 года №2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

⁹⁰⁵ Полный перечень из 13 актов недобросовестной конкуренции принят только в Казахстане (статья 177.2 Предпринимательского кодекса).

⁹⁰⁶ М.А. Кусаинов и др. (ред.). Конкурентное право в Евразийском экономическом союзе. ЕЭК, Москва, 2019, 59 (далее – Учебное пособие по конкурентному праву в ЕАЭС, 2019). В настоящее время в ЕЭК ведутся консультации по делу о внешнем оформлении упаковки для молочных напитков в связи с созданием смешения, см. Годовой отчет ЕЭК о состоянии конкуренции на трансграничных рынках и мерах, принимаемых по пресечению нарушений общих правил конкуренции на них за 2020 и 2021 годы, 48–51 (далее – Годовой отчет ЕЭК).

⁹⁰⁷ Статья 177 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан.

⁹⁰⁸ Если получение преимущества нечестным путем должно доказываться, то последствия недобросовестной конкуренции (ущерб или вред деловой репутации) презюмируются: Постановление Суда по интеллектуальным правам Российской Федерации от 12 октября 2018 года по делу №А40-87606/2020.

⁹⁰⁹ Например, акты, перечисленные в статье 8 Федерального закона Российской Федерации «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года (...)» от 1 декабря 2007 года №310-ФЗ, такие как использование слов «Олимпийский», «Сочи 2014» и т.д., рассматриваются как акты недобросовестной конкуренции сами по себе (см. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 июля 2011 года №3255/11; Комментарий о положении дел в России, 2016, 363).

Во-вторых, общее правило заключается в том, что субъекты, участвующие в деле о недобросовестной конкуренции, должны быть конкурентами. Применительно к России это означает, что они должны вести деятельность на одних и тех же товарных рынках (взаимозаменяемые товары или отсутствие других конкурирующих товаров) и в общих территориальных границах (совместное присутствие как минимум в одном районе)⁹¹⁰. В отличие от случаев применения других антимонопольных норм, в таких случаях обязателен анализ конкуренции на соответствующем рынке, но глубокой оценки не требуется. Однако в исключительных случаях процедура оценки конкурентных отношений в значительной степени упрощается⁹¹¹. Например, конкретные акты создания смешения или паразитического поведения могут восприниматься как действия, направленные на нанесение ущерба не заявляющему о нарушении истцу, который не обязательно должен иметь прямые конкурентные отношения с предполагаемым нарушителем, а более широкому кругу хозяйствующих субъектов⁹¹². В связи с этим Верховный суд недавно дополнил этот критерий, упомянув не только конкурентов, но и действия, оказывающие влияние на состояние конкуренции⁹¹³.

В контексте механизма трансграничного правоприменения ЕАЭС оценка заявления о недобросовестной конкуренции начинается уже на этапе принятия заявления к рассмотрению и предполагает проверку того, что хозяйствующие субъекты действительно являются конкурентами и действуют на одном и том же товарном рынке, охватывающем как минимум территорию двух государств-членов, и что стороны зарегистрированы в разных государствах-членах⁹¹⁴.

3.1 Акты, создающие смешение

Понятие «создание смешения» распространяется на широкий диапазон действий, непосредственно связанных с использованием интеллектуальной собственности⁹¹⁵. В странах СНГ использованием в целях создания смешения признаются не только использование отличительных признаков, но и имитация товаров и даже фирменного стиля⁹¹⁶. На региональном уровне положение с признанием этой категории неоднородно: в Соглашении СНГ используется формулировка «несанкционированное

⁹¹⁰ Пункт 10.6 Приказа ФАС России от 28 апреля 2010 года №220 (с изменениями до 3 марта 2020 года) «Об утверждении Порядка анализа состояния конкуренции на товарном рынке», зарегистрированного в Министерстве юстиции России 2 августа 2010 года, регистрационный №18026, Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти №34, 23.08.2010; см. Комментарий о положении дел в России, 2016, 309.

⁹¹¹ Комментарий о положении дел в России, 2016, 310; Гаврилов, 2017, в вышеупомянутой публикации, 397.

⁹¹² Комментарий о положении дел в России, 2016, 310, 355; Гаврилов, 2017, 397–398. Что касается практики в отношении риска смешения, то она неоднородна: в постановлении Суда по интеллектуальным правам от 05.09.2019 по делу А66-12330/2018 (Россия) указано, что необходимым условием для признания смешения является наличие конкурентных отношений.

⁹¹³ См. пункт 30 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 4 марта 2021 года №2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»; Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 года по делу №СИП–143/2021.

⁹¹⁴ См. статьи 2, 3 и 4 «Критериев отнесения рынка к трансграничному», утвержденных решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 года №29 (с изменениями по состоянию на 26 декабря 2016 года). ЕЭК закрыла дело о споре двух зарегистрированных в России и Казахстане компаний, оказывающих услуги в области дизайна, но работающих на разных рынках (одна – в России, другая – в Казахстане), об использовании одинаковых названий, фотографий и одинакового оформления сайтов (Решение ЕЭК об отказе в возбуждении дела о нарушении единых правил конкуренции на трансграничных рынках от 9 февраля 2018 года, приведено в Годовом отчете ЕЭК за 2018 год, 35–36). Для признания отсутствия нарушения важным может быть отсутствие не только конкурентных отношений, но и риска создания смешения, а также отсутствие ущерба, риска причинения ущерба и подрыва репутации (Решение Коллегии ЕЭК от 9 июля 2018 года №109 об отсутствии нарушения статьи 76 Договора о ЕАЭС от 29 мая 2014 года (дело Stahlbau), приведено в Годовых отчетах ЕЭК за 2017 и 2018 годы, 36–37).

⁹¹⁵ Гаврилов, 2017, в вышеупомянутой публикации, 410.

⁹¹⁶ См. ряд дел об оформлении автозаправочных станций, рассмотренных российскими судами, например, Постановление Суда по интеллектуальным правам от 15 июля 2021 года по делу №А27–5932/2020.

использование товарного знака, названия компании и маркировки продукта, имитация геометрических параметров, упаковки, внешнего оформления продукта другого хозяйствующего субъекта» (статья 3.2.3) без указания на смешение, а в Соглашении о ЕАЭС такие действия не упоминаются вообще⁹¹⁷. Однако во многих национальных законах предусматривается защита от действий, создающих смешение, и, как уже упоминалось выше, приводятся ссылки на риск смешения согласно статье 10bis ПК. Как правило, национальные нормы распространяются и на незаконное использование отличительных признаков (товарных знаков, фирменных наименований, доменных имен, ГУ), и на копирование и имитацию продукта, его упаковки и других элементов, не защищенных законами об интеллектуальной собственности⁹¹⁸. Далеко не всегда проводится различие между нарушениями, связанными с созданием смешения, и нарушениями, возникающими в результате введения потребителя в заблуждение, особенно ярким примером является недобросовестное использование товарного знака конкурентом в связи с наличием у товарного знака функции указания на происхождение⁹¹⁹.

Определение смешения в контексте Закона о недобросовестной конкуренции близко к определению этого понятия в Законе о товарных знаках, в котором смешение оценивается с точки зрения потребителя, исходя из различных параметров, таких как параметры использования товарного знака правообладателем, степень известности товарного знака и степень внимания потребителя⁹²⁰. Также стороны споров часто используют для изучения мнений потребителей опросы общественного мнения. В практике рассмотрения дел о недобросовестной конкуренции в России⁹²¹ под смешением понимается «ситуация, когда потребитель одного товара ассоциирует его с товаром другого производителя или предполагает, несмотря на различия, что товары произведены одним и тем же лицом», а «результатом такого поведения на рынке может стать перераспределение потребительского спроса от первоначального производителя к конкуренту-нарушителю из-за того, что потребитель ошибочно приобретает товар нарушителя, поскольку сходство упаковки создает ошибочное впечатление, что товары принадлежат одному и тому же производителю»⁹²².

Требование наличия конкурентных отношений может быть особенно строгим, о чем свидетельствует решение Суда по интеллектуальным правам Российской Федерации, утвердившего решение об отсутствии недобросовестной конкуренции по данному основанию, когда владелец наименования места происхождения керамических изделий ручной работы заявил об актах недобросовестной конкуренции со стороны компании, продающей упаковки чая с рекламным керамическим изделием, повторяющим оформление товаров заявителя, защищенное наименованием места происхождения, с обозначением на упаковке места происхождения⁹²³.

Компания – производитель керамики и продавец чая не были конкурентами, поэтому, несмотря на совершение актов копирования, действия последнего не были признаны актами недобросовестной конкуренции.

⁹¹⁷ Однако см. Кусаинов, Учебное пособие по конкурентному праву в ЕАЭС, 59, и Годовой отчет ЕЭК, 48–51. ЕЭК подчеркивает, что перечень актов недобросовестной конкуренции носит неисчерпывающий характер. ⁹¹⁸ См., например: статья 12 Закона Армении «О защите экономической конкуренции», статья 14.6 Закона Российской Федерации «О защите конкуренции».

⁹¹⁹ Федеральная антимонопольная служба, Письмо от августа 2018 года №АД/66643/18 по вопросу о разграничении применения статей 14.2 и 14.6 Закона о защите конкуренции.

⁹²⁰ Пункт 162 Постановления Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года №10 о применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 69 (2020), 925–927.

⁹²¹ Статья 14.6 Закона о защите конкуренции.

⁹²² Федеральная антимонопольная служба, Письмо от августа 2018 года №АД/66643/18 по вопросу о разграничении применения статей 14.2 и 14.6 Закона о защите конкуренции.

⁹²³ Постановление Суда по интеллектуальным правам Российской Федерации от 25 марта 2021 года по делу №А40–87606/2020.

Применительно к конкретной ситуации следует отметить, что как по закону Российской Федерации о рекламе, так и по статье 14.6 Закона о защите конкуренции («создание смешения») использование товарного знака без согласия правообладателя на продажу товаров, которые были законно введены на рынок, и оказание гарантийных услуг в отношении таких товаров не считается нарушением⁹²⁴. Но Федеральная антимонопольная служба России (далее ФАС) может принять решение, что такое поведение вводит потребителей в заблуждение (статья 14.2 Закона о защите конкуренции), если потребители могут ошибочно решить, что продавец является официальным дистрибьютором правообладателя.

3.2 *Дискредитация и опорочивание*

Ущерб от дискредитации или опорочивания заключается в распространении информации с целью подорвать доверие потребителя к товарам конкурента и привлечь его внимание к собственным товарам⁹²⁵. Кроме общего запрета на распространение ложной, неточной или негативной информации о конкуренте, страны иногда принимают дополнительные запреты. Например, в Азербайджане и Кыргызской Республике установлен не только общий запрет на распространение ложной и искаженной информации, но и отдельный запрет на акты «разглашения данных о научно-технических и производственных возможностях конкурента в искаженном виде»⁹²⁶.

В контексте ЕАЭС факт дискредитации можно допустить при сочетании трех элементов: распространение информации, ложная информация (или искаженная информация, недостоверная информация), причинение ущерба конкуренту, подрыв репутации конкурента⁹²⁷. Например, нарушением с наличием достаточных доказательств были признаны действия бизнес-ассоциации, члены которой направили потенциальным потребителям письмо с упоминанием заявителя как производителя поддельной продукции, в то время Государственный комитет Беларуси по стандартам признал не соответствующим конкретному техническому регламенту только один продукт, произведенный этим заявителем⁹²⁸. При этом ЕЭК отклонила заявление о том, что российским хозяйствующим субъектом были направлены письма в различные государственные органы Беларуси с ложными сведениями о таможенной декларации истца на электронное и телекоммуникационное оборудование, импортируемое в республику. ЕЭК сочла, что такое поведение не может быть признано недобросовестной конкуренцией, поскольку согласно национальному законодательству юридические и физические лица имеют право обращаться с подобными заявлениями в государственные органы⁹²⁹.

В ряде стран действуют дополнительные положения о дискредитирующих действиях как общем понятии, которые также близки к понятию опорочивания. Это, в частности,

⁹²⁴ Федеральная антимонопольная служба, Письмо от августа 2018 года №АД/66643/18 «По вопросу о разграничении статей 14.2 и 14.6 Закона о защите конкуренции», 3, со ссылкой на пункт 31 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе"».

⁹²⁵ Кусаинов, Учебное пособие по конкурентному праву в ЕАЭС, 58–59.

⁹²⁶ Статья 5 Закона Азербайджанской Республики «О недобросовестной конкуренции» №1049, принятого 2 июня 1995 года (с изменениями по состоянию на 30 декабря 2003 года); статья 8.1.6 Закона Кыргызской Республики №116 от 22 июля 2011 года «О конкуренции».

⁹²⁷ Кусаинов, Учебное пособие по конкурентному праву в ЕАЭС, 58–59.

⁹²⁸ Определение ЕЭК от 23 июля 2019 года №38/опр о начале расследования (ООО «Режевской кабельный завод» против Ассоциации предприятий кабельной промышленности «Белкабель»), см. Годовой отчет ЕЭК за 2019 год, 57–62.

⁹²⁹ Определение ЕЭК от 12 апреля 2019 года №17/опр об отсутствии оснований для проведения расследования нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках (ЗАО «Релпол-Элтим» (Россия) против ООО «Овердрайв-Электро» (Беларусь)), см. Годовой отчет ЕЭК за 2019 год, 56–57.

«призывы к бойкоту конкурента», действия, «побуждающие участника рынка разорвать договор с конкурентом»⁹³⁰, «обращение к другим хозяйствующим субъектам (...), направленное на затруднение, нарушение или прекращение деловых отношений конкурента, препятствующее деловой активности конкурента, ведущего деятельность на данном рынке или стремящегося выйти на него, в том числе с целью вступления в деловые отношения с его деловым партнером»⁹³¹. Прочие акты вмешательства могут регулироваться положениями гражданского права о деловой репутации⁹³² или законами о рекламе⁹³³.

3.3 Введение общественности в заблуждение

В отличие от актов, ведущих к дискредитации конкурента путем предоставления негативной или неточной информации, введение общественности в заблуждение заключается в предоставлении ложной положительной информации о собственной организации или продукции⁹³⁴. Это наиболее распространенный вид нарушений, требующий применения общих мер защиты от недобросовестной конкуренции (Соглашение СНГ, статья 3.2.3; Договор о ЕАЭС, статья 76.2.2). Распространение вводящей в заблуждение информации – основная причина нарушений, выявленных Антимонопольным комитетом Украины⁹³⁵. В России эта категория нарушений является предметом самого большого количества заявлений, поступающих в Федеральную антимонопольную службу (ФАС)⁹³⁶; на следующих местах – заявления о создании смешения и дискредитирующие действия⁹³⁷.

Среди последних изменений в применении положений, касающихся введения в заблуждение, следует отметить подход ФАС России к борьбе с «двойными стандартами» в отношении товаров, предлагаемых к продаже в России и в Европейском союзе. Введением в заблуждение, равносильным акту недобросовестной конкуренции, считается тот факт, что первый товар может оказаться менее качественным, что противоречит ожиданиям покупателя⁹³⁸.

Из анализа актуальной информации можно сделать вывод, что в странах СНГ принимаются подробные перечни действий, считающихся актами недобросовестной

⁹³⁰ Например, статьи 177, 7) и 9) Предпринимательского кодекса Казахстана.

⁹³¹ Например, статьи 16,1 и 4 Закона Республики Беларусь от 12 декабря 2013 года №94-3 «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»; статья 6 Закона Азербайджанской Республики «О недобросовестной конкуренции» (Вмешательство в экономическую деятельность конкурента).

⁹³² Например, в статье 150 Гражданского кодекса Российской Федерации деловая репутация отнесена к нематериальным благам (наряду с жизнью, здоровьем, достоинством и т.д.), а статьей 152 предусмотрены средства ее защиты.

⁹³³ Например, статья 5 Закона Российской Федерации «О рекламе» запрещает недобросовестную рекламу, порочащую честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента.

⁹³⁴ Учебное пособие по конкурентному праву в ЕАЭС, 2019, 59.

⁹³⁵ Статья 151 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции»; в 2019 году по этой статье было возбуждено 141 дело из 168; в других отчетах речь идет примерно о тех же показателях, см. таблицы 5 и 11 в Годовом отчете о развитии конкурентной политики в Украине, ОЭСР, 27 мая 2020 года, DAF/COMP/AR (2020) 55. В этом докладе не была представлена информация относительно судебных дел о недобросовестной конкуренции.

⁹³⁶ Статья 14.2 Закона «О защите конкуренции».

⁹³⁷ Если не учитывать оговорку «по умолчанию» в статье 14.6 Закона «О защите конкуренции». Всю статистику см. в Докладе ФАС о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2020 год, ФАС, 2021, 304–307 ([ссылка](#)).

⁹³⁸ ФАС России вынесла ряд предупреждений, например, предупреждение о прекращении действий, содержащих признаки недобросовестной конкуренции, от 3 декабря 2019 года в адрес ООО «Хенкель Рус» №1А/106146/19 (стиральный порошок Persil), ООО «Проктер энд Гэмбл» №1А/106145/19 (стиральный порошок Ariel), «Линдт унд Шпрюнгли (Раша)» №1А/106147/19 (шоколад). Следует отметить, что эти предупреждения были вынесены по результатам рассмотрения заявлений Федеральной службы по защите прав потребителей Российской Федерации.

конкуренции, которые не ограничиваются действиями, перечисленными в статье 10bis(3) РС и региональных соглашениях⁹³⁹, а в административной и судебной практике вводятся еще более широкие возможности защиты на основе общего определения недобросовестной конкуренции. Таким образом, сфера применения защиты достаточно широка. Несмотря на это, описанные выше общие требования и, в частности, необходимость того, чтобы стороны были конкурентами, могут сокращать сферу применения защиты.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

Как указывалось ранее, принятые странами перечни запрещенных актов недобросовестной конкуренции обширны и включают подкатегории и дополнения. В частности, в качестве отдельных категорий можно выделить правила, касающиеся рекламы, коммерческой тайны, паразитического поведения и препятствования параллельной торговле. Следует упомянуть и другие виды недобросовестной конкуренции, которые можно отнести к категории «дезорганизация», которая была введена в публикации Paul Roubier 1948 года⁹⁴⁰, например, подкуп работника или подкуп поставщика⁹⁴¹.

4.1 Некорректное сравнение, реклама и конфиденциальная информация

Как упоминалось ранее, в ряде законов некорректное сравнение признается одним из актов недобросовестной конкуренции (Договор о ЕАЭС, статья 76.2; Соглашение СНГ, статья 3.2.3)⁹⁴². В России к этой категории правонарушений в соответствующей статье относятся сравнение с конкурентом или его товаром на основе необъективных критериев, касающихся несущественных аспектов, и такие сравнения, в которых ответчик использует слова «лучший», «номер один», «единственный» и т.д., не указывая, какие именно характеристики сравниваются⁹⁴³. Однако такое действие ближе к введению общественности в заблуждение, чем к недобросовестной рекламе, ответственность за которую устанавливается в российской системе защиты от недобросовестной конкуренции специальным законом⁹⁴⁴.

Что касается рекламы, то национальные законы о недобросовестной конкуренции определяют нарушения в этой сфере как акты недобросовестной конкуренции.⁹⁴⁵ В ряде стран действуют дополнительные законы, регулирующие рекламу⁹⁴⁶, в которых

⁹³⁹ Можно предположить, что за основу этого документа был взят Типовой закон БИРПИ по товарным знакам, фирменным наименованиям и актам недобросовестной конкуренции для развивающихся стран 1967 года, см. комментарий 78.

⁹⁴⁰ P. Roubier, "Théorie générale de la concurrence déloyale", RTD com. 1948, 51: risk of confusion, denigration, disorganization.

⁹⁴¹ Статьи 177.2, 10 и 11), 187 и 188 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан; статьи ст. 16, 1.6 Закона Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»; статья 8.1.8) Закона Кыргызской Республики «О конкуренции»; статья 7 Закона Республики Таджикистан «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

⁹⁴² См. также статью 7 Закона Республики Таджикистан «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

⁹⁴³ Статья 14.3.1) Закона о защите конкуренции.

⁹⁴⁴ Гаврилов, 2017, в вышеупомянутой публикации, 405.

⁹⁴⁵ Действия, относящиеся к категории «создание смещения», см., например, в статье 7 Закона Республики Таджикистан «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»; в статье 15 Закона Узбекистана «О конкуренции»; в статье 12.2.7) Закона Армении о защите экономической конкуренции; в статье 7 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции». Действия, относящиеся к категории «введение общественности в заблуждение» см. в статье 9 Закона Азербайджанской Республики о недобросовестной конкуренции. Действия, относящиеся к категории «порочащие действия: статья 13.2 Закона Армении о защите экономической конкуренции.

⁹⁴⁶ См., например, Закон Грузии «О рекламе» от 18 февраля 1998 года №1228-Ил; Закон Казахстана «О рекламе» от 19 декабря 2003 года №508-П (статья 174); Закон Кыргызской Республики №155 «О рекламе»

конкретные виды недобросовестного поведения квалифицируются как недобросовестная конкуренция. В 2003 году было принято соглашение по этому вопросу на уровне СНГ, главным образом направленное на обеспечение сотрудничества между государствами-членами.⁹⁴⁷

Объектом дублирующих положений о защите особенно часто становится конфиденциальная информация. Помимо региональных источников (Соглашение СНГ, статья 3.2.3), страны принимают специальные положения о незаконном сборе и раскрытии конфиденциальной информации в рамках защиты от недобросовестной конкуренции⁹⁴⁸. Кроме того, страны принимают специальные законы и положения о защите коммерческой тайны, знаний и опыта, которые, как правило, увязываются с законами об интеллектуальной собственности и охватывают разные виды промышленной, технической, организационной или коммерческой информации⁹⁴⁹. Вводятся и дополнительные нормы о конфиденциальности, регулирующие другие виды информации⁹⁵⁰.

4.2 Паразитическое поведение

Законодательство Армении предоставляет защиту не только от создания смешения, но и от паразитического поведения и использования чужой репутации в своих интересах⁹⁵¹. Если паразитическое поведение не упоминается в национальных законах напрямую паразитическое поведение, акты недобросовестного поведения, относящиеся к этой категории, могут подпадать под действие дополнительных законодательных положений о запрете на создание смешения⁹⁵², недобросовестную регистрацию и использование товарных знаков и недобросовестное использование других видов интеллектуальной собственности. В других случаях они могут включаться в оговорки к основной статье о недобросовестной конкуренции.

Например, в России действуют положения (в том числе общая оговорка в статье 14.8 Закона о защите конкуренции), которые применяются в ситуациях, когда репутация другого лица используется для неправомерного достижения преимущества даже без создания смешения и без причинения ущерба такому лицу, даже если предполагаемого нарушителя нельзя считать конкурентом⁹⁵³.

от 24 декабря 1998 года; Федеральный закон Российской Федерации №38-ФЗ «О рекламе» от 13 марта 2006 года; Закон Республики Таджикистан «О рекламе» от 1 августа 2003 года.

⁹⁴⁷ Соглашение о сотрудничестве в сфере рекламы от 19 декабря 2003 года, в котором некорректная реклама называется, в частности, недобросовестной рекламой (статья 5).

⁹⁴⁸ Например, статьи 16–19 Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции»; статья 189 Предпринимательского кодекса Казахстана; статья 16 Закона Армении «О защите экономической конкуренции»; статья 14.7 Закона Российской Федерации «О защите конкуренции».

⁹⁴⁹ статьи 39 и 40 Протокола №26 об охране и защите прав интеллектуальной собственности к Договору о ЕАЭС; Глава 75 Гражданского кодекса Российской Федерации, в которой секреты производства (знания и опыт) признаются объектами права интеллектуальной собственности, независимо от Федерального закона Российской Федерации №98-ФЗ «О коммерческой тайне» от 29 июля 2004 года. На Украине коммерческая тайна охраняется как интеллектуальная собственность в соответствии с главой 48 Гражданского кодекса и статьями 155 и 162 Хозяйственного кодекса.

⁹⁵⁰ Например, законы об информации (Закон Республики Таджикистан об информатизации от 6 августа 2001 года; Закон Украины об информации №2657-ХІІ от 2 октября 1992 года; Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2006 года №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации») и различные виды профессиональной тайны в законах о банковской деятельности (статья 857 Гражданского кодекса Российской Федерации и дополнительные законы), о налогообложении (статья 102 Налогового кодекса Российской Федерации), об аудиторской деятельности (статья 8 Федерального закона Российской Федерации «Об аудиторской деятельности»).

⁹⁵¹ Статья 15 Закона о защите экономической конкуренции, п. 1: «Любые действия или поведение в сфере торговли, наносящие или могущие нанести ущерб репутации или известности хозяйствующего субъекта, помимо создания смешения, считаются актами недобросовестной конкуренции».

⁹⁵² Учебное пособие по конкурентному праву в ЕАЭС, 2019, 63.

⁹⁵³ Комментарий о положении дел в России, 2016, стр. 366 и далее.

Запрет на паразитическое поведение может налагаться в результате оценки нарушения в соответствии с соответствующим положением закона о недобросовестной регистрации товарного знака (в настоящее время – статья 14.4 Закона Российской Федерации «О защите конкуренции»), особенно в случаях, когда закон о товарных знаках неприменим по причине отсутствия сходства или идентичности товаров и услуг⁹⁵⁴. При рассмотрении дела Vacheron Constantin Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации признал регистрацию обозначения с использованием термина "Vacheron" в качестве товарного знака для одежды, обуви и головных уборов актом недобросовестной конкуренции, несмотря на то, что истец не зарегистрировал его в России для производства и продажи этих товаров, так как это название стало известным во всем мире как название часов премиум-класса, производимых компанией истца в Швейцарии. В этом деле суд постановил, что существует вероятность смешения и что ответчик не проявил предусмотрительности, необходимой для того, чтобы его действия не были признаны недобросовестным использованием экономических преимуществ, полученных истцом благодаря репутации среди потребителей⁹⁵⁵.

4.3 Ограничения на параллельный импорт

С 2017 года в России отмечается еще одна тенденция: ограничения на параллельный импорт товаров под зарегистрированным товарным знаком без согласия правообладателя могут быть признаны актами недобросовестной конкуренции. В деле Daimler, в рамках которого автопроизводитель не ответил на запросы независимых импортеров запчастей о предоставлении согласия, ФАС признала поведение Daimler актом недобросовестной конкуренции. Это решение было утверждено Московским Арбитражным судом⁹⁵⁶. Другие дела такого рода на данный момент не рассматривались, но вышеуказанное постановление было принято после разъяснений, данных в 2018 году Конституционным судом, в отношении истечения срока действия товарного знака в рамках закона об интеллектуальной собственности⁹⁵⁷. Конституционный суд, в частности, указал, что упомянутые положения должны применяться «в контексте общих правовых принципов равенства и справедливости и с учетом требований соразмерности и баланса конкурирующих и законных прав, опирающихся на эти принципы», и что несправедливые ограничения в отношении механизма исчерпания права состоят, например, «в ограничении ввоза на рынок Российской Федерации конкретных товаров или в завышении цен на российском рынке по сравнению с другими рынками в большей степени, чем это характерно для обычной экономической деятельности и для удовлетворения разумного экономического интереса правообладателя, если такие действия приводят к ограничению доступа российских потребителей к соответствующим товарам»⁹⁵⁸. Таким образом, функция содействия развитию конкуренции с помощью параллельного импорта пересекается с защитой интересов потребителей.

4.4 Современные технологии

⁹⁵⁴ Статья 14.2 Закона Российской Федерации «О защите конкуренции». Примечание: В Законе Российской Федерации о товарных знаках отсутствует понятие, аналогичное понятию «товарные знаки, пользующиеся репутацией» в законах ЕС. Как предусмотрено статьей 6bis Парижской конвенции, общеизвестные товарные знаки могут быть признаны таковыми в результате специальной процедуры регистрации в Российском ведомстве интеллектуальной собственности (Роспатент).

⁹⁵⁵ Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации, постановление от апреля 2012 года №16912/11.

⁹⁵⁶ Арбитражный суд города Москвы, 11 августа 2021 года, объединенные дела А40-222446/20-144-1667 (Daimler A.G.). В частности, было установлено недобросовестное поведение по смыслу п. 2 статьи 10bis Парижской конвенции в отсутствие процедуры рассмотрения заявлений импортеров, желающих получить согласие правообладателя на ввоз оригинальных товаров с товарным знаком, но при наличии спроса российских потребителей на такие товары.

⁹⁵⁷ Пункт 5 Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 13 февраля 2018 года №8-П ("PAG LLC"), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 2018, 685.

⁹⁵⁸ Там же, п. 5.

В настоящее время не существует новых правовых обязательств, которые бы непосредственно регулировали практику недобросовестной конкуренции с использованием современных технологий. Однако на уровне стран ЕАЭС по результатам обзора передовых практик антимонопольного регулирования на цифровых рынках была принята соответствующая рекомендация.⁹⁵⁹

Был рассмотрен ряд дел, показывающих, как ФАС и суды в России подходят к таким новым практикам. Что касается систем рекламы в Интернете, основанных на ключевых словах с использованием отличительных признаков третьих лиц, то Верховный суд постановил, что подобные действия могут быть квалифицированы как недобросовестная конкуренция по смыслу статьи 14.6 Закона о недобросовестной конкуренции и статьи 10bis ПК⁹⁶⁰. Впоследствии ФАС России в официальном порядке рекомендовала принять более строгий подход к данному вопросу, напомнив, что для признания нарушения недостаточно одного лишь использования ключевых слов. Должны были быть соблюдены все критерии, предусмотренные статьями 4.9 и 14.6 Закона о защите конкуренции, в частности вероятность смешения⁹⁶¹.

В деле о двух сайтах объявлений⁹⁶² Avito.ru и Avto.ru, первый, приводя различные правовые основания, утверждал, что второй копирует объявления его пользователей о продаже подержанных автомобилей. Представители Avto.ru обзванивали пользователей, разместивших объявления на Avito.ru, и просили дать согласие на размещение объявлений также на Avto.ru, и на размещение дополнительных сведений, которые на Avito.ru скрывались. Для анализа ситуации ФАС использовала исследования рынка сайтов объявлений, а также поведения и восприятия пользователей. На основании этого она отклонила довод Avito о несоответствии «нормам рынка» и «обычаям делового оборота». Она отклонила и довод о том, что Avto.ru при копировании объявлений извлекал выгоду за счет «сетевого эффекта»⁹⁶³. ФАС не выявила факт недобросовестной конкуренции, что впоследствии было подтверждено в постановлении суда, в котором подчеркивалось, что Avito фактически претендует на эксклюзивность объявлений, которые размещают пользователи. Это противоречит интересам частных продавцов и конкуренции в целом.

⁹⁵⁹ Рекомендация Коллегии ЕЭК от 25 мая 2021 года об обзоре «Конкурентное (антимонопольное) регулирование на цифровых рынках». С обзором можно ознакомиться по адресу: <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/caa/cpol/konkurentpol/Documents/Обзор.pdf> (на русском языке).

⁹⁶⁰ П. 172 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года №10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁹⁶¹ Рекомендации ФАС использования средств индивидуализации в качестве ключевых слов от 21 октября 2019 года №АК/91352/19. Суд по интеллектуальным правам поддержал постановление ФАС, согласно которому недостаточно лишь использования товарного знака в ключевых словах, и указал, что ключевые слова для поисковых систем могут выбираться компаниями или добавляться автоматически: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 12 февраля 2021 года №А13-1228/2019. Использование товарного знака третьего лица в ключевых словах не нарушает исключительное право, о чем неоднократно заявлял Суд по интеллектуальным правам Российской Федерации, например, в своих постановлениях от 16 августа 2021 года по делу №А41-88433/2018 и от 25 апреля 2019 года по делу №А40-167611/2018.

⁹⁶² Постановление Арбитражного суда города Москвы от 19 декабря 2019 года по делу №А40-183412/19-122-1521 (Avito.ru против Avto.ru).

⁹⁶³ Критический обзор решений по этому вопросу см. в статье А.В. Петрова «Сетевые эффекты и недобросовестная конкуренция на рынках цифровых платформ: дело Avito против Auto.ru», «Предпринимательское право, 2020, №4, 43–50. Определение понятия «сетевые эффекты» дано в пятом антимонопольном пакете.

О. ЕВРОПЕЙСКИЙ СОЮЗ (ЕС)*

1. Законодательная база

В Европейском союзе (ЕС) законы о недобросовестной конкуренции гармонизированы не полностью. Эффективная защита от недобросовестной конкуренции, предусмотренная статьей 10bis(1) ПК, строится на увязке законодательных системах ЕС по определенным аспектам недобросовестной конкуренции, а также на национальном законодательстве и практике государств-членов. Подход к недобросовестной практике в отношениях между предприятиями и потребителями в странах ЕС гармонизируется Директивой о недобросовестной торговой практике (ДНТП)⁹⁶⁴. Она обеспечивает защиту потребителей от вводящих в заблуждение и агрессивных практик. Единые правила в сфере рекламы установлены Директивой о вводящей в заблуждение и сравнительной рекламе (ДВЗСР)⁹⁶⁵. Защита нераскрытых знаний и навыков и деловой информации гармонизирована посредством Директивы об охране коммерческой тайны (ДКТ)⁹⁶⁶.

Помимо этих специальных законодательных инструментов, действуют национальные нормы материального права, регулирующие важные аспекты недобросовестной конкуренции⁹⁶⁷. Нормативно-правовой подход в странах – членах ЕС существенно различается. Такие страны, как Австрия, Бельгия, Дания, Германия, Греция, Венгрия, Словения, Испания и Швеция, приняли специальные законы о недобросовестной конкуренции, направленные на защиту конкуренции в интересах всех участников рынка, в том числе конкурентов и потребителей, и преследующие цель защиты общих интересов общества, касающихся беспрепятственной конкуренции⁹⁶⁸. Защита от недобросовестной конкуренции также может предоставляться Кодексом интеллектуальной собственности (Португалия), Торговым кодексом (Чешская Республика и Словакия) или Законом о конкуренции, в который входят и положения об антимонопольном регулировании (Эстония, Латвия и Литва)⁹⁶⁹. В таких странах, как Франция, Италия и Нидерланды, проводится различие между законами о защите прав потребителей и соответствующими механизмами правоприменения и механизмами общей гражданской ответственности за акты недобросовестной конкуренции, такими как положения о генеральном деликте⁹⁷⁰.

*Г-н Мартин Сенфтлебен, профессор интеллектуальной собственности и директор Института информационного права (IViR), Амстердамский университет, Амстердам, Нидерланды. Автор выражает благодарность Луне Шумахер за помощь в проведении исследований, а также Иларию Бури, Жоао Педру Кинтаишу, Оле-Андреасу Рогстаду, Мортену Розенмайеру и Нуру Соуза э Силва за ценную информацию и консультации по судебной практике. Ответственность за все ошибки и упущения несет автор.

⁹⁶⁴ Директива 2005/29/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 мая 2005 года о недобросовестной коммерческой практике по отношению к потребителям на внутреннем рынке, Official Journal L 149, 22.

⁹⁶⁵ Директива 2006/114/ЕС Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2006 года о вводящей в заблуждение и сравнительной рекламе (кодифицированная версия), Official Journal L 376, 21.

⁹⁶⁶ Директива (ЕС) 2016/943 Европейского парламента и Совета от 8 июня 2016 года о защите конфиденциальных ноу-хау и деловой информации (коммерческой тайны) от незаконного приобретения, использования и раскрытия Official Journal L 157, 1.

⁹⁶⁷ Ansgar Ohly, "Trademark Law and Advertising Law in the European Union: Conflicts and Convergence", в публикации Irene Calboli & Jane C. Ginsburg (eds.), Cambridge Handbook on International and Comparative Trademark Law, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 323 (323-324).

⁹⁶⁸ Раздел 3(1) Закона Дании о маркетинговой практике; Раздел 1 Закона Германии против недобросовестной конкуренции; статья 1 Закона Испании о недобросовестной конкуренции. Информацию о Дании, Финляндии, Норвегии и Швеции см. также в статье Monica Viken, "The Borderline Between Legitimate and Unfair Copying of Products – A Unified Scandinavian Approach?", International Review of Intellectual Property and Competition Law 51 (2020), 1033 (1036).

⁹⁶⁹ См. обзор в публикации Frauke Henning-Bodewig, "Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme", Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International 2010, 273 (283-284).

⁹⁷⁰ Ohly, Trademark Law and Advertising Law, 325.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах

Учитывая необходимость формирования общей нормативной базы, обеспечивающей соответствие законов постоянно меняющимся торговой практике и рыночным условиям⁹⁷¹, законодательные нормы о недобросовестной конкуренции в ЕС преимущественно носят гибкий, общий характер. Статья 5(1) ДНТП гласит, что «недобросовестная коммерческая практика запрещена». Подобный общий запрет, касающийся отношений между предприятиями, содержится в законах о недобросовестной конкуренции государств – членов ЕС⁹⁷². Общий запрет на недобросовестную коммерческую практику может также следовать из применения правовых норм о генеральном деликте⁹⁷³. Благодаря решениям судов, применяющих эти общие положения, сформированы категории дел, которые включены в неисчерпывающие каталоги видов недобросовестной практики⁹⁷⁴. Таким образом, законодательство ЕС о недобросовестной конкуренции построено на взаимосвязанных открытых, гибких положениях, запрещающих недобросовестную коммерческую практику в целом, и на делах о недобросовестном поведении, рассматриваемых судами статутного права (см. разделы 3 и 4).

Анализируя общее понятие «честной практики в промышленных и торговых делах», можно отметить отступление от традиционных подходов, направленных на соблюдение этических стандартов добросовестности и порядочности в конкретном сообществе⁹⁷⁵. Основанием для этого изменения стала необходимость выработки критериев комплексной оценки. Если основное внимание сосредоточено на нормах и представлениях о честности в данном секторе, то сегменты рынка, чьи подходы к ведению бизнеса используются как эталон для описания честных обычаев, фактически формируют правовые стандарты, по которым оценивается недобросовестное

⁹⁷¹ Верховный суд Испании (Tribunal Supremo), 7 апреля 2014 года, ECLI:ES:TS:2014:1876, Rumba/Ryanair, 8 (quinto), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International 2015, 1047 (1049).

⁹⁷² Раздел 1(1) №1 Федерального закона Австрии о борьбе с недобросовестной конкуренцией предусматривает запрет на использование субъектами рынка «нечестной коммерческой практики и других нечестных действий, способных повлиять более чем в незначительной степени на конкуренцию в ущерб компаниям». Согласно разделу 3(1) Закона Дании о маркетинговой практике, «торговцы должны применять надлежащую маркетинговую практику». Раздел 3(1) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией гласит, что «недобросовестная коммерческая практика незаконна». Статья 4(1) Закона Испании о недобросовестной конкуренции гласит, что «недобросовестным считается любое поведение, которое объективно противоречит требованиям добросовестности». Раздел 5 Закона Швеции о маркетинге требует, чтобы маркетинг «соответствовал требованиям добросовестной маркетинговой практики». Вопрос требования о нанесении ущерба конкуренции более чем в незначительной степени рассматривается в публикации Frauke Henning-Bodewig, Unfair Competition Law – European Union and Member States, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2006, 129. См. также статью 30 Закона Болгарии о защите конкуренции; раздел 44 Торгового кодекса Чехии; статью 50 Закона Эстонии о конкуренции; статью 1 Закона Греции о борьбе с недобросовестной конкуренцией; статью 18 (1) и (2) Закона Латвии о конкуренции; статью 16 Закона Литвы о конкуренции; статью 2 Закона Венгрии о борьбе с недобросовестной конкуренцией; статью 14 Закона Люксембурга о коммерческой практике; статью 3(1) Закона Польши о борьбе с недобросовестной конкуренцией; статью 317 Кодекса интеллектуальной собственности Португалии; статью 1 Закона Румынии о борьбе с недобросовестной конкуренцией; Раздел 44 Торгового кодекса Словакии; статью 13(2) Закона Словении о защите конкуренции. Что касается Европейской экономической зоны, то в разделе 25 Закона Норвегии о контроле маркетинга указывается, что «в ходе торговли не должно совершаться никаких действий, которые противоречат правилам добросовестной деловой практики среди продавцов».

⁹⁷³ Статья 1240 Гражданского кодекса Франции; статья 6:162 Гражданского кодекса Нидерландов.

⁹⁷⁴ Ansgar Ohly, “A Fairness-Based Approach to Economic Rights”, в публикации P. Bernt Hugenholtz (ed.), Copyright Reconstructed – Rethinking Copyright’s Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018, 83 (89-90).

⁹⁷⁵ Cp. Karl-Nikolaus Peifer, “Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?”, в публикации Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig (ред.), Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 125 (125-128); Eugen Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Vol. I, Munich 1965, 42-43; Stephen P. Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights – National and International Protection, Vol. III, Cambridge, Massachusetts, 1975, 1685-1686.

поведение⁹⁷⁶. Чтобы избежать возникновения такого «замкнутого круга», имеет смысл согласовать концепцию честных обычаев и цель обеспечить эффективность конкуренции как основного инструмента рыночной экономики⁹⁷⁷.

Об этой тенденции свидетельствуют изменения в государствах-членах ЕС⁹⁷⁸. До принятия Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией 2004 года Верховный федеральный суд Германии определял акт конкуренции как недобросовестный, если он «противоречит здравому смыслу среднестатистического продавца или если широкая общественность не одобряет [этот акт] или считает его недопустимым»⁹⁷⁹. От такого подхода отказались в пользу анализа защиты свободы конкурентов развивать бизнес в условиях добросовестной, беспрепятственной конкуренции⁹⁸⁰. Рассматривая умышленное вмешательство в деятельность конкурентов⁹⁸¹, суд счел, что вмешательство недобросовестно, «если цель нарушения – помешать конкурентам развивать свой бизнес и тем самым вытеснить их с рынка или если нарушение приводит к тому, что пострадавшие конкуренты более не могут надлежащим образом отстаивать свои позиции на рынке своими собственными усилиями»⁹⁸². Относительно соотношения между этическими и экономическими соображениями Верховный суд Испании постановил, что общепринятые этические соображения подчинены требованиям, напрямую следующим из норм рыночной конкуренции. Ссылаться на этические границы для пресечения поведения, «которое оказывается эффективным с точки зрения конкуренции и способствует повышению эффективности деятельности лица или третьей стороны на основе ее достоинств, не вызывая изменений в конкурентной структуре или нормальном функционировании рынка», было бы неправильно⁹⁸³.

Что касается требования о наличии конкурентных отношений для подачи иска против недобросовестной конкуренции, то в некоторых государствах-членах сформировались гибкие подходы и продавец должен только показать, что находится с истцом в

⁹⁷⁶ Ulmer, *Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 249; Hans-Wolfgang Micklitz et al., *Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading*, Volumes I-II, Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. 2000, 13 and 467.

⁹⁷⁷ Rupperecht Podszun, "Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht: Plädoyer für ein allgemeines Europäisches Wettbewerbsrecht", в публикации Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig (ред.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 151 (156-157 and 163-168). Обзор изменения подходов к функционированию свободной рыночной экономики в целом см. в публикации Anselm Kamperman Sanders, "Unfair Competition: Complementary or Alternative to Intellectual Property in the EU?", в публикации Christophe Geiger (ред.), *Constructing European Intellectual Property – Achievements and New Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 329 (338); Rudolf Callmann, "Unlauterer Wettbewerb zum Wohl der Allgemeinheit?", *Markenschutz und Wettbewerb* 1926/1927, 378; Rudolf Callmann, *Der unlautere Wettbewerb*, Mannheim: Bensheimer 1929.

⁹⁷⁸ Cp. Viken, *Legitimate and Unfair Copying*, 1045.

⁹⁷⁹ Верховный федеральный суд Германии, 14 октября 1993 года, дело I ZR 40/93, "PS-Werbung II", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1994, 220 (222); Верховный федеральный суд Германии, 18 мая 1995 года, дело I ZR 91/93, "Busengrapscher", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1995, 592 (593-594); Верховный федеральный суд Германии, 25 января 2001 года, дело I ZR 53/99, "Telefonwerbung für Blindenwaren", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2001, 1181 (1182). Cp. Peifer, *Schutz ethischer Werte*, 134-137.

⁹⁸⁰ Rupperecht Podszun, "UWG § 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen", в публикации Henning Harte-Bavendamm and Frauke Henning-Bodewig (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 4th ed., Munich: Beck 2016, para. 142.

⁹⁸¹ Раздел 4 №4 Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

⁹⁸² Верховный Федеральный суд Германии, 22 июня 2011 года, дело I ZR 159/10, "Automobil-Onlinebörse", п. 65 (неофициальный перевод автора).

⁹⁸³ Верховный суд Испании (Tribunal Supremo), 8 октября 2007 года, ECLI:ES:TS:2007:6143, *Schindler/Ascensores Pruertollano*, 6 (séptimo) (неофициальный перевод автора). Cp. Rafael García Pérez, комментарий Верховного суда Испании (Tribunal Supremo), 7 апреля 2014 года, ECLI:ES:TS:2014:1876, *Rumba/Ryanair*, Quinto, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 2015, 1049 (1051).

отношениях конкуренции⁹⁸⁴. Следовательно, достаточно косвенной конкуренции между товарами или услугами либо таких отношений между ними, когда одно замещает другое⁹⁸⁵. Например, для признания отношений конкурентными может быть достаточно взаимозависимости между преимуществами, которые одна сторона намерена получить для своего предприятия или для третьей стороны, и ущербом истцу, например, за счет ухудшения условий конкуренции или сужения возможностей для ведения бизнеса⁹⁸⁶.

В делах о товарных знаках, которые рассматривал Суд Европейского союза (СЈЕU), можно найти, какие признаки имеет поведение, которое может рассматриваться как недобросовестное. В ЕС ограничения исключительных прав владельцев товарных знаков могут устанавливаться только в случаях, если они используются в соответствии с добросовестной практикой в промышленных и торговых делах⁹⁸⁷.

Что касается применения оговорки о добросовестной практике в данном контексте, то СЈЕU в деле *Gillette* постановил, исходя из критериев определения допустимости сравнительной рекламы, предусмотренных ДВЗСР, что использование знака не соответствует добросовестной практике, если оно

создает впечатление, что между третьим лицом и владельцем товарного знака есть коммерческая связь; влияет на стоимость товарного знака за счет нечестного использования его отличительных признаков или репутации; приводит к дискредитации или опорочиванию этого знака; или если третье лицо представляет свой товар как имитацию или копию товара, маркированного товарным знаком, владельцем которого оно не является⁹⁸⁸.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Что касается списка действий, приведенного в ст. 10bis(3) ПК, то в законодательстве ЕС предусмотрены средства защиты от смешения (3.1), дискредитирующих и порочащих утверждений (3.2) и практики введения в заблуждение (3.3).

3.1 Создание смешения

В соответствии со статьей 10bis(3) №1 ПК, сравнительная реклама в ЕС недопустима, если она создает смешение у продавцов, в отношениях между рекламодателем и конкурентом и в отношении товарных знаков, фирменных наименований, других отличительных знаков, товаров или услуг конкурента⁹⁸⁹. В деле *Toshiba/Katun* Суд Европейского союза (далее – «СЈЕU») указал, что знак относится к категории «других отличительных знаков», если общественность «идентифицирует его как принадлежащий конкретному предприятию»⁹⁹⁰. Таким образом, защита, обусловленная запретом на вводящую в заблуждение торговую практику, распространяется не только на товарные

⁹⁸⁴ Wolfgang Büscher, " Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2015", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2017, 105 (105-106).

⁹⁸⁵ Описание спектра подходов см. в Henning-Bodewig, *Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, 273-287. Обзор развития подходов, в результате которого защита стала предоставляться не только при наличии прямой конкуренции, см. в публикации Kamperman Sanders, *Unfair Competition: Complementary or Alternative*, 338.

⁹⁸⁶ Верховный федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof), 21 апреля 2016 года, дело I ZR 151/15, "Ansprechpartner", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 1193, п. 15.

⁹⁸⁷ Статья 14(2) Регламента (ЕС) 2017/1001 Европейского парламента и Совета от 14 июня 2017 года о торговом знаке Европейского союза (кодификация), *Official Journal* 2017 L 154, 1 («РЕСТ3»); статья 14(2) Директивы (ЕС) 2015/2436 Европейского парламента и Совета ЕС от 16 декабря 2015 года о сближении права государств-членов ЕС в отношении товарных знаков, *Official Journal* 2015 L 336, 1 («ДТЗ»).

⁹⁸⁸ СЈЕU, 17 марта 2005 года, дело C-228/03, *Gillette/L.A.-Laboratories*, п. 49. Подробнее трактовка концепция добросовестной практики в законе ЕС о товарных знаках рассматривается в публикации Annette Kur and Martin Senftleben, *European Trade Mark Law – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2017, para. 6.71-6.77.

⁹⁸⁹ Статья 4(h) ДВЗСР.

⁹⁹⁰ СЈЕU, 25 октября 2001 года, дело C-112/99, *Toshiba/Katun*, п. 49.

знаки и фирменные наименования. Она охватывает и другие указания коммерческого происхождения. Что касается товарных номеров, используемых производителем оборудования для идентификации запасных частей и расходных материалов, то нет уверенности, что они могут быть отнесены к «другим отличительным знакам», если такие номера используются сами по себе без указания на товарный знак производителя⁹⁹¹.

Что касается смешения, то CJEU провел параллель с проверкой для установления факта смешения, предусмотренной Законом ЕС о товарных знаках⁹⁹². В целом понятие трактуется одинаково как на европейском⁹⁹³, так и на национальном⁹⁹⁴ уровнях. Вероятность смешения, которая может стать основанием для предъявления иска, возникает, если «общественность может поверить, что источниками соответствующих товаров или услуг является одно и то же предприятие или, в зависимости от обстоятельств, являются экономически связанные предприятия»⁹⁹⁵. При этом чем выше различительная способность указания, тем выше вероятность смешения⁹⁹⁶. Тем не менее критерий смешения не выполняется, если несанкционированное использование всего лишь вызывает в памяти знаки конкурента, не создавая прямого (в отношении товара) или косвенного (в отношении происхождения) смешения.⁹⁹⁷

В области отношений между предприятием и потребителем практики, создающие смешение, преследуются только в тех случаях, если она побуждает или может побудить к принятию решения о сделке, которое среднестатистический потребитель не принял бы без применения такой практики⁹⁹⁸. Хотя создание смешения часто влияет на решения потребителей, однозначного мнения о случаях, когда благодаря рекламе покупка продукта ассоциируется с благотворительными целями, нет⁹⁹⁹. Например, обещание спасти квадратный метр тропического леса заставляет задаться вопросом о том, заботится ли потребитель об отдельном квадратном метре или хочет поддержать экологический проект в целом¹⁰⁰⁰.

3.2 *Дискредитирующие и порочащие утверждения*

Конкретные виды ущерба от ложных утверждений, описанные в статье 10bis(3) №2 ПК, регулируются положениями национального законодательства, где, в отсутствие фактов, бесспорно подтверждающих правдивость таких утверждений, недобросовестным актом считается заявление или распространение сведений о товарах, услугах, деятельности конкурента либо о самом предпринимателе, либо о представителе руководящего звена предприятия, которые могут причинить ущерб деятельности предприятия или подорвать

⁹⁹¹ CJEU, там же., п. 50–51

⁹⁹² Статья 9(2)(b) РЕСТЗ; статья 10(2)(b) ДТЗ. Ср. Kur/Senftleben, European Trade Mark Law, para. 5.105-5.110.

⁹⁹³ CJEU, 12 июня 2008, дело C-533/06, O2/Hutchison, п. 49; CJEU, 22 июня 1999 года, дело Lloyd Schuhfabrik Meyer, п. 17.

⁹⁹⁴ Прямое подтверждение этой точки зрения см. в постановлении Верховного суда Австрии (Oberster Gerichtshof) от 10 мая 2011 года по делу 17 Ob 10/11m, Jungle Man, 8. Ср. Büscher, Rechtsprechung EuGH und BGH, 116.

⁹⁹⁵ CJEU, там же., п. 59.

⁹⁹⁶ CJEU, 11 ноября 1997 года, дело C-251/95, Puma/Sabel, п. 24.

⁹⁹⁷ CJEU, там же., п. 16 и 26.

⁹⁹⁸ Статья 6(2)(а) ДНТП. Оценка этого требования в применении к вводящим в заблуждение указаниям цен см. в постановлении CJEU от 26 октября 2016 года, дело C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800, Canal Digital Danmark, пп. 45–47.

⁹⁹⁹ Анализ соображений этики в связи с таким видом товарного маркетинга см. в публикации Peifer, Schutz ethischer Werte, 137–141.

¹⁰⁰⁰ Верховный федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof), 26 октября 2006 года, дело I ZR 33/04, "Regenwaldprojekt I", п. 34. 34.

доверие к предпринимателю¹⁰⁰¹. Чтобы оценить, относится ли запрет к констатации тех или иных «фактов», можно провести различие между субъективными оценочными суждениями и констатацией фактов¹⁰⁰². Чтобы распространить положения национального законодательства на простые оценочные суждения, запрет на ложные заявления может быть дополнен общим запретом на дискредитирующие и порочащие утверждения¹⁰⁰³. Для оценки таких утверждений (например, распространения ложных сведений о преступном поведении) необходимо взвесить интересы с точки зрения гарантии свободы выражения мнений¹⁰⁰⁴. В деле *Rumba/Ryanair* Верховный суд Испании рассматривал заявления в средствах массовой информации, в которых компания не только обвиняла поставщиков услуг по онлайн-бронированию авиабилетов в незаконной продаже билетов и воровстве у потребителей, но и называла их «паразитами сектора»¹⁰⁰⁵. Суд подчеркнул, что необходимо взвесить право каждого хозяйствующего субъекта на уважение его чести и репутации в сопоставлении со свободой выражения мнений компании *Ryanair*¹⁰⁰⁶. Однако взвешивание интересов исходя из принципа пропорциональности не означает поддержки оскорбительных сообщений, объективно дискредитирующих конкурента. Поскольку заявления *Ryanair* представляли собой не критику профессиональной деятельности туристических агентств, а «оскорбительную и излишнюю дискредитацию» их профессиональных качеств, такое поведение было признано недобросовестной рыночной практикой¹⁰⁰⁷.

Другие положения, касающиеся дискредитирующих и порочащих заявлений, содержатся в документах о сравнительной рекламе¹⁰⁰⁸. В деле *Pippig/Hartlauer* CJEU пояснил, что основным элементом сравнительной рекламы считается сравнение конкурирующих предложений, особенно по цене. Поэтому само по себе сравнение цен не квалифицируется как дискредитация или опорочивание конкурента, устанавливающего более высокие цены¹⁰⁰⁹. Кроме того, рекламодатель имеет право по своему усмотрению решать, по какому количеству параметров сравнивать продукты. Он не обязан сравнивать только средние цены на продукты, устанавливаемые рекламодателем и конкурентом¹⁰¹⁰. Кроме того, рекламодатель имеет право в целях законной сравнительной рекламы воспроизвести логотип конкурента и изображение витрины его магазина¹⁰¹¹.

3.3 Вводящие в заблуждение указания или утверждения

После гармонизации законов о недобросовестной конкуренции запрет на вводящие в заблуждение действия, предусмотренные статьей 10bis(3) №3 ПК, был существенно конкретизирован. Торговая практика считается вводящей в заблуждение, если она предполагает обман или возможный обман тех, кому она адресована, и может повлиять на их экономическое поведение в силу своего дезориентирующего характера. Кроме того, введение в заблуждение может стать основанием для иска, если его негативное

¹⁰⁰¹ Раздел 7(1) Федерального закона Австрии о борьбе с недобросовестной конкуренцией; Раздел 4(2) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией; статья 9 Закона Испании о недобросовестной конкуренции.

¹⁰⁰² Ср.: Верховный суд Германии (Bundesgerichtshof), 31 марта 2016 года, дело I ZR 160/14, "Im Immobiliensumpf", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 710, para. 28–31.

¹⁰⁰³ Раздел 4(1)(а) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

¹⁰⁰⁴ Верховный суд Германии, там же, пп. 51–57.

¹⁰⁰⁵ Верховный суд Испании (Tribunal Supremo), 7 апреля 2014 года, ECLI:ES:TS:2014:1876, *Rumba/Ryanair*, 3 (primero).

¹⁰⁰⁶ Верховный суд Испании, там же, 8 (quinto).

¹⁰⁰⁷ Верховный суд Испании, там же, 8 (quinto).

¹⁰⁰⁸ Статья 4 Директивы о вводящей в заблуждение и сравнительной рекламе (ДВЗСР). В национальном законодательстве это правило может применяться не только к рекламе, но и к другим сферам. См.

Раздел 4(1) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

¹⁰⁰⁹ CJEU, 8 апреля 2003 года, дело C–44/01, ECLI:EU:C:2003:205, *Pippig/Hartlauer*, п. 80.

¹⁰¹⁰ CJEU, там же, п. 81.

¹⁰¹¹ CJEU, там же, пп. 83–84.

воздействие причиняет или может причинить ущерб конкуренту¹⁰¹². Вводящее в заблуждение действие может относиться к различным элементам, включая:

- характеристики товара, такие как наличие, характер, исполнение, состав, способ и дата изготовления, соответствие назначению, количество, технические условия, географическое или коммерческое происхождение;
- обязательства, мотивы, спонсорство или одобрение со стороны продавца, включая соблюдение кодексов поведения;
- расчет цены или конкретное ценовое преимущество, потребность в услуге, детали, замене или ремонте;
- характер, свойства и права продавца или его представителя, включая личные данные, активы, квалификацию, награды и отличия, связь с той или иной организацией, владение правами промышленной, коммерческой или интеллектуальной собственности;
- права потребителя, включая права на замену или возмещение расходов¹⁰¹³.

Что касается указания цены, разделенной на несколько компонентов, то CJEU в деле *Canal Digital Danmark* постановил, что реклама может вводить в заблуждение, когда на одном ценовом компоненте акцентируется внимание, а другой не упоминается совершенно или представляется не столь заметно. Средний потребитель может ошибочно счесть, что он должен уплатить только тот компонент цены, на котором акцентируется его внимание¹⁰¹⁴. Прочие правила, касающиеся отношений между предприятиями и потребителями, вытекают из перечня 23 вводящих в заблуждение практик в Приложении I ДНТП. В этом «черном списке», в частности, подробно описаны следующие виды недобросовестного поведения:

- предложение приобрести товары по конкретной цене без сообщения о наличии у продавца разумных оснований полагать, что он не сможет самостоятельно поставить или убедить другого продавца поставить предлагаемые или эквивалентные продукты по указанной цене в течение такого периода и в таких количествах, которые представляются разумными с учетом продукта, масштаба рекламы и предлагаемой цены (заманивающая реклама)¹⁰¹⁵;
- ложное заявление, что товар будет в наличии (либо будет в наличии на определенных условиях) только в течение очень короткого периода времени, с целью побудить потребителей немедленно принять решение и не оставить им достаточно возможностей и времени на обоснованный выбор¹⁰¹⁶;
- использование редакционных материалов в средствах массовой информации для рекламы товара, за которую заплатил продавец, без указания на то в тексте материала либо с помощью изображений или звуков, точно идентифицируемых потребителем (рекламные статьи)¹⁰¹⁷;
- создание, обеспечение функционирования или содействие развитию «рекламной пирамиды», в которой потребитель платит за возможность

¹⁰¹² Статья 2 ДВЗСР; статья 6(1) ДНТП.

¹⁰¹³ Статья 3 ДВЗСР; статья 6(2) ДНТП.

¹⁰¹⁴ CJEU, 26 октября 2016 года, дело C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800, *Canal Digital Danmark*, пп. 43–44.

¹⁰¹⁵ Приложение I ДНТП, №5. В соответствии с судебной практикой страны основное внимание в этом положении уделяется не наличию достаточных запасов, а недостаточной информации об отсутствии запасов. Риск предоставления недостаточной информировании можно устранить, только издав пояснительную записку, которая должна быть «точно сформулирована, написана простым и понятным языком и узнаваема». См.: Верховный федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof), 17 сентября 2015 года, дело I ZR 92/14 "Smartphone-Werbung", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 395, п. 20.

¹⁰¹⁶ Приложение I ДНТП, №7.

¹⁰¹⁷ Приложение I ДНТП, №11.

- получить компенсацию, выплачиваемую в первую очередь за приглашение других потребителей, а не за продажу или потребление продукции¹⁰¹⁸;
- заявление о проведении конкурса или акции с призами и непредоставление указанных в заявлении призов или их разумного эквивалента¹⁰¹⁹;
 - приложение к маркетинговым материалам счета-фактуры или аналогичного платежного документа, который создает у потребителя ложное впечатление, что он уже заказал реализуемый продукт¹⁰²⁰.

Перечисленные в Приложении I ДНТП практики считаются недобросовестными сами по себе. Следовательно, для их признания недобросовестными и неприемлемыми нет необходимости демонстрировать их конкретное воздействие на потребителей или на рынок¹⁰²¹.

Кроме того, защита предоставляется от такой вводящей в заблуждение практики, как опущение информации – ситуации, когда продавец утаивает существенную информацию, формулирует ее неточно, невнятно, двусмысленно, предоставляет ее несвоевременно либо не оговаривает коммерческий характер деятельности в случаях, когда это не очевидно из контекста¹⁰²². Продавец утаивает информацию, если потребитель не получает такую информацию или получает ее в таком виде, что не может учесть при принятии делового решения¹⁰²³. При оценке случаев упушения информации необходимо учитывать фактические обстоятельства, включая ограничения, связанные с каналом коммуникации¹⁰²⁴. В деле *Pippig/Hartlauer* CJEU разъяснил, что неупоминание в сравнительной рекламе более известного бренда вводит в заблуждение в случаях, когда информация о бренде может существенно повлиять на решение покупателя, а бренды конкурирующих товаров значительно отличаются по степени известности¹⁰²⁵.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

В государствах-членах ЕС может предоставляться защита не только от вреда, причиняемого описанными выше практиками, такими как создание смешения, дискредитация, опорочивание и введение в заблуждение, но и от слепого подражания (4.1) и других актов незаконного завладения коммерческой тайной (4.2). Директивой о коммерческой тайне (ДКТ) установлены подробные правила защиты коммерческой тайны (4.3). Кроме того, в связи с появлением новых технологий могут вводиться новые обязательства по обеспечению прозрачности (4.4).

¹⁰¹⁸ Приложение I ДНТП, №14.

¹⁰¹⁹ Приложение I ДНТП, №19.

¹⁰²⁰ Приложение I ДНТП, №21.

¹⁰²¹ Ohly, Fairness-Based Approach, 90.

¹⁰²² Статья 7(1) и (2) ДНТП.

¹⁰²³ Ср.: Федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof), 21 июля 2016 года, дело I ZR 26/15, "LDA tested", Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 1076, para. 27.

¹⁰²⁴ Статья 7(2) ДНТП.

¹⁰²⁵ CJEU, 8 апреля 2003 года, дело C-44/01, ECLI:EU:C:2003:205, Pippig/Hartlauer, п. 53.

4.1 Слепое подражание

Защита от слепого подражания продуктам или услугам¹⁰²⁶ обеспечивается во многих государствах-членах ЕС¹⁰²⁷. Поскольку предоставление такой защиты может идти вразрез с конкретными аспектами прав интеллектуальной собственности и требованиями по их защите¹⁰²⁸, несанкционированное копирование может быть основанием для иска только в случаях, когда соблюдены конкретные критерии для признания практики недобросовестной¹⁰²⁹. В частности, недобросовестным считается подражание, создающее «устрашимое» смешение в отношении коммерческого происхождения товаров или услуг¹⁰³⁰. Требование об «устрашимом» смешении гарантирует свободу конкуренции по истечении срока действия прав интеллектуальной собственности. Подражание техническим или эстетическим характеристикам продукта становится основанием для иска только в случаях, если конкурент мог бы использовать техническое ноу-хау или промышленный образец и без слепого подражания продукту, который ранее был защищен патентом или защитой промышленного образца¹⁰³¹.

национальное законодательство может предписывать, что для удовлетворения иска о слепом подражании копируемый товар или услуга должны приобрести уникальную конкурентную позицию, стать безошибочно узнаваемыми на соответствующем рынке¹⁰³². Он должен быть отличим от аналогичных других продуктов или услуг¹⁰³³. В последнее время анализ часто согласуют с критериями смешения, предусмотренными Законом ЕС о товарных знаках (3.1)¹⁰³⁴. Поэтому не имеет значения, считает ли общественность копию оригиналом или полагает, что производитель продуктов – даже если они не

¹⁰²⁶ Вопрос регулирования услуг освещается в публикации Viken, *Legitimate and Unfair Copying*, 1042.

¹⁰²⁷ Ср.: Ole-Andreas Rognstad, "Om forholdet mellom retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring", *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 2000, 320 (326–327). По вопросу допустимости защиты от слепого подражания на национальном уровне, несмотря на возможные помехи для свободного перемещения товаров и услуг см. CJEU, 14 сентября 2010 года, дело C–48/09 P, ECLI:EU:C:2010:516, *Lego/Mega Brands*, п. 61; CJEU, 2 марта 1982 года, дело 6/81, ECLI:EU:C:1982:72, *BV Diensten Groep/Beele*, п. 15. Ср.: Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law*, 29.

¹⁰²⁸ Ср.: Anselm Kamperman Sanders, "Do Whiffs of Misappropriation and Standards for Slavish Imitation Weaken the Foundations of IP Law?", в публикации: Estelle Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar, 567.

¹⁰²⁹ Ср.: Верховный суд Германии (Bundesgerichtshof), 19 ноября 2015 года, дело I ZR 149/14, "PippiLangstrumpf-Kostüm II", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 725, пп. 22–28, в котором суд отказался удовлетворять иск о дополнительной защите вымышленных персонажей на основании общей оговорки в Разделе 3(1) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией непосредственно в свете законов об интеллектуальной собственности, в которых предлагаются средства защиты.

¹⁰³⁰ Раздел 4(3)(а) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией; Раздел 30 Закона Норвегии о контроле маркетинга; Раздел 14 Закона Швеции о маркетинге.

¹⁰³¹ Верховный суд Нидерландов (Hoge Raad), 20 ноября 2009 года, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, *Lego, Nederlandse Jurisprudentie* 2011, 302 (*Lego*); Верховный суд Нидерландов (Hoge Raad), 31 мая 1991 года, ECLI:NL:HR:1991:ZC0259, *Borsumij/Stenman, Nederlandse Jurisprudentie* 1992, 391. Что касается требования почти точной копии в датском праве, то см. Morten Rosenmeier and Jens H. Schovsbo, "Brugskunstbeskyttelsen mod «meget nærgående efterligninger». Er Højesterets praksis på kant med EU-retten? U2015B.181", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015, 181–185.

¹⁰³² Верховный суд Нидерландов (Hoge Raad), 19 мая 2017 года, ECLI:NL:HR:2017:938, *Mi Moneda, Nederlandse Jurisprudentie* 2017, 315, п. 3.4.2. Ср.: Федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof), 4 мая 2016 года, дело I ZR 58/14, "Segmentstruktur", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2017, 79, пп. 58–59; Верховный суд Норвегии, 29 ноября 2005 года, дело HR–2005–1857-A, *Viet Thai Mat AS/Hong Kong Frukt Tobakk og Asiamat ("Rice bag")*, *Norsk Retstidende* 2005, 1560, para. 30.

¹⁰³³ См. Раздел 14 Закона Швеции о маркетинге, которым предписано, что продукт должен быть «известным и отличимым». Ср. Верховный суд Дании, 19 июня 2013 года, дело U2013.2636H, 7 марта 2012 года, дело U2012.1983H, 9 февраля 2001 года, дело U2001.1006H; Верховный суд Италии, кассационная инстанция, 14 мая 2020 года, дело 8944, кассационная жалоба, 12 февраля 2009 года, дело 3478, кассационная жалоба, 26 мая 2008 года, дело 28215, кассационная жалоба, 19 января 2006 года, дело 1062.

¹⁰³⁴ Ср. Viken, *Legitimate and Unfair Copying*, 1042–1043.

идентичны, но в целом кажутся похожими – одно и то же предприятие или разные, но экономически связанные компании¹⁰³⁵.

Защита от слепого подражания может предоставляться не только в случаях предотвратимого смешения, но и если при продаже копий необоснованно эксплуатируются копируемые товары, услуги, знания, снижается их оценка либо если документы для изготовления таких копий были получены нечестным путем¹⁰³⁶.

4.2 Недобросовестное использование с уклонением от оплаты

Еще до частичной гармонизации на уровне ЕС одним из элементов континентальной европейской правовой традиции было предоставление защиты от недобросовестного использования прав с уклонением от оплаты с точки зрения общей концепции незаконного завладения, включающей незаконное завладение продуктами, услугами и другими рыночными достижениями конкурента¹⁰³⁷. Отголоски этих национальных традиций повлияли на развитие гармонизированного права ЕС. Например, статья 4(f) ДВЗСР запрещает сравнительную рекламу с недобросовестным использованием «репутации товарного знака, фирменного наименования и других отличительных знаков конкурента или указания места происхождения конкурирующих товаров». Товарным знакам, имеющим определенную репутацию, предоставляется защита от действий, в которых недобросовестно используется отличительный характер или репутация знака¹⁰³⁸.

Рассматривая понятие «паразитизма» в контексте законодательства ЕС о товарных знаках, CJEU пояснил, что оно распространяется на случаи, когда при передаче изображения товарного знака или присвоении характеристик продукта «имеет место явная эксплуатация репутации знака»¹⁰³⁹. В частности, такая защита предоставляется, когда третья сторона пытается эксплуатировать знак, пользующийся определенной репутацией¹⁰⁴⁰, «чтобы воспользоваться его привлекательностью, его авторитетом и престижем и использовать результаты маркетинговых усилий, приложенных владельцем этого знака, не выплачивая денежной компенсации и не прилагая собственных усилий...»¹⁰⁴¹.

Ввод в конкретные законы об интеллектуальной собственности, например, в законы о товарных знаках, положений о защите от недобросовестного использования прав с уклонением от оплаты заставляет задаться вопросом о том, в каких обстоятельствах сопоставимая защита может предоставляться на основании общих законов о недобросовестной конкуренции¹⁰⁴². Изменения в государствах – членах ЕС показывают, что возбуждение дела на основании законов недобросовестной конкуренции возможно только в исключительных обстоятельствах. Например, законами Нидерландов признается, что достижение, не подпадающее под действие законов об интеллектуальной собственности, может защищаться положениями о недобросовестном

¹⁰³⁵ Верховный суд Нидерландов, там же, п. 3.4.5. Ср. Viken, Legitimate and Unfair Copying, 1039–1040, 1043–1044.

¹⁰³⁶ Раздел 4(3)(b) и (c) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

¹⁰³⁷ Сфера действия национальных законов, касающихся недобросовестного «присвоения заслуг», рассматривается в следующем материале: Верховный суд Италии, кассационная инстанция, 13 июля 2021 года, дело 19954. Ср.: Ansgar Ohly, “Is the Unauthorised Commercial Exploitation of Sports Events Unfair?”, в публикации Martin Senftleben, Joost Poort et al. (eds.), Intellectual Property and Sports – Essays in Honour of Bernt Hugenholtz, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2021, 197 (200).

¹⁰³⁸ Статья 9(2) ПЕКТЗ; статья 10(2) ДТЗ.

¹⁰³⁹ CJEU, 18 июня 2009 года, дело C–487/07, ECLI:EU:C:2009:378, L'Oréal/Bellure, para. 41.

¹⁰⁴⁰ CJEU, 23 октября 2003 года, дело C–408/01, ECLI:EU:C:2003:582, Adidas/Fitnessworld, ECLI:EU:C:2003:582, para. 29.

¹⁰⁴¹ CJEU, 18 июня 2009 года, дело C–487/07, ECLI:EU:C:2009:378, L'Oréal/Bellure, para. 49.

¹⁰⁴² Ср.: Annette Kur, “(No) Freedom to Copy? Protection of Technical Features under Unfair Competition Law”, в публикации Martin Adelman, Robert Brauneis, Josef Drexl and Ralph Nack (eds.), Patents and Technological Progress in a Globalized World, Berlin: Springer 2009, 521 (522).

использовании с уклонением от оплаты, если его можно поставить в один ряд с отвечающими критериям защиты интеллектуальной собственности творческими или изобретательскими усилиями¹⁰⁴³. Однако на практике на вопрос о такой эквивалентности практически никогда нельзя дать утвердительный ответ. Например, в деле KNVB/NOS Верховный суд Нидерландов не признал организацию соревнований премьер-лиги и национальных футбольных соревнований для профессиональных клубов достижением, эквивалентным усилиям, необходимым для получения права интеллектуальной собственности¹⁰⁴⁴.

Развитие событий в других странах – членах ЕС подтверждает исключительный характер такой защиты. В Германии рассматривалось дело Hartplatzhelden.de о сайте с объявлениями, на который выкладывались видеоклипы с яркими сценами из любительских футбольных матчей¹⁰⁴⁵. Одна из региональных футбольных ассоциаций в Германии подала иск против компании, обеспечивающую функционирование веб-сайта, по обвинению в недобросовестном извлечении прибыли из ее усилий по организации мероприятий и проведении тренировок, и Верховный федеральный суд Германии рассмотрел вопрос о том, может ли защита вытекать из общего запрета на недобросовестную торговую практику, предусмотренного законом Германии о недобросовестной конкуренции¹⁰⁴⁶. Он пришел к выводу, что это возможно только при выполнении строгих условий. Необходимо доказать, что альтернативных средств защиты, таких как права интеллектуальной собственности, недостаточно. Защита должна быть необходима для обеспечения бесперебойных инвестиций в организационную деятельность истца. Наконец суд взвесил интересы ходатайствующего о предоставлении защиты истца, оператора веб-сайта и широкой общественности¹⁰⁴⁷. Исходя из этих критериев не было выявлено необходимости в предоставлении защиты на основании закона о недобросовестной конкуренции. Любительские клубы могут ссылаться на свое внутреннее право контролировать доступ на стадион и видеозаписи¹⁰⁴⁸. Поскольку веб-сайт служит важным источником информации о любительских футбольных матчах, свобода доступа к информации пользователей платформы и общественный интерес с точки зрения свободы конкуренции, суд отказался квалифицировать действия оператора как недобросовестное использование с уклонением от оплаты¹⁰⁴⁹.

Исключительный характер защиты от незаконного завладения также был подтвержден в судебных решениях, касающихся паразитического маркетинга. В деле FFR/Fiat Верховный суд Франции рассматривал рекламную кампанию автомобиля Fiat 500, в которой производитель автомобилей упоминал матч между Францией и Англией и предстоящий матч между Францией и Италией в рамках Кубка шести наций по регби¹⁰⁵⁰. Ссылаясь на защиту от паразитической конкуренции, предусмотренную Законом

¹⁰⁴³ Верховный суд Нидерландов (Hoge Raad), 27 июня 1986 года, ECLI:NL:PHR:1986:AD7158, Holland Nautica/Decca, Nederlandse Jurisprudentie 1987, 191, para. 4.2; Верховный суд Нидерландов (Hoge Raad), 20 ноября 1987 года, ECLI:NL:HR:1987:AD0056, Staat/Den Ouden, Nederlandse Jurisprudentie 1988, 311.

¹⁰⁴⁴ Верховный суд Нидерландов (Hoge Raad), 23 октября 1987 года, ECLI:NL:HR:1987:AD0055, Koninklijke Nederlandse Voetbalbond/Nederlandse Omroep Stichting, Nederlandse Jurisprudentie 1987, 310, para. 5.1. Cp. Asser Institute and Institute for Information Law, Study on Sports Organisers' Rights in the European Union, Amsterdam/The Hague 2014, 35–36, опубликовано по адресу https://www.asser.nl/media/2624/final-report_sor-2014.pdf.

¹⁰⁴⁵ Верховный федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof), 28 октября 2010 года, дело I ZR 60/09, "Hartplatzhelden.de", Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2011, 436, pp. 1–3.

¹⁰⁴⁶ Раздел 3(1) Закона Германии о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

¹⁰⁴⁷ Верховный суд Германии, там же, pp. 24–28. Cp.: Ohly, Exploitation of Sports Events, 200–202.

¹⁰⁴⁸ Верховный суд Германии, там же, pp. 24, 27.

¹⁰⁴⁹ Верховный суд Германии, там же, pp. 25, 27.

¹⁰⁵⁰ Верховный суд Франции (Кассационный суд), 20 мая 2014 года, ECLI:FR:CCASS:2014:CO00515, Fédération française de rugby/Fiat, рассмотрение первого довода.

Франции о недобросовестной конкуренции¹⁰⁵¹, Французская федерация регби утверждала, что Fiat недобросовестно использовал ее усилия, инвестиции и известность. Но суд отметил, что Fiat всего лишь воспроизвел общеизвестную информацию о результатах игры и о предстоящем матче. Использование таких фактов не может быть квалифицировано как недобросовестное деяние с присвоением финансовой прибыли от турнира по регби¹⁰⁵². Кроме того, суд отклонил обвинения в создании смещения. Fiat не создавал впечатление, что является официальным спонсором¹⁰⁵³.

4.3 Защита коммерческой тайны

После принятия Директивы об охране коммерческой тайны (ДКТ) в 2016 году были разработаны подробные гармонизированные правила в этой сфере¹⁰⁵⁴. В статье 2(1) ДКТ, как и в статье 39(2) ТРИПС, «коммерческая тайна» определяется как информация, которая а) является секретной в том смысле, что она не является общеизвестной и легко доступной лицам в компетентных кругах; б) ввиду своей секретности имеет коммерческую ценность; и с) является предметом надлежащих мер, направленных на сохранение ее секретности. В число владельцев коммерческой тайны, имеющих право ходатайствовать о защите, входят не только разработчик ноу-хау, но и любое другое физическое или юридическое лицо, «законно контролирующее коммерческую тайну»¹⁰⁵⁵, например, лицензиаты, имеющие доступ к тайне на основании соглашений об исследованиях, производстве или распространении продукции. Предоставляется, в частности, защита от следующих деяний:

- незаконное завладение, вытекающее из действий, противоречащих честной коммерческой практике, таких как несанкционированный доступ, присвоение или копирование любых документов, предметов, материалов, веществ и электронных файлов, в которых сообщается секретная информация¹⁰⁵⁶;
- незаконное использование или раскрытие информации лицом, незаконно завладевшим коммерческой тайной; нарушение соглашений о конфиденциальности и других обязательств не разглашать коммерческую тайну; или нарушение договорных и других обязательств, ограничивающих использование коммерческой тайны¹⁰⁵⁷.

В частности, «нарушающие коммерческую тайну товары» – это «товары, чья конструкция, характеристики, функционирование, технология производства и маркетинг становятся существенно эффективнее в результате незаконного приобретения, использования или раскрытия коммерческой тайны»¹⁰⁵⁸. В соответствии с этим определением считается, что охрана распространяется не только на наблюдаемые характеристики продукции. Есть мнение, что продукция также нарушает авторские права, если для производства или маркетинга такой продукции использовались данные, составляющие коммерческую тайну, такие как информация о клиентах и поставщиках, бизнес-планы, исследования рынка и стратегии¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵¹ Статья 1240 Гражданского кодекса. Ср.: Sylvie Nérisson, “France”, в публикации: Frauke Henning-Bodewig (ed.), *International Handbook on Unfair Competition*, Munich: C.H. Beck 2013, 207 (§ 11), para. 62–69.

¹⁰⁵² Верховный суд Франции, там же, рассмотрение первого довода.

¹⁰⁵³ Верховный суд Франции, там же, рассмотрение второго довода.

¹⁰⁵⁴ Подходы стран, основанные на нормах о генеральном деликте, которые использовались ранее, см., например, в публикации: Верховный суд Нидерландов (Hoge Raad), 31 января 1919 года, дело ECLI:NL:HR:1919:AG1776, Lindenbaum/Cohen, *Nederlandse Jurisprudentie* 1919, 161.

¹⁰⁵⁵ Статьи 2(2) и 4(1) ДКТ.

¹⁰⁵⁶ Статья 4(2) ДКТ.

¹⁰⁵⁷ Статья 4(3) ДКТ.

¹⁰⁵⁸ Статья 2(4) ДКТ.

¹⁰⁵⁹ Пункт 2 преамбулы ДКТ.

Однако документы об охране коммерческой тайны ЕС устанавливают и ограничения. Приобретение считается законным, если оно вытекает из честной коммерческой практики, такой как независимое открытие или создание, или конструктивно-технологический анализ на основе наблюдения, изучения, разборки или испытания продукта или предмета, который стал общедоступным или законно находится во владении лица, которое не обязано по закону ограничивать приобретение тайны¹⁰⁶⁰. Осуществление права на свободу выражения мнений и информации, включая свободу прессы и плюрализм средств массовой информации, не контролируется владельцами коммерческой тайны. Кроме того, охрана коммерческой тайны не ограничивает право активистов сообщать о неправомерном поведении, правонарушениях и незаконной деятельности, если это делается для защиты общих общественных интересов¹⁰⁶¹.

4.4 Новые правила применения, обусловленные развитием современных технологий

В связи с развитием новых технологий и соответствующих маркетинговых инструментов по итогам рассмотрения вопроса о регулировании поисковой рекламы законами ЕС о товарных знаках и недобросовестной конкуренции было установлено, что для обеспечения добросовестного поведения и эффективного функционирования рынка могут потребоваться дополнительные меры по повышению прозрачности. В деле Google/Louis Vuitton CJEU постановил, что поисковая реклама представляет собой нарушение прав на товарный знак, если в рекламе не указывается на наличие экономической связи, но сообщается о происхождении рекламируемых товаров или услуг настолько расплывчато, что имеющие стандартную информацию и достаточно внимательные пользователи интернета не могут понять на основании рекламной ссылки и рекламного сообщения, которым она сопровождается, является ли рекламодатель третьей стороной или экономически связан с владельцем товарного знака¹⁰⁶². Это решение указывает на переход от требования о доказывании истцом вероятного создания смешения к явно выраженному требованию к ответчику обеспечить прозрачность рынка¹⁰⁶³.

Также были введены особые правила прозрачности в отношении маркетинга с привлечением лидеров общественного мнения. Так, Верховный федеральный суд Германии постановил, что невозможно установить, что рекламный материал, опубликованный лидером общественного мнения в социальных сетях в интересах сторонней компании, имеет коммерческую цель, исходя только из факта, что такое лицо предположительно действует не только в сугубо частных целях, но и в интересах своей компании. Того, что коммерческая цель очевидна исходя из обстоятельств, недостаточно. При этом лидер общественного мнения должен принимать активные меры к тому, чтобы потребители могли с первого взгляда без сомнения распознать коммерческую цель. Что касается наличия коммерческой цели, то суд пояснил, что публикации лидеров общественного мнения могут считаться коммерческими, если они имеют «дополнительную рекламную направленность», которой не имеет стандартный комментарий частного лица о положительных впечатлениях от продукта. Для появления дополнительной рекламной направленности, как правило, достаточно, чтобы лидер общественного мнения разместил в публикации в социальных сетях гиперссылку на веб-

¹⁰⁶⁰ Статья 3(1) (a) и (b) ДКТ.

¹⁰⁶¹ Статья 5(a) и(b) ДКТ.

¹⁰⁶² CJEU, 23 марта 2010 года, дела C–236/08–238/08, Google France and Google/Louis Vuitton et al., п. 90; CJEU, 25 марта 2010 года, дело C–278/08, BergSpechte/Trekking.at, пп. 36 и 38–40.

¹⁰⁶³ Martin Senftleben, “Adapting EU Trademark Law to New Technologies – Back to Basics?”, в публикации: Christophe Geiger (ed.), *Constructing European Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 137 (162–163); Ansgar Ohly, “Keyword Advertising auf dem Weg zurück von Luxemburg nach Paris, Wien, Karlsruhe und Den Haag”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2010, 776 (780); Nicole van de Laan, “Die markenrechtliche Lage des Keyword Advertising”, в публикации: J. Taeger (ed.), *Digitale Evolution – Herausforderungen für das Informations- und Medienrecht*, Oldenburg: Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht 2010, 597 (605).

сайт производителя, чей продукт он описывает, даже если такой товар невозможно приобрести непосредственно на странице производителя, на которую дана ссылка¹⁰⁶⁴.

Следствием расширяющегося использования адресной рекламы и алгоритмических маркетинговых инструментов также может стать введение особых обязательств по обеспечению прозрачности и информированию¹⁰⁶⁵. В своем предложении по закону о цифровых услугах («ЗЦУ»)¹⁰⁶⁶ Европейская комиссия указала, что для перехода к ответственному оказанию цифровых услуг¹⁰⁶⁷, создания условий для добросовестной экономической деятельности¹⁰⁶⁸ и расширения прав и возможностей потребителей¹⁰⁶⁹ необходимо ввести обязательства по обеспечению прозрачности и информированию. Согласно предложению о ЗЦУ, платформы, такие как онлайн-рынки, должны предоставлять пользователям информацию о том, когда и от чьего имени размещается реклама и какие параметры используются для того, чтобы показывать рекламу именно им, в частности, с разъяснением того, какая логика используется в системах адресной рекламы¹⁰⁷⁰.

Р. ВЕЛИКОБРИТАНИЯ*

1. Законодательная база

В Соединенном Королевстве (Великобритании) нет единой законодательной базы для защиты от недобросовестной конкуренции. Не существует ни единого законодательного ориентира, ни отдельного деликта недобросовестной конкуренции. Поэтому встречаются утверждения, что «норм английского права о недобросовестной конкуренции не существует»¹⁰⁷¹ и что в Великобритании об этой области «практически ничего неизвестно»¹⁰⁷². Несмотря на отсутствие единого источника в виде норм деликтного права или законов, в Великобритании действует целый ряд норм, устанавливающих ответственность за недобросовестную конкуренцию; в частности, в стране признаются отдельные деликты и правонарушения по праву справедливости (в первую очередь ведение деятельности под чужим именем, вредоносная дезинформация, диффамация и нарушение доверия) и устанавливаются запреты на

¹⁰⁶⁴ Верховный федеральный суд Германии, 9 сентября 2021 года, дело I ZR 90/20, “Influencer I”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2021, 1400 (1400).

¹⁰⁶⁵ Stefan Scheuerer, “Artificial Intelligence and Unfair Competition – Unveiling an Underestimated Building Block of the AI Regulation Landscape”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International 2020, 1 (3–4).

¹⁰⁶⁶ Европейская комиссия, 15 декабря 2020 года, Предложение о Регламенте Европейского парламента и Совета о едином рынке цифровых услуг (Закон о цифровых услугах) и о внесении изменений в Директиву 2000/31/ЕС, документ COM(2020) 825 final 2020/0361.

¹⁰⁶⁷ Европейская комиссия, там же, пояснительный меморандум, 1–2.

¹⁰⁶⁸ Европейская комиссия, там же, пояснительный меморандум, 5–7.

¹⁰⁶⁹ Европейская комиссия, там же, пояснительная записка, 9. Информацию о дополнительных предложениях по снижению уязвимости потребителей в цифровой среде см. в публикации Natali Helberger, Orla Lynskey, Hans-Wolfgang Micklitz et al., EU Consumer Protection 2.0 – Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets, Brussels: BEUC 2021, 78–79.

¹⁰⁷⁰ Европейская комиссия, там же, статьи 24 и 30; пункты преамбулы 52 и 63.

* Г-н Дев Саиф Ганджи, профессор юридического факультета Оксфордского университета, Великобритания; приглашенный профессор Национального юридического университета, Дели, Индия

¹⁰⁷¹ Rogier W. De Vrey, Towards a European Unfair Competition Law: A Clash between Legal Families (Martinus Nijhoff, The Hague 2006) 4.

¹⁰⁷² F. K. Beier ‘The Law of Unfair Competition in the European Community: Its Development and Present Status’ [1985] International Review of Intellectual Property and Competition Law 139, 161.

вводящую в заблуждение практику на основании законов о защите прав потребителей, законов о товарных знаках и кодексов регулирования рекламы¹⁰⁷³.

По совокупности охвата вышеперечисленные режимы в значительной мере дублируют защиту, обеспечиваемую нормами гражданского права о недобросовестной конкуренции. Поэтому правильнее будет сказать, что в Великобритании существуют *законы* о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

Помимо возможного отсутствия согласованности, такой подход имеет три последствия. Во-первых, периодически высказываются сомнения в том, соблюдает ли Великобритания общий запрет на недобросовестную конкуренцию, установленный статьей 10bis(1) и (2) ПК¹⁰⁷⁴. Опираясь на текст, контекст, цель и статью 10bis историю переговоров по ней, Великобритания последовательно утверждала в ходе серии конференций по пересмотру (причем возражений не следовало), что ее внутренние режимы обеспечивают выполнение этого обязательства. Следует отметить, что Великобритания была одной из первых сторон, предложивших разработать это положение¹⁰⁷⁵. Тот факт, что стороны были намерены опираться на национальные правовые подходы как к форме, так и к содержанию законов о недобросовестной конкуренции, подтверждается не только тремя обязательными категориями, предписанными статьей 10bis(3), но и историей разработки этого положения¹⁰⁷⁶. В Соглашении ТРИПС была закреплена статья 10bis ПК (в виде статьи 2.1), и заключение Комиссии ВТО по делу «Австралия – непривлекательная упаковка» позволяет дополнительно прояснить содержание общего обязательства¹⁰⁷⁷. В статье 10bis(1) содержится призыв обеспечить «эффективную защиту» от недобросовестной конкуренции, но не оговариваются ни форма, ни средства защиты¹⁰⁷⁸. Кроме того, в заключении Комиссии указано, что недобросовестная конкуренция по смыслу статьи 10bis(2) – это «такие действия, совершаемые субъектом рынка для конкуренции с другими субъектами, которые противоречат тому, что обычно считается правдивым, добросовестным и честным *на определенном рынке*» (выделено автором)¹⁰⁷⁹. Поэтому любое объективное определение недобросовестности должно формулироваться с учетом местной специфики в рамках национального законодательства¹⁰⁸⁰. Таким образом, «члены ВТО обязаны не только запрещать три конкретных вида действий согласно пункту 3 статьи 10bis, но и обеспечивать эффективную защиту от всех действий, подпадающих под общее действие пункта 2... [однако] объем другой практики в промышленных и торговых делах, против которой [любой член] обязан обеспечить эффективную защиту, должен рассматриваться в контексте правовых систем и определений действия, противоречащего тому, что обычно считается правдивым, добросовестным и честным на рассматриваемом внутреннем рынке»¹⁰⁸¹. Несмотря на

1073 R. Arnold, 'English Unfair Competition Law' [2013] International Review of Intellectual Property and Competition Law 63; J. Davis, 'Unfair Competition: The United Kingdom', в публикации F. Henning-Bodewig (ed), International Handbook on Unfair Competition (C H Beck : Hart, 2013), 600.

1074 См., например, дело L'Oréal SA & Ors против Bellure NV & Ors [2007] EWCA Civ 968, [135]-[142] (лорд-судья Джейкоб) (в котором был отклонен довод, что для выполнения международных обязательств по Парижской конвенции необходимо расширить деликт ведения деятельности под чужим именем, включив в него не только представление ложной информации, но и незаконное завладение).

1075 C. Wadlow, Wadlow on the Law of Passing Off, 6th ed (Sweet & Maxwell 2021), Ch. 2.

1076 GHC Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (Bureau de l'Union, 1968) 142–148; Wadlow, Passing Off, 54–78; S Ricketson, The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary (OUP, 2015), [13.33]-[13.59].

1077 Panel Report, Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Australia—Tobacco Plain Packaging), WT/DS458/R, WT/DS457/R (распространено 28 июня 2018 года, принято 27 августа 2018 года). Апелляция по этому аспекту не подавалась в апелляционную комиссию. WT/DS435/AB/R и WT/DS441/AB/R (9 июня 2020 года).

1078 Там же, [7.2663].

1079 Там же, [7.2667].

1080 Там же, [7.2672]–[7.2675].

1081 Там же, [7.2679].

возможное влияние результатов сравнения или многосторонних факторов, вопрос о том, что входит в понятие «недобросовестность», неизбежно решается внутри стран.

Вторым следствием такого разрозненного подхода стало применение не только гражданско-правовых средств. Великобритания традиционно отдает предпочтение уголовно-правовым санкциям как «эффективному средству защиты». В частности, такой режим был закреплен в Законах о товарных знаках в период с 1887 по 1953 год. В частности, он позволял министерствам и местным органам власти открывать судебное преследование в связи с ложными и вводящими в заблуждение торговыми описаниями товаров и неправомерным применением товарных знаков. Кроме того, судебное преследование может быть инициировано при получении жалоб от законных продавцов или потребителей¹⁰⁸². Использование такого режима в указанный период объяснялось отсутствием системы местных судов, способной обеспечить недорогостоящее и оперативное рассмотрение дел в гражданском процессе, а также убеждением в том, что для эффективного искоренения мошенничества необходимо привлекать виновных к уголовной ответственности¹⁰⁸³. Вышесказанное служит напоминанием о том, что уголовное наказание входит в комплекс мер по борьбе с недобросовестной конкуренцией наряду с гражданским судопроизводством, административными мерами и кодексами саморегулирования¹⁰⁸⁴. Таким образом, исследователи, изучающие применение статьи 10bis ПК в Великобритании только по гражданским искам, упускают этот важный аспект.

Третье следствие заключается в том, что действующие в Великобритании законы о недобросовестной конкуренции не имеют общей теоретической основы и разные режимы в этой системе вводятся исходя из разных принципов и приоритетов. Широко признается, что «[на эффективно функционирующих рынках] защита от недобросовестной конкуренции представляет собой защиту не только общественных интересов, но и конкурентов и потребителей»¹⁰⁸⁵. Как будет подробно описано в остальных разделах данного отчета, различные режимы в меню Великобритании в разной степени отвечают интересам этих трех групп. Если в нормах деликтного права, устанавливающих ответственность за ведение деятельности под чужим именем, признается право продавца на его репутацию на рынке, то в режимах защиты прав потребителей во главу угла ставятся интересы потребителей и качество доступной им информации. В свою очередь, вывод о том, чьи интересы защищает каждый режим, можно сделать, изучив правила в отношении процессуальной правоспособности или в отношении права на иск. В режимах защиты прав потребителей продавцы не признаются непосредственно затрагиваемыми сторонами, а потребители не могут предъявить иск о ведении деятельности под чужим именем.

С точки зрения ИС такой метод позволяет провести различие между законами о «чистой» защите прав потребителей и правилами в отношении недобросовестной конкуренции, позволяющими продавцам подавать иски для защиты ценных нематериальных активов, таких как коммерческая тайна и репутация на рынке. Кроме того, следует помнить, что не все режимы, входящие в общую систему законов о недобросовестной конкуренции, применимы к ИС. Подкуп одним конкурентом представителей или сотрудников другого и систематическое подстрекательство к

1082 Вопрос рассматривается в Заключении Комитета по защите прав потребителей 1962 года (Cmnd. 1781) [573]–[725].

1083 Wadlow, *Passing Off*, 56–57.

1084 WIPO, *Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (1994), 69–81.

1085 WTO Panels, *Australia – Plain Packaging*, [7.2680]. См. также пункт 21 преамбулы Регламента ЕС №864/2007 о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II») («В отношении недобросовестной конкуренции и действий, ограничивающих свободную конкуренцию, правило конфликта законов должно защищать конкурентов, потребителей и общественность в целом и гарантировать нормальное функционирование рыночной экономики»).

нарушению договоров могут быть признаны актами недобросовестной конкуренции, даже если такие действия не затрагивают напрямую ценные нематериальные активы¹⁰⁸⁶. Чтобы выяснить, какие правила в отношении недобросовестной конкуренции, действующие в той или иной юрисдикции, важны с точки зрения ИС, полезно задаться вопросами, что является объектом охраны (ценные нематериальные активы?), а также кто и в чьих интересах может предъявить иск (продавцы, потребители, регуляторы рынка или другие административные органы?). Таким образом, в настоящем докладе речь идет о хозяйствующих субъектах, возбуждающих иски не только по законам об ИС, но и по нормам о недобросовестной конкуренции для защиты нематериальных интересов.

2. Честная практика в промышленных и торговых делах.

Поскольку в Великобритании отсутствует единый источник законов о недобросовестной конкуренции, в стране нет общего запрета на конкурентные действия, «противоречащие честным обычаям в промышленных и торговых делах». Предпочтительно наличие точных оснований для возбуждения иска, отвечающих специфическим критериям и ограничениям¹⁰⁸⁷. В период членства Великобритании в ЕС ситуация не изменилась, так как были гармонизированы только нормы, касающиеся отдельных аспектов отношений между потребителями (в первую очередь недобросовестной торговой практики) и между предпринимателями (в первую очередь вводящей в заблуждение и сравнительной рекламы)¹⁰⁸⁸. По вопросу гражданских исков один из комментаторов отмечает следующее:

в общем праве отсутствует генеральный деликт недобросовестной конкуренции, поэтому для борьбы с чрезмерными (а не просто агрессивными) конкуренцией и экономическими усилиями, будь то переманивание клиентов или посягательство на коммерческие связи, в первую очередь используются нормы, устанавливающие ответственность за экономические деликты¹⁰⁸⁹.

Это такие деликты, как подстрекательство к нарушению договора, причинение убытков незаконными средствами, запугивание, сговор с использованием законных средств (когда ответчики объединяются для совершения вредоносных, но в остальном не запрещенных законом действий), сговор с использованием незаконных средств (когда ответчики объединяются для совершения незаконных действий), обман и злонамеренная дезинформация, а также ведение деятельности под чужим именем. С точки зрения ИС считается, что ведение деятельности под чужим именем представляет собой самый распространенный деликт, отвечающий критериям для признания такой формой недобросовестной конкуренции, как предоставление ложной информации о происхождении продукции (см. раздел 3.1 ниже).

Однако еще с 1960-х годов периодически предпринимались попытки квалифицировать ведение деятельности под чужим именем не только как деликт, основным признаком которого является предоставление ложной информации, но как более общий деликт недобросовестной конкуренции¹⁰⁹⁰. В частности, утверждалось, что суды должны

1086 WIPO, World Situation, 68.

1087 В основе такого подхода лежит подход к деликтам в традиции общего права, предполагающий подробный анализ фактических обстоятельств и вреда, а не более абстрактный, систематический подход, принятый в гражданском праве. Gerhard Wagner, 'Comparative Tort Law' in Mathia Reimann & Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (OUP, 2006), 1005.

1088 См. Senftleben, EU Report, section O.1. См. также Christopher Wadlow 'The Emergent European Law of Unfair Competition and its Consumer Law Origins' (2012) *Intellectual Property Quarterly* 1.

1089 H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (OUP, 2010), 2.

1090 В прошлом британские суды иногда воспринимали эту идею положительно. См., например, *Vine Products Ltd. v. MacKenzie & Co Ltd* [1969] R.P.C. 1, 23 (в публикации говорится о распространении концепции ведения деятельности под чужим именем на «такие недоисследованные области, как «недобросовестная торговля» и «незаконная конкуренция»); *Arsenal Football Club Plc против Reed* [2003]

признавать основанием для иска незаконное завладение и использование с уклонением от оплаты, даже если они не сопряжены с предоставлением ложной информации¹⁰⁹¹. В этом смысле нормы, устанавливающие ответственность за «деликт недобросовестной конкуренции», подобны нормам о предупреждении незаконного завладения, но все еще отличаются от открытой общей оговорки, принятой в деликтном праве Франции и в законодательстве Германии. Несмотря на косвенные свидетельства готовности судебной системы признавать такие действия основанием для исков, Тайный совет в деле Cadbury Schweppes против Pub Squash¹⁰⁹² заключил, что основным предметом первых дел о «недобросовестной конкуренции» было неверное указание классов продуктов (такие как «испанское шампанское»), а не предоставление ложной информации о коммерческом происхождении. Иными словами, они касались новой формы предоставления ложной информации о характеристиках товара. Последующие постановления подтверждают, что концепцию ведения деятельности под чужим именем не следует расширять до масштабов общего деликта незаконного присвоения или как простое копирование чужих усилий.

Не существует деликта копирования. Не существует деликта захвата рынка и переманивания клиентов. Ни рынок, ни клиенты не являются собственностью истца. В принципе не существует деликта использования чужой репутации. Не существует деликта конкуренции... Ведение деятельности под чужим именем построено на обмане или его вероятности, в частности на обмане конечного потребителя... Не было ни единого случая, когда этот деликт был бы связан с чем-то, кроме обмана. В противном случае такие действия были бы одной из форм честной конкуренции, объявленной незаконной по основаниям, не имеющим отношения к обману. Не представляю, как могут появиться такие основания. Такой подход будет служить только подавлению конкуренции¹⁰⁹³.

Законы о ведении деятельности под чужим именем не предназначены для защиты лиц от добросовестной конкуренции. Они не защищают лицо от продажи другими лицами того же товара или даже копий товара. Их цель состоит в защите деловой репутации и в пресечении ситуаций, когда одно лицо выдает свои товары или услуги за товары или услуги другого¹⁰⁹⁴.

При разработке законов о ведении деятельности под чужим именем необходимо также помнить о принципе баланса интересов, который [описывается] как «компромисс между двумя противоречащими друг другу целями: свободной конкуренцией в интересах общества, с одной стороны, и защитой продавца от действий других лиц, представляющих собой недобросовестную конкуренцию, с другой»... Чтобы действие квалифицировалось как ведение деятельности под чужим именем, необходимо установить соответствие достаточно узкому критерию наличия ущерба для истца; кроме того, для удовлетворения исковых требований истцу недостаточно установить факт копирования. Прогресс в торговле, творчестве, профессиональной и научной деятельности достигается за счет чужих идей; копирование нередко способствует развитию¹⁰⁹⁵.

Такое неодобрительное отношение к расширению концепции «ведения деятельности под чужим именем» до более общего деликта незаконного завладения служит примером типичного для системы общего права подхода, который предполагает защиту конкретных интересов и исключение открытых запретов. В основе такого подхода лежит ряд основных причин. Во-первых, деликтное право развивается постепенно и по аналогии с прецедентами¹⁰⁹⁶. Наложение (неконсенсуального) обязательства на

EWCA Civ 696, [70]-[71] (комментарии судьи апелляционного суда Олдос не носили нормоустановительного характера, но он высказался в поддержку расширения концепции). G. Dworkin, 'Unfair Competition: Is the Common Law Developing a New Tort' [1979] EIPR 242.

1091 M. Spence, 'Passing Off and the Misappropriation of Valuable Intangibles' [1996] LQR 472.

1092 [1981] RPC 429, 461–464.

1093 Hodgkinson & Corby Ltd против Wards Mobility Ltd [1994] 1 WLR 1564, 1569–1570 (судья Джейкоб).

1094 Robyne Rihanna Fenty против Arcadia Group Brands Ltd [2015] EWCA Civ 3, [33] (лорд-судья Китчин).

1095 Starbucks (HK) Ltd & Anor против British Sky Broadcasting Group Plc & Ors [2015] UKSC 31, [61] (судья Нойбергер).

1096 Carty, Analysis of the Economic Torts, 8.

основании норм деликтного права нарушает автономию стороны, на которую налагается такое обязательство. Считается, что в случаях, когда необходимо пресечь копирование или признать новые формы ущерба, более широкими возможностями для вмешательства располагает парламент, который может принимать специализированные сбалансированные законы, такие как различные законодательные акты в области ИС. Во-вторых, как показывают приведенные выше выдержки из судебных документов, существует опасение, что универсальные меры будут препятствовать свободной и честной конкуренции. Специалисты убеждены, что «если дать судам право налагать произвольные и, возможно, беспорядочные ограничения на свободу конкуренции отдельного хозяйствующего субъекта как для решения конкретной проблемы, так и во имя расплывчатого, но якобы всеобъемлющего принципа, такого как «добросовестность», можно больше потерять, чем приобрести»¹⁰⁹⁷. В-третьих, существует такой институциональный аспект, как нежелание судей возлагать на себя ответственность за принятие таких решений о приемлемом поведении на рынке, поскольку при эффективной конкуренции всегда есть стороны, которые несут финансовые убытки¹⁰⁹⁸. «Институты общего права традиционно отказываются участвовать в разработке правил добросовестной конкуренции... как правило, они возлагают ответственность за их разработку на Парламент»¹⁰⁹⁹. Вышеприведенными факторами в совокупности объясняется отсутствие в странах общего права открытых положений о противодействии недобросовестной конкуренции. Нежелание принять общий принцип подвергается критике со стороны специалистов, считающих гибкость достоинством. Ввиду его отсутствия суды расширяют границы концепции ведения деятельности под чужим именем, признавая надуманные заявления о предоставлении ложной информации и признавая новые формы ущерба и тем самым косвенно подтверждая справедливость исков о незаконном завладении¹¹⁰⁰. Но есть и убежденные сторонники сохранения статуса-кво, которые придают высокую важность свободе копирования и конкуренции при отсутствии целенаправленного причинения ущерба¹¹⁰¹.

3. Применение списка прямо запрещенных действий

Что касается списка действий, приведенного в статье 10bis(3) ПК, то в законодательстве Великобритании предусмотрены средства предотвращения смешения (3.1), дискредитирующих и порочащих утверждений (3.2) и практики введения в заблуждение (3.3). В приведенном ниже обзоре не рассматриваются нормы права ИС, такие как законы о товарных знаках, которые в иных аспектах важны во избежание неверного толкования¹¹⁰².

3.1 Создание смешения

Норма деликтного права, устанавливающая ответственность за ведение деятельности под чужим именем, соответствуют требованиям статьи 10bis(3), №1 ПК, которая запрещает «действия, способные создать смешение в отношении учреждения, товаров, промышленной или торговой деятельности конкурента». Это так называемый «Закон о незарегистрированных товарных знаках»¹¹⁰³. Его «можно свести к одному короткому

¹⁰⁹⁷ Wadlow, *Emergent European Law*, 3.

¹⁰⁹⁸ *Mogul против McGregor Gow* (1889) L.R. 23 QBD 598, 625–626 (CA) (Fry LJ) («Суды уполномочены проводить границу между честной и нечестной конкуренцией, между разумным и неразумным»).

¹⁰⁹⁹ *OBG Ltd против Allan* [2007] UKHL 21, [56] (лорд Хоффман).

¹¹⁰⁰ J Davis 'Why the United Kingdom Should Have a Law Against Misappropriation' [2010] CLJ 561

¹¹⁰¹ H Carty 'The Common Law and the Quest for the IP Effect' [2007] *Intellectual Property Quarterly* 237; C Wadlow 'Rudolf Callmann and the Misappropriation Doctrine in the Common Law of Unfair Competition' [2011] *Intellectual Property Quarterly* 111.

¹¹⁰² См. Закон о товарных знаках 1994 года.

¹¹⁰³ Davis, *The United Kingdom*, 600. Ретроспективная информация о таком соотношении приводится в публикации Bently, L Bently, 'From Communication to Thing: Historical Aspects of the Conceptualization of Trade

общему предписанию: никто не может выдавать свои товары за чужие»¹¹⁰⁴. Для удовлетворения исковых требований необходимо наличие «классических трех» элементов: 1) деловая репутация, защищаемая от 2) ложной информации, 3) которой причиняется или может быть причинен реальный ущерб¹¹⁰⁵. Основным признаком этого деликта считается предоставление ложной информации, при этом судей не удается убедить признать самостоятельными аналогами этого деликта размывание или незаконное завладение.

Должен быть выполнен следующий критерий: «доверие клиента, вытекающее из предоставленной ответчиком ложной информации, которое причиняет ущерб деловой репутации истца»¹¹⁰⁶.

Что касается первого элемента, то законы о ведении деятельности под чужим именем направлены на защиту деловой репутации. В публикации Lord MacNaghten дается следующее определение этого термина: «выгода и преимущество от доброго имени, репутации и связей предприятия. Это «сила притяжения», которая привлекает заказчиков... деловая репутация не существует отдельно. Она не способна поддерживать сама себя. Она должна прилагаться к предприятию»¹¹⁰⁷. Важно, что она признается формой нематериальной собственности, которой причиняется ущерб в результате предоставления ответчиком ложной информации¹¹⁰⁸. Именно наличие такого имущественного интереса позволяет пострадавшему продавцу обратиться в суд, чего не может сделать введенный в заблуждение потребитель. Символами этого имущественного интереса, подлежащими охране, могут быть различные обозначения, включая фирменные наименования, логотипы, фирменный стиль и даже элементы изображений знаменитостей¹¹⁰⁹. Хотя высказываются и противоположные мнения, общепринятая, традиционная точка зрения заключается в том, что деловая репутация и простая репутация – разные понятия и первая не ограничивается масштабом второй. Таким образом, суды в Великобритании придерживаются позиции, что «если предприятие стремится приобрести деловую репутацию в отношении товарного знака, оно не может приобрести ее, какой бы высокой ни была репутация [такого] знака в Великобритании, если среди широкой общественности в Великобритании нет покупателей этих товаров»¹¹¹⁰. Мнения судов общего права по этому вопросу разделились. Одни суды признают трансграничную репутацию как таковую достаточным основанием для иска, несмотря на то, что продавец не ведет торговлю в соответствующей юрисдикции, в то время как другие придерживаются традиционного требования о наличии такой торговли¹¹¹¹.

Основным правонарушением в составе деликта ведения деятельности под чужим именем является предоставление ложной информации. Для его признания применяются более строгие критерии, чем для создания смешения. В частности, необходимо доказать существенность, то есть создание смешения у покупателей должно влиять на

Marks as Property' in GB Dinwoodie and MD Janis (eds), *Trade Mark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research* (Edward Elgar, 2008) 1.

¹¹⁰⁴ Reckitt & Colman Products Ltd против Borden Inc [1990] 1 WLR 491, 499 (Лорд Оливер).

¹¹⁰⁵ Там же; более подробный вариант проверки см. в документах по делу Warnink (Erven) BV против Townend and Sons Ltd [1979] AC 731 (HL) ('Advocaat').

¹¹⁰⁶ H Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, 2nd ed (OUP, 2010) 266.

¹¹⁰⁷ Commissioner of Inland Revenue против Muller & Co's Margarine Ltd [1901] AC 217, 223 (HL).

¹¹⁰⁸ RG Bone, 'Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trade Mark Law' (2006) 86 *Boston University Law Review* 547.

¹¹⁰⁹ Fenty & Ors против Arcadia Group Brands Ltd & Anor [2013] EWHC 2310 (Ch); [2015] EWCA Civ 3 (Признание элементом деловой репутации изображения всемирно известной музыкальной звезды Рианны на фотографиях, которые были использованы на футболке без разрешения).

¹¹¹⁰ Как подтверждено в деле Hotel Cipriani SRL против Cipriani (Grosvenor Street) [2010] EWCA Civ 110 at [106] (Lloyd, LJ).

¹¹¹¹ Расхождения рассматриваются в деле Starbucks (HK) Ltd & Anor против British Sky Broadcasting Group PLC & Ors [2015] UKSC 31. См. более обстоятельную критику в C Ng, *Goodwill in Passing Off* (Edward Elgar, 2021).

их экономическое поведение, причиняя ущерб¹¹¹². Хрестоматийным примером служит дело о смешении источников: в результате предоставления ложной информации продавцом В общественность полагает, что предлагаемые им товары на самом деле предлагает продавец А. Предоставление ложной информации может принимать различные формы, такие как использование продавцом В на своих товарах знака или логотипа, подобного или идентичного знаку или логотипу продавца А (по аналогии с нарушением прав на товарный знак) или не столь явные деяния, такие как предложение товаров продавца В в ответ на запрос о товарах продавца А или использование вводящего в заблуждение метода маркетинга для создания смешения источников¹¹¹³. Различия в характере предоставления ложной информации послужили основанием для выделения разных подкатегорий ведения деятельности под чужим именем, например, две нижеописанные. Первая – делящееся ведение деятельности под чужим именем, например, «повторяющиеся в течение почти 50 лет попытки поставщиков товаров с определенным описанием воспрепятствовать использованию этого или сходного до степени смешения описания в отношении товаров, не имеющих описываемых характеристик»¹¹¹⁴. В отличие от деяний, традиционно квалифицируемых как ведение деятельности под чужим именем, в данном случае предоставлялась ложная информация не о коммерческом происхождении, а принадлежности к классу продуктов, предполагающей наличие у продукта определенных качеств. Поэтому причинение надписи Swiss Chalet на шоколад, произведенный не в Швейцарии и не по швейцарскому рецепту, было признано предоставлением ложной информации, которое может служить основанием для предъявления иска¹¹¹⁵. Типичным примером разбирательств о ведении деятельности под чужим именем в течение длительного времени, которые представляют собой грамотную стратегию охраны географических указаний в странах общего права, служат споры о шампанском и шотландском виски¹¹¹⁶. Вторая подкатегория – создание смешения в отношении спонсорства или связи; ряд заслуживающих внимания примеров такого поведения связан с якобы имеющимся разрешением, полученным от знаменитостей, и с использованием имен знаменитостей на товарах¹¹¹⁷. Ложная информация должна заставить покупателей поверить, что истец (как правило известное лицо) санкционировал действия ответчика, например, на основании лицензионного соглашения или иной формы коммерческих отношений.

Третьим требованием для квалификации действия как деликта предоставления ложной информации является причинение ущерба. Самым распространенным видом ущерба вследствие смешения считается спад в объеме продаж. Такой ущерб может устанавливаться на основании доказательств или презюмироваться как «ущерб, который неизбежно может понести любое предприятие, если клиенты или потенциальные клиенты будут часто путать или ошибочно связывать его с предприятием, принадлежащим другому собственнику»¹¹¹⁸. В случаях, когда речь не идет об этой общеизвестной категории вреда, для обоснования исковых заявлений о возмещении ущерба по нижеперечисленным основаниям требуются более убедительные доказательства¹¹¹⁹.

- обесценивание репутации (например, когда за товары истца выдаются некачественные товары или когда имидж предприятия ответчика несовместим с имиджем истца);

¹¹¹² Например, Argos Ltd против Argos Systems Inc [2017] EWHC 231 (Ch) (Отсутствие предоставления ложной информации относительно существенного обстоятельства).

¹¹¹³ Wadlow, Passing Off, Chapter 5 and 7.

¹¹¹⁴ Diageo против Intercontinental Brands [2010] EWHC 17 at [1] (судья Арнолд).

¹¹¹⁵ Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v. Cadbury Ltd [1998] RPC 117, 127 (Ch D); решение подтверждено [1999] RPC 826 (CA).

¹¹¹⁶ DS Gangjee, 'Spanish Champagne: An Unfair Competition Approach to GI Protection' in RC Dreyfuss & JC Ginsburg (eds), Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP (CUP, 2014) 105.

¹¹¹⁷ См. Irvine против Talksport [2002] FSR 60; Fenty против Arcadia [2015] EWCA Civ 3.

¹¹¹⁸ Chelsea Man Menswear Ltd против Chelsea Girl Ltd [1987] RPC 189 at 202 (Slade, LJ).

¹¹¹⁹ Wadlow, Passing Off, Chapter 4.

- ограничение перспектив для расширения бизнеса с переходом в новую сферу, если такое расширение возможно;
- (условно) общая «потеря контроля» над собственной репутацией; и
- размывание, также называемое снижением различительной способности, которое, однако, должно быть следствием предоставления ложной информации. Поэтому снижение различительной способности не является независимым основанием для искового требования.

3.2 *Дискредитирующие и порочащие утверждения*

Пренебрежительные или порочащие утверждения одного продавца в отношении другого квалифицируются как деликт злонамеренной или вредоносной лжи. Хотя этот деликт не приравнивается к диффамации, его также называют «клеветой в конкурентной борьбе». Если диффамация вредит репутации, то злонамеренная ложь причиняет ущерб бизнесу. Ложное заявление о том, что то или иное лицо отошло от дел, может причинить ущерб предприятию, но не обязательно вредит его репутации. Убытки или ущерб, как правило, заключаются в потере дохода от торговли. Деликт состоит из трех основных компонентов: введение в заблуждение или предоставление ложной информации, злой умысел и ущерб¹¹²⁰.

Существенными признаками этого деликта являются публикация ответчиком ложных сведений об истце, злонамеренный характер такой публикации и причинение особого ущерба как прямое и естественное следствие их публикации. Что касается особого ущерба, то в соответствии с разделом 3(1) Закона о диффамации 1952 года достаточно, чтобы сведения, опубликованные в письменном виде, были умышленно рассчитаны на причинение истцу материального ущерба. Наличие злого умысла презюмируется, если доказано, что публикуемые сведения были рассчитаны на причинение ущерба и что ответчику было известно о ложном характере сведений на момент публикации или было неважно, носят ли такие сведения ложный характер¹¹²¹.

Что касается основных критериев, которые должны быть соблюдены, то ложная информация должна быть опубликована и должна прямо или косвенно касаться истца или его предприятия¹¹²². «Ложная информация должна не только отвечать очевидному требованию наличия объективно ложного характера (и внешнему требованию наличия злого умысла), но и относиться к товарам истца или к его личности, предприятию, учреждению или услугам в целом; и она должна быть такой, чтобы причинить материальный ущерб, а не ущерб чести и репутации истца, защищаемым законом о диффамации»¹¹²³. Таким образом, предоставление ложной информации и злой умысел – независимые друг от друга требования. Первому требованию отвечают, например, ложные утверждения о том, что истец предлагает поддельные, некачественные или опасные товары¹¹²⁴. Для последнего необходим предосудительный мотив, а также знание о ложном характере предоставляемой информации либо индифферентное отношение к тому, носит ли она такой характер¹¹²⁵. Проверка справедливости искового требования в первую очередь осложняется тем, что злой умысел носит субъективный характер и связан с намерением. «Сложность для потенциального истца безусловно связана с требованием доказать наличие злого умысла»¹¹²⁶. В числе других причин того, что этому деликту не уделяется особого

¹¹²⁰ Wadlow, *Passing Off*, Chapter 6; Ch 22 of A Tettenborn (ed), *Clerk & Lindsell on Torts* 23rd edn (Sweet and Maxwell, 2021).

¹¹²¹ *Kaye против Robertson* [1991] FSR 62 CA; см. также *Ratcliffe против Evans* [1892] 2 QB 524 CA.

¹¹²² *Marathon Mutual Ltd против Waters* [2009] EWHC 1931 (QB).

¹¹²³ Wadlow, *Passing Off*, 373.

¹¹²⁴ Там же.

¹¹²⁵ *Spring против Guardian Assurance Plc* [1993] 2 All E.R. 273 CA. Последующие решения Палаты лордов не привели к изменению характеристики злого умысла, данную Апелляционным судом.

¹¹²⁶ Arnold, *English Unfair Competition Law*, 75.

внимания, можно назвать его дублирование с точки зрения критерия предоставления ложной информации с деликтом ведения деятельности под чужим именем, для признания искового требования по которому не требуется злой умысел; появление отдельных норм, регулирующих сравнительную рекламу с использованием несправедливых сравнений (рассматривается ниже); и нежелание судебных органов запрещать простое «хвастовство» в форме утверждения, что товары одного продавца превосходят товары другого¹¹²⁷.

3.3 Вводящие в заблуждение указания или утверждения

Вводящие в заблуждение заявления о собственной продукции продавца регулируются нормами, почти все из которых были гармонизированы в рамках законодательства ЕС. После выхода Великобритании из ЕС они продолжают действовать в стране как сохранившиеся правовые нормы.

Вводящее в заблуждение поведение в контексте отношений между предприятиями (B2B) регулируется Положением о защите предприятий от недобросовестного маркетинга 2008 года (ПЗП 2008 года)¹¹²⁸. Это принятая в стране редакция Директивы о вводящей в заблуждение и сравнительной рекламе¹¹²⁹. Положение запрещает вводящую в заблуждение рекламу в отношениях B2B, которая «любым способом, включая ее внешние атрибуты, обманывает или может обмануть продавцов, которым она адресована или которые с ней сталкиваются, и в силу своего ложного характера может повлиять на их экономическое поведение»¹¹³⁰. Например, реклама может создавать ложное представление о таких характеристиках товара, как его наличие, состав, метод и дата поставки и способы применения. Сравнительная реклама включает любую рекламу, в которой упоминается конкурент или его продукция. Для признания таковой она должна отвечать целому ряду требований, включая запрет на рекламу, вводящей в заблуждение, содержащей необъективное сравнение характеристик товара, создающей смешение среди продавцов (в том числе в отношении товарных знаков) или построенной на недобросовестном использовании репутации торговой марки¹¹³¹. Применение Положения обеспечивают государственные органы, такие как службы по стандартам ведения торговли, обладающие полномочиями по проведению расследований. Для обеспечения исполнения ПЗП 2008 года используются такие средства, как уголовное преследование, судебные запреты и обязательства по соблюдению. Часть вышеперечисленных деяний также представляют собой компоненты нарушения прав на товарные знаки, и тем не менее правообладателям приходится убеждать государственные органы, располагающие лишь ограниченными ресурсами, в необходимости принятия мер.

Вводящее в заблуждение поведение в контексте отношений между предприятием и потребителем (B2C) регулируется Положением о защите потребителей от недобросовестной торговли 2008 года (ПНТ 2008 года)¹¹³². Оно было принято как механизм обеспечения применения Директивы о недобросовестной торговой практике

¹¹²⁷ Davis, The United Kingdom, 608–609.

¹¹²⁸ Постановление правительства (SI) 2008/1276.

¹¹²⁹ Директива 2006/114/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 12 декабря 2006 года о вводящей в заблуждение и сравнительной рекламе, [2006] OJ L376/21. См. также Senftleben, Report on the European Union, O.3.3.

¹¹³⁰ Положение 3, ПЗП 2008 года.

¹¹³¹ Положение 4, ПЗП 2008 года. Значение этих норм для охраны прав на товарные знаки разъясняется в статье J Smith and R Montagnon, "The New Consumer and Business Protection Regulations: Another String to the Brand Owner's Bow?" (2009) 4 JIPLP 33.

¹¹³² SI 2008/1277.

(ДНТП)¹¹³³. Следует отметить, что ДНТП напрямую защищает интересы потребителей, и лишь косвенно защищает от неправомерных действий ведущие разрешенную законом деятельность предприятия. Действие Директивы не распространяется на такие формы недобросовестной конкуренции, причиняющие ущерб конкурентам, но не затрагивающие потребителей, как использование с уклонением от оплаты в чистом виде и незаконное завладение¹¹³⁴. Введение ПНТ 2008 года стало важным шагом в законодательной реформе, поскольку оно фактически заменило 23 действовавших ранее закона, включая многие положения Закона о торговых описаниях 1968 года и отдельные части Закона об ответственности за предоставление ложной информации 1967 года. Многие из этих нормативных актов имеют аналоги в юрисдикциях общего права; таким образом, их принятие знаменует собой отход от прежней парадигмы. ПНТ налагает на продавцов во всех секторах запрет использовать недобросовестную торговую практику в отношении потребителей. В частности, Положение защищает потребителей от вводящей в заблуждение торговой практики и запрещает вводящие в заблуждение акты бездействия и применение агрессивной тактики продаж. Помимо общих проверок на вводящую в заблуждение и агрессивную практику (правила 9–11), применяется перечень с перечислением 31 видов торговой практики, которые считаются недобросовестными при любых обстоятельствах. Это, в частности, реклама с «исчезающей приманкой», ложные предложения «бесплатных» товаров и навязывание. Чтобы установить, подпадает ли практика под общий запрет, выясняют, может ли применение недобросовестной практики существенно повлиять на принятие решений, побудив «среднего потребителя принять решение по сделке, которое он не принял бы, если бы практика не применялась» (Положение 5(2)(b)), например, заключить договор или осуществить платеж. Под «средним потребителем» (Положение 2(2)), в свою очередь, понимается тот же условный субъект права или «типовой потребитель», что и в законах ЕС о товарных знаках¹¹³⁵. В определенных контекстах эта категория может заменяться на более уязвимые категории потребителей (Положение 2(5)). Административное исполнение ПНТ 2008 года обеспечивают государственные органы, а именно Управление по конкуренции и рынкам, в партнерстве с другими ведомствами, такими как местные органы по торговым стандартам. Применение указанных нормативных положений обеспечивается уголовными санкциями и (гражданскими) ордерами на принудительное осуществление. С 2014 года потребители пользуются личным правом на возмещение ущерба¹¹³⁶. Теперь пострадавшие потребители могут расторгнуть договор, потребовать скидку с уплаченной суммы или подать иск о возмещении ущерба.

Наконец, для полноты картины следует упомянуть о саморегулировании в Великобритании – его осуществляет Управление по стандартам в рекламе (ASA), обеспечивающее соблюдение Рекламного кодекса, который регулирует вещательную и не вещательную рекламу¹¹³⁷. Британские фирмы должны соблюдать изложенные в Кодексе правила рекламы товаров и услуг. Неотъемлемую часть этих правил составляют запреты, предусмотренные вышеописанными Положениями. ASA выносит решения по жалобам, связанным с нарушением Кодекса, и публикует решения на своем сайте¹¹³⁸. В числе санкций за несоблюдение требований – передача дел нарушителей в официальные регулирующие органы, отвечающих, например, за обеспечение

¹¹³³ Директива 2005/29/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 11 мая 2005 года о недобросовестной коммерческой практике по отношению к потребителям на внутреннем рынке [2005] OJ L149/22. См. также Senftleben, Report on the European Union, O.3.3.

¹¹³⁴ Пункты 6 и 8 преамбулы ДНТП.

¹¹³⁵ G.V. Dinwoodie and D.S. Gangjee, "The Image of the Consumer in European Trade Mark Law" в публикации Dorota Leczykiewicz and Steve Weatherill (eds), *The Image(s) of the Consumer in EU Law* (Hart 2016) 339.

¹¹³⁶ (Дополненное) Положение о защите прав потребителей 2014 года; SI 2014/870.

¹¹³⁷ См.: <https://www.asa.org.uk/>

¹¹³⁸ См.: <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/rulings.html>

соблюдения торговых стандартов, публикацию информации о нарушениях в целях создания отрицательной репутации и лишение отраслевых наград.

4. Другие акты недобросовестной конкуренции

Помимо экономических деликтов, освещенных в настоящем докладе, и различных режимов защиты прав потребителей, упоминания достойно еще одно деяние, имеющее непосредственное отношение к защите ценных нематериальных активов – нарушение доверия. Ответственность за это деяние устанавливается на основе права справедливости и обязательства сохранять конфиденциальность, не зависящего от каких бы то ни было договорных отношений¹¹³⁹. Коммерческая тайна – особый вид конфиденциальной информации. Она охраняется не только правом справедливости, но и специальными законодательными нормами¹¹⁴⁰, которые вводят в действие Директиву ЕС о коммерческой тайне¹¹⁴¹. Основание для иска по праву справедливости описывают следующим образом: «[Лицо], получившее конфиденциальную информацию, не должно недобросовестно использовать ее в своих интересах. Такое лицо не должно использовать ее во вред предоставившему ее лицу, не получив его согласия»¹¹⁴². Соответствие критериям для привлечения к ответственности за нарушение этого обязательства оценивается с помощью проверки, состоящей из трех частей¹¹⁴³.

- Информация сама по себе должна быть конфиденциальной. Чтобы установить соответствие этому критерию, суды рассматривают вопрос о том, находится ли информация в общественном достоянии или обозначена как «секретная». В качестве примеров можно привести секретные формулы, поисковые алгоритмы Google и конфиденциальную финансовую информацию.
- Информация должна быть передана при обстоятельствах, подразумевающих обязательство конфиденциальности, оцениваемое по объективным критериям. Такое обязательство может быть предусмотрено договором либо может возникнуть без существующих договорных отношений. Получатель информации должен быть фактически осведомлен о том, что информация является конфиденциальной, либо получить конструктивное уведомление о том, подразумеваемое обстоятельствами раскрытия (такими как особые отношения с бывшими сотрудниками).
- Должно иметь место несанкционированное использование этой информации в ущерб правообладателю.

В настоящее время вопросы коммерческой тайны и нарушения конфиденциальности вновь вызывают живой интерес, что связано с развитием искусственного интеллекта и машинного обучения и с возможным появлением необходимости охранять алгоритмы и обучающие данные¹¹⁴⁴.

В заключение обзора следует отметить, что в системе не предусмотрены иски о слепом подражании как таковом, без предоставления ложной информации. Копирование внешнего вида или упаковки продукта в *сочетании* с существенным введением в заблуждение преследуется в соответствии с положениями о ведении деятельности под

¹¹³⁹ T Aplin, L Bently, P Johnson, and S Malynicz, Gurry on Breach of Confidence: The Protection of Confidential Information (OUP, 2012).

¹¹⁴⁰ Trade Secrets (Enforcement, etc) Regulations 2018, SI 2018/597.

¹¹⁴¹ Директива (ЕС) 2016/943 Европейского Парламента и Совета ЕС от 8 июня 2016 года об охране нераскрытого ноу-хау и деловой информации (коммерческой тайны) от незаконного приобретения, использования и раскрытия [2016] OJ L157/1. См. также Senftleben, Report on the European Union, O.4.

¹¹⁴² Seager против Corydex [1967] FSR 211, 220.

¹¹⁴³ Coco против AN Clark (Engineers) Ltd [1968] FSR 415.

¹¹⁴⁴ S.K. Sandeen and T Aplin, 'Trade Secrecy, Factual Secrecy and the Hype Surrounding AI' in R. Abott (ed), Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence (Edward Elgar, 2022 forthcoming).

чужим именем¹¹⁴⁵. Хотя случаи использования похожей на известную или идентичной упаковки неизменно вызывают недовольство, претензии в связи с копированием продукта или его товарного вида в Великобритании признаются только в рамках традиционных категорий ИС, таких как охрана промышленных образцов и товарных знаков¹¹⁴⁶. Таким образом, «в английском законодательстве считается, что при отсутствии применимого права интеллектуальной собственности и при отсутствии создания смешения у потребителей нет причин считать слепое копирование продукта конкурента недобросовестным или незаконным. Такие действия даже выгодны для потребителя. Принятый в системе общего права подход к этим вопросам вряд ли изменится»¹¹⁴⁷.

V. РЕЗЮМЕ И ВЫВОДЫ

Ниже вкратце перечисляются дискуссионные вопросы, рассмотренные выше с точки зрения международных норм охраны ИС (раздел III.F), и приводится резюме основных выводов с учетом результатов анализа актуальной ситуации в странах и регионах мира. В обзоре рассматриваются правовые нормы, используемые для обеспечения эффективной защиты от недобросовестной конкуренции (раздел А), основания для предоставления защиты (раздел В), толкование и практическое применение всеобъемлющей концепции «честной практики в промышленных и торговых делах», закрепленной в статье 10bis(2) ПК (раздел С), требования, которые должны быть удовлетворены для запрета недобросовестных действий, относящихся к категориям, предусмотренным статьей 10bis(3) ПК (раздел D), дополнительные примеры недобросовестных действий (раздел E), влияние технического прогресса (раздел F) и взаимосвязь с защитой прав интеллектуальной собственности (раздел G).

A. ПРАВОВАЯ ОСНОВА ЗАЩИТЫ

Как указано в разделе III.F, первый вопрос, возникающий в связи с национальными и региональными инициативами по предоставлению защиты от недобросовестной конкуренции, касается выбираемых для этой цели правовых норм. Для выполнения международного обязательства обеспечивать эффективную защиту в соответствии с положениями статьи 10bis(1) ПК не обязательно принимать специальные законодательные нормы¹¹⁴⁸. Как отметили члены группы экспертов ВТО в деле «Австралия – непривлекательная упаковка» в комментарии о включении статьи 10bis ПК в Соглашение ТРИПС в виде ссылки в статье 2(1) ТРИПС, члены ВТО могут по своему усмотрению выбирать «оптимальный подход к выполнению своих обязательств по Соглашению ТРИПС в контексте своих собственных правовых систем». В соответствии с третьим предложением статьи 1(1) ТРИПС, задача каждого члена

¹¹⁴⁵ Например, *Moroccan Oil Israel Ltd против Aldi Stores Ltd* [2014] EWHC 1686 (IPEC) (Отсутствие предоставления ложной информации в деле о продаже крупной сетью супермаркетов масла для волос в упаковке, похожей на известную).

¹¹⁴⁶ Don Edwards and Associates, *A study into the impact of similar packaging on consumer behavior* (British Brands Group, 2009); P Johnson, J Gibson and J Freeman, *The Impact of Lookalikes: Similar packaging and fast-moving consumer goods* (UKIPO Report 2013/18).

¹¹⁴⁷ Arnold, *English Unfair Competition Law*, 77.

¹¹⁴⁸ M. Pflüger, "Article 10bis", в публикации: T. Cottier/P. Véron (eds.), *Concise International and European IP Law*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, 298.

состоит в «определении надлежащего метода в рамках своих правовых систем и практики» для пресечения такой недобросовестной практики¹¹⁴⁹.

На этом фоне доклад о стратегиях применения механизмов в странах и регионах по всему миру показывает, что в основе используемых государствами – членами ВОИС правовых механизмов, обеспечивающих защиту от недобросовестной конкуренции, лежат различные правовые традиции и различные источники законов о недобросовестной конкуренции¹¹⁵⁰. Национальные и региональные стратегии применения отличаются широким разнообразием: это и законы о генеральном деликте (Арабский регион: Н.1; АРОИС и Южная Африка: А.5; ЕС: О.1), и нормы общего права, в частности нормы, устанавливающие ответственность за ведение деятельности под чужим именем, в странах с англосаксонской правовой системой (АСЕАН: L.1; Австралия и южная часть Тихого океана: М.1; Канада и США: С.1; Индия: J.1; Великобритания: Р.1), и отдельные законодательные и нормативные акты, регулирующие определенные аспекты добросовестной торговли. В зависимости от контекста, в котором реализуются национальные и региональные механизмы, положения о недобросовестной конкуренции могут быть закреплены как в законах об интеллектуальной собственности (в особенности о товарных знаках), в торговых кодексах стран, в законах о защите прав потребителей и о защите конкуренции, так и в региональных нормативных актах, направленных на стимулирование свободной и добросовестной конкуренции (Андское сообщество: F.1; Арабский регион: Н.1; АРОИС и Южная Африка: А.1.1; АСЕАН: L.1; Австралия и южная часть Тихого океана: М.1.2; Канада и США: С.1; Центральная Америка: Е.1; СНГ: N.1; ЕС: О.1; МЕРКОСУР: G.2; АОИС: В.1). В ряде стран были приняты комплексные законодательные акты, обеспечивающие защиту от недобросовестной конкуренции как конкурентам, так и потребителям (Австралия и южная часть Тихого океана): М.1.2; Карибский регион: D.1; Китай: I.1; СНГ: N.1; ЕС: О.1; Япония и Корея: К.1)¹¹⁵¹. Но последний подход недостаточно распространен, чтобы можно было заявлять об общей тенденции к принятию комплексных законодательных актов о недобросовестной конкуренции.

В докладе показано, что, несмотря на сохраняющиеся различия в структуре регулирующих мер, основные компоненты модели регулирования, установленной в статье 10bis ПК, в той или иной форме используются во всех рассматриваемых странах и регионах: для эффективной защиты от недобросовестной конкуренции (статья 10bis(1) ПК) необходимо сформулировать открытое комплексное положение общего характера (на международном уровне в таком качестве используется статья 10bis(2) ПК)¹¹⁵² в сочетании с рядом специальных положений или законодательных актов об отдельных формах недобросовестного поведения для защиты конкурентов (статья 10bis(3), No. 1 и 2 ПК) и потребителей (статья 10bis(3), №3 ПК)¹¹⁵³.

Используя представленные нормы в качестве основы для анализа, можно выявить следующие более широкие тенденции в развитии законодательства и практики в области борьбы с недобросовестной конкуренцией в странах и регионах в течение последних десятилетий.

¹¹⁴⁹ Группа экспертов ВТО, 28 июня 2018 года, заключения WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R по делу «Австралия – определенные меры в отношении товарных знаков, географических указаний и других требований для непривлекательной упаковки, применимые к табачным изделиям и упаковке», п. 7.2682.

¹¹⁵⁰ Ср.: Pflüger, Article 10bis, 298; F. Henning-Bodewig, “International Protection Against Unfair Competition – Art. 10bis Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 1999, 166 (166–170). Обзор различных традиций законодательства о недобросовестной конкуренции см. в публикации ВОИС Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, WIPO Publication No. 725, WIPO: Geneva 1994, 15–17.

¹¹⁵¹ См. краткий обзор национальных подходов в исследовании ВОИС, 20–21.

¹¹⁵² Pflüger, Article 10bis, 298.

¹¹⁵³ Статья 10bis ПК в качестве образца для национального законодательства рассматривается в публикации Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 188.

Что касается всеобъемлющего общего положения, то

- общая оговорка часто формулируется по образцу или даже непосредственно на основе открытого определения «честной практики» в статье 10bis(2) ПК (АРОИС и Южная Африка: А.2; АСЕАН: L.2; Карибский регион: D.2; Центральная Америка: E.1; Китай: I.2; ЕС: O.2; МЕРКОСУР: G.2; АОИС: B.2). Можно сказать, что требование об использовании «честной практики» в промышленных и торговых делах» служит образцом и ориентиром для разработки внутренних стратегий применения.
- В странах и регионах, придерживающихся традиций общего права, в основе нормативных мер по пресечению форм недобросовестного конкурентного поведения, не регулируемых специальными законами, касающихся конкретных недобросовестных действий, лежат нормы, устанавливающие ответственность за «ведение деятельности под чужим именем и другие деликты, такие как побуждение к нарушению договора, причинение убытков с использованием незаконных средств, запугивание, сговор с использованием законных и незаконных средств, обман и злонамеренная ложь (Австралия и южная часть Тихого океана: M.2; АСЕАН: L.1; Карибский регион: D.1; Великобритания: P.2). За международной гармонизацией законов о недобросовестной конкуренции посредством введения статьи 10bis ПК не последовало принятие норм общего права, устанавливающих ответственность за деликт недобросовестной конкуренции (Австралия и южная часть Тихого океана: M.1.5; Индия: J.2; Великобритания: P.2; однако см. также раздел, посвященный АРОИС и Южной Африке: A.1.2).

Что касается взаимодействия с более конкретными положениями, касающимися отдельных форм недобросовестной конкуренции, то

- в рамках борьбы с конкретными аспектами недобросовестной конкуренции возможно принятие отдельных законодательных актов по таким аспектам. Могут быть реализованы региональные инициативы по гармонизации конкретных аспектов законов о недобросовестной конкуренции, таких как регулирование отношений между предприятиями и потребителем или рекламы (ЕС: O.2; МЕРКОСУР: G.3).
- В регионах, где применяются правовые механизмы более общего характера, такие как нормы, устанавливающие ответственность за деликт ведения деятельности под чужим именем, в сочетании с конкретными законодательными нормами, например, законами о защите прав потребителей, устанавливающими запрет на введение в заблуждение и обман, может в перспективе быть принят комбинированный подход, предполагающий выработку комплексных критериев для установления фактов недобросовестной конкуренции (Австралия и южная часть Тихого океана: M.1.3; Карибский регион: D.1).
- Нормы, предполагающие выявление конкретных форм вреда, причиняемого недобросовестной конкуренцией, могут быть объединены в высокодифференцированную систему запрещенных форм поведения, в которой добавление отдельной общей оговорки станет практически нецелесообразным. С одной стороны, этого результата можно достигнуть за счет принятия подробного перечня, в который войдет широкий диапазон запрещенных действий. С другой стороны, есть риск применения при составлении перечня запрещенных форм поведения размытых, широко применимых принципов. Для восполнения потенциальных пробелов в перечне запрещенных действий можно исходить из общих положений деликтного права и законов о борьбе с неосновательным обогащением (ЕС: O.3.3; Япония и Корея: K.1).

В. ОБОСНОВАНИЕ ЗАЩИТЫ

Рассматривая страновые и региональные доклады, можно с уверенностью предположить, что, помимо основной задачи – защиты участников торговли от недобросовестной конкуренции, законы о недобросовестной конкуренции по всему миру выполняют и дополнительную – обеспечение защиты потребителей. Во всех докладах отражено намерение защитить от недобросовестных торговых практик потребителей. В правовых системах, где действуют специальные законы о недобросовестной конкуренции, защита потребителей может считаться одним из оснований для его принятия. Кроме того, основанием для предоставления защиты может стать заинтересованность общества в честной конкуренции без нарушений (Андское сообщество: F.1; АРОИС и Южная Африка: A.1; Карибский регион: D.1; Китай: I.1; СНГ: N.1; ЕС: O.1; Япония и Корея: K.1; МЕРКОСУР: G.1). Применительно к ситуациям ведения деятельности под чужим именем можно сказать, что закон защищает интересы продавцов, чьи действия по получению компенсации за причиненный ущерб косвенно защищают интересы потребителей. Потребители выигрывают и от повышения достоверности рыночной информации в результате иницируемых продавцами разбирательств в связи с ведением деятельности под чужим именем. Даже если основная цель закона состоит в защите конкурентов, его применение также позволяет защитить интересы потребителей и широкой общественности. Закон, направленный на защиту участников рынка от предоставления ложной информации, позволяет пресекать действия, негативно влияющие как на продавцов, так и на потребителей, и помогает удовлетворить потребность общества в добросовестной конкуренции без нарушений. Таким образом, этот закон способствует повышению эффективности экономики, построенной на конкуренции (АРОИС и Южная Африка: A.2; Канада и США: C.1.1).

Подводя итог, можно сделать вывод, что, независимо от того, применяются ли для защиты от недобросовестной конкуренции нормы гражданского или общего права, законы и судебная практика в разных странах и регионах мира обеспечивают защиту (Австралия и Южно-Тихоокеанский регион: M.1.3; Карибский регион: D.1; Канада и США: C.1.1; Китай: I.1; СНГ: N.1; ЕС: O.1; Япония и Корея: K.1; Великобритания: P.1):

- конкурентов от коммерческого ущерба, вытекающего из недобросовестных действий;
- потребителей от недобросовестной торговой практики; и
- общественности путем создания условий для честной конкуренции без нарушений¹¹⁵⁴.

С. КОНЦЕПЦИЯ ЧЕСТНОЙ ПРАКТИКИ

Как уже указывалось, в основе рассматриваемых национальных и региональных подходов лежит общая оговорка, запрещающая недобросовестную коммерческую практику. Без открытого, гибкого инструмента регулирования развитие законов о недобросовестной конкуренции будет отставать от развития и появления бизнес-моделей и инструментов маркетинга (Канада и США: C.2.1; ЕС: O.2). Исследование подтверждает, что концепция «честной практики в промышленных и торговых делах», сформулированная в статье 10bis(2) ПК, служит важным ориентиром для разработки и совершенствования гибких решений национального и регионального уровней, обеспечивающих эффективную защиту от недобросовестной конкуренции даже при

¹¹⁵⁴ Ср. с заключениями WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R Группы экспертов ВТО от 28 июня 2018 года по делу «Австралия – определенные меры в отношении товарных знаков, географических указаний и других требований для непривлекательной упаковки, применимые к табачным изделиям и упаковке», п. 7.2680, которая указала, что «защита от недобросовестной конкуренции служит для защиты не только конкурентов и потребителей, но и общественных интересов».

появлении новых форм недобросовестного конкурентного поведения, не подпадающих под действие существующих специфических запретов (АРОИС и Южная Африка: А.2; АСЕАН: L.2; Карибский регион: D.2; Центральная Америка: E.1; Китай: I.2; ЕС: O.2; МЕРКОСУР: G.2; АОИС: B.2).

Учитывая вышеописанные преимущества открытой всеобъемлющей нормы, в частности возможность ее оперативного изменения при появлении новых форм недобросовестного поведения¹¹⁵⁵, неудивительно, что по результатам настоящего исследования изменений в законодательстве о недобросовестной конкуренции не было выработано точное определение понятия «честная практика». Судя по результатам исследования, считается, что любая попытка зафиксировать значение термина «честная практика» приведет к утрате возможности изменять его в ответ на непредвиденные изменения на рынке. Таким образом можно лишиться закон о недобросовестной конкуренции гибкости, необходимой для обеспечения эффективной защиты в соответствии с положениями статьи 10bis(1) ПК в условиях, когда ради захвата доли рынка изобретаются новые формы недобросовестной конкуренции.

Поэтому для установления соответствия требованиям к добросовестной практике в рамках рассмотренных выше подходов используются общие, открытые критерии оценки. С точки зрения правового позитивизма недобросовестную конкуренцию, определяемую как поведение, противоречащее честной практике в промышленных и торговых делах, можно приравнять к противоправному поведению (Андское сообщество: F.2; Центральная Америка: E.2; СНГ: N.2). Дополнив существующие подходы общими понятиями недобросовестности и беспрепятственной конкуренции, можно выработать концепции, направленные на запрет осуществляемых нечестным или противоречащим закону способом действий, препятствующих деловой конкуренции и эффективному функционированию рынка или причиняющих экономический ущерб (Андское сообщество: F.2; АСЕАН: L.2; Канада и США: C.2; ЕС: O.2). Еще один компонент требования к честной практике может быть связан с обычаями и сложившейся торговой практикой в конкретном секторе и с соответствующими представлениями о «добрых нравах», добросовестности, честности, разумности и неподкупности. Применяв этот эмпирический элемент, можно выработать такое толкование недобросовестной конкуренции, которое будет охватывать любое действие, противоречащее национальному законодательству, принятой деловой практике и таким морально-этическим требованиям, как обеспечение честности, неподкупности, разумности и добросовестности (Андское сообщество: F.2; АРОИС и Южная Африка: A.1.2; Карибский регион: D.2; Китай: I.2; СНГ: N.2; МЕРКОСУР: G.2).

В докладе показано, что для выявления поведения, противоречащего «честной практике в промышленных и торговых делах», можно применять критерии оценки, относящиеся к разным категориям. Компетентные органы могут применять подход с акцентом на соблюдении законов, на обычаях и представлениях о честности в соответствующем секторе или на оптимизации рынка. Концепция «честной практики», сформировавшаяся в процессе развития национальных и региональных законов и практики, как правило, состоит из следующих элементов:

- критерии правового позитивизма (соответствие закону);
- эмпирические критерии (соответствие обычаям или представлению о добросовестности в секторе); и
- функциональные критерии (соответствие экономическим предпосылкам для беспрепятственной конкуренции на эффективно функционирующем рынке).

¹¹⁵⁵ Cp.: Pflüger, Article 10bis, 298–299.

D. ЗАПРЕТ НЕДОБРОСОВЕСТНЫХ ДЕЙСТВИЙ, ПЕРЕЧИСЛЕННЫХ В СТАТЬЕ 10BIS(3) ПК

Исследование позволило не только изучить общую концепцию честной практики, но и уточнить, каким образом на национальном или региональном уровне реализован запрет на недобросовестные действия, перечисленные в статье 10bis(3) ПК. Анализ показывает, что приведенные в статье 10bis(3) ПК примеры недобросовестного поведения служат важными ориентирами для представителей законодательных органов и судей, перед которыми стоит задача выявить неприемлемое конкурентное поведение. Традиционно выделяются следующие категории запрещенного поведения: создание смешения (№1), ложные утверждения (№2), вводящие в заблуждение утверждения или указания (№3), которые выполняют важную функцию в сложившихся во всем мире системах защиты от недобросовестной конкуренции.

Что касается первой категории запрещенных действий в статье 10(3) ПК (действия, способные вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов, промышленной или торговой деятельности конкурента), то, во-первых, в Докладе прежде всего отмечается, что такие положения, как правило, охватывают широкий диапазон признаков компаний и продуктов. Объектами защиты являются не только атрибуты, указывающие на источник, в соответствии с законами о товарных знаках и фирменных наименованиях. Она распространяется и на другие особенности товаров и услуг, которые общественность считает отличительными признаками конкретного предприятия. Например, в число охраняемых признаков могут входить отличительные характеристики товара или услуги, географические указания, описательные фирменные наименования, фирменный стиль, оформление упаковки, общий внешний вид товаров, цветовые схемы, вымышленные персонажи, изображения знаменитостей (их конкретные аспекты), темы, используемые в рекламе, а также макет и оформление вебсайтов (Андское сообщество: F.3.1; Арабский регион: H.3.1; Австралия и южная часть Тихого океана: M.1.4; Канада и США: C.4.1; Карибский регион: D.3; Китай: I.3.1; ЕС: O.3.1; МЕРКОСУР: G.4.3; АОИС: B.3; Великобритания: P.3.1). Во-вторых, представляется очевидным, что для квалификации действия как создающего смешение или представляющего собой предоставление ложной информации в контексте ведения деятельности под чужим именем недостаточно лишь использовать признаки, которые общественность ассоциирует с предприятием конкурента, или создать у потребителей представление, что два товара имеют одно и то же происхождение. Наличие смешения, которое может служить основанием для предъявления иска, презюмируется, когда общественность может предположить, что товары или услуги произведены предприятием конкурента, сделать ложные выводы о качествах или характеристиках продукта либо решить, что существует экономическая связь с конкурентом, например, на основании разрешения или лицензионного соглашения, либо иная форма коммерческой связи, включая спонсорство, принадлежность и поддержку (Австралия и южная часть Тихого океана: M.3.1; Канада и США: C.3.1; Китай: I.3.1; СНГ: N.3.1; ЕС: O.3.1; Япония и Корея: K.3.1; Великобритания: P.3.1).

Ко второй категории действий, перечисленных в статье 10bis(3) ПК (ложные утверждения, дискредитирующие предприятие, товары или коммерческую деятельность конкурента), в национальной и региональной практике могут быть отнесены ложные утверждения, направленные на продукты или услуги конкурента, критика их качества и цены, предупреждения об опасности, которая якобы связана с их использованием, утверждения о несоответствии заявленным в рекламе характеристикам и заявления о том, что товары представляют собой подделку или непригодны для потребления (Андское сообщество: F.3.2; Арабский регион: H.3.2; Япония и Корея: K.3.2; Великобритания: P.3.2). Ложное утверждение может дать основания для иска даже без явного упоминания конкурирующего продукта. Может быть достаточно даже намек или косвенного упоминания, в частности, если общественность без затруднений понимает, на какой продукт направлены утверждения. Также может быть достаточно того, что недобросовестное действие относится к целому классу товаров или услуг конкурентов,

без прямой или косвенной идентификации товара конкретного конкурента (Арабский регион: Н.3.2; Канада и США: С.3.1; Индия: J.3.2; ЕС: О.3.2). Что касается предприятия и деятельности конкурента, то в этом отношении запрещенными действиями могут признаваться, например, ложные утверждения о том, что конкурент находится на грани банкротства, прекратил работу, виновен в уголовных преступлениях или страдает наркотической зависимостью. Кроме того, защита может предоставляться в случаях, когда делаются дискриминационные заявления о национальности конкурента, его религиозных убеждениях и других частных и личных вопросах (Андское сообщество: F.3.2; Арабский регион: Н.3.2; ЕС: О.3.2; Великобритания: P.3.2). Расширив категорию ложных фактических заявлений в национальных и региональных подходах, можно также расширить толкование отдельных оснований для иска или изменить их так, чтобы они охватывали порочащие и унижающие достоинство действия, в которых отражаются субъективные оценочные суждения (Арабский регион: Н.3.2; ЕС: О.3.2; Великобритания: P.3.2). Например, концепцию «злонамеренной или вредоносной лжи» можно преобразовать в деликт унижения достоинства с более мягкими пороговыми требованиями, охватывающий, например, негативные замечания о продукции продавца в сравнительной рекламе (Индия: J.3.2). Возможность для смягчения критериев недобросовестного поведения существует и в подходах к вопросу о том, необходимо ли доказывать, что ложные утверждения не соответствуют действительности, сделаны со злым умыслом или причиняют определенный вид вреда, например, материальный ущерб. Приведенная в докладе информация позволяет предположить, что страны отходят от строгого применения таких критериев (Канада и США: С.3.1; Индия: J.3.2). Наконец действия могут быть признаны дискредитирующими, порочащими или унижающими достоинство в случаях, если они связаны с умалчиванием важной информации (Андское сообщество: F.3.2; МЕРКОСУР: G.3.2). Признается, что для сбалансированного подхода к предоставлению защиты необходимо взвешивать важность цели предотвратить порочащие и унижающие достоинство действия и заинтересованности в свободе (коммерческих) выражений (Канада и США: С.1.1; ЕС: О.3.2; МЕРКОСУР: G.3.2).

Что касается третьей категории запрещенных актов недобросовестной конкуренции, перечисленных в статье 10bis(3) ПК (использование в отношении товаров указаний или утверждений, вводящих в заблуждение), то исследование показывает, что вводящие в заблуждение действия могут относиться к различным элементам, в частности к тем, которые касаются не характеристик товара, а производителя, изготовителя, продавца или прав потребителей. Такое расширение сферы действия запрета на национальном или региональном уровне может быть результатом объединения положений статьи 10bis(3), №3, ПК (с акцентом на товары) и статьи 10(1) ПК (с акцентом на происхождение товаров и личность производителя, изготовителя или продавца)¹¹⁵⁶. Например, закон о недобросовестной конкуренции может относиться к следующим аспектам (Андское сообщество: F.3.3; АРОИС и Южная Африка: А.3; АСЕАН: L.3; Арабский регион: Н.3.3; Австралия и южная часть Тихого океана: М.1.2 и М.3.1; Канада и США: С.3; Карибский регион: D.3; Центральная Америка: E.3; Китай: I.3.3; ЕС: О.3.3; Япония и Корея: K.3.3; МЕРКОСУР: G.3.3; АОИС: 3.3; Великобритания: P.3.3):

- характеристики продукта, такие как наличие, характер, исполнение, состав, метод и дата изготовления или поставки;
- утверждения о новизне товаров и их соответствии определенному стандарту, качеству, стоимости, сорте, стиле или модели, или о том, что они имеют определенную историю или ранее использовались определенным образом;

¹¹⁵⁶ Рассуждения о такой взаимосвязи разных международных положений см. в публикации S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015, para. 13.52 and 13.09.

- географическое или коммерческое происхождение продуктов, включая прямое или косвенное использование ложного, некорректного или вводящего в заблуждение указания происхождения;
- эксплуатационные характеристики, такие как формы использования, соответствие назначению, вспомогательные детали, количество, спецификация;
- утверждение о соответствии услуг определенному стандарту, качеству, стоимости или сорту;
- расчет цены, включая подарок, ценовое преимущество или скидку в результате якобы проходящих процессов ликвидации или банкротства;
- метод подсчета продуктов;
- потребность в услуге, детали, замене или ремонте;
- утверждение, что товары или услуги получили спонсорскую поддержку или одобрение;
- условия, на которых предлагается или предоставляется продукт или услуга; и
- личность производителя, изготовителя или продавца;
- характер, свойства и права продавца или его представителя, включая активы, квалификацию, степени, награды и знаки отличия, принадлежность к той или иной организации, владение правами на промышленную, коммерческую, интеллектуальную собственность;
- обязательства, мотивы, спонсорство или одобрение со стороны торговой организации, включая соблюдение кодексов поведения;
- права потребителя, включая права на замену или возмещение расходов.

Но для того чтобы утверждение или указание было признано вводящим в заблуждение, национальное или региональное законодательство обычно требует соблюдения дополнительных критериев недобросовестности. Применимые критерии могут указывать на то, что защита от вводящих в заблуждение утверждений и указаний имеет двойное обоснование, т.е. ориентирована одновременно и на конкурентов, и на потребителей (Великобритания: P.3.3). Например, вводящее в заблуждение заявление в рекламе может быть приравнено к акту недобросовестной конкуренции, поскольку оно вводит в заблуждение потребителей и в то же время причиняет ущерб конкурентам. Соответственно торговая практика может считаться вводящей в заблуждение в следующих случаях: во-первых, когда она влияет на экономическое поведение потребителей в силу своего ложного характера, т.е. если ее применение способно существенно повлиять на принятие решений и побудить потребителей заключить договор или осуществить платеж или если оно создает неверное или запутывающее впечатление, в итоге создавая смешение или заставляя потребителя совершить ошибку (Арабский регион: H.3.3; Канада и США: C.1.3; ЕС: O.3.3; Великобритания: 3.3). Во-вторых, утверждение или указание может стать основанием для иска, если в силу своего негативного воздействия может причинить ущерб конкуренту (Канада и США: C.2; ЕС: O.3.3). Защита от вводящих в заблуждение практик также предоставляется в случаях опущения информации, т.е. в ситуациях, когда продавец умалчивает существенную информацию, предоставляет ее невнятно, неразборчиво, двусмысленно или несвоевременно либо не оговаривает коммерческий характер деятельности в случаях, когда это не очевидно из контекста (Андское сообщество: F.2; Карибский регион: D.2; ЕС: O.3.3; Япония и Корея: K.3.3).

Для установления акта недобросовестной конкуренции, соответствующего любому из примеров, перечисленных в статье 10bis(3) ПК, может потребоваться доказательство наличия конкурентных отношений. В частности, от истца могут потребовать доказать, что предполагаемый нарушитель действует на том же или смежном рынке (схожие сфера деятельности, продукция или услуги; взаимозаменяемые или иным образом конкурирующие товары или услуги) и ведет деятельность в географическом районе, который хотя бы частично совпадает с территорией, на которой осуществляется экономическая деятельность истца (Арабский регион: H.3.1; Центральная Америка: E.3;

СНГ: N.3; ЕС: O.2). При этом определенные изменения в рассмотренных странах и регионах указывают на тенденцию к смягчению критерия конкурентных отношений. Помимо действий, совершаемых в рамках прямой конкуренции, может быть достаточно того, что продавец ставит себя в условия конкуренции косвенным образом. Например, отношения могут быть признаны конкурентными при наличии взаимозависимости между преимуществами, которые одна сторона намерена получить для своего предприятия или для третьей стороны, и ущербом истцу, например, за счет ухудшения условий конкуренции или сужения возможностей для ведения бизнеса (Карибский регион: D.3; Китай: I.2; ЕС: O.2). Достаточным критерием также может быть то, что предполагаемое неправомерное действие причиняет ущерб широкому кругу субъектов экономической деятельности. При таком подходе нет необходимости доказывать, что предполагаемое нарушение направлено именно на причинение вреда предприятию истца. В более широком смысле достаточным может быть признано влияние предполагаемого неправомерного действия на конкуренцию. N.3).

Е. ДРУГИЕ АКТЫ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

Что касается других видов защиты, которые не соответствуют примерам, приведенным в статье 10bis(3) ПК, то анализ указывает на неоднородный подход к вопросам незаконного завладения. В ряде стран и регионов предоставляется защита от «паразитической конкуренции», например, в форме запрета недобросовестного несанкционированного использования результатов крупных инвестиций или масштабных усилий другого лица для своей деятельности (Андское сообщество: F.4.1; Арабский регион: H.4.2; Центральная Америка: E.3; СНГ: N.4.2; Япония и Корея: K.4.5; МЕРКОСУР: G.4.1; АОИС: B.4.1). В области рекламы запрет может распространяться на недобросовестное использование репутации знаков конкурента или других признаков предприятия или продукции (ЕС: O.4.2). Но результаты анализа национальных и региональных подходов не указывают на сходство позиций по вопросам, связанным с незаконным завладением. Участники дискуссий на эту тему в странах с традициями общего права дискуссия пришли к выводу, что толкование ведения деятельности под чужим именем не следует расширять до масштабов генерального деликта незаконного завладения или простого копирования результатов чужих усилий (Австралия и южная часть Тихого океана: M.2; Индия: J.2; Великобритания: P.2).

Но отсутствие консенсуса в отношении общей защиты от незаконного завладения не исключает возможности выработать общую позицию по вопросу о предоставлении защиты от конкретных форм «паразитической конкуренции», таких как слепое подражание, которое может вызвать смешение в результате введения в заблуждение (Андское сообщество: F.3.1; Арабский регион: H.3.1; Япония и Корея: K.4.2; АОИС: B.4.4; Великобритания: P.4). С точки зрения традиции общего права отказ от общего деликта недобросовестной конкуренции (включающего недобросовестное использование с уклонением от оплаты) не должен препятствовать установлению факта недобросовестной конкуренции в случаях, когда ответчик слепо копирует то, на чем истец построил ценную с коммерческой точки зрения репутацию (например, путем копирования продукта или использования таких признаков, как вымышленный персонаж, изображение знаменитости, тема рекламы), вследствие чего потребители могут быть введены в заблуждение относительно существования торговой связи с истцом, например, в форме принадлежности к организации или спонсорства (Австралия и южная часть Тихого океана: M.2). В странах с традициями гражданского права может применяться подобная позиция в отношении слепого подражания, хотя в таких странах чаще предоставляется общая защита от незаконного завладения. Национальным законодательством может быть установлено требование, что для признания иска о слепом подражании обоснованным скопированные товар или услуга должны приобрести уникальную конкурентную позицию, стать безошибочно узнаваемыми по сравнению с

другими продуктами или услугами в соответствующем сегменте рынка. Кроме того, может быть предъявлено требование продемонстрировать соответствие конкретным критериям недобросовестности. В частности, для признания недобросовестности может потребоваться установить факт предотвратимого смешения, т.е. ситуации, когда общественность считает копию оригиналом или полагает, что продукты или услуги поставлены одним и тем же предприятием или экономически связанными предприятиями (Китай: I.4.1; ЕС: O.4.1). В свете международной гармонизации положения статьи 10bis ПК критерий создания смешения и введения в заблуждение служит для увязки норм в странах общего и гражданского права. С учетом этого требования можно считать, что защита от слепого подражания представляет собой применение статьи 10bis(3), №1, ПК.

Кроме того, в контексте незаконного завладения, может предоставляться защита от засадного маркетинга. Анализ показывает, что страны с традициями общего права могут принять специальные законодательные нормы, в течение ограниченного периода времени обеспечивающие защиту от несанкционированного коммерческого использования с товарами или услугами охраняемых знаков или изображений, связанных с крупным спортивным событием, которые могут дать основания предположить наличие связи посредством спонсорства или другого вида коммерческой связи. В частности, такая защита может распространяться на использование в целях рекламы и повышения спроса на товары или услуги, в том числе в уличной торговле. Помимо традиционных критериев для признания действий «ведением деятельности под чужим именем», достаточным основанием для предоставления защиты может быть то, что создано впечатление наличия связи со спортивным событием (Австралия и южная часть Тихого океана: M.4). Можно сказать, что такая форма защиты от засадного маркетинга подобна предоставляемой в настоящее время в юрисдикциях, где применяется общее право защите от использования с уклонением от оплаты и паразитической конкуренции.

В контексте гражданского права основное внимание уделяется недобросовестной эксплуатации усилий, инвестиций и известности организатора мероприятия регби, недобросовестной попытке присвоения финансовой прибыли от крупного спортивного события, а также созданию неверного представления о наличии соглашения о спонсорстве (ЕС: O.4.2).

Наконец в ходе обзора национальных и региональных подходов были выявлены серьезные изменения в подходах к вопросу неправомерного завладения коммерческой тайной. Во всех охваченных исследованием странах и регионах принята единая позиция о необходимости обеспечения защиты в связи с таким нарушением. Однако для этой цели могут использоваться разные правовые инструменты. Основанием для защиты коммерческой тайны в первую очередь становятся явно сформулированные и подразумеваемые положения договоров, касающиеся конфиденциальности информации и запрета на нарушение или подстрекательство к нарушению договора (ANDEAN: F.4.4; Арабский регион: N.4.3; Австралия и южная часть Тихого океана: M.4). В странах с традициями общего права наблюдается тенденция к применению и росту распространенности подхода, предполагающего рассмотрение споров на основании норм права справедливости о нарушении конфиденциальности. Такая форма защиты предоставляется в случаях, когда информация, которая может быть идентифицирована с достаточной точностью и отвечает критерию конфиденциальности, получена при обстоятельствах, подразумевающих обязательство поддержания конфиденциальности, и когда фактически имеет место неправомерное использование этой информации, причиняющее ущерб законному владельцу, или существует угроза такого ее использования (АСЕАН: L.4; Австралия и южная часть Тихого океана: M.4; Великобритания: P.4). Обзор положения в странах и регионах событий свидетельствует о тенденции к принятию законодательных режимов защиты коммерческой тайны в дополнение к вышеуказанным инструментам (АСЕАН: L.4; СНГ: N.1; Канада и США: C.4.1; Карибский регион: D.4.3; Китай: I.4.3; Япония и Корея: K.4.3; ЕС: O.4.3;

Великобритания: Р.4). В рамках этих законодательных режимов любые действия и практики могут квалифицироваться как акт недобросовестной конкуренции, ведущий к раскрытию, получению или использованию конфиденциальной информации не имеющей на то полномочий третьей стороной без согласия законного владельца. Компонентами незаконного завладения могут, например, быть несанкционированный доступ, присвоение и копирование любых документов, предметов, материалов, веществ и электронных файлов, в которых сообщается секретная информация (Андское сообщество: F.4.2; АСЕАН: L.4; Австралия и Южная часть Тихого океана: M.4; Центральная Америка: E.4; Китай: I.4.3; Япония и Корея: K.4.3; ЕС: O.4.3; МЕРКОСУР: G.4.2; АОИС: B.4.2). В соответствии со сноской 10 Соглашения ТРИПС (к статье 39(2) ТРИПС) законодательные нормы могут, в частности, предусматривать защиту от следующих деяний:

- промышленный и коммерческий шпионаж;
- нарушение договора;
- нарушение конфиденциальности;
- подстрекательство к промышленному или коммерческому шпионажу, нарушению договора или злоупотреблению доверием;
- приобретение конфиденциальной информации третьим лицом, которое было осведомлено о том, что такое приобретение связано с одним из вышеуказанных действий, или чья неосведомленность об этом факте представляла собой акт преступной халатности (ЕС: O.4.3; Япония и Корея: K.4.3; МЕРКОСУР: G.4.2; АОИС: B.4.2).

Что касается товаров или услуг, созданных с незаконным использованием охраняемой конфиденциальной информации, то законами о коммерческой тайне могут быть предусмотрены такие основания для возбуждения дел в их отношении, как предложение, продажа, импорт и экспорт товаров и услуг, созданных с использованием коммерческой тайны, при условии, что ответчик знал или имел разумные основания знать, что соответствующая информация была использована без согласия или способом, противоречащим честной практике. В частности, термин «нарушающие коммерческую тайну товары» может относиться к товарам, чьи конструкция, характеристики, функционирование, технология производства или маркетинг становятся существенно эффективнее в результате незаконного приобретения, использования или раскрытия коммерческой тайны (Центральная Америка: E.4; ЕС: O.4.3).

F. ВЛИЯНИЕ СОВРЕМЕННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ

Что касается появления новых технологий и соответствующих маркетинговых инструментов, то по итогам рассмотрения вопроса о регулировании поисковой рекламы законами о товарных знаках и недобросовестной конкуренции было установлено, что для обеспечения добросовестного поведения и эффективного функционирования рынка могут потребоваться дополнительные меры повышения прозрачности. Например, действия могут квалифицироваться как нарушение прав на товарный знак или акт недобросовестной конкуренции, если:

в рекламе не указывается на наличие экономической связи, но сообщается о происхождении рекламируемых товаров или услуг настолько расплывчато, что пользователям интернета непонятно, является ли рекламодатель третьей стороной (ЕС: O.4.4; МЕРКОСУР: G.4.4).

Следствием расширяющегося использования адресной рекламы и алгоритмических маркетинговых инструментов также может стать введение обязательств по обеспечению прозрачности и информированию, призванных создать справедливые условия для конкурентов и потребителей. Например, в исследовании представлены инициативы, цель которых заключается в том, чтобы онлайн-платформы, такие как рынки,

предоставляли пользователям информацию о том, когда и от чьего имени размещается реклама и какие параметры используются для того, чтобы показывать рекламу именно им, в частности, с подробным разъяснением логических принципов применяемой в системах адресной рекламы. На операторов, использующих данные, полученные от пользователей другими сторонами, может также налагаться обязательство повторно получать согласие пользователей и повторно использовать данные без ущерба для добросовестной конкуренции и законных интересов потребителей. В рамках регулирования сравнительной рекламы может вводиться запрет на рекламу товаров на основе субъективных элементов, включая данные о психологических или эмоциональных характеристиках (Китай: I.4.4; ЕС: O.4.4; МЕРКОСУР: G.3.1).

Обязательства по обеспечению прозрачности могут также вводиться в отношении рекламы с привлечением лидеров общественного мнения. В рекомендациях и судебной практике подчеркивается, насколько важно налагать на лидеров общественного мнения обязательства раскрывать информацию о рекламных или спонсорских соглашениях, влияющих на содержание их публикаций в социальных сетях. Это может быть, например, обязательство принимать активные меры к тому, чтобы потребители могли с первого взгляда без сомнения распознать коммерческую цель публикации с рассуждениями о продукции третьих лиц (МЕРКОСУР: G.4.4; ЕС: O.4.4).

В процессе поиска норм, регулирующих новые технологии, могут также появляться новые инициативы в области защиты от незаконного завладения коммерческой тайной. На фоне развития экономики больших данных и роста важности и коммерческой ценности машинных данных целесообразным может быть введение защиты от незаконного присвоения данных, в том числе от их незаконного приобретения, раскрытия и использования. Основное внимание может уделяться «большим данным» (технической и деловой информации, накопленной в значительных объемах и обрабатываемой с помощью электронных или магнитных средств), не отвечающим требованиям по защите коммерческой тайны или авторского права (Китай: I.2; Япония и Корея: K.4.4).

G. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ПРАВАМИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Возможны разные варианты взаимосвязи между защитой от недобросовестной конкуренции и законами об интеллектуальной собственности.

С одной стороны, законодательство в области интеллектуальной собственности может препятствовать использованию общих правовых механизмов, обеспечивающих защиту от недобросовестной конкуренции, в сфере его применения (Андское сообщество: F.3.1; Япония и Корея: K.1). С другой, общие стандарты защиты в области законодательства о недобросовестной конкуренции могут препятствовать выполнению конкретных требований к получению защиты или установлению факта нарушения, закрепленных в законах об интеллектуальной собственности. Например, в странах, где для охраны товарного знака требуется регистрация, решение законодательных органов сделать такую регистрацию условием для охраны может стать невыполнимым, если в качестве альтернативы тот же объем охраны предоставляется на основании норм защиты от недобросовестной конкуренции. Конкретные критерии для установления факта нарушения в законодательстве об интеллектуальной собственности могут потерять смысл, если в качестве альтернативны для получения того же объема защиты можно использовать менее строгие критерии установления факта недобросовестной конкуренции¹¹⁵⁷. На практике следствием такой ситуации может стать строгое

¹¹⁵⁷ Ср.: Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 174–175 and 184, где также рассматривается вариант дополнительной независимой охраны, предусмотренный Типовыми положениями ВОИС.

применение требований для получения защиты от паразитической конкуренции, несмотря на общее признание справедливости норм о защите от недобросовестного использования с уклонением от оплаты. Например, для принятия решения о предоставлении защиты по нормам о недобросовестной конкуренции могут взвешиваться интересы истца и заинтересованность общественности в свободном доступе к информации и свободе конкуренции (ЕС: О.4.2). В области защиты от слепого подражания несанкционированное копирование может быть признано достаточным основанием для возбуждения дела только при соблюдении конкретных критериев недобросовестности, таких как создание предотвратимого смешения (ЕС: О.4.1).

Однако подход, при котором преимущественная сила придается законам об интеллектуальной собственности, не должен исключать применение законов о недобросовестной конкуренции к действиям, которые могут быть признаны недобросовестными, даже если они соответствуют формальным требованиям для охраны на основании прав интеллектуальной собственности. Например, подача заявки на регистрацию товарного знака в полном соответствии с формальными требованиями может быть признана актом недобросовестной конкуренции, если заявитель пытается недобросовестно воспользоваться репутацией незарегистрированного знака другого лица (Япония и Корея: К.1).

Кроме того, как представляется, существует многоплановая взаимосвязь между защитой от недобросовестной конкуренции и правами интеллектуальной собственности. Во-первых, защита от недобросовестной конкуренции может дополнять права интеллектуальной собственности, например, защита может предоставляться незарегистрированным указаниям коммерческого происхождения и другим признакам предприятия и продукции, не подпадающим под действие законов о товарных знаках, таких как фирменные наименования, фирменный стиль, изображения знаменитостей, рекламные темы и макеты веб-сайтов (Арабский регион: Н.3.1; Австралия и южная часть Тихого океана: М.1.4; Канада и США: С.4.1; Карибский регион: D.3; Китай: I.1; СНГ: N.1; АОИС: В.3; Великобритания: Р.3.1). Отправной точкой для регулирования взаимосвязи этих двух правовых режимов может быть обеспечение независимости и взаимодополняемости защиты от недобросовестной конкуренции и систем защиты интеллектуальной собственности. I.1; АОИС: В.2). Нарушение установленного законом права интеллектуальной собственности может одновременно быть квалифицировано как акт недобросовестной конкуренции (Арабский регион: Н.3.1; Центральная Америка: Е.2). На конституционных основаниях может вводиться даже обязательство увязывать исковое требование в связи с ведением деятельности под чужим именем в соответствии с федеральным законодательством с зарегистрированным товарным знаком или товарным знаком, признанным на основании норм общего права (Канада и США: С.1.3).

Во-вторых, для установления объема защиты интеллектуальной собственности, в частности предусмотренного законами о товарных знаках, могут использоваться определенные концепции, закрепленные в законах о недобросовестной конкуренции, такие как вводящее в заблуждение поведение или «честная практика в промышленных и торговых делах» (статья 10bis(2) ПК) (АСЕАН: L.2; Карибский регион: D.3; ЕС: О.2). Например, требование использования в соответствии с добросовестной практикой может применяться в законе о товарных знаках как критерий для установления того, может ли ответчик законно сослаться на ограничение охраны товарного знака, (АСЕАН: L.2; ЕС: О.2). И наоборот, концепции, сформулированные в законах о товарных знаках, такие как «типичный потребитель», и понятие смешения, могут также применяться в законах о недобросовестной конкуренции (Австралия и южная часть Тихого океана: М.3.1; Канада и США: С.3.1; Карибский регион: D.3; Китай: I.3.1; СНГ: N.3.1; ЕС: О.3.1; Япония и Корея: К.3.1; МЕРКОСУР: G.3; Великобритания: Р.3.1).