

О.А. ГОРОДОВ, А.В. ПЕТРОВ,
Н.А. ШМИГЕЛЬСКАЯ

серия образование

НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

Учебно-практическое пособие

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

УДК 343.533.6
ББК 67.404
Г70

Рецензенты:

Пузыревский С.А. — заведующий кафедрой конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель руководителя ФАС РФ

Егорова М.А. — доктор юридических наук, профессор, начальник Управления международного сотрудничества Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Авторы:

Городов О.А. — доктор юридических наук, профессор Санкт-Петербургского государственного университета (предисловие, гл. 1, 2, 3, 4, 5)

Петров А.В. — патентный поверенный, аспирант СПбГУ (практикум, задачи к гл. 3, 5)

Шмигельская Н.А. — аспирантка СПбГУ (практикум, задачи к гл. 2, 4)

Г70 **Городов О.А.**
Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие /
О.А. Городов, А.В. Петров, Н.А. Шмигельская; под ред. О.А. Городова. —
М.: Юстицинформ, 2020. — 324 с.

ISBN 978-5-7205-1575-1

Настоящее учебно-практическое пособие подготовлено на основе материалов курса «Пресечение недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы», который читается в магистратуре юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. В пособии рассматриваются наиболее важные теоретические и практические правовые проблемы пресечения недобросовестной конкуренции в Российской Федерации. Особое внимание уделено анализу отдельных разновидностей конкурентных действий, признаваемых российским законодательством в качестве форм (актов) недобросовестной конкуренции. Содержание пособия соответствует актуальным требованиям Федерального государственного образовательного стандарта высшего образования.

Учебно-практическое пособие рассчитано на студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов и других учебных заведений. Оно может быть полезно юристам, которые занимаются проблемами защиты конкуренции, а также руководителям и сотрудникам антимонопольных органов, предпринимателям и специалистам, занятым в области правовой охраны интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: недобросовестная конкуренция, дискредитация, введение в заблуждение, некорректное сравнение, создание смешения, интеллектуальная деятельность, средство индивидуализации, контрафактный, коммерческая тайна.

УДК 343.533.6
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1575-1

© ООО «Юстицинформ», 2020

ОГЛАВЛЕНИЕ

Список основных сокращений	9
Предисловие	10
Глава 1. Понятие и общая характеристика недобросовестной конкуренции	14
§ 1. Понятие недобросовестной конкуренции	14
§ 2. Характеристики (признаки) недобросовестной конкуренции	17
§ 3. Законодательство о недобросовестной конкуренции ..	28
3.1. История развития законодательства о недобросовестной конкуренции	28
3.2. О зарубежных моделях правового регулирования отношений, складывающихся в связи с недобросовестной конкуренцией	31
3.3. Источники правового регулирования отношений в сфере недобросовестной конкуренции	38
§ 4. Формы (акты) недобросовестной конкуренции и их классификация	47
4.1. Понятие формы (акта) недобросовестной конкуренции	47
4.2. Классификация форм (актов) недобросовестной конкуренции	49
Глава 2. Формы (акты) недобросовестной конкуренции с использованием сведений, способствующих достижению конкурентных преимуществ	57
§ 1. Недобросовестная конкуренция, осуществляемая путем дискредитации	57
§ 2. Недобросовестная конкуренция, осуществляемая путем введения в заблуждение	74
§ 3. Недобросовестная конкуренция, осуществляемая путем некорректного сравнения	89
§ 4. Недобросовестная конкуренция, осуществляемая путем незаконного получения, использования, разглашения информации, составляющей	

коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну	103
4.1. Общие положения	103
4.2. Незаконное получение информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну	107
4.3. Незаконное использование информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну	108
4.4. Незаконное разглашение информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну	110
4.5. Частные случаи незаконного получения, использования и разглашения информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну	111
Глава 3. Формы (акты) недобросовестной конкуренции с использованием охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и исключительных прав на средства индивидуализации	131
§ 1. Недобросовестная конкуренция, связанная с использованием результатов интеллектуальной деятельности	131
1.1. Недобросовестная конкуренция и контрафакция	131
1.2. Исчерпание исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности	139
1.2.1. Общие положения	139
1.2.2. Особенности исчерпания исключительного права на объекты авторского и смежных прав ..	144
1.2.3. Особенности исчерпания исключительного права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы	145
1.2.4. Особенности исчерпания исключительного права на селекционные достижения	149
1.2.5. Особенности исчерпания исключительного права на топологии интегральных микросхем ..	150

§ 2. Недобросовестная конкуренция, связанная с созданием смешения	160
§ 3. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ и услуг	190
3.1. Общие положения	190
3.2. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на фирменное наименование	193
3.3. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак	196
3.4. Особенности исчерпания исключительного права на товарные знаки и знаки обслуживания	199
3.5. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на наименование места происхождения товара	204
3.6. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на географическое указание	206
Глава 4. Формы (акты) недобросовестной конкуренции с использованием иных средств чем сведения и охраняемые результаты интеллектуальной деятельности	224
§ 1. Недобросовестная конкуренция, связанная с использованием олимпийской символики	224
1.1. Особенности правовой охраны и использования олимпийской символики	224
1.2. Недобросовестная конкуренция, связанная с использованием наименований «Олимпийский», «Олимпиада», «Сочи 2014», «Olympic», «Olympian», «Olympiad», «Olympic Winter Games», «Olympic Games», «Sochi 2014»	230

§ 2. Недобросовестная конкуренция, связанная с использованием иной чем олимпийская спортивной символики	233
2.1. Особенности использования символики чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года, символики UEFA Евро 2020	233
2.2. Недобросовестная конкуренция, связанная с использованием символики чемпионата мира по футболу FIFA 2018г., Кубка конфедераций FIFA 2017 г., символики UEFA Евро 2020	236
§ 3. Недобросовестная конкуренция, связанная с использованием средств, не поименованных в законодательстве о конкуренции	252
Глава 5. Защита от актов недобросовестной конкуренции и ответственность за их совершение	258
§ 1. Общие положения	258
§ 2. Формы защиты от недобросовестной конкуренции	260
2.1. Юрисдикционная форма защиты от недобросовестной конкуренции	260
2.2. Неюрисдикционная форма защиты от недобросовестной конкуренции	267
§ 3. Ответственность за совершение актов недобросовестной конкуренции	269
3.1. Общие положения	269
3.2. Гражданско-правовая ответственность за совершение актов недобросовестной конкуренции	270
3.3. Административная ответственность за совершение актов недобросовестной конкуренции	274
Практикум	279

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящее учебно-практическое пособие подготовлено на основе материалов курса «Пресечение недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы», который читается магистрантам юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. Теоретический и практический материал, содержащийся в пособии, ориентирован преимущественно на магистерские программы, которые нацелены на изучение конкурентного права и права интеллектуальной собственности.

Структура пособия предопределена современными представлениями об институте недобросовестной конкуренции и особенностями предметной сферы общественных отношений, складывающихся в связи с пресечением недобросовестных конкурентных действий, которая считается одной из наиболее проблемных как с точки зрения ее правового регулирования, так и с позиций правоприменения. Указанная сфера является объектом постоянного внимания специалистов различных отраслей знаний, в том числе и представителей юридической науки, занимающихся правовыми проблемами борьбы с недобросовестной конкуренцией. Эти проблемы не являются окончательно разрешенными, прежде всего, в теоретическом аспекте, ибо потенциал различного рода концепций и теоретических конструкций, связанных с пресечением недобросовестных конкурентных действий, далеко не исчерпан, чему, в том числе, немало способствуют изменчивые представления о феномене недобросовестной конкуренции как законодателя, так и правоприменительных органов. Прежде всего, это относится к недобросовестным конкурентным действиям хозяйствующих субъектов с использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации различного назначения, отношения, по поводу которых подверглись за последние годы существенному правовому и административному воздействию. В значительной степени изменилось и законодательство, регламентирующее сферу информационных отношений, в том числе законодательство о рекламе и коммерческой тайне, непосредственно связанное с проблематикой недобросовестной конкуренции.

Восполнить имеющиеся в этой связи пробелы в материалах учебного характера и ставили авторы своей целью в представленном читателю учебно-практическом пособии, которое включает пять самостоятельных глав. В них осуществлена не только систематизация актуального материала по правовым проблемам пресечения недобросовестной конкуренции, но и по-новому раскрыты и проанализированы наиболее спорные предписания действующего законодательства о защите конкуренции.

Материал теоретического характера, изложенный в пособии, сопровождается примерами из правоприменительной практики, содержащими аргументацию юрисдикционных органов, принимающих тот либо иной судебный акт. Для удобства читателей, использующих учебный материал в процессе практических (семинарских) занятий, пособие снабжено практикумом, содержащим задачи (казусы), решение которых является важным условием не только формирования соответствующих компетенций у обучаемых, но и совершенствования навыков применения действующего законодательства о защите конкуренции.

Круг учебных вопросов, поставленных и рассмотренных в пособии, ограничен программой учебной дисциплины и, естественно, не мог охватить освещение всех без исключения сложных и многогранных правовых проблем пресечения недобросовестной конкуренции. Вместе с тем авторы стремились показать наиболее существенные теоретические и прикладные аспекты анализируемого феномена, знакомство с которыми поможет читателю лучше ориентироваться в тех либо иных ситуациях, связанных с предупреждением, выявлением и пресечением недобросовестных конкурентных действий в современных условиях хозяйствования.

В результате изучения материала, содержащегося в учебно-практическом пособии, студенты должны:

Знать:

- правовую природу недобросовестной конкуренции;
- цели, задачи и направления реформирования правового регулирования общественных отношений на современном этапе;

- закономерности развития юридической практики, в том числе судебной, и ее значение в механизме (системе) правового регулирования;

- состояние и развитие международно-правового регулирования и зарубежного законодательства в сфере пресечения недобросовестной конкуренции;

- отраслевое законодательство в сфере пресечения недобросовестной конкуренции и (или) механизмы функционирования межотраслевых институтов;

- методологию получения юридических знаний.

Уметь:

- применять нормы права, регулирующие общественные отношения в сфере пресечения недобросовестной конкуренции, в том числе при наличии пробелов и противоречий между действующими нормами;

- аргументировать принятые решения, в том числе с учетом возможных последствий, предвидеть последствия принятых решений;

- анализировать нестандартные ситуации правоприменительной практики и вырабатывать различные варианты решений;

- квалифицированно толковать правовые акты в их взаимодействии;

- проводить экспертизу правовых актов, в том числе в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции, а также иных юридических документов (локальных актов, договоров и т.д.);

- объяснить действие норм права лицам, в отношении которых действуют нормы.

Обладать навыками:

- составления письменных документов юридического содержания;

- разработки проектов нормативных и индивидуальных правовых актов;

- устных выступлений по правовым вопросам, в том числе в состязательных процедурах, аргументирования и отстаивания своей точки зрения в устной полемике;
- ведения дискуссии, переговоров, осуществления посредничества с целью достижения компромисса участниками юридического конфликта;
- составления экспертных заключений;
- консультирования граждан по правовым вопросам.

ГЛАВА 1.

ПОНЯТИЕ И ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

§ 1. Понятие недобросовестной конкуренции

Недобросовестная конкуренция традиционно рассматривалась и продолжает рассматриваться в образе постоянного спутника свободной конкуренции, которая, в свою очередь, выступает в качестве одного из ключевых условий, обеспечивающих гармонию спроса и предложения на рынке товаров и услуг. Наличие свободной конкуренции на рынке, характерное для развитых систем экономических отношений, предполагает равенство условий хозяйствования для участников этих отношений, которое без надлежащего государственного воздействия не может быть достигнуто. Одной из форм такого воздействия выступает специально конструируемый законодателем институт недобросовестной конкуренции, призванный защитить участников гражданского оборота от действий хозяйствующих субъектов, направленных на незаконное получение последними определенных преимуществ.

Указанная защита обеспечивается наделением участников гражданских отношений правом на пресечение недобросовестных конкурентных действий, которое по своей природе относится к разряду субъективных гражданских прав, имеющих абсолютный характер.

Право на пресечение недобросовестной конкуренции является одним из элементов права промышленной собственности, а само указанное пресечение выступает по смыслу п. (2) ст. 1 Парижской конвенции по охране промышленной собственности в качестве объекта охраны промышленной собственности. Кроме того, согласно п. (viii) ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС права, относящиеся к защите против недобросовестной конкуренции, включены в качестве элемента в конвенционное понятие интеллектуальной собственности.

В юридической доктрине не выработано единообразного взгляда на понятие недобросовестной конкуренции. Вопрос о том, что такое недобросовестная конкуренция, оставался и продолжает оста-

ваться весьма спорным, несмотря на то, что впервые был поставлен еще в XIX веке перед французской судебной практикой, которая, по мнению В.А. Шретера «по справедливости признается творцом проблемы недобросовестной конкуренции»¹.

Дореволюционные юристы-теоретики, как правило, избегали давать юридически точные собственные определения, касающиеся недобросовестной конкуренции.

Так, А.И. Каминка ссылался на то, что «недобросовестная конкуренция это вид конкуренции вообще... И если в общем и в настоящее время признание конкуренции, как необходимого элемента хозяйственной деятельности, может казаться бесспорным, то в такой же мере бесспорно, что недобросовестная конкуренция является злом, которое не должно быть терпимо»².

Другой видный специалист в области хозяйственного права, которого мы упоминали выше, В.А. Шретер утверждал, что «недобросовестная конкуренция — явление космополитическое, проделки в этой области отличаются чрезвычайным однообразием во всех странах, где процветает торговля»³.

Современные ученые более определенны в изложении своих взглядов на недобросовестную конкуренцию.

Так, по мнению В.А. Дозорцева, недобросовестная конкуренция (согласно представлениям В.А. Дозорцева — несправедливая конкуренция. — О.Г.) представляет собой «сообщение потребителю (потенциальному потребителю) вопреки обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости данных (ложных или соответствующих действительности), способных вызвать у него неправильные представления, дискредитирующие конкурента, его деятельность и (или) товар (в том числе способных вызвать заблуждение относительно ха-

¹ Шретер В. Недобросовестная конкуренция // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 551.

² Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 270—271.

³ Шретер В.А. Недобросовестная конкуренция // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 551.

рактера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товара) либо вызвать смешение с конкурентом, его деятельностью и (или) товаром»⁴.

Ю.И. Свядосц определял недобросовестную конкуренцию как «совершение таких действий в промышленных и торговых делах, которые направлены на извлечение имущественных выгод путем осуществления недобросовестных противоречащих честным правилам и обычаям действий по отношению к конкурентам в капиталистическом обороте»⁵.

В.И. Еременко, формулируя определение недобросовестной конкуренции, полагает таковой «любое виновное действие, противоречащее деловым обычаям, профессиональной этике или добропорядочности при осуществлении хозяйственной деятельности в целях конкуренции, которое причиняет или может причинить вред»⁶.

Легальное определение недобросовестной конкуренции закреплено в ст. 4 Федерального закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)⁷. Согласно п. 9 указанной статьи недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

⁴ Дозорцев В.А. Недобросовестная конкуренция или несправедливая? // Юридический мир. 1997. № 4. С. 33.

⁵ Свядосц Ю.И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах. М., 1969. С. 170.

⁶ Еременко В.И. О пресечении недобросовестной конкуренции // Вопросы изобретательства. 1992. № 1—2. С. 29.

⁷ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

§ 2. Характеристики (признаки) недобросовестной конкуренции

Характеристиками недобросовестной конкуренции, вытекающими из приведенного определения, выступают:

- наличие действия хозяйствующего субъекта или группы лиц;
- направленность действия на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- противоречие действия законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- наличие действительных или потенциальных убытков у хозяйствующего субъекта-конкурента, возникших вследствие осуществленных действий;
- наличие действительного или потенциального вреда, причиненного деловой репутации хозяйствующего субъекта-конкурента вследствие осуществленных действий.

Наличие действия хозяйствующего субъекта или группы лиц как характеристика акта недобросовестной конкуренции означает, что такой элемент поведения как бездействие не может приниматься в расчет при квалификации конкуренции в качестве недобросовестной. При этом сферы активного поведения могут быть самыми различными и находиться в областях производства продукции, продажи товаров, выполнении работ, оказании услуг. В то же время следует обратить внимание на отдельные несовпадения общей формулы недобросовестной конкуренции, закрепленной в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции, частным формам недобросовестного поведения хозяйствующих субъектов. Так, в качестве недобросовестной конкуренции, связанной с созданием смешения (ст. 14.6 Закона о защите конкуренции), может квалифицироваться и «совершение хозяйствующим субъектом бездействия».

Направленность действия на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности очерчивает пределы того либо иного варианта активного поведения хозяйствующего субъекта или группы лиц с точки зрения достигаемой указанным поведением цели. Эта цель — получение преимуществ при осуществлении

предпринимательской деятельности. При этом речь идет только о так называемых необоснованных преимуществах, поскольку преимущества, достигнутые за счет легальных приемов и методов ведения предпринимательства, являются продуктом добросовестной конкуренции. Необоснованные преимущества по смыслу легального определения недобросовестной конкуренции должны касаться лишь сферы предпринимательской деятельности. В то же время норма, закрепленная в ч. 2 ст. 34 Конституции РФ, налагает запрет на осуществление экономической деятельности, направленной на недобросовестную конкуренцию, т.е. более широко подходит к сфере применимости действий, направленных на получение преимуществ, экстраполируя их на область воспроизводства, создания и распределения материальных и духовных благ в целом. Предпринимательская же деятельность — не более чем частный случай экономической деятельности. Она представляет собой самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг.

Таким образом, одной из характеристик недобросовестной конкуренции, вытекающей из легального определения последней, выступает направленность действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при пользовании имуществом, продаже товаров, выполнении работ или оказании услуг. При этом хозяйствующий субъект должен быть зарегистрирован в качестве предпринимателя в установленном законом порядке, равно как и каждое лицо, входящее в одну группу. Только в этом случае схема конкурентных действий, направленных на получение преимуществ в значении, которое придает ей законодатель, ложится на легальную модель предпринимательской деятельности.

Противоречие действия законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости как одна из характеристик недобросовестной конкуренции включает по существу три состава требований, которым может противоречить действие хозяйствующего субъекта или группы лиц.

Первая группа требований касается противоречия действия хозяйствующего субъекта (группы лиц) законодательству РФ. Факт

указанного несоответствия позволяет квалифицировать действие лица как противоправное поведение. Но не более того. Противоправное поведение хозяйствующего субъекта может квалифицироваться в качестве акта недобросовестной конкуренции, но сама недобросовестная конкуренция как явление более широкое не сводима только к актам противоправного поведения, как это иногда представляется в специальной литературе⁸.

Требования добропорядочности, разумности и справедливости как сугубо оценочные выводят недобросовестную конкуренцию за пределы противоправного поведения. Да и само понятие недобросовестности предполагает выход за рамки добрых нравов, а не за рамки нормативных предписаний, т.е. дозволений и запретов.

Акты противоправного поведения — это, по существу, недозволенная конкуренция, но отнюдь не недобросовестная.

Очевидно, что примененная законодателем формула «противоречия законодательству РФ» должна рассматриваться в широком смысле. Это означает, что действия хозяйствующего субъекта при их квалификации в качестве недобросовестной конкуренции должны противоречить не только антимонопольному законодательству, но и иным законодательным актам.

Российский законодатель не счел нужным включить в дефинитивную норму п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции т.н. оговорку о незначительных нарушениях, которая бы исключала признание действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией и определяла границы его допустимого поведения.

Следует подчеркнуть, что не всякое противоречие законодательству РФ, прослеживаемое в действиях хозяйствующего субъекта или группы лиц, можно рассматривать в качестве недобросовестной конкуренции, а только такое, которое направлено на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности с одновременным причинением (реальным или потенциальным) убытков другим хозяйствующим субъектам. Вторая группа требований касается противоречия действия хозяйствующего

⁸ См., например, Тотьев К.Ю. Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий): учебник для вузов. М., 2003. С. 263.

шего субъекта (группы лиц) обычаям делового оборота. Обычаем по смыслу нормы, закрепленной в п. 1 ст. 5 ГК РФ, признается сложившееся и широко применяемое в какой либо области предпринимательской или иной деятельности не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычаю действующее законодательство и доктрина придают значение источника гражданского права.

Обычаи применяются в основном в сфере договорных отношений (ст. 309, п. 5 ст. 421, ст. 431 ГК РФ), устанавливающихся между хозяйствующими субъектами. Акты же недобросовестной конкуренции, как правило, носят внедоговорной характер. Поэтому осуществление оценки действия хозяйствующего субъекта или группы лиц на предмет его противоречия обычаям мероприятие практически безнадежное. Такая оценка осложнена не только поиском обычаев, которым бы противоречил акт недобросовестной конкуренции, но и квалификацией указанного акта по основанию его направленности на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности и соответствия иным характеристикам, закрепленным в легальной дефиниции недобросовестной конкуренции.

Противоречие действий хозяйствующих субъектов иным обычаям, например, местным (ст. 221 ГК РФ), а равно обычкновениям и заведенному порядку не будет являться квалифицирующим признаком недобросовестных конкурентных действий. Иные обычаи, например, любые обычаи, относительно которых договорились стороны (ч. 1 ст. 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров), могут использоваться при оценке недобросовестности конкурентных действий, если они подпадают под признаки обычаев делового оборота, как того требует норма п. 9 ст. 4 Закона о конкуренции, а также честных обычаев в промышленных и торговых делах (п. (2) ст. 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности).

Третья группа требований заключается в противоречии действия хозяйствующего субъекта требованиям добропорядочности, разумности и справедливости. Указанные требования носят оценоч-

ный характер и лежат в плоскости этики предпринимательских отношений. Действующее законодательство не раскрывает их значения, но употребляет, следуя принципу *bona fides*, предполагающему добросовестность ведения предпринимательской деятельности. Морально-этические категории добропорядочности, разумности и справедливости тесно переплетаются с презумпцией разумности и добросовестности поведения участников гражданского оборота, установленной для отдельных случаев осуществления гражданских прав (п. 5 ст. 10 ГК РФ). Так, согласно п. 2 ст. 1101 ГК РФ, размер компенсации морального вреда определяется судом в зависимости от характера причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий, а также степени вины причинителя вреда в случаях, когда вина является основанием возмещения вреда. При определении размера компенсации вреда должны учитываться требования разумности и справедливости.

Формула квалификации недобросовестных конкурентных действий с точки зрения противоречия указанных действий требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, с одной стороны, расширяет т.н. доказательственную базу в сфере пресечения различных форм недобросовестной конкуренции, а с другой — оставляет широчайшее поле для субъективного толкования указанных требований и судебного усмотрения в практике правоприменения. Сказанное относится не только к собственно толкованию требований добропорядочности, разумности и справедливости, но и к структуре формулы недобросовестной конкуренции. Действительно, остается неясным, что имел в виду законодатель, вводя в указанную формулу, наряду с требованием противоречия действий хозяйствующих субъектов законодательству РФ и обычаям делового оборота, требования о противоречии этих действий оценочным категориям добропорядочности, разумности и справедливости.

Здесь возможны, в частности, следующие четыре ситуации, характеризующие действия хозяйствующего субъекта:

- противоречие действия законодательству, обычаям делового оборота и противоречие действия этическим требованиям;
- непротиворечие действия законодательству и обычаям делового оборота и противоречие действия этическим требованиям;

— противоречие действия законодательству, обычаям делового оборота и непротиворечие действия этическим требованиям;

— непротиворечие действия законодательству и обычаям делового оборота и непротиворечие действия этическим требованиям.

В первой и третьей ситуации квалифицировать действия хозяйствующего субъекта по основанию их противоречия этическим требованиям, видимо, нет необходимости, если не предполагать, что этические нормы в ряде случаев имеют более высокую планку требовательности по сравнению с правовыми нормами.

Во второй ситуации, на которую очевидно и рассчитана структура формулы недобросовестной конкуренции, требуется анализ действий хозяйствующего субъекта на предмет их соответствия этическим требованиям.

Четвертая ситуация выпадает из зоны оценки действий хозяйствующего субъекта, ибо предполагает гармонию норм права и этических норм с указанными действиями.

В аналогичном ключе можно, коль скоро это позволяет легальная дефиниция недобросовестной конкуренции, сконструировать ситуации применительно ко всем трем разновидностям требований, характеризующим действия хозяйствующих субъектов в качестве недобросовестных, т.е. их противоречию законодательству, обычаям делового оборота, этическим требованиям. При этом количество ситуаций утроится, если анализировать отдельно категории добропорядочности разумности и справедливости. Все это утяжеляет формулу недобросовестной конкуренции, что не могло пройти незамеченным в оценке указанной формулы специалистами.

Так, В.А. Дозорцев полагал, что недобросовестной конкуренцией можно считать лишь действия, совершенные в нарушение не законов, а обычаев делового оборота, требований добрых нравов, разумности и справедливости⁹.

В.И. Еременко считает, что логичнее отдать предпочтение на практике требованиям добропорядочности, разумности, справедливости, так как обычаи делового оборота могут сложиться таким

⁹ Дозорцев В.А. Недобросовестная конкуренция или несправедливая? // Юридический мир. 1997. № 4. С. 33.

образом (будучи законными с точки зрения гражданского права), что войдут в противоречие с более высокими требованиями этических норм, а это может привести в дальнейшем к противоречивым оценкам при квалификации недобросовестной конкуренции¹⁰.

Наличие действительных или потенциальных убытков у хозяйствующего субъекта-конкурента, возникших вследствие осуществленных действий, характеризует недобросовестную конкуренцию со стороны юридически значимых имущественных последствий недобросовестных конкурентных действий.

Под убытками в широком смысле понимаются неблагоприятные последствия, которые претерпевает имущественная сфера хозяйствующего субъекта или иного лица в результате нарушения их гражданских прав. Легальное определение убытков закреплено в п. 2 ст. 15 ГК РФ. Согласно указанной статьи под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также недополученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

При квалификации действий хозяйствующего субъекта (группы лиц) в качестве недобросовестных легальная формула убытков наполняется новым содержанием, что обусловлено указанием законодателя на две разновидности неблагоприятных имущественных последствий, а именно:

- последствия, которые уже наступили (действительные убытки);
- последствия, которые могут наступить (потенциальные убытки).

При этом в составе действительных убытков должна учитываться только часть элементов реального ущерба в виде расходов, которые произвел потерпевший (хозяйствующий субъект-конкурент) для восстановления нарушенного права, и не должны учи-

¹⁰ Еременко В.И. Особенности пресечения недобросовестной конкуренции в Российской Федерации // Адвокат. 2000. № 7. С. 10.

тываться расходы, которые должен будет произвести потерпевший для восстановления нарушенного права, а также упущенная выгода, представляющая собой недополученные доходы, которые хозяйствующий субъект-конкурент получил бы при обычных условиях гражданского оборота. Что касается такого элемента реального ущерба как стоимость утраченного или поврежденного имущества потерпевшего, то, исходя из характера недобросовестных конкурентных действий (гл. 2.1 Закона о защите конкуренции), факты утраты или повреждения имущества маловероятны. В составе потенциальных убытков должны учитываться будущие расходы, которые необходимо произвести хозяйствующему субъекту-конкуренту для восстановления нарушенного права, а также упущенная выгода.

Наличие действительного или потенциального вреда, причиненного деловой репутации хозяйствующего субъекта — конкурента вследствие осуществленных действий характеризует недобросовестную конкуренцию со стороны юридически значимых неимущественных последствий недобросовестных конкурентных действий.

Деловая репутация отнесена нормами действующего законодательства в разряд нематериальных благ (п. 1 ст. 150 ГК РФ), однако законодатель предпочитает не давать ее легального определения, равно как и раскрывать ее содержания.

Являясь нематериальным благом, деловая репутация, тем не менее наделяется законодателем качествами, не присущими указанной разновидности благ. Так, деловая репутация может выступать в роли вклада в общее дело простого товарищества (п. 1 ст. 1042 ГК РФ), может использоваться в определенном объеме пользователем по договору коммерческой концессии (п. 2 ст. 1027 ГК РФ), подлежит учету и оценке в составе нематериальных активов (абз. 2 п. 4 разд. I) Положения по бухгалтерскому учету «Учет нематериальных активов» ПБУ 14/2007¹¹. Все это свидетельствует о наделении деловой репутации определенным имущественным содержанием и придании ей свойства отчуждаемости с сохранением, однако, за ней некоторых институциональных характеристик нематериаль-

¹¹ Информационная система «Кодекс».

ного блага, например, связи с юридической личностью — первоначальным носителем репутации.

Указанная связь обусловлена информационной природой деловой репутации, которая позволяет одновременно отчуждать и сохранять это нематериальное благо. В процессе отчуждения деловая репутация как информационный, по своей сути, продукт регенерирует саму себя, и происходит передача не ее «оригинала», а ее «информационной копии». При этом передающая сторона не лишается оригинала, т.е. общественной оценки и мнения о ее деловых качествах.

Под вредом, причиненным деловой репутации хозяйствующего субъекта, следует понимать всякое ее умаление. При этом указанное умаление может носить как имущественный, так и неимущественный характер, быть как действительным, так и потенциальным.

Имущественный характер вреда, причиненного деловой репутации хозяйствующего субъекта, проявляется в наличии у него убытков, обусловленных конкурентными действиями, повлекшими, например, снижение стоимости деловой репутации как нематериального актива.

Неимущественный характер вреда, причиненного деловой репутации, проявляется в утрате хозяйствующим субъектом положительного мнения о его деловых качествах в глазах общественности и, в частности, делового сообщества. Такая утрата может повлечь за собой потерю клиентов, уменьшение количества заказов, нарушение договорных связей, т.е. в конечном счете, вызвать потери имущественного характера, что свидетельствует о кумулятивном характере указанной утраты.

На возможность причинения неимущественного (морального) вреда хозяйствующему субъекту — юридическому лицу указывает и Конституционный Суд РФ в своем Определении от 04.12.2003 г. № 508-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлефмана Владимира Аркадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 7 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации»¹². В указанном Определении отмечается, в частности,

¹² ВКС. 2004. № 3.

что отсутствие прямого указания в законе на способ защиты деловой репутации юридических лиц не лишает их права предъявлять требования о компенсации убытков, в том числе нематериальных, причиненных умалением деловой репутации, или нематериального вреда, имеющего свое собственное содержание (отличное от содержания морального вреда, причиненного гражданину), которое вытекает из существа нарушенного материального права и характера последствий этого нарушения (п. 2 ст. 150 ГК РФ).

Имущественный и неимущественный вред, причиненный умалением деловой репутации хозяйствующего субъекта, для целей характеристики недобросовестной конкуренции может быть как действительным, так и потенциальным.

В несколько ином, более широком значении конструируется понятие недобросовестной конкуренции в Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Согласно п. (2) ст. 10bis указанной конвенции актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

Анализ приведенной конвенционной нормы показывает, что она фактически не перекликается с понятием недобросовестной конкуренции по российскому законодательству. Частичное совпадение имеет место лишь в отношении указания на отсутствие жестких рамок конкурентного поведения, считающегося недобросовестным, и на его активный характер. По смыслу конвенционной нормы это — «всякий акт конкуренции», а по смыслу национального правила это — «любые действия хозяйствующих субъектов». Поскольку последним российский законодатель придает еще целый ряд дополнительных признаков, о которых говорилось выше и которые должны иметь особую направленность в виде получения преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, национальная модель определения недобросовестной конкуренции существенно уже ее конвенционной модели. Об этом, кроме того, свидетельствует и указание конвенционной нормы на противоречие акта конкуренции только честным обычаям в промышленных и торговых делах, а не на противоречие любого дей-

ствия целому спектру юридических, моральных, экономических и социальных предписаний.

На несоответствие определения недобросовестной конкуренции по российскому законодательству конвенционной модели указывает и допущенное законодателем при его конструировании нарушение правил формальной логики. Что мы в данном случае имеем в виду? А то, что дефиниция недобросовестной конкуренции (п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции) должна соотноситься с дефиницией конкуренции, закрепленной в п. 7 ст. 4 Закона о конкуренции, как видовое понятие с родовым. На самом деле такое соотношение весьма относительно, если не сказать больше — оно отсутствует.

Если проецировать определение недобросовестной конкуренции на указанный выше пункт, то актом недобросовестной конкуренции должен признаваться всякий акт соперничества хозяйствующих субъектов, противоречащий честным обычаям, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Как следует из приведенной словесной конструкции, речь в ней идет не столько о направленности действий хозяйствующих субъектов на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, сколько о противоправности ограничения возможности каждого из хозяйствующих субъектов воздействовать друг на друга в рамках соперничества, чтобы исключить одностороннее влияние каждого из них на товарный оборот. И вот такое понимание недобросовестной конкуренции ближе к конвенционному, хотя и не затрагивает сферу промышленных дел.

По логике российского законодателя недобросовестной является вовсе не конкуренция как ее понимает сам законодатель, а в лучшем случае ее отдельный фрагмент, да и то при условии, что действия хозяйствующих субъектов, направленные на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, есть не что иное как возможность одностороннего воздействия на общие условия обращения товаров в том либо ином сегменте товарного рынка.