

**ЗАЩИТА
ОТ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ
КОНКУРЕНЦИИ**



ВСЕМИРНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ

(ВОИС)

**ЗАЩИТА
ОТ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ
КОНКУРЕНЦИИ**

Анализ современной ситуации в мире

подготовлен Международным бюро ВОИС



ЖЕНЕВА
1994

ПУБЛИКАЦИЯ ВОИС
№. 725 (R)

ISBN 92-805-0597-1

ВОИС 1995

Protection Against Unfair Competition

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящее исследование подготовлено Международным бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) в качестве первого из серии документов, касающихся защиты от недобросовестной конкуренции. Первый проект исследования основывался на тексте, подготовленном двумя сотрудниками Института национального и международного патентного, авторского и конкурентного права им. Макса Планка (Мюнхен, Германия), г-жой Фрауке Хеннинг-Бодевиг и г-ном Хейо Рюйсенарсом. В окончательном варианте учтены рекомендации следующих экспертов (высказанные на совещании в 1992 году и в виде письменных замечаний в 1993 году):

— Джон Адамс (директор Института общего права и интеллектуальной собственности, Лондон);

— Эрнесто Аракама-Сорракин (юрист, Буэнос-Айрес);

— Иван Черпилло (юрист, Лозанна);

— Гу Мин (заместитель председателя правового комитета Всекитайского собрания народных представителей, Пекин);

— Дезмонд Губадия (юрист, Лагос);

— Фрауке Хеннинг-Бодевиг (Институт национального и международного патентного, авторского и конкурентного права им. Макса Планка, Мюнхен);

— Бальдо Крессалья (юрист, Лима);

— Ёшихару Куноги (Директор управления по вопросам интеллектуальной собственности, министерство международной торговли и промышленности, Токио);

— Кришнасвами Поннусвами (профессор права промышленной собственности, юридический факультет, Делийский университет, Дели);

— Хейо Рюйсенарс (Институт национального и международного патентного, авторского и конкурентного права им. Макса Планка, Мюнхен);

— *Имре Ворош (судья, Конституционный суд, Будапешт);*

— *Глен Уэстон (бывший профессор юридического факультета в Университете Джорджа Вашингтона, Вашингтон, О.К.; Нейплс, Флорида).*

Международное бюро выражает свою признательность вышеупомянутым экспертам за их ценный вклад.

Декабрь 1993 года

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Пункты</i>
I. ВВЕДЕНИЕ	1—3
II. НЕОБХОДИМОСТЬ ЗАЩИТЫ	4—11
III. ПРАВОВАЯ БАЗА ЗАЩИТЫ	12—27
A. Развитие законодательства о недобросовестной конкуренции	12—17
B. Международная защита: Статья 10 <i>bis</i> Парижской конвенции по охране промышленной собственности	18—22
C. Национальная защита: три основных подхода к законодательству о недобросовестной конкуренции	23—26
(1) Защита, основанная главным образом на специальном законодательстве	24
(2) Защита, основанная на общем законодательстве о гражданской ответственности и/или на законодательстве об «использовании чужого имени» и коммерческой тайне	25
(3) Сочетание двух вышеуказанных подходов	26
D. Роль судебной практики	27
IV. АКТЫ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ .	28—134
A. Общее определение	28—38
B. Виды актов недобросовестной конкуренции	39—134
(1) Общие положения	39—40
(2) Акты, прямо указанные в Статье 10 <i>bis</i>	41—92
(a) Действия, вызывающие смещение	42—63
(i) Общие обстоятельства, при которых имеет место смещение	42—44
(ii) Виды смещения	45—47
(iii) Смещение в отношении указаний... — Ограниченная применимость специального законодательства	48—58 49—53

— Ограничение сферы охраны товарных знаков	54—57
— Фирменные наименования	58
(iv) Смещение в отношении формы продукта	59—63
(b) Введение в заблуждение	64—83
(i) Общие положения	64—68
(ii) Понятие введения в заблуждение ...	69—73
(iii) Вводящие в заблуждение утверждения	74—77
(iv) Преувеличения	78
(v) Объект введения в заблуждение	79—80
(vi) Субъективные условия	81—82
(vii) Бремя доказывания	83
(c) Дискредитация конкурентов	84—92
(i) Общие положения	84—85
(ii) Ссылка на конкретного конкурента	86—87
(iii) Объект нападок	88
(iv) Намерение или фактический ущерб	89
(v) Утверждение фактов	90
(vi) Ложные утверждения	91—92
(3) Акты, прямо не указанные в Статье 10bis ...	93—134
(a) Общие положения	93—94
(b) Нарушение коммерческой тайны	95—103
(i) Общие положения	95—96
(ii) Какая информация является коммерческой тайной?	97—99
(iii) Использование и разглашение информации (бывшими) работниками	100—101
(iv) Использование и разглашение информации конкурентами	102—103
(c) Неправомерное использование достижений другого лица («паразитирование») ...	104—115
(i) Общие положения	104—108
(ii) Ослабление различительной способности или рекламной ценности товарного знака	109
(iii) Использование чужой репутации	110—111
(iv) Буквальное копирование	112—114
(v) Акты паразитирования	115

(d) Сравнительная реклама	116—125
(i) Определение	116
(ii) Ограничения общего характера: сравнения, способные «ввести в заблуждение» и «дискредитировать»	117—118
(iii) Тенденция в пользу допущения правдивых сравнений	119
(iv) Характерные опасности сравнительной рекламы	120
(v) Сравнительная реклама и законы о товарных знаках	121—122
(vi) Сравнения, проводимые третьими лицами	123—125
(e) Прочие акты недобросовестной конкуренции	126—134
(i) Общие положения	126
(ii) Назойливая реклама, использование чувства страха, чрезмерное психологическое давление и т. д.	127—130
(iii) Стимулирование сбыта: призы, подарки, лотереи и т. п.	131—132
(iv) Помехи коммерческой деятельности	133—134
V. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАЩИТЫ	135—160
A. Общие положения	135—137
B. Гражданско-правовые санкции	138—153
(1) Виды санкций	138—144
(a) Судебный запрет	139—140
(b) Возмещение причиненного ущерба	141—143
(c) Опровержение; публикация судебного решения	144
(2) Право на иск	145—148
(3) Меры по обеспечению доказательств недобросовестных действий и конфискации товара	149—151
(4) Ускоренное судебное разбирательство	152—153
C. Уголовные санкции	154—155
D. Административные санкции	156—158
E. Санкции в рамках саморегулирования	159—160
ПРИЛОЖЕНИЕ: Перечень законодательных актов в области защиты от недобросовестной конкуренции	

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Защита от недобросовестной конкуренции была признана в качестве составной части охраны промышленной собственности около века назад. В 1900 г. на Брюссельской дипломатической конференции по пересмотру Парижской конвенции по охране промышленной собственности (далее «Парижская конвенция») признание этого факта впервые было отражено в тексте Конвенции путем включения Статьи 10*bis*. В первоначальном варианте, принятом на Брюссельской дипломатической конференции, эта Статья имела следующую формулировку: «Граждане стран — участниц Конвенции (Статьи 2 и 3) пользуются во всех странах Союза защитой от недобросовестной конкуренции, предоставляемой гражданам стран, участвующих в Союзе». В результате проведения ряда конференций по пересмотру в настоящее время Статья изложена в следующей редакции [Стокгольмский акт (1967 г.) Парижской конвенции]:

«(1) Страны Союза обязаны обеспечить гражданам стран, участвующих в Союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции.

(2) Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

(3) В частности, подлежат запрету:

1. все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;
2. ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента.
3. указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров».

2. На первый взгляд может показаться, что между охраной таких прав промышленной собственности, как патенты, зарегистрированные промышленные образцы, зарегистрированные товарные знаки и т. д., с одной стороны, и защитой от актов недобросовестной конкуренции, с другой стороны, имеются существенные различия. Если права промышленной собственности, например патенты, выдаются ведомствами промышленной собственности на основании заявок и предоставляют исключительные права на конкретный объект, защита от недобросовестной конкуренции основана не на таком предоставлении прав, а на соображении, которое либо зафиксировано в положениях законодательства, либо признано в качестве общего принципа права, в соответствии с которым действия, противоречащие честной деловой практике, должны быть запрещены. Тем не менее, при рассмотрении некоторых случаев недобросовестной конкуренции связь между этими двумя видами охраны становится очевидной. В частности, во многих странах использование незарегистрированного товарного знака без соответствующего разрешения рассматривается как незаконное на основании общих принципов, относящихся к области защиты от недобросовестной конкуренции (в ряде стран такое использование без соответствующего разрешения называется «passing off»). Приведем другой аналогичный пример из области изобретений: если изобретение не раскрыто публике и считается коммерческой тайной, совершение третьими лицами некоторых действий в связи с такой коммерческой тайной без соответствующего разрешения может также быть квалифицировано как незаконное. Более того, совершение некоторых действий в отношении изобретения, которое было раскрыто публике, но не запатентовано или же на которое истек срок действия патента, в ряде случаев может также рассматриваться как незаконное (как акт «буквального копирования»).

3. Приведенные выше примеры показывают, что защита от недобросовестной конкуренции эффективно дополняет охрану прав промышленной собственности, например патентов и зарегистрированных товарных знаков, в тех случаях, когда изобретение или знак не охраняется такими правами. Конечно, известны другие случаи недобросовестной конкуренции, например случай, упомянутый в Статье 10*bis*(3)2 Парижской конвенции, а именно ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать конкурента, когда защита от недобросовестной конкуренции не выполняет подобную дополнительную функцию. Это связано с тем фактом, что понятие недобросовестной конкуренции включает значительное число разнообразных действий, которые анализируются ниже.

II. НЕОБХОДИМОСТЬ ЗАЩИТЫ

4. В результате недавних политических событий ряд стран находится в настоящее время в процессе перехода к системе рыночной экономики, которая в рамках определенных ограничений, установленных законом, делает возможной свободную конкуренцию между промышленными и коммерческими предприятиями. Такое развитие событий характерно не только для стран Центральной и Восточной Европы, но и для ряда развивающихся стран. Свободная конкуренция между предприятиями рассматривается как оптимальное средство обеспечения спроса и предложения в экономике и удовлетворения интересов потребителей и всей экономики в целом. Однако там, где существует конкуренция, возможны акты недобросовестной конкуренции. Это явление известно во всех странах и во все времена, независимо от характера существующей политической или социальной системы.

5. Иногда конкуренцию в экономике сравнивают со спортивным соревнованием, поскольку и в том, и в другом случае должен победить лучший. В экономическом соревновании победителем становится предприятие, предлагающее наиболее полезную и эффективную продукцию или услуги на самых экономически выгодных и приемлемых (для потребителя) условиях. Однако такой результат может быть достигнут только при условии, что все участники играют с соблюдением ряда определенных основных правил; так же как и в спорте, может возникнуть искушение пренебречь ими. Нарушение основных правил экономического соревнования может принимать различные формы — от незаконных, но не наносящих ущерба действий (которые могут быть совершены даже самым честным и осторожным предпринимателем) до злонамеренных нарушений с целью нанесения ущерба конкурентам или введения в заблуждение потребителей. Они могут выражаться в прямых нападках на отдельного конкурента, а также в обмане «арбитра», роль которого в экономическом соревновании обычно играет потребитель. Но независимо от формы, которую могут принимать такие нарушения, их превентивное и эффективное пресечение служит интересам честного предпринимателя, потребителя и общества в целом.

6. Опыт показывает, что не следует рассчитывать на достижение добросовестности в конкуренции исключительно за счет *свободного дей-*

ствия механизма рыночных сил. Теоретически потребитель, выступая в роли арбитра в экономической игре, может повлиять на нечестного предпринимателя, игнорируя его товары или услуги и оказывая предпочтение товарам или услугам честных конкурентов. Однако на практике все обстоит иначе. С усложнением экономической ситуации роль потребителя как арбитра становится менее значимой. Часто он даже неспособен самостоятельно распознать акты недобросовестной конкуренции, не говоря уже о том, чтобы адекватно реагировать на них. При этом именно потребитель, а вместе с ним и честный конкурент нуждаются в защите от недобросовестной конкуренции.

7. Иногда в качестве одного из средств борьбы с недобросовестной конкуренцией называют *саморегулирование*, но оно не обеспечивает достаточной защиты. Не вызывает сомнений тот факт, что саморегулирование со стороны объединений предприятий может играть важную роль в обеспечении честной деловой практики: если саморегулирование достаточно хорошо развито и соблюдается повсеместно, оно может действовать быстрее, с меньшими затратами и более эффективно, чем любая судебная система. Однако успехи или неудачи саморегулирования зависят от постоянного соблюдения правил всеми участниками экономической игры.

8. В целях эффективного предотвращения недобросовестной конкуренции саморегулирование, по крайней мере в некоторых сферах, должно дополняться системой правового регулирования. Только такая система может создать для честных предпринимателей условия, когда их шансы на успех будут зависеть от собственных усилий, а также дать потребителям возможность делать оптимальный выбор, защищая их от излишних затрат в условиях ограниченности ресурсов и обеспечивая более предсказуемый рынок и максимум экономического благосостояния.

9. Нормы, регулирующие предотвращение недобросовестной конкуренции, и нормы, регулирующие предотвращение ограничительной деловой практики (*антитрестовское законодательство*), являются взаимосвязанными; и те, и другие направлены на обеспечение эффективного функционирования работы рыночной экономики. Однако достигается это различными способами: антитрестовское законодательство охраняет *свободу конкуренции*, не допуская ограничений в торговле и превышений экономической власти, в то время как законодательство о недобросовестной конкуренции обеспечивает добросовестность ведения конкурентной борьбы, заставляя всех

участников соблюдать одинаковые правила игры. Несмотря на это различие, вышеуказанные законы в равной степени важны и дополняют друг друга. Страны, создающие систему рыночной экономики, нуждаются в антитрестовском законодательстве, но для достижения в качестве побочного эффекта добросовестной конкуренции нельзя полагаться только на такое законодательство: это может быть достигнуто исключительно путем введения четких норм, обеспечивающих защиту от недобросовестной конкуренции.

10. *Законы в области промышленной собственности*, обеспечивающие охрану изобретений, промышленных образцов, товарных знаков, фирменных наименований, географических указаний и т. д., не являются настолько всеобъемлющими, чтобы гарантировать честную практику на рынке. Не вызывает сомнения тот факт, что охрана прав промышленной собственности отвечает интересам не только владельцев, но также потребителей и общества в целом и служит цели обеспечения добросовестности в конкурентной борьбе. В частности, использование без соответствующего разрешения товарного знака для конкурирующего продукта является не только неправомерным использованием репутации владельца товарного знака, но и введением публики в заблуждение в отношении коммерческого происхождения продукта (и, следовательно, его свойств). Таким образом, можно утверждать, что законодательство о товарных знаках является составной частью более широкой области законодательства о недобросовестной конкуренции и что обеспечение охраны товарных знаков способствует предотвращению актов недобросовестной конкуренции, в частности таких, как использование чужого имени и ослабление отличительной способности или рекламной ценности. То же самое, правда в меньшей степени, справедливо в отношении других прав промышленной собственности, таких как патенты, которые охраняют изобретателей от неправомерного использования плодов их творческих усилий.

11. Однако, несмотря на эту общность целей, честная игра на рынке не может быть достигнута исключительно за счет охраны прав промышленной собственности. Широкий спектр недобросовестных действий, таких как вводящая в заблуждение реклама или нарушение коммерческой тайны, обычно не регулируется конкретными законами в области промышленной собственности. Таким образом, законодательство о недобросовестной конкуренции необходимо либо для дополнения законодательства по промышленной собственности, либо для предоставления охраны, которую последнее неспособно обеспечить. Для выполнения этой функции законодательство о

недобросовестной конкуренции должно быть *гибким*, а защита в рамках этого законодательства не должна зависеть от каких-либо формальностей, например регистрации. В частности, законодательство о недобросовестной конкуренции должно легко адаптироваться к любым новым формам поведения на рынке. Такая гибкость отнюдь не означает его непредсказуемости. Конечно, законодательство о недобросовестной конкуренции не может быть столь же конкретным, как и законодательство о патентах или товарных знаках, однако опыт многих стран доказывает возможность создания эффективных и гибких систем законодательства о недобросовестной конкуренции при одновременном обеспечении достаточной предсказуемости.

III. ПРАВОВАЯ БАЗА ЗАЩИТЫ

A. Развитие законодательства о недобросовестной конкуренции

12. Все страны, введшие систему рыночной экономики, разрабатывали определенные формы защиты от недобросовестной деловой практики. Однако при этом избирались совершенно *различные подходы*. Если в других областях законодательства по промышленной собственности, например законах о патентах, промышленных образцах или товарных знаках, обычно признается, что наилучшую охрану обеспечивают конкретные и комплексные законодательные акты, то правовой базой для пресечения недобросовестной конкуренции могут служить как краткая общая норма в области гражданских правонарушений, так и подробные правила в специальном законодательном акте. Часто такое различие в подходах имеет чисто историческое объяснение.

13. Впервые понятие недобросовестной конкуренции возникло во *Франции* приблизительно в 1850 г. Хотя в то время не существовало запрета на нечестную деловую практику, французские суды сумели создать всеобъемлющую и эффективную правовую систему защиты от недобросовестной конкуренции на основе *общего положения* статьи 1382 французского гражданского кодекса, которое предусматривало обязательное возмещение ущерба в случае совершения противоправных действий. Применительно к защите конкурентов принципы, разработанные в судебных решениях на основе статьи 1382 французского гражданского кодекса, продолжают оставаться во *Франции* основой судебной защиты от недобросовестной конкуренции. Для защиты потребителей еще в 1905 г. был принят закон о борьбе с мошенничеством при сбыте продукции; с тех пор он был дополнен значительным количеством законодательных актов и декретов, включая так называемый «закон Ройе» (1973 г.), запрещающий вводящую в заблуждение рекламу, и законы об информации для потребителей 1978 и 1989 гг.

14. В *Германии* ситуация развивалась иным образом. Поскольку суды отказывались применять нормы гражданского кодекса при рассмот-

рении дел о недобросовестной деловой практике, возникла необходимость принятия *специального законодательства* по этому вопросу. Таким образом, в 1909 г. появился «закон о пресечении недобросовестной конкуренции», до сих пор остающийся основным документом в борьбе с актами недобросовестной конкуренции. Закон содержит два общих положения о нечестной и вводящей в заблуждение коммерческой практике, вокруг которых группируются специальные положения, например об охране коммерческой тайны. Более того, он почти исключительно основан на исках частных лиц, что дает возможность возбуждения судебного преследования конкурентам, потребителям и организациям предпринимателей. Германские суды, опираясь в основном на эти два общих положения, содержащихся в статьях 1 и 3 закона, разработали комплексную систему пресечения недобросовестной коммерческой практики, которая направлена на защиту не только конкурентов, но также потребителей и общества в целом.

15. Законодательство различных территорий, находящихся под юрисдикцией и в составе *Соединенного Королевства* (Англия, Шотландия, Уэльс и Северная Ирландия), пошло по другому пути, основанному на нормах общего права и права справедливости, без установления отдельного правового режима для защиты от недобросовестной конкуренции. Нежелание принять общие нормы, допускающие субъективное суждение по поводу того, что есть «добросовестно», а что нет, объясняется традиционно либеральным подходом. Тот факт, что с 1824 г. использование чужого имени признается гражданским правонарушением, считается достаточной защитой для конкурентов. Следовательно, средства судебной защиты в рамках гражданского законодательства для *конкурентов* по-прежнему сводятся к отдельным случаям, рассматриваемым на основании некодифицированных принципов гражданского правонарушения, в частности применительно к случаям защиты от использования чужого имени, клеветы или разглашения конфиденциальной информации. С другой стороны, положения о защите *потребителей* от вводящих в заблуждение действий были приняты еще в 1862 г. и впоследствии были дополнены целым рядом самостоятельных нормативных актов об охране интересов потребителей, например законом об описаниях рода деятельности 1968 г., законом о добросовестной торговой практике 1973 г., законом о навязывании товаров и услуг 1971 и 1975 гг. и законом об охране интересов потребителей 1987 г. В 1988 г. во исполнение директивы ЕС 1984 г. были приняты положения о контроле за вводящей в заблуждение рекламой. Кроме того, признается действие ряда кодексов саморегулирования в рекламе.

16. Как и в Соединенном Королевстве, в *Соединенных Штатах Америки* законодательство о недобросовестной конкуренции развивалось из судебных решений, в частности на основании нормы общего права, в соответствии с которой использование чужого имени является гражданским правонарушением. Так же как и в Соединенном Королевстве, в США не было и нет всеобъемлющего деликта недобросовестной конкуренции на основании норм общего права. Тем не менее предусмотренная законом ограниченная возможность судебной защиты от ложных заявлений относительно своего продукта в торговле между штатами была предоставлена в 1946 г. на основании положений об охране товарных знаков, содержащихся в разделе 43(a) закона о товарных знаках (закон Лэнхема). В 1988 г. эта норма была расширена, и под нее также стали подпадать ложные или вводящие в заблуждение заявления в отношении продуктов или услуг других лиц. Кроме того, в 1914 г. было создано федеральное агентство — Федеральная комиссия по торговле (ФКТ), обладающая широкой юрисдикцией по судебному преследованию за недобросовестные или вводящие в заблуждение действия или практику в торговле между штатами или в связи с ней. Однако статья 5(a) закона о ФКТ не дает права потерпевшим конкурентам или потребителям на судебное преследование, в то время как законодательные акты, направленные против недобросовестной деловой практики, принятые всеми штатами во второй половине XX века (обычно сформулированные на основе закона о ФКТ), часто дают возможность заинтересованным сторонам обращаться за защитой в суд.

17. Вышеприведенные примеры показывают различные пути, по которым шло развитие законодательства о недобросовестной конкуренции в разных странах. В последнее время многие страны приняли *специальное законодательство* по данному вопросу либо заменили ранее действующие законы о недобросовестной конкуренции. Из последних законодательных инициатив в этой области можно отметить принятие в Швейцарии в 1986 г. закона о пресечении недобросовестной конкуренции, который содержит широкие общие нормы и подробные положения, регулирующие конкретное поведение на рынке, например буквальное копирование; Венгрия в 1990 г. приняла закон о пресечении недобросовестной коммерческой практики, который регулирует вопросы недобросовестной конкуренции и антимонопольной политики; испанский закон о недобросовестной конкуренции 1991 г. содержит подробные нормы в отношении практики, наносящей ущерб потребителям и конкурентам; и, наконец, в 1991 г. Бельгия приняла закон о торговой практике и охране интересов потребителей, в котором особое внимание уделяется проблеме охраны потребителя.

В. *Международная защита: Статья 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности*

18. Статья 1(2) Парижской конвенции упоминает пресечение недобросовестной конкуренции наряду с другими объектами охраны промышленной собственности, такими как патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а Статья 10bis содержит четко сформулированное положение о пресечении недобросовестной конкуренции (текст воспроизведен выше, в пункте 1). Таким образом, более чем в ста странах — участницах Парижской конвенции законодательной базой защиты от недобросовестной конкуренции служит не только национальное законодательство, но и нормы международного права.

19. Согласно *Статье 10bis (1)* Парижской конвенции, страны Союза обязаны обеспечить *эффективную защиту от недобросовестной конкуренции*. *Статья 10ter (1)* Конвенции содержит обязательство обеспечить «законные средства защиты». В частности, в ней указывается на необходимость принятия мер, позволяющих союзам и объединениям, которые представляют заинтересованных промышленников, изготовителей или торговцев, действовать через суд, при условии что это не противоречит законам соответствующей страны и не выходит за рамки прав, обычно предоставляемых национальным объединениям.

20. *Статья 10bis (2)* Парижской конвенции определяет недобросовестную конкуренцию как всякий акт конкуренции, противоречащий *честным обычаям* в промышленных и торговых делах. Такое определение оставляет на усмотрение национальных судов и административных органов возможность определения понятия коммерческой «честности». Страны Парижского союза имеют также возможность предоставлять защиту против некоторых действий, даже в тех случаях, когда стороны не конкурируют друг с другом.

21. *Статья 10bis (3)* Парижской конвенции дает три примера случаев, которые «в частности» подлежат запрету. Эти *примеры* следует рассматривать не как исчерпывающую, а скорее как минимальную защиту, которую должны предоставлять все государства-члены. Первые два — смешение и ложные утверждения — можно рассматривать как относящиеся к «традиционной» области права, регулирующего конкуренцию, в частности защиту конкурентов. Третий

пример — введение в заблуждение — был добавлен в 1958 г. на Лиссабонской конференции по пересмотру Конвенции и учитывает интересы конкурентов и потребителей.

22. Помимо Статей 10*bis* и 10*ter* Парижская конвенция содержит ряд положений, связанных с защитой от актов недобросовестной конкуренции в более широком смысле, особенно в связи с *товарными знаками* и *фирменными наименованиями*. Например, Статьи 6*sexies* и 8 обеспечивают охрану знаков обслуживания и фирменных наименований, соответственно. Охрана *указаний о происхождении*, не предусмотренная в Статье 10*bis*(3), осуществляется на основании Статьи 10 и Статьи 9, на которую ссылается Статья 10¹. Специальные соглашения, заключенные в рамках Парижской конвенции, в

¹ В Статьях 9 и 10 Парижской конвенции говорится (текст Статьи 10*bis* Парижской конвенции приведен выше, в пункте 1):

«Статья 9

(1) На любой продукт, незаконно снабженный товарным знаком или фирменным наименованием, налагается арест при ввозе в те страны Союза, в которых этот знак или фирменное наименование имеют право на законную охрану.

(2) Равным образом арест налагается в стране, где была осуществлена незаконная маркировка, или в странах, куда был ввезен продукт.

(3) Арест налагается в соответствии с внутренним законодательством каждой страны по требованию прокуратуры, или любого другого компетентного органа, или заинтересованной стороны — физического или юридического лица.

(4) Органы власти не обязаны налагать арест в случае провоза продуктов транзитом.

(5) Если законодательство страны не допускает наложения ареста при ввозе, арест заменяется запрещением ввоза или арестом внутри страны.

(6) Если законодательство страны не допускает ни наложения ареста при ввозе, ни запрещения ввоза, ни наложения ареста внутри страны, то до соответствующего изменения такого законодательства эти меры заменяются такими действиями и средствами, которыми закон данной страны обеспечил бы в подобном случае права граждан этой страны.

Статья 10

(1) Положения предшествующей статьи применяются в случае прямого или косвенного использования ложных указаний о происхождении продуктов или подлинности личности изготовителя, промышленника или торговца.

(2) Заинтересованной стороной, независимо от того, является ли ею физическое или юридическое лицо, признается всякий изготовитель, промышленник или торговец, занимающийся производством, изготовлением или сбытом этого продукта, обосновавшийся либо в местности, ложно указанной в качестве места происхождения продукта, либо в районе, где находится эта местность, либо в ложно указанной стране или в стране, где применяется ложное указание о происхождении».

частности Мадридское соглашение о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения на товарах и Лиссабонское соглашение об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации, совместно с двусторонними договорами конкретно предусматривают международную охрану географических указаний.

С. *Национальная защита: три основных подхода к законодательству о недобросовестной конкуренции*

23. В соответствии со Статьей 10 *bis*(1) Парижской конвенции страны — члены Парижского союза обязаны обеспечить эффективную защиту от недобросовестной конкуренции. Хотя они и не обязаны вводить *специальное законодательство* по этому вопросу, они должны обеспечить, как минимум на основе существующего законодательства, эффективную защиту от всех актов, «противоречащих честным обычаям в торговых делах», и особенно от тех видов практики, которые указываются в Статье 10 *bis* (3). Можно выделить три основных подхода к выполнению вышеуказанных договорных обязательств.

(1) *Защита, основанная главным образом на специальном законодательстве*

24. Многие страны приняли *специальные законы*² или *специальные положения в рамках более широких законодательных актов*³, которые, иногда в сочетании с положениями законодательных актов общего характера, таких как гражданский кодекс, рассматривают вопросы защиты от недобросовестной конкуренции. Такие акты предусматривают гражданские или уголовные санкции и содержат широкое общее положение (часто по образцу Статьи 10 *bis* (2) Парижской Конвенции), дополняемое подробными правилами о конкретных

² Например, Австрия, Бельгия, Германия, Дания, Испания, Республика Корея, Люксембург, Перу (см. также сноску 3), Швейцария, Швеция, Финляндия и Япония.

³ Например, Болгария, Боливия, Бразилия, Венгрия, Венесуэла, Канада, Колумбия, Мексика, Перу и Румыния (в отношении Болгарии, Венгрии и Румынии см. также сноску 5).

формах недобросовестной коммерческой практики, которые также, как правило, предусматривают гражданские, а в отношении некоторых особых случаев — уголовные санкции. Хотя многие из этих стран приняли дополнительные законы в отношении действий, связанных с некоторыми товарами (пищевые продукты, лекарства и т. д.), средствами массовой информации (телевидение) или маркетинговой практикой (подарки, призы), закон о недобросовестной конкуренции продолжает оставаться *главной правовой базой защиты*. Часто объем защиты в такого рода законодательных актах даже был расширен за счет признания того факта, что нарушение любого другого закона может рассматриваться как недобросовестная коммерческая практика, поскольку в конкуренции с законопослушным соперником это дает неправомерное преимущество. В некоторых странах концепция специального закона о конкуренции привела к принятию более общего закона о поведении на рынке⁴ либо к его увязыванию с анти-trустовским законодательством путем введения в действие законодательных актов, одновременно регулирующих сам институт конкуренции и ее добросовестность⁵.

- (2) *Защита, основанная на общем законодательстве о гражданской ответственности и/или на законодательстве об «использовании чужого имени» и коммерческой тайне*

25. В группе стран с гражданско-правовыми традициями⁶, которые следуют принципу охраны интересов честного бизнесмена, такая охрана обычно предоставляется в соответствии с *общим законодательством о гражданской ответственности*. В другой группе стран, которая следует традициям общего права⁷, санкции за *использование чужого имени* и нарушение коммерческой тайны, разработанные судами (по крайней мере, первоначально), продолжают оставаться правовой основой защиты конкурентов. В области охраны интересов потребителей ряд стран, входящих в обе вышеуказанные группы, дополнительно приняли отдельные законы, регулирующие кон-

⁴ Это было сделано, например, в Бельгии, Швеции и в определенной мере в Швейцарии.

⁵ Это было сделано, например, в Болгарии, Венгрии (соответствующий закон называется «закон о пресечении недобросовестной коммерческой практики»), Венесуэле и Румынии.

⁶ В частности, в Италии, Нидерландах и Франции.

⁷ В частности, в различных административно-территориальных единицах Соединенного Королевства.

кретные случаи нежелательного поведения на рынке, такие как вводящая в заблуждение реклама, сравнение цен, лотереи, игры и призы; такие законы в основном не связаны с вопросами защиты конкурентов в рамках гражданского права или же принципов общего права.

(3) *Сочетание двух вышеуказанных подходов*

26. Большинство стран — участниц Парижской конвенции, даже те из них, которые первоначально пытались регулировать вопросы недобросовестной конкуренции средствами общего законодательства о гражданской ответственности, используют *сочетание* общих принципов гражданского кодекса, прецедентного права и специальных законов. Во многих странах с *федеральной структурой* разделение законодательных функций между федерацией и входящими в нее федеративными субъектами привело к еще более сложному сочетанию различных форм защиты. В некоторых из этих стран в юрисдикцию законодательства федерального уровня не входит регулирование в области недобросовестной конкуренции, поскольку она рассматривается как гражданское правонарушение общего права, которое относится к компетенции штата. В тех случаях, когда в таких государствах защита предоставляется штатами, как правило, ее механизм разработан лучше, чем на федеральном уровне. В Соединенных Штатах Америки, например, ограниченные возможности средств общего права в борьбе с недобросовестной конкуренцией сначала были компенсированы на федеральном уровне за счет создания административного органа (Федеральная комиссия по торговле), а позднее — путем расширения объема положений федерального закона о товарных знаках [статья 43(а) закона Лэнхема] за счет регулирования значительного числа действий в связи с вводящей в заблуждение рекламой. Однако наиболее прогрессивный подход можно найти в «законах о деловой практике», «малых законах ФКТ», «законах об охране потребителей» и других нормативных актах, принятых в США различными штатами.

D. *Роль судебной практики*

27. Несмотря на различные вышеуказанные подходы, все страны, которые ввели эффективные механизмы защиты от недобросовестной конкуренции, уделяют большое внимание *соблюдению* законов

и, как правило, предоставляют судам достаточную свободу действий. Успешное применение законодательства о недобросовестной конкуренции в значительной степени зависит от деятельности судебных властей. Краткая формулировка в общем положении о гражданской ответственности может явиться достаточной основой для развития эффективной правовой системы по вопросам недобросовестной конкуренции, в то время как самый впечатляющий законодательный акт может привести к плачевным результатам. Естественно, это не означает, что четкое и подробное регулирование вопросов недобросовестной коммерческой практики является бесполезным: по крайней мере, оно будет иметь предупредительное действие в отношении поведения на рынке; однако без активной реализации судами его эффективность будет ничтожно мала. В постоянно меняющемся мире конкуренции даже наиболее прозорливый законодатель не может предугадать все возможные в будущем формы недобросовестного поведения на рынке и должен довериться толкованию закона судебными инстанциями. Поэтому многие страны дополнили свои конкретные нормы, направленные против некоторых видов практики на рынке, *общими положениями*, которые позволяют судам включать новые формы недобросовестной коммерческой практики в общую систему.

IV. АКТЫ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

A. *Общее определение*

28. Согласно Статье 10 *bis* (2) Парижской конвенции, актом недобросовестной конкуренцией считается «всякий акт конкуренции, противоречащий *честным обычаям*». Многие страны, имеющие специальные законы о недобросовестной конкуренции, приняли подобные или сходные определения в своих общих нормах, используя такие термины, как «честная коммерческая практика» (Бельгия, Люксембург), «принципы добросовестности» (Испания и Швейцария), «профессиональная корректность» (Италия) и «добропорядочность» (Германия, Греция и Польша). При отсутствии специального законодательства суды определяли добросовестную конкуренцию такими формулировками, как «принципы честности и добросовестности в делах» или «добропорядочное поведение на рынке» (Соединенные Штаты Америки).

29. Очевидно, что определение недобросовестной конкуренции как актов, противоречащих «честной торговой практике», «добросовестности» и т. д., не устанавливает четких общепризнанных норм поведения, поскольку значение используемых терминов достаточно расплывчато. Норма «добросовестности» или «честности» в конкуренции есть не что иное, как отражение социологических, экономических и морально-этических принципов общества, которые могут отличаться друг от друга в разных странах (а иногда и внутри одной страны). Кроме того, такие нормы могут меняться по прошествии времени. Помимо этого, постоянно возникают новые виды актов недобросовестной конкуренции, ибо в этой области практически нет пределов изобретательности. Любые попытки включить все существующие и будущие акты конкуренции в одно всеобъемлющее определение, которое одновременно определяло бы все запрещенные типы поведения и было бы достаточно гибким и способным адаптироваться к новым видам рыночной практики, до сих пор не дали результатов.

30. Это, однако, не означает, что невозможно выработать какое-либо общее определение понятия недобросовестной конкуренции и

что наилучшее решение сводится к описанию конкретных примеров недобросовестного поведения на рынке. Напротив, существует ряд параметров, которые позволяют четко установить, какая практика может рассматриваться в качестве «добросовестной», а какая — «недобросовестной».

31. Общепризнано, что некоторые виды коммерческого поведения всегда (или, в соответствии со Статьей 10 *bis* (3) Парижской конвенции, «в частности») являются актами недобросовестной конкуренции. Наиболее известными из таких актов являются действия, вызывающие смещение, дискредитацию и использование вводящих в заблуждение указаний. *Общей чертой* этих наиболее важных, но отнюдь не единственных примеров недобросовестного коммерческого поведения является попытка (предпринимателя) добиться успеха в конкуренции не за счет своих собственных достижений с точки зрения качества и цены его продуктов и услуг, а путем неправомерного использования деятельности другого лица или оказания влияния на потребительский спрос ложными или вводящими в заблуждение утверждениями. Таким образом, с точки зрения добросовестности конкуренции практика использования такого рода методов изначально является сомнительной.

32. Другим параметром является *элемент субъективности*, присутствующий в недобросовестном акте. На первый взгляд, понятие «честности» относится к области нравственных норм, и некая *этическая/правовая норма*, несомненно, здесь присутствует. Этот вопрос следует отличать от вопроса о том, можно ли говорить о недобросовестной конкуренции в отсутствие вины, злонамеренности или небрежности. В странах, где законодательство о недобросовестной конкуренции развивалось на базе общих положений гражданской ответственности, «деликт недобросовестной конкуренции» устанавливается при наличии некоторых субъективных элементов, таких как «вина» или «злонамеренность». На практике же элемент вины или злонамеренности часто определяют суды. Таким образом, подобные субъективные элементы не являются основополагающими для определения понятия добросовестности в условиях конкуренции. И действительно, за некоторыми исключениями, наличие акта недобросовестной конкуренции, скорее, помогают установить объективные нормы, хотя субъективные условия могут помочь определению меры наказания. Часто такой объективный подход к концепции недобросовестной конкуренции четко отражен в законодательстве; например, в испанском законе 1991 г. используется выражение «любой недобросовестный акт в *объективном смысле*».

33. Главный критерий для определения «недобросовестности» на рынке следует искать в *цели* норм права, касающихся недобросовестной конкуренции. Первоначально такие нормы создавались в целях защиты честного предпринимателя. Впоследствии было признано, что охрана интересов потребителя является не менее важной. Более того, в некоторых странах особое внимание уделялось охране широкой общественности и, в частности, ее заинтересованности в свободной конкуренции. Таким образом, современные нормы права в области недобросовестной конкуренции выполняют триединую задачу охраны интересов конкурентов, охраны интересов потребителей и сохранения конкуренции в интересах широкой общественности. В швейцарском законе 1986 г. и испанском законе 1991 г. говорится о том, что целью норм права о недобросовестной конкуренции является обеспечение добросовестной и здоровой конкуренции на благо всех заинтересованных сторон. На практике это означает, что недобросовестная конкуренция должна определяться в том числе и *функционально*, в частности с учетом интересов всех сторон, участвующих в операциях на рынке.

34. Одной из таких всегда «заинтересованных» сторон является честный предприниматель. Поскольку первоначально нормы права о недобросовестной конкуренции создавались для защиты честного предпринимателя, *нормы поведения предпринимателя* логически стали отправной точкой. Таким образом практика, квалифицируемая как непорядочная всеми предпринимателями, не может считаться «добросовестным» актом конкуренции.

35. С другой стороны, некая практика, будучи общепринятой в одной из сфер коммерческой деятельности, может, тем не менее, рассматриваться как «непорядочная» другими участниками операций на рынке. В таких случаях необходимо *этическое корректирование* норм поведения. Этическая норма, в частности, говорит о том, что не следует без необходимости затрагивать интересы потребителя, либо нарушая принцип достоверности (из которого потребитель исходит в своих действиях), либо подталкивая его на путь антисоциального или даже социально опасного поведения, либо вторгаясь в его личную жизнь.

36. Более того, можно допустить, что некая практика, на первый взгляд не наносящая вреда ни другим предпринимателям, ни потребителю, будет, однако, оказывать нежелательное воздействие на *экономику в целом*. Например, продажа по демпинговым ценам может в долгосрочной перспективе привести к краху малых и средних предприятий, что отрицательно скажется на свободе конкуренции. Если

эти экономические аспекты учтены в законе о недобросовестной конкуренции⁸, такое поведение зачастую может прямо квалифицироваться как «недобросовестное».

37. Оценивая «честность» деловой практики, необходимо принимать во внимание все вышеозначенные факторы. На практике концепция недобросовестной конкуренции постепенно стала отражать баланс интересов. Различия в оценке того, что есть «добросовестно», а что «недобросовестно», объясняются тем, что этот вопрос не в одинаковой степени важен для всех. Например, некий конкретный вид коммерческого поведения может по-разному рассматриваться в странах с традиционным законодательством о недобросовестной конкуренции, которое по-прежнему ставит на первое место защиту честного конкурента, и в странах, где особое внимание уделяется вопросам охраны интересов потребителей и общественности в целом.

38. При этом, однако, существует общепринятое понимание того факта, что по крайней мере некоторые акты и виды практики во всех случаях являются несовместимыми с понятием добросовестности в конкуренции. Такие случаи подробно рассматриваются ниже.

В. Виды актов недобросовестной конкуренции

(1) Общие положения

39. Возможны разные подходы к классификации актов недобросовестной конкуренции в зависимости от применяемых критериев или от того, каким аспектам совершенного акта или формы поведения уделяется особое внимание. Акт, который признается «недобросовестным», часто совершается при неоднозначных обстоятельствах, которые требуют внимательного рассмотрения и оценки на основе действующих или широко распространенных норм. Акт может быть признан недобросовестным с разных точек зрения в зависимости от подхода, избранного для того, чтобы охарактеризовать его. Более того, один и тот же акт может относиться к двум или даже нескольким видам. Таким образом, никакая систематизация или классификация актов недобросовестной конкуренции не позволяет избежать некоторого дублирования между используемыми концепциями и категориями.

⁸ Например, в Бельгии и Венгрии.

40. В целях подразделения актов недобросовестной конкуренции на виды и облегчения их рассмотрения в настоящем исследовании можно выделить две обширные группы актов недобросовестной конкуренции, а именно акты, относящиеся к видам, прямо указанным в Статье 10bis Парижской конвенции, и акты, прямо не указанные в Статье 10bis.

(2) *Акты, прямо указанные в Статье 10bis*

41. Статья 10bis(3) (см. пункт 1, выше) содержит неполный перечень актов недобросовестной конкуренции, включающий три вида таких актов, а именно действия, способные вызвать смещение, действия, дискредитирующие конкурента, и действия, которые могут ввести общественность в заблуждение. Поскольку действия, способные вызвать смещение, и действия, которые могут ввести общественность в заблуждение, являются сходными и иногда дублируют друг друга, в данном исследовании они рассматриваются прежде, чем действия, дискредитирующие конкурента.

(а) **Действия, вызывающие смещение**

(i) *Общие обстоятельства, при которых имеет место смещение*

42. Статья 10bis(3)1 Парижской конвенции обязывает страны-участницы запрещать все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента. Сфера действия Статьи 10bis(3)1 является весьма обширной, поскольку ее положения относятся к любому действию в процессе коммерческой деятельности, касающемуся знака, обозначения, маркировки, девиза, упаковки, формы или цвета товаров, а также любого другого его отличительного указания, используемого предпринимателем. Таким образом, подлежат запрету не только смещение в отношении *указанных* товаров, услуг или коммерческой деятельности, но и смещение в отношении *внешнего вида товаров* и способа предоставления услуг. Например, статья 2598(1) итальянского гражданского кодекса прямо предусматривает, что любое лицо, использующее наименования или отличительные признаки, которые могут вызвать смещение с наименованиями или отличительными признаками, права на которые принадлежат другим лицам, или буквально копирующие продукт конку-

рента, или любым другим способом вызывающие смешение в отношении наименований, обозначений, продуктов или деятельности конкурентов, совершает акт недобросовестной конкуренции. Аналогичным образом на основании статьи 6 испанского закона о недобросовестной конкуренции любые действия, способные вызвать смешение в отношении деятельности, достижений или коммерции другого лица, включая возможность возникновения у потребителей ассоциаций в отношении коммерческого происхождения, рассматриваются как недобросовестная практика. В странах с традициями общего права концепция «использования чужого имени» является достаточно широкой, чтобы обеспечить охрану от смешения всех видов указаний, продуктов и других объектов.

43. Согласно Статье 10*bis* (3)I Парижской конвенции, «намерение» вызвать смешение не дает основания для определения того или иного действия в качестве акта недобросовестной конкуренции. Однако наличие недобросовестности со стороны имитатора может повлиять на применяемые санкции. Кроме того, для подачи иска в связи с недобросовестной конкуренцией установление факта смешения не обязательно; часто бывает достаточно лишь *вероятности смешения*. И наконец, охрана от смешения обеспечивается *без каких-либо ограничений во времени*. Она действует до тех пор, пока существует вероятность смешения, при условии, что сохраняется достаточная свобода использования указаний, которые не способны вызвать смешение с другими товарами, услугами и предприятиями без ущерба для конкуренции на соответствующем рынке. Однако, как только сбываемый на рынке продукт становится традиционным или общеизвестным, он утрачивает свою оригинальность или различительную способность, и вероятность смешения становится более трудноопределимой.

44. Чаще всего смешение имеет место в двух главных областях. Это — указания коммерческого происхождения, с одной стороны, и внешний вид товаров — с другой. Тем не менее это не препятствует охране от смешения других особенностей или достижений и не ограничивает ее.

(ii) *Виды смешения*

45. Смешение может устанавливаться различными способами. Наиболее *элементарный вид смешения* имеет место в случае, когда сходный знак настолько напоминает охраняемый знак, что это может

привести к смешению у значительного числа средних потребителей в отношении *коммерческого происхождения* товаров или услуг. При определении смешения часто рассматриваются такие факторы, как степень различительной способности охраняемого знака, масштабы деятельности и репутация его владельца, уровень информированности потребителей и, конечно, сходство знаков и соответствующих товаров или услуг. Во многих странах понятие смешения не сводится исключительно к простому смешению в отношении коммерческого происхождения, но также распространяется на случаи смешения, создающего впечатление наличия тесных деловых связей между двумя пользователями одним и тем же товарным знаком или сходными товарными знаками, то есть смешения в отношении взаимосвязанности. Однако использование идентичного или сходного знака на явно не связанных друг с другом или абсолютно различных товарах обычно не подпадает под действие охраны, поскольку очевидное несходство товаров или услуг убеждает потребителя в их разном происхождении и в отсутствии деловых связей между пользователями.

46. Третий вид смешения, на который, например, ссылаются раздел 43 (а) закона Лэнхема Соединенных Штатов Америки и раздел 53 австралийского закона о торговой практике, называется смешением в отношении *спонсорства*. В случае такого смешения потребители считают, что товары или услуги имеют разное происхождение и что два предприятия не поддерживают столь активных и продолжительных деловых отношений, которые могут вызвать смешение в отношении взаимосвязанности. Тем не менее потребитель, учитывая сходство знаков, виды продуктов или услуг, для которых используется знак, и то, каким образом это делает второй пользователь, может предполагать, что использование охраняемого знака вторым пользователем происходит на основе *соглашения, разрешающего это* на какой-то период времени. Такой тип смешения может иметь место, например, в тех случаях, когда третья сторона использует знак (без разрешения) на своих товарах в декоративных целях. Однако, в отличие от смешения в отношении происхождения или взаимосвязанности, данный третий вид смешения не имеет такого же статуса, как другие виды, и не дает возможности полноценной охраны на основании законодательства о товарных знаках, так как его точные юридические рамки пока не определены.

47. Проявления такой концепции смешения могут иметь место в области так называемых «рекламных» прав, связанных с известными деятелями культуры, средств массовой информации или спорта, а также в области прав на «*коммерческое использование*» персонажей

литературных или художественных произведений. Эти права касаются относительно новых методов маркетинга, когда предприятие на определенный период времени получает «лицензию» на использование популярности или репутации, сопутствующих имени или образу определенных персонажей или героев, для стимулирования потребительского спроса на товары или услуги «лицензиатов». Потребители, как правило, бывают введены в заблуждение использованием имени или образа персонажа или героя на товарах или услугах, полагая, что такой деятель или владелец прав на героя, на что также может быть зарегистрирован соответствующий знак, дали *прямое разрешение* на использование их образа или героя.

(iii) *Смешение в отношении указаний*

48. Указанием может являться любое обозначение, символ или средство, сообщающие потребителю, что товар или услуга на рынке имеет определенное коммерческое происхождение, даже если наименование этого происхождения неизвестно. Следовательно, указаниями могут являться двух- или трехмерные обозначения, маркировка, девизы, упаковка, цвет или мелодия, и этим перечень не ограничивается. Охрана от смешения в отношении указаний уже существует в рамках специального законодательства о товарных знаках, знаках обслуживания и фирменных наименованиях. Однако эта охрана часто имеет ограниченный в нескольких отношениях характер. Ограничения могут касаться *применимости* к определенным видам указаний специального закона или *точных рамок охраны*. Таким образом, в случаях, когда специальное законодательство не дает полной охраны от смешения, сохраняется необходимость обеспечения охраны на основании норм права о недобросовестной конкуренции. Это также относится к охране от смешения *общеизвестных товарных знаков* в соответствии со Статьей *6bis* Парижской конвенции.

[Ограниченная применимость специального законодательства]

49. В основном законодательство о товарных знаках применяется в отношении конкретных видов указаний. В некоторых странах, например, законодательство о товарных знаках не распространяется на названия литературных произведений или фильмов, внешний вид продуктов, интерьеры магазинов, цвета или цветовые комбинации, или оформление товаров. Что касается знаков обслуживания, большинство стран имеют системы регистрации таких знаков, созданные по образцу товарных знаков, а в странах, не имеющих та-

кой системы, охрана должна предоставляться в рамках норм, направленных на предотвращение недобросовестной конкуренции. При этом даже в тех странах, где признаются или регистрируются трехмерные товарные знаки, некоторые из них исключаются из сферы охраны. Так, например, директива ЕС о сближении законодательств о товарных знаках не предполагает охрану формы товара, обусловленную исключительно его характером, его внешнего вида, обусловленного техническим или промышленным предназначением, а также конфигурации, сообщающей товару его основную ценность. Применение доктрины «функциональности», имеющей особое развитие в Соединенных Штатах Америки, приводит к аналогичным результатам.

50. Кроме того, иногда законодательство о товарных знаках предусматривает охрану только для тех знаков, которые были соответствующим образом зарегистрированы в данной стране. В этой связи *Статья 6bis Парижской конвенции* делает исключение для *общеизвестных товарных знаков*, для которых не требуется регистрация в целях охраны от возможного смешения со знаками, являющимися воспроизведением или имитацией общеизвестных знаков и используемыми в отношении идентичных или подобных продуктов. При этом следует отметить, что товарный знак может быть хорошо известен в стране даже до его регистрации или использования, например в результате действия рекламы или за счет его репутации в других странах.

51. Законодательство о недобросовестной конкуренции может обеспечить охрану от смешения для указаний или обозначений, которые не являются охраноспособными в рамках закона о товарных знаках. Однако *наличие охраны* обозначений в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции будет отчасти зависеть от причин, по которым специальное законодательство не предоставляет ее для незарегистрированных обозначений. Если специальное законодательство в принципе предусматривает охрану обозначения, но это обозначение не соответствует его некоторым важным требованиям, в условиях сбалансированной системы охраны было бы нелогичным предоставлять этому обозначению такой же уровень охраны в соответствии с законодательством о недобросовестной конкуренции, который он мог бы получить на основании специального закона. Тем не менее охрана от смешения должна предоставляться в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции исключительно в тех случаях, когда указание или обозначение, подлежащие охране, обладают *достаточной различительной способностью*, которая отличает указанные продукты, услуги или другие виды деятельности от таких же или подобных продуктов, услуг или видов деятельности

других коммерсантов. Однако в целях развития системы регистрации знаков некоторые законы о недобросовестной конкуренции требуют для охраны незарегистрированных указаний более чем минимальный уровень различительной способности. Например, статья 2(1) закона Республики Корея о предупреждении недобросовестной конкуренции требует, чтобы указание было «широко известным», что может в ряде случаев свести действие существующей охраны к одному конкретному региону.

52. *Степень различительной способности* указания, которое не охраняется в рамках закона о товарных знаках, определяется на основании тех же критериев, которые применяются к зарегистрированным знакам, включая значение и внешний вид указания, а также его уникальность по сравнению с другими указаниями применительно к подобной или сходной деятельности. Однако, даже в случае отсутствия различительной способности, например вследствие описательного характера указания для конкретных товаров или услуг, оно также может охраняться, если возникла «различительная способность в результате использования», то есть получено *вторичное значение* в стране, где испрашивается охрана. Вторичное значение подразумевает, что знак в результате его продолжительного и исключительного использования на рынке известен значительному количеству потребителей, которые связывают деятельность, проводимую под этим знаком, с конкретным коммерческим происхождением. В Германии, например, товарный знак «4711», используемый для духов, был признан имеющим достаточную различительную способность в результате того, что у общественности этот знак ассоциировался с товаром определенного происхождения. На практике степень вторичного значения определяется рынком данных товаров или услуг и степенью описательности указания на эти товары или услуги. Степень вторичного значения (или процентная доля потребителей), необходимая для достижения достаточной различительной способности, зависит от практики соответствующего суда. В некоторых странах⁹ опрос общественного мнения или *анализ рынка* в отношении реакции потребителей часто являются теми эмпирическими данными, при помощи которых можно определить степень вторичного значения, в то время как в других странах¹⁰ суды сами выносят решение относительно достаточности различительной способности указания.

⁹ В частности, в Германии.

¹⁰ В частности, в Италии и Франции.

53. Анализ вторичного значения также применяется к указаниям, которые *прямо исключаются* из сферы охраны в рамках законодательства о товарных знаках. Например, конфигурация или форма товаров, исключенных из рамок охраны по законодательству о товарных знаках на основании директивы ЕС о сближении законодательств в области товарных знаков, могут приобретать вторичное значение среди потребителей на конкретном рынке. В таком случае охрана от смешения оправдана, так как потребители могут ошибочно решить, что другой товар такой же конфигурации изготовлен первым производителем. При этом не всегда легко установить необходимую степень вторичного значения, поскольку конкретная конфигурация товаров должна быть признана потребителями в качестве указания конкретного происхождения. Если указание исключается из сферы охвата специального законодательства как не заслуживающее права на охрану, например в том случае, когда оно носит чисто описательный характер, вероятнее всего, что ему не будет предоставлена охрана и на основании законодательства о недобросовестной конкуренции.

[Ограничение сферы охраны товарных знаков]

54. Ограничение *сферы охраны* в рамках законодательства о товарных знаках может привести к тому, что охрана указания от смешения будет осуществляться на основании законодательства о недобросовестной конкуренции. Хотя законодательство о товарных знаках, как правило, предоставляет охрану от любого использования зарегистрированных товарных знаков, потенциально способного вызвать смешение, возможны различные подходы к определению точных границ охраны от смешения. Например, охрана от использования одинакового или сходного знака может распространяться только на те товары и услуги, для которых этот знак был зарегистрирован. Если некий знак, будучи одинаковым или сходным с зарегистрированным товарным знаком, используется для других товаров или услуг и такое использование может вызвать смешение, охрана возможна исключительно в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции или на основании принципов использования чужого имени. Обычно товарные знаки охраняются от использования одинаковых или сходных знаков не только для одинаковых товаров или услуг, но и для *сходных* товаров или услуг. Такой тип охраны основан на принципе, который иногда называют «принципом специфичности», так как охрана связана с первичной функцией товарного знака, а именно обеспечением отличимости товаров одного предприятия от товаров конкурентов и прочих участников операций на рынке. Таким

образом, если охрана товарного знака не обеспечивается в силу того, что товары или услуги рассматриваются как несходные (хотя в этом случае вероятно смещение в отношении происхождения), можно испрашивать охрану от смешения в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции. Однако в некоторых законах о товарных знаках вероятность смешения рассматривается в качестве единственного критерия охраны на том основании, что сходство товаров или услуг является отнюдь не решающим, а лишь одним из многих определяющих факторов. Такой вид охраны в рамках закона охватывает все виды смешения.

55. *Критерии*, используемые для установления сходства указаний, за некоторыми незначительными различиями, одинаковы во всем мире. Определяющими факторами являются общие элементы внешнего вида, произношения и значения или устного перевода знаков, однако решающим фактором является *общее впечатление*, произведенное на *среднего потребителя* данных товаров или услуг. В тех случаях, когда речь идет о товарах массового потребления, средний потребитель обращает меньше внимания на индивидуальные элементы знаков. Поскольку два знака, как правило, не рассматриваются детально и в сопоставлении, на практике сходство между указаниями является более важным, чем различия. Сходство товаров и услуг в значительной степени определяется тем, что потребитель рассматривает их как товары и услуги одного и того же происхождения. При этом вовсе не обязательно, чтобы данные товары и услуги являлись функционально взаимозаменяемыми или конкурирующими.

56. Охрана от смешения иногда бывает слишком ограниченной для так называемых *общеизвестных* знаков, и в частности для знаков с высокой репутацией. Статья *6bis* Парижской конвенции обязывает страны-члены осуществлять охрану товарных знаков, которые являются общеизвестными в этих странах, от возможного использования схожих товарных знаков, способных вызвать смешение, однако это обязательство действует лишь в отношении идентичных или подобных товаров. В ряде случаев использование без надлежащего разрешения общеизвестных знаков для отличных товаров или услуг может, тем не менее, вызвать смешение у потребителей. Например, если знак используется для широкого ассортимента продуктов, активно рекламируется или является общеизвестным в связи с конкретной репутацией владельца, потребители будут связывать такой знак с определенным происхождением и качеством, а не с конкретными товарами или услугами. Такие ассоциации могут также вызвать смешение. Статья *6bis* не обязывает страны-члены предоставлять рас-

ширенную охрану, однако в таких случаях могут применяться законы о недобросовестной конкуренции. Вопрос о том, является ли товарный знак «общеизвестным» в данной стране по смыслу Статьи *bis* Парижской конвенции, решается в каждом отдельном случае с учетом конкретных обстоятельств. Как правило, известность товарного знака определяется на основе его репутации в коммерческих кругах и среди заинтересованных потребителей в конкретном месте и в конкретное время. Кроме того, часто принимаются во внимание такие факторы, как присущая знаку различительная способность, продолжительность использования в данной стране, объем рекламы и других сведений в различных средствах массовой информации и наличие ассоциативной связи с конкретными товарами или услугами.

57. Законодательство по товарным знакам часто требует, чтобы использование сходного знака являлось одной из форм *использования товарных знаков*, то есть использования в качестве указания коммерческого происхождения товаров и услуг. Так, декоративное использование, то есть использование знака на рекламных товарах или для украшения изделия, например на ручках или пепельницах, или даже использование конфигурации данного продукта, например женской серьги, в форме товарного знака не всегда входит в сферу охраны в рамках законодательства о товарных знаках. Тем не менее охрана от такого использования может осуществляться в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции. В качестве примера закона о товарных знаках, обеспечивающего обширную охрану с этой точки зрения, является единообразный закон о товарных знаках Бенилюкса 1971 г., который дает широкую формулировку охраноспособных товарных знаков и обеспечивает охрану от любых видов использования идентичных или сходных товарных знаков другими лицами без надлежащего обоснования, которые могут нанести ущерб владельцу товарного знака.

[Фирменные наименования]

58. Аналогичные ограничения в охране от неразрешенного использования указаний коммерсантов или предприятий можно встретить в области охраны *фирменных наименований*. Фирменные наименования помогают идентифицировать и отличать предприятие и его коммерческую деятельность от других предприятий и их коммерческой деятельности. Статья 8 Парижской конвенции налагает обязательство осуществлять охрану фирменных наименований во всех странах Парижского союза, не давая при этом каких-либо пояснений в отношении способов охраны и ее видов. Тем не менее можно сказать,

что фирменные наименования должны охраняться без обязательной подачи заявки или регистрации. Многие страны уже охраняют фирменные наименования от угрозы смещения. Охрана фирменных наименований осуществляется на основании как специального закона, так и специальных положений законодательства о недобросовестной конкуренции, гражданского права, корпоративного или торгового права. В большинстве случаев прямые конкурентные отношения между предприятиями являются важным, но не решающим фактором при определении того, могло ли использование одинакового или сходного фирменного наименования вызвать у потребителя смещение в отношении предприятий или их взаимоотношений. Иногда охрана выходит за рамки конкретной области, в которой первоначально использовалось фирменное наименование, так как суды часто принимают во внимание такие факторы, как коммерческая практика, вероятность расширения деятельности предприятия или ее диверсификации. Таким образом, сфера охраны фирменных наименований от смещения иногда бывает шире сферы охраны товарных знаков в рамках законодательства о товарных знаках.

(iv) *Смещение в отношении формы продукта*

59. Смещение у потребителей может быть вызвано формой продукта. Если форма продукта так хорошо известна, что потребители связывают с ней конкретное коммерческое *происхождение* (например, бутылка «Кока-Колы»), она может рассматриваться как охраняемое указание.

60. Следует также отметить, что в ряде стран существует специальное законодательство для защиты *промышленных образцов*, дополняющее или заменяющее охрану в рамках авторского права произведений так называемого «прикладного искусства». Такое законодательство обычно запрещает использование одинаковой или сходной формы для одинаковых или сходных продуктов. Однако, так же как и в случае с законодательством о товарных знаках, охрана промышленных образцов на основе специальных законов также имеет различные ограничения, которые весьма неодинаковы в разных странах. Такие ограничения могут касаться как *применимости в целом* закона о промышленных образцах к некоторым формам продуктов, так и *точных рамок охраны*, предоставляемой специальным законодательством. Если, например, орнамент охраняется как промышленный образец в отношении только тех продуктов, для которых он был зарегистрирован, охрана от копирования образца в декоративных

целях на других продуктах может быть обеспечена в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции, если скопированный образец вводит в заблуждение или вызывает смещение в отношении коммерческого происхождения.

61. Для охраны от смещения в отношении самих *продуктов* большинство требований в рамках законов о недобросовестной конкуренции устанавливается на основе прецедентного права, часто со ссылками на практику «*буквального копирования*». Говоря об этой конкретной области права, регулирующего недобросовестную конкуренцию, часто утверждают, что сам принцип свободного рынка разрешает субъектам экономической деятельности копировать промышленные образцы, форму, оформление или внешний вид продуктов, которые не защищены специальным законодательством, например законами о патентах, авторском праве, промышленных образцах или товарных знаках¹¹. Некоторые из этих законов прямо исключают возможность охраны в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции от действий, попадающих в сферу их применения, в отношении тех промышленных образцов, которые могут охраняться на основе специальных законов. Например, статья 14(5) единообразного закона Бенилюкса 1975 г. о промышленных образцах исключает возможность судебного преследования за недобросовестную конкуренцию в отношении охраноспособных промышленных образцов, которые могли бы подпадать под охрану при надлежащей регистрации. Таким образом, одной лишь опасности смещения в отношении формы продукта недостаточно для установления факта недобросовестной конкуренции, если охрана промышленного образца могла бы обеспечиваться на основании специального закона, который предусматривал бы и охрану от имитации продукта. Однако опасность смещения в отношении продукта может быть достаточной для получения охраны на основании законодательства о недобросовестной конкуренции, если образец, несмотря на определенную оригинальность, не мог быть зарегистрирован, так как не отвечал другим условиям соответствующего закона, или если заявка подана, но регистрация еще не состоялась.

62. В тех случаях, когда изображение, форма или другие нефункциональные характеристики продукта в значительной мере ассоцииру-

¹¹ Например, статья 11(1) испанского закона о недобросовестной конкуренции разрешает копирование достижений и предпринимательской инициативы других лиц, если они не находятся под охраной в силу исключительного права. В то же время статья 11(2) предусматривает изъятие из этого правила в случае недобросовестного копирования.

ются у потребителя с определенным источником или происхождением, опасность *смешения в отношении происхождения* продукта, как правило, рассматривается как акт недобросовестной конкуренции. В случае имитации опасность смешения оценивается на основании рассмотренных выше критериев, применяемых к указаниям, то есть если характеристики продукта имеют вторичное значение в достаточной степени, то решение будет приниматься исходя из сходства между соответствующими образцами. В некоторых странах¹² считается, что опасность смешения в отношении происхождения может быть снижена за счет *оговорки* в форме, например, хорошо видимой надписи, исключающей любую возможность того, что данный продукт или услуга будут ассоциироваться с конкретным происхождением. Однако такой оговорки не всегда достаточно для того, чтобы заметно уменьшить опасность смешения.

63. Закон о товарных знаках может также обеспечить охрану от смешения в отношении *коммерческого происхождения* продукта, если он предусматривает охрану трехмерных знаков или оформления продуктов. Однако, если внешний вид продукта не зарегистрирован в качестве знака или если конкретные формы исключены из сферы охраны в рамках закона о товарных знаках, охрана от смешения в отношении формы продукта может обеспечиваться за счет применения положений о недобросовестной конкуренции на основе вышеизложенных принципов.

(b) Введение в заблуждение

(i) Общие положения

64. Введение в заблуждение можно в общей форме определить как действие с целью создания ложного впечатления о продуктах или услугах конкурента. Это, пожалуй, наиболее распространенная и отнюдь не безобидная форма недобросовестной конкуренции. Введение в заблуждение может привести к серьезным последствиям: потребитель, основываясь на неправильной информации, может понести финансовый (или даже более серьезный) ущерб. Честный конкурент теряет своих клиентов. При этом уменьшается предсказуемость рынка, что негативно влияет на экономику в целом и экономическое благосостояние.

¹² В частности, в Японии.

65. Поскольку правдивость совершенно справедливо рассматривается в качестве одного из основных принципов честной коммерческой практики, существует общее мнение относительно того, что запрещение обмана является основополагающим критерием добросовестности в конкуренции. Иными словами, согласно Статье 10 *bis* Парижской конвенции, любое указание или утверждение, использование которого может ввести в заблуждение, следует, «в частности», рассматривать как противоречащее честным обычаям.

66. Поэтому большинство государств—членов Парижского союза включили запрещение действий или практики, способных ввести в заблуждение, в свои правовые системы (или даже приняли специальные законы по этому вопросу). Кроме того, суды разработали обширное прецедентное право по вопросам введения в заблуждение. Даже в странах, где до последнего времени защита от обмана была менее надежной, намечается тенденция в сторону большей строгости. Однако в поисках эффективных юридических решений страны выбирали совершенно различные пути. Эти различия, в частности, вызваны тем фактом, что обманные действия в первую очередь направлены на *потребителя*, а не прямо на конкурента. В тех случаях, когда охрана потребителя отнесена к сфере уголовного права, применение закона на практике передается в ведение государственных органов. Однако большинство стран, которые приняли специальное законодательство о недобросовестной конкуренции, включили в него положение, запрещающее обман¹³, выбрав таким образом гражданско-правовой подход к данному вопросу.

67. Хотя в целом нормы, регулирующие введение в заблуждение, весьма неоднозначны, в большинстве стран проводится различие между «обычным» введением в заблуждение, которое может быть совершено добросовестно, и *особыми случаями введения в заблуждение*, которые могут иметь весьма серьезные последствия. Для наиболее серьезных случаев введения в заблуждение, таких как злонамеренное введение в заблуждение или обман в области здравоохранения и фармацевтики, многие страны в дополнение к гражданско-правовым санкциям ввели уголовные наказания. Кроме того, некоторые особые случаи, содержащие потенциальную возможность обмана, например продажа товаров, сопровождаемая вручением призов или рекламных подарков, распродажи и развездная торговля, часто становятся объектом детальной регламентации. Еще более серьезные ограничения вводятся органами саморегулирования, которые в не-

¹³ В частности, Бельгия, Болгария, Венгрия, Германия, Люксембург, Нидерланды и Швейцария.

которых странах¹⁴ достигли высокого уровня охраны от введения в заблуждение.

68. В некоторых странах существующая охрана от вводящих в заблуждение действий является в определенной степени результатом международного *согласования*. В связи с интернационализацией торговли и средств массовой информации, например телевидения, действия и практика, вводящие в заблуждение, особенно в области рекламы, редко происходят лишь в пределах границ той или иной страны. Различие национальных законов выражается не только в различной степени защиты потребителей, но и влияет на свободное перемещение товаров и услуг. Страны, которые входят в общий экономический рынок, особенно заинтересованы в согласовании национальных законов о вводящих в заблуждение действиях. Например, Европейское сообщество в 1984 г. приняло директиву о вводящих в заблуждение рекламе с целью определения минимального объективного критерия, позволяющего установить, является ли реклама вводящей в заблуждение. Определенный уровень согласования был также достигнут в Скандинавских странах и в странах Африки.

(ii) *Понятие введения в заблуждение*

69. Общеизвестно, что понятие введения в заблуждение не ограничивается заведомо ложными заявлениями или утверждениями, которые могут создать ложное впечатление у потребителя. Достаточно того, что указание (как это предусмотрено в Статье 10*bis* (3)³ Парижской конвенции) *может* ввести в заблуждение. Даже заявления, являющиеся правдивыми, могут рассматриваться как ложные. Например, во многих странах добавка в хлеб химических веществ запрещена, и суды большинства стран будут рассматривать рекламное заявление о том, что некоторые виды хлеба «произведены без добавления химических веществ», как ложное, поскольку, будучи правдивой по существу, такая реклама создает вводящее в заблуждение впечатление, будто рекламируемый факт является экстраординарным.

70. Кроме того, вовсе не обязательно, чтобы рекламируемый продукт был объективно плохого качества; достаточно того, что указание или утверждение имеет *привлекательную силу* для потребителя. Например, если потребители предпочитают товары местного производства, заявление о том, что импортируемый продукт является мест-

¹⁴ В частности, в Соединенном Королевстве.

ным, квалифицируется как вводящее в заблуждение, даже если импортные товары лучше с точки зрения качества.

71. Повсеместно принято считать, что ложный характер заявления должен оцениваться в зависимости от *реакции адресата*, а не намерения авторов. Однако такую реакцию можно оценивать различными способами в зависимости от страны, от адресата (потребителя или коммерсанта), а также от вида товаров или услуг. С этой точки зрения Парижская конвенция (как и директива ЕС о вводящей в заблуждение рекламе) оставляет за государствами свободу действий. Различие во мнениях в отношении применяемых критериев отражается в возможных ответах на следующие вопросы:

- Направлено ли запрещение действий, способных ввести в заблуждение, на защиту среднего потребителя или (также) менее информированного и менее критически настроенного потребителя?
- Каким образом определяется реакция общественности? Эмпирическим путем или на основе оценки, сделанной самим судьей?
- На какое количество лиц должно было воздействовать заявление, с тем чтобы оно было признано ложным?

72. В ряде стран¹⁵ соответствующие нормы основываются на понятии *среднего потребителя*. В тех случаях, когда судебные решения принимаются исходя из опыта судей, принято считать, что средний потребитель достаточно информирован и умен и, следовательно, в большинстве случаев может избежать риска быть обманутым. В таких странах планка поднята весьма высоко. И хотя часто подчеркивается, что для установления факта введения в заблуждение достаточно «непренебрежимо малого числа адресатов», основная тенденция состоит все же в ориентации на средний уровень.

73. В Германии, напротив, ориентиром служит менее подготовленный и некритически настроенный потребитель, которого легче ввести в заблуждение ложными заявлениями. Часто факт введения в заблуждение доказывается эмпирическими методами, в основном путем опроса потребителей, и планка здесь установлена на весьма низком уровне в 10—15% потребителей.

¹⁵ В частности, в Бельгии, Италии, Испании, Нидерландах, Франции и Соединенных Штатах Америки [раздел 43(а) закона Лэнхема].

(iii) *Вводящие в заблуждение утверждения*

74. Поскольку главной сферой введения в заблуждение в торговле является реклама, большинство стран, имеющих специальное законодательство по этому вопросу, уделяют особое внимание вопросам вводящей в заблуждение *рекламы*¹⁶. Другие страны, следуя положениям Статьи 10bis(3) Парижской конвенции, выбрали более широкое понятие «*указаний или утверждений*»¹⁷. Однако в странах, которые приняли положения общего характера о недобросовестной конкуренции, такая разница минимальна, поскольку общепризнано, что любые обманные действия помимо тех, которые имеют отношение к рекламе, несовместимы с «честными обычаями в торговых делах» и, следовательно, подпадают под действие этих положений.

75. Кроме того, признано, что конкретные способы, используемые в целях утверждения, указания или представления, не имеют существенного значения. То же можно сказать и о форме сообщения. Учитываются любые *сообщения*: письменные, устные и даже символические. Сообщения могут также делаться в форме товарных знаков, этикеток, брошюр, радиорекламы, телевизионных рекламных роликов, плакатов и т. д. В конечном счете учитывается только воздействие утверждения на адресата, а не способ, которым оно было сделано.

76. Для того чтобы некое сообщение было отнесено к вводящей в заблуждение практике, оно не обязательно должно содержать «информацию» в нейтральном, или объективном, понимании этого термина. Понятие введения в заблуждение ограничивается теми указаниями, которые могут создавать у потребителя *ложные представления*. Указания, утверждения или представления могут, кроме того, создавать *конкретное впечатление*, которое может быть правильным или ложным. «Необъективная» или внушающая реклама, создающая положительные эмоции в отношении продукта, не подпадает под понятие действий, вводящих в заблуждение. Если в некоторых странах¹⁸ определенные виды внушения в рекламе запрещены, это подпадает не под положение о введении в заблуждение, а под общие нормы о честных обычаях в торговых делах.

¹⁶ Например, Бельгия, Германия, Греция, Люксембург, Перу и Франция, а также директива ЕС о вводящей в заблуждение рекламе.

¹⁷ В частности, Германия и Швейцария.

¹⁸ В частности, в Германии.

77. Вводящее в заблуждение сообщение не обязательно должно носить утвердительный характер: полуправда всегда одновременно и полужошь. Например, в случае утверждения, что кусок хлеба определенного сорта содержит меньше калорий, чем другие, хотя это объясняется исключительно тем фактом, что он тоньше, *несообщение* этой информации может создать такое же сильное и неправильное впечатление, как и прямое утверждение. Поэтому во многих странах¹⁹ несообщение фактов рассматривается как введение в заблуждение на основании либо закона, либо судебной практики²⁰. Однако не всегда можно приравнять несообщение к утверждению. Поскольку коммерсант не обязан сообщать различные характеристики предлагаемого продукта, обман имеет место лишь в том случае, когда потребитель, не имея полной информации, рассчитывает на наличие у продукта определенных качеств.

(iv) *Преувеличения*

78. Последствия применения различных концепций введения в заблуждение лучше всего можно проследить в вопросе о преувеличениях. Во всех странах явное преувеличение не квалифицируется как введение в заблуждение (даже если оно содержит ложные данные), поскольку его вполне можно рассматривать как «рекламное сообщение». На вопрос о том, что является всего лишь «*необоснованным утверждением*» или «рекламным преувеличением», а к чему можно относиться серьезно, в разных странах даются разные ответы. В некоторых странах (например, в Германии) исходят из принципа, что публика воспринимает серьезно все рекламные утверждения, особенно те, в которых товар представляется как уникальный («наилучший», «первоклассный» и т. д.), и, следовательно, нужно применять очень строгие критерии. Другие страны (например, Соединенные Штаты Америки и Италия) занимают диаметрально противоположную позицию и допускают общие формулировки, в частности утверждения об уникальности товара. В Соединенных Штатах Америки, например, суды, как правило, рассматривают такие дела лишь в тех случаях, когда товар, рекламируемый как самый лучший, оказывается на деле низкого качества.

¹⁹ В частности, в Бельгии, Болгарии, Венгрии и Испании.

²⁰ В частности, в Германии, Нидерландах и Соединенных Штатах Америки.

(v) *Объект введения в заблуждение*

79. Ложные заявления могут касаться *всех соответствующих аспектов коммерческой деятельности*. Запрет на введение в заблуждение в принципе должен быть сформулирован одновременно достаточно широко, чтобы включать в себя все новые возможные формы обмана, которые не мог предвидеть законодатель, и достаточно конкретно, с тем чтобы им могли руководствоваться суды. В странах, которые используют в основном нормы гражданского права, закон иногда прямо указывает, какие действия, «в частности», являются обманом, что позволяет судам приравнивать к ним другие действия. Обычно в законодательство включаются как минимум те же примеры, что содержатся в Статье 10 *bis* (3)³ Парижской конвенции, а именно «характер, способ изготовления, свойства, пригодность к применению или количество товаров». Часто к этому добавляются услуги и указания географического происхождения. В некоторых недавно принятых законах о недобросовестной конкуренции также можно найти «современные» примеры введения в заблуждение. В Греции, например, указ о вводящей в заблуждение рекламе прямо упоминает вводящие в заблуждение утверждения в пользу того или иного продукта или же использование статей в прессе в качестве рекламы. То же можно сказать и о Бельгии. В Венгрии, кроме того, запрещается любая вводящая в заблуждение ссылка на окружающую среду. В ряде других стран законы (а также директива ЕС о вводящей в заблуждение рекламе) запрещают обман в отношении *личности* рекламодателя. Этот факт интересен еще и тем, что ошибки в отношении личности (несмотря на присутствующий элемент обмана) обычно рассматриваются как случаи *смещения* (или использования чужого имени), которые охватываются специальными законами о товарных знаках и фирменных наименованиях. Однако прямое причисление ошибок в отношении коммерческого происхождения к случаям введения в заблуждение позволяет применять специальные процедурные положения закона о недобросовестной конкуренции. Например, объединения потребителей могут подавать в суд за использование вводящих в заблуждение товарных знаков, даже если закон о товарных знаках ограничивает возможности судебного преследования в отношении владельца товарного знака.

80. Тем не менее такой перечень действий, вводящих в заблуждение, дополненный общими нормами, может использоваться лишь в тех случаях, когда применяются санкции из области гражданского права. В *уголовном праве* запрещенные действия, как правило, перечисляются в относительно сжатой формулировке, хотя на практике

эта разница выглядит не столь значительной в связи с тем, что перечень прямо запрещенных действий обычно является достаточно исчерпывающим.

(vi) *Субъективные условия*

81. Даже самый осторожный коммерсант может сделать утверждение, которое будет истолковано публикой не так, как он рассчитывал. Таким образом, вводящие в заблуждение утверждения, особенно в рекламе, не всегда делаются с позиций недобросовестности, однако в интересах потребителя и других конкурентов обман в конкуренции необходимо пресекать даже в отсутствие вины рекламодателя. Например, директива ЕС о вводящей в заблуждение рекламе обязывает государства-члены обеспечить прекращение вводящей в заблуждение рекламы «даже без доказательств потерь или ущерба, или наличия намерения, или небрежности со стороны рекламодателей». Страны, придерживающиеся гражданско-правового подхода в вопросах борьбы с недобросовестной конкуренцией, обычно не сталкиваются с трудностями такого рода, однако в тех странах, где вводящие в заблуждение действия в основном регулируются нормами уголовного права²¹, необходимо, по крайней мере в теории, наличие некоторых субъективных элементов. Ввиду трудности представления доказательств такой «субъективный» подход создает определенные препятствия. Поэтому на практике суды все реже требуют представления доказательств «преднамеренности». Наиболее ярким примером в этой области является Франция, где (уголовное) запрещение вводящей в заблуждение рекламы в статье 44 закона Ройе теоретически все еще требует наличия элемента «недобросовестности», однако суды вначале свели это условие к простому знанию фактов, а затем и к презумпции знания.

82. Возможности этого в целом *объективного подхода* к борьбе с вводящими в заблуждение утверждениями сводятся к прекращению таких действий (с возможной публикацией судебного решения). Во всех странах судебный иск о возмещении ущерба может быть удовлетворен только при наличии как минимум небрежности. Преднамеренность или даже злонамеренность принимаются во внимание лишь в случае действий, которые рассматриваются как уголовное преступление, например в области продуктов питания и фармацевтических препаратов.

²¹ Например, в Перу, Франции и частично в Соединенном Королевстве.

(vii) *Бремя доказывания*

83. Вопрос о том, кто должен доказывать точность утверждения или вероятность обмана, имеет существенное значение в случаях вводящей в заблуждение рекламы. Согласно общим принципам процессуальных норм, во многих странах бремя доказывания возлагается на истца (или государственного обвинителя, или представителя административного органа власти). Однако в области вводящих в заблуждение действий, особенно вводящей в заблуждение рекламы, могут быть некоторые исключения из этого правила. Например, директива ЕС о вводящей в заблуждение рекламе обязывает государства-члены требовать от рекламодателя доказательства точности приведенных данных, если «такое требование представляется уместным с учетом обстоятельств данного конкретного случая». Некоторые страны пошли еще дальше, возложив бремя доказывания на ответчика²² или обязав рекламодателя «представлять в пределах разумного доказательства» правдивости всех рекламных утверждений²³.

(c) **Дискредитация конкурентов**

(i) *Общие положения*

84. Дискредитация (или поношение) обычно определяется как любые лживые утверждения в отношении конкурента, способные нанести ущерб его коммерческой репутации. Дискредитация, как и введение в заблуждение, имеет своей целью привлечение потребителей путем распространения неточной информации. Однако, в отличие от случаев введения в заблуждение, речь идет не о ложных или обманных заявлениях о собственном товаре, а о клевете на конкурента, его продукты или услуги. Таким образом, дискредитация всегда является *прямым выпадом против конкретного коммерсанта* или конкретной категории коммерсантов, однако действия такого рода имеют более серьезные последствия: если информация о конкуренте или его товарах является неточной, то потерпевшим может стать и потребитель.

85. Статья 10bis(3)2 Парижской конвенции обязывает государства-члены запрещать любые «ложные утверждения при осуществлении

²² В частности, Бельгия, Дания, Нидерланды и Франция.

²³ Например, Федеральная комиссия по торговле в Соединенных Штатах Америки.

коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента». Сходное положение можно найти в большинстве национальных законодательств о недобросовестной конкуренции²⁴. Однако, независимо от такого прямого запрета, общепризнано, что дискредитация несовместима с понятием «добросовестности» в конкуренции. В тех странах, где право, регулирующее недобросовестную конкуренцию, развивалось на основе общих норм гражданского правонарушения²⁵, дискредитация рассматривается в качестве одной из «классических» форм недобросовестной конкуренции. Во всех странах общего права поношение, или дискредитация, признается гражданским правонарушением; более того, некоторые из этих стран²⁶ недавно предоставили возможность защиты на основе закона. Поскольку потерпевшим от клеветы становится в первую очередь конкретный коммерсант, обычно предусматриваются гражданско-правовые санкции (запрет или возмещение ущерба). Однако в наиболее серьезных случаях, особенно если имеет место преднамеренная или злонамеренная клевета, возможны уголовные санкции, часто на основе уголовного кодекса.

(ii) *Ссылка на конкретного конкурента*

86. В соответствии с вышеизложенным (пункт 84) дискредитация по своей природе направлена против конкретного коммерсанта или *конкретной категории коммерсантов*. При этом поименное указание адресата необязательно: достаточно того, что он может быть легко идентифицирован. Это может достигаться путем упоминания «предприятия, расположенного в пункте X», или же за счет использования специфической рыночной ситуации, например при наличии лишь одного конкурента.

87. Как правило, такого рода нападки совершаются на *конкурента*. Согласно Статье 10bis (3)2 Парижской конвенции, в большинстве стран защита от дискредитации в рамках положений о недобросовестной конкуренции сводится к случаям, когда существуют как минимум некоторые конкурентные отношения между истцом и ответчи-

²⁴ В частности, в законодательстве Аргентины, Болгарии, Венгрии, Германии, Греции, Испании, Италии, Колумбии, Перу, Польши, Соединенных Штатов Америки, Швейцарии и Японии.

²⁵ В частности, в Нидерландах, Франции и различных территориях, находящихся под юрисдикцией Соединенного Королевства.

²⁶ В частности, Соединенные Штаты Америки: см. раздел 43(a) закона Лэнхема и законы штатов.

ком. В ряде стран, напротив, требование наличия конкурентных отношений было полностью отменено²⁷, что обеспечило значительно более широкий подход к вопросу о дискредитации: не только конкуренты, но и объединения потребителей или средства массовой информации подпадают под действие положений о недобросовестной конкуренции, если им принадлежат заявления, способные опорочить конкретного коммерсанта.

(iii) *Объект нападок*

88. В качестве возможного объекта нападок Статья 10bis (3)2 Парижской конвенции указывает предприятия, продукты или промышленную или торговую деятельность (конкурента). Однако необходимо запрещение *любого* вида дискредитирующих замечаний, способных нанести ущерб *репутации* предпринимателя. При этом неважно, каким образом был нанесен этот ущерб. Деловая репутация может пострадать от любого заявления в отношении предприятия или его товаров, цен, работников, кредитоспособности, квалификации и т. д. Это может произойти также в результате высказываний в отношении личности предпринимателя, например его расовой принадлежности, национальности, исповедуемой религии или его политических взглядов. В некоторых странах²⁸ так называемые «*высказывания личного характера*», не имеющие ничего общего с коммерческой деятельностью, прямо запрещены как клеветнические; в других странах²⁹ они считаются незаконными на основании общих положений о недобросовестной конкуренции.

(iv) *Намерение или фактический ущерб*

89. Высказывания в адрес конкурента, затрагивающие его коммерческую репутацию, могут делаться добросовестно, например если лицо, делающее такие заявления, уверено в том, что говорит правду. Поэтому эффективная защита от дискредитации обычно не требует каких-либо доказательств *фактического причинения ущерба или наличия преднамеренности*. В некоторых странах (например, в Соединенных Штатах Америки) нормы общего права требуют в случае таких

²⁷ В частности, в Бельгии, Швейцарии и Швеции.

²⁸ В частности, в Венгрии.

²⁹ В частности, в Бельгии, Германии, Нидерландах и Франции.

гражданских правонарушений, как дискредитация, по крайней мере в теории, представления доказательств злонамеренности действий или причинения ущерба. И хотя суды Соединенных Штатов Америки постепенно ослабили действие этого требования, такая концепция продолжает оставаться излишне ограничительной, что привело к необходимости принятия законодательных положений, предусматривающих средства судебной защиты от дискредитации без представления доказательств о наличии ущерба или преднамеренности [см. раздел 43(а) закона Лэнхема].

(v) *Утверждение фактов*

90. Существуют различные мнения по вопросу о том, следует ли ограничивать понятие дискредитации только *утверждением фактов*. В некоторых странах³⁰ установленное законом понятие дискредитации является достаточно широким и подразумевает также *выражение мнения*. В других странах судами, по крайней мере, было признано, что заявления такого рода подпадают под действие общих положений, направленных против нечестной коммерческой практики³¹. Еще в одной группе стран дискредитация устанавливается исключительно в случае утверждения фактов.

(vi) *Ложные утверждения*

91. Вопрос о том, могут ли утверждения, основанные на собственном мнении, быть дискредитирующими, следует рассматривать в связи с другим вопросом, а именно о том, нужно ли распространять защиту на случаи *точных* утверждений. Статья 10bis (3)2 Парижской конвенции говорит о *ложных* утверждениях. Однако многие страны пошли значительно дальше, и любые, даже правдивые, замечания, способные дискредитировать конкурента, подпадают под прямой запрет как акт дискредитации³² или же по меньшей мере являются нарушением общих норм о честных торговых обычаях³³. Таким образом, любое замечание в адрес конкурентов, даже если оно правильно по сути, рассматривается как акт недобросовестной конкуренции, при усло-

³⁰ В частности, в Венгрии и Швейцарии.

³¹ В частности, в Бельгии, Германии и Нидерландах.

³² В частности, Венгрия, Дания и Швейцария.

³³ В частности, Бельгия, Германия, Нидерланды и Франция.

вии что такие «нападки» становятся чрезмерными или используемые выражения носят оскорбительный характер. Некоторые страны сводят понятие дискредитации к *неточным или вводящим в заблуждение заявлениям*. В Соединенных Штатах Америки, например, дискредитирующие заявления, пусть даже точные по сути, не рассматриваются ни в рамках гражданского деликта общего права, ни в рамках средств защиты, предоставляемой на основании положений раздела 43(a) закона Лэнгема или — на уровне штатов — на основании положений законов о коммерческой практике.

92. Такое различие в подходах объясняется существованием различных концепций «коммерческой чести». В странах, где нормы права, касающиеся недобросовестной конкуренции, основываются на защите коммерческой репутации индивидуального коммерсанта, например в континентальной Европе, существует «специальное гражданское правонарушение» — коммерческая дискредитация, к которой в принципе применяются значительно более строгие правила, чем к клеветническим заявлениям, сделанным вне рамок конкуренции, так как в последнем случае необходимо также принимать во внимание и конституционные гарантии, например свободу слова. В других странах³⁴, особенно в тех, где не существует всеобъемлющей системы защиты от недобросовестной конкуренции, избран диаметрально противоположный подход: считается, что нападки на конкурентов неизбежны и в интересах поддержания конкуренции с ними следует мириться и, следовательно, меры должны приниматься исключительно против нападков с использованием ложных фактов. В таких странах, как правило, истец несет также бремя доказывания лживости заявления (что иногда исключает возможность обращения в суд).

(3) *Акты, прямо не указанные в Статье 10bis*

(а) Общие положения

93. Помимо смешения, введения в заблуждение или дискредитации, то есть актов, которые упомянуты в Статье 10bis Парижской конвенции, существует целый ряд других действий, которые признаются судами недобросовестной практикой и все чаще становятся объектом соответствующих законов. В этой связи следует указать

³⁴ В частности, в Соединенных Штатах Америки.

на тенденцию включать в законы о недобросовестной конкуренции специальные положения об охране коммерческой тайны, а также постоянное развитие положений о сравнительной рекламе. Кроме того, все чаще признается необходимость предоставлять конкурентам защиту от «присвоения чужих достижений» или от «паразитирования», несмотря на наличие специальных прав промышленной собственности, при условии что такие действия признаются недобросовестными с учетом обстоятельств дела.

94. Все виды вышеуказанных действий, а также некоторые другие рассматриваются в следующих пунктах. Отметим при этом, что часто происходит дублирование со случаями, перечисленными в Статье 10bis Парижской конвенции, и акт «паразитирования», например, по некоторым его признакам может одновременно быть отнесен к категориям действий, вносящих смещение, или действий, способных дискредитировать продукты или предприятие конкурента.

(b) Нарушение коммерческой тайны

(i) Общие положения

95. Как правило, конкурентоспособность в промышленной и/или коммерческой деятельности зависит от использования *новаторских методов и соответствующего ноу-хау*. Однако такие методы и ноу-хау не всегда находятся под охраной патентного права. Во-первых, патенты применяются исключительно к изобретениям в области технологии, а не к новаторским методам управления предприятием и т. п. Во-вторых, некоторые открытия или технические новшества, обеспечивая важные преимущества коммерческого характера конкретному предпринимателю, могут не иметь достаточной новизны или изобретательского уровня, а следовательно, не являются патентоспособными. Кроме того, после подачи заявки и до раскрытия общестественности информации, содержащейся в заявке, владелец этой информации должен быть защищен от ее любого неправомерного раскрытия другими лицами, независимо от того, будет выдан патент на основании этой заявки или нет. Парижская конвенция не затрагивает вопросов коммерческой тайны, однако повсеместно признана необходимость охраны от неправомерного раскрытия. Использование без надлежащего разрешения ценной конфиденциальной информации любыми другими лицами помимо владельца рассматривается как незаконное присвоение коммерческой ценности,

которая теряет свои конкурентные и экономические преимущества после использования или разглашения этой информации другими лицами.

96. Охрана коммерческой тайны от неразрешенного использования и раскрытия осуществляется при помощи различных правовых средств. Некоторые страны включают *специальные положения* либо в законы о недобросовестной конкуренции³⁵, либо в другие законодательные акты³⁶. Ряд стран обеспечивают охрану тайны в рамках общего *права гражданской ответственности*³⁷. В некоторых других странах *положения уголовного, административного, коммерческого или гражданского права* запрещают несанкционированное использование или разглашение коммерческой тайны. Однако при ближайшем рассмотрении положения уголовного права не имеют большого практического значения, поскольку они, как правило, требуют доказательства осведомленности о конфиденциальном характере информации и наличия злонамеренных или обманных действий. Тем не менее, даже будучи уголовным правонарушением, разглашение коммерческой тайны одновременно является и актом недобросовестной конкуренции. Кроме того, поскольку работники, консультанты, независимые подрядчики и компаньоны часто посвящены в коммерческую тайну, в зависимости от конкретных обстоятельств каждого случая могут вступать в силу разные нормы гражданского права в отношении *договоров найма* и договорного права в целом. Нередко возникает ситуация, когда возможно применение различных сочетаний вышеупомянутых средств. Нарушение коммерческой тайны может быть и актом недобросовестной конкуренции, и гражданским правонарушением, и уголовным преступлением. Напротив, в тех случаях, когда *неконкуренты* оказывают давление или влияние на должностных лиц или работников или любым иным способом воздействуют на них или на других лиц, владеющих тайной, в целях получения конфиденциальной информации, применяются лишь нормы гражданской ответственности.

(ii) *Какая информация является коммерческой тайной?*

97. Хотя закон редко дает определение коммерческой тайны, некоторые страны (следуя примеру Франции) проводят различие между секретом *производства* (или *промышленным секретом*) и *коммерчес-*

³⁵ В частности, Германия, Испания, Швейцария и Япония.

³⁶ Например, Мексика, Перу и некоторые штаты Соединенных Штатов Америки.

³⁷ Например, Нидерланды и Франция.

кой тайной, что приводит к различным последствиям с точки зрения применения уголовного права. Первая категория секретной информации носит сугубо *технический* характер и включает методы производства, химические формулы, чертежи или опытные образцы. Информация такого типа может являться патентоспособным изобретением, однако, как правило, патентоспособность и, в частности, новизна с точки зрения патентного права не являются условиями для охраны тайны. *Коммерческой тайной* являются методы сбыта и распространения, формы контрактов, планы деятельности, некоторые положения соглашений по ценам, сведения о потребителях, рекламная стратегия и списки поставщиков или заказчиков. Как правило, содержание коммерческой тайны определяется достаточно широко, и тип информации, которую можно рассматривать как таковую, зависит от конкретных обстоятельств. Так, например, японский закон о пресечении недобросовестной конкуренции определяет коммерческую тайну как любую информацию, относящуюся к методам производства или сбыта, а также любую другую информацию о технологии или о предприятии, которая неизвестна публике. Подобное определение можно найти и в единообразном законе Соединенных Штатов Америки о коммерческой тайне, который был принят приблизительно 20 штатами.

98. Существует целый ряд критериев для определения того, является ли некая информация коммерческой тайной: степень известности данной информации общественности или представителям той или иной отрасли торговли или промышленности, усилия и расходы, понесенные коммерсантом для приобретения конфиденциальной информации, ценность такой информации для данного коммерсанта и его конкурентов, меры, принятые для обеспечения секретности, и степень трудности получения законным путем этой информации другими лицами. С субъективной точки зрения любой коммерсант должен быть *весьма заинтересован* в сохранении секретности некоторой информации. И хотя это не всегда отражается в договорных обязательствах, он должен проявить *намерение* сохранить конфиденциальный характер информации. Помимо этого, часто требуется принятие специальных мер для сохранения секретности некой информации. При этом передача информации на условиях соблюдения ее конфиденциального характера не всегда является достаточной мерой. В некоторых странах (например, в Соединенных Штатах Америки и в Японии) усилия, предпринятые владельцем информации в целях сохранения ее секретности, рассматриваются судами как первоочередное условие для определения наличия коммерческой тайны.

99. С объективной точки зрения информацию можно рассматривать в качестве коммерческой тайны лишь в том случае, когда она известна лишь *ограниченной группе лиц*, то есть когда она неизвестна экспертам или конкурентам в данной области деятельности. Даже заявка на патент может рассматриваться в качестве коммерческой тайны лишь до момента ее публикации патентным ведомством. Таким образом, внешние публикации и любая другая легкодоступная информация не могут рассматриваться в качестве конфиденциальной. Например, использование или разглашение коммерческой тайны лицом, которое получило эту информацию в рамках *законной коммерческой сделки*, и при условии, что с его стороны не было допущено небрежности, не будет рассматриваться как недобросовестная практика. При этом секретность не может быть полной, поскольку всегда существует вероятность получения информации независимым путем другими лицами. Одновременно коммерческие партнеры также могут быть посвящены в тайну, и информация от этого не теряет своего конфиденциального характера, если по-прежнему должна оставаться таковой. Для определения того, обладает ли информация достаточной степенью конфиденциальности, чтобы являться охраняемой коммерческой тайной, нужно установить следующее: содержит ли она в себе элементы, которые не являются конфиденциальными в случае их отдельного рассмотрения? Должны ли служащие для эффективной работы в обязательном порядке владеть этой информацией? Известна ли данная информация только руководству или также работникам более низкого уровня? Тем не менее лучшим доказательством того, что информация является коммерческой тайной, остается ее строго конфиденциальный характер и договорное обязательство сохранения тайны.

(iii) *Использование и разглашение информации (бывшими) работниками*

100. Даже в тех странах, где существуют специальные положения о недобросовестном или неправомерном разглашении тайны, *договоры найма* могут укрепить и дополнить охрану коммерческой тайны на основании закона о недобросовестной конкуренции или же норм о гражданской ответственности. Повсеместно признано, что работники имеют право использовать в целях получения заработка все навыки, опыт и знания, которые были ими получены на предыдущем месте работы, даже в результате владения коммерческой тайной. Однако работник должен проявлять *добросовестность в отношении своего работодателя* до тех пор, пока он работает у него, а также не ис-

пользовать и не распространять после своего увольнения конфиденциальную информацию в отношении дел, с которыми он был ознакомлен за время своей работы. Например, на основании статьи 85 мексиканского закона 1991 г. о развитии и охране промышленной собственности любое лицо, имевшее в силу работы, найма, выполнения функций или пребывания в должности, исполнения своих профессиональных обязанностей или поддержания деловых отношений доступ к коммерческой тайне, будучи предупрежденным о ее конфиденциальном характере, должно воздерживаться от ее разглашения без обоснованных причин и согласия владельца секретной информации или же пользователя, имеющего на это разрешение. Кроме того, использование или разглашение информации является нарушением обязательств по договору найма со стороны (бывшего) работника в том случае, если такая информация должна была оставаться конфиденциальной. Однако часто трудно определить, где проходит граница между разрешенным законом использованием навыков, знаний и опыта, полученных законным образом за время работы, и запрещенным использованием или раскрытием промышленной или коммерческой тайны бывшего работодателя. Тем не менее очевидно, что в тех случаях, когда поведение работника равносильно воровству, присвоению средств, промышленному шпионажу или сговору с конкурентом, преднамеренное нарушение конфиденциальности является наказуемым.

101. Трудовые договоры часто содержат *специальные положения*, запрещающие разглашение деловой или коммерческой тайны, однако эти положения, как и обязательство воздерживаться от конкуренции, не могут являться препятствием для *свободы ведения коммерческой деятельности* и, следовательно не должны ограничивать профессиональные возможности работника в будущем. Обязательства, вытекающие из отношений между работодателем и работником, могут возникать на основании норм уголовного, гражданского и трудового права. Так, например, статья 237 уголовного кодекса Нидерландов квалифицирует разглашение коммерческой тайны коммерсанта его работником как правонарушение, а статья 2622 гражданского кодекса Италии запрещает разглашение коммерческой тайны президентами, директорами или ревизорами компании, независимо от юридической формы последней. Положения такого типа являются существенно важными в тех случаях, когда работник не обязан хранить тайну на основании договорных обязательств или же когда бывший служащий использует информацию не в *целях конкуренции*. Если бывший служащий может считаться конкурентом своего бывшего работодателя, например когда он создал предприятие в той же облас-

ти деятельности, то раскрытие конфиденциальной информации, как правило, является актом недобросовестной конкуренции. Очевидно, что, например, *переманивание клиентов* своего бывшего работодателя будет квалифицировано как недобросовестность, особенно если работник использовал списки клиентов или внутреннюю деловую документацию для подготовки более выгодных предложений. Когда бывший служащий использует конфиденциальную информацию своего бывшего работодателя о деятельности его клиентов в целях переманивания их к себе, можно также говорить о неправомерном использовании конфиденциальной информации.

(iv) *Использование и разглашение информации конкурентами*

102. Коммерсант, как правило, весьма заинтересован в том, чтобы узнать коммерческую тайну конкурента. Однако, учитывая то, что коммерческая тайна не является полным эквивалентом исключительного права в соответствии с законом о промышленной собственности, для установления недобросовестности конкурентов, использовавших или разгласивших ее, мы будем исходить из того, какими *средствами эта информация была получена*. Например, японский закон о недобросовестной конкуренции предусматривает, что положения об охране коммерческой тайны не применяются в отношении информации, которая была получена в рамках законной коммерческой деятельности, при условии что лицо, получившее секретную информацию, не использовало для этого нечестные средства, будь то преднамеренно или по небрежности. Конкурент, не оказавший воздействия на бывшего работника или компаньона своего конкурента в целях получения секретной информации, а только воспользовавшийся нарушением обязательств с их стороны, редко привлекается к ответственности. Применительно к конкуренту факт осведомленности о том, что раскрытие тайны бывшим работником или компаньоном является нарушением договора, квалифицируется как минимальная степень преднамеренности при определении ответственности. Например, мексиканский закон считает правонарушением использование коммерческой тайны, разглашенной третьим лицом, лишь в тех случаях, когда лицо, которому была разглашена тайна, знало, что третье лицо не имело права на ее разглашение. В любом случае не допускается вмешательство конкурента в договорные обязательства других лиц. Если, например, конкурент подкупил работника или бывшего работника конкурента в целях раскрытия коммерческой тайны или же использовал для этого другие *незаконные средства воздействия*, он может быть привлечен к ответственности за недобросовестное ведение конкуренции.

103. Однако во многих ситуациях все зависит от конкретных обстоятельств. Например, использование коммерческой тайны, полученной в рамках деловых отношений, существовавших ранее между двумя конкурентами, при том что данная информация являлась конфиденциальной, вовсе не обязательно будет рассматриваться как недобросовестная практика. Напротив, возможное отсутствие договорных положений об использовании коммерческой тайны не означает отсутствия факта недобросовестной конкуренции. Если разглашение коммерческой тайны работником или бывшим работником было преднамеренно спровоцировано конкурентом, то последний допустил правонарушение, при условии что он мог знать или предполагать на момент получения такой информации, что ее разглашение является нарушением договорных обязательств. Кроме того, лицо, подталкивающее служащего к разглашению коммерческой тайны, тем самым содействует его увольнению, что в обязательном порядке рассматривается как нарушение законов о недобросовестной конкуренции.

(с) Неправомерное использование достижений другого лица («паразитирование»)

(i) Общие положения

104. Помимо вероятности смещения возможны другие обстоятельства, которые могут подпадать под действие различных положений, связанных с имитацией указаний, продуктов или других изобретений, имеющих рыночную ценность. К подобным случаям относится действие, целью которого является неправомерное использование достижений другого лица, признанных потребителями и другими сторонами, участвующими в операциях на рынке (торговцами, коммерсантами, поставщиками), или, иными словами, коммерческое паразитирование. Такие достижения чаще всего касаются определенного указания или продукта, однако они могут носить и чисто технический характер.

105. В таких случаях охрана определяется рядом условий, отличающихся друг от друга в разных странах. Недобросовестность конкуренции устанавливается не только на основании *явного использования* известности указания, коммерческого успеха продукта или технического достижения конкурента *без приложения реальных собственных усилий*, для того чтобы существенно изменить характеристики этого

достижения, но и на основании возможности нанесения *ущерба репутации* данного предприятия. В качестве минимального предварительного условия указание или продукт должны иметь по крайней мере некоторую степень *различительной способности* (которой, впрочем, может быть недостаточно для обеспечения охраны на основании специального законодательства). И поскольку объем охраны часто зависит от степени различительной способности, абсолютно тривиальные указания или продукты, как правило, не подлежат охране от простой имитации.

106. С точки зрения систематизации понятие «паразитирование» имеет много общих черт с понятиями смешения и введения в заблуждение. Паразитирование на чужом коммерческом достижении можно определить как любое действие, предпринимаемое конкурентом или другим лицом, участвующим в операциях на рынке, с намерением прямо использовать промышленное или коммерческое достижение другого лица в своих собственных коммерческих целях, *не внося существенных изменений* в оригинальное достижение. С этой точки зрения паразитирование является формой конкуренции путем имитации в самом широком смысле. Согласно принципам свободного рынка использование или «присвоение» чужого достижения рассматривается как недобросовестность только при особых обстоятельствах. При этом любое действие, вызывающее смешение или вводящее в заблуждение (что, как правило, предполагает паразитирование на достижении другого лица), всегда рассматривается как недобросовестная практика.

107. Говоря о возможностях защиты от недобросовестной конкуренции применительно к использованию чужих коммерческих достижений при отсутствии смешения, следует отметить, что *простое использование* чужих достижений совместимо с принципами свободной конкуренции. Таким образом, положения о недобросовестной конкуренции не являются альтернативным путем для получения охраны без соблюдения различных условий, вытекающих из специального законодательства о промышленной собственности. Такая же сбалансированность экономических интересов, которая была достигнута за счет принятия специального законодательства о патентах, промышленных образцах, товарных знаках и т. д., должна быть также достигнута и при применении законодательства о недобросовестной конкуренции. Как правило, в охране на основании положений о недобросовестной конкуренции отказывается в тех случаях, когда достижение, которое было скопировано или присвоено, охраняется специальными законами о промышленной собственности и

когда тип охраны, испрашиваемый в рамках положений о недобросовестной конкуренции, мог бы быть получен, по крайней мере на некий определенный срок, на основании специального закона (принцип «преимущественного права»).

108. Как было сказано выше, охрана *как таковая* может испрашиваться в тех случаях, когда положения специального законодательства не охватывают данное достижение, например если закон не применяется в отношении достижений, сделанных ранее определенного срока, или если охрана, предоставляемая специальным законом, не является достаточно широкой и не распространяется на данный конкретный случай. Некоторые законы о промышленной собственности прямо обеспечивают охрану на основании положений о недобросовестной конкуренции для достижений, не подпадающих под охрану в рамках специального законодательства. Другие законы о промышленной собственности прямо исключают возможности дополнительной охраны на основании законодательства о недобросовестной конкуренции для изобретений, указаний, товарных знаков или форм продукта, подпадающих под охрану в рамках таких законов. Однако отнюдь не всегда понятно, какой баланс интересов стремились обеспечивать законодатели путем принятия специального закона. Даже комментарии к законам не дают удовлетворительного ответа на этот вопрос. Таким образом, *охрана от паразитирования* в соответствии с законодательством о недобросовестной конкуренции, как правило, предоставляется лишь *в особых случаях*, которые в некоторых отношениях должны отличаться от тех условий, на которых предоставляется охрана в соответствии со специальным законодательством. Определение таких условий часто возможно только в рамках «всеобъемлющего» положения и поэтому обычно устанавливается прецедентным правом. Во многих странах в отношении следующих форм паразитирования определены особые условия, которые позволяют установить акт недобросовестной конкуренции: ослабление различительной способности или рекламной ценности товарного знака, использование чужой репутации, буквальное копирование и так называемые «паразитические действия». Все эти случаи рассматриваются в следующих пунктах.

- (ii) *Ослабление различительной способности или рекламной ценности товарного знака*

109. Как правило, неразрешенное использование товарного знака для других товаров или услуг без риска внесения смешения не рассматривается ни как нарушение законодательства о товарных знаках

или знаках обслуживания, ни как акт недобросовестной конкуренции. Это вытекает из принципа «специфичности» права товарных знаков, что является следствием различительной функции товарных знаков и знаков обслуживания. Тем не менее в некоторых странах, например в Канаде, странах — членах Европейского сообщества (на основании директивы ЕС о сближении национальных законодательств в области товарных знаков), а также в ряде штатов Соединенных Штатов Америки товарные знаки, имеющие определенную известность, получают дополнительную охрану от так называемого *ослабления их различительной способности или рекламной ценности*. Под «ослаблением» понимается «размывание» или постепенное уменьшение способности знака немедленно ассоциироваться в умах потребителей или широкой публики с конкретным происхождением. Использование идентичных или сходных знаков для абсолютно отличных товаров или услуг неизбежно приводит к некоторому ослаблению, и знаки, получившие определенную известность, должны охраняться от очевидного стремления других участников деятельности на рынке использовать в своих целях «уникальность» знака. Вероятность существенного ущерба для владельца знака обуславливается тем, что знак может утратить свою способность прочно ассоциироваться с определенным продуктом. Необходимая степень известности конкретного знака определяется публикой или группами потребителей. В тех случаях, когда товарный знак имеет отношение к товарам, ориентированным на ограниченную группу потребителей, он имеет больше возможностей достичь необходимой известности, чем товары широкого спроса. Однако такой критерий, как необходимая степень известности, весьма неодинаков в различных странах.

(iii) *Использование чужой репутации*

110. Другим видом неправомерного присвоения, который в последние годы был признан противоречащим честной деловой практике, является недобросовестное использование репутации или «престижа» экономических достижений других промышленных или коммерческих предприятий. Это понятие относится прежде всего к присвоению общеизвестных указаний. Например, если качество продукта или услуг, маркированных должным образом, побуждает потребителя ассоциировать данный товарный знак с определенным происхождением или уровнем качества продукта, его использование без соответствующего разрешения для других товаров или услуг, даже если оно не приводит к внесению смещения в отношении их происхождения, может, тем не менее, рассматриваться как неправомерное

присвоение репутации. Это понятие может также применяться в отношении внешнего вида продукта, однако в этом случае внешний вид должен признаваться в качестве указания на определенную степень качества, репутацию или престиж. В разных странах существуют различные подходы к такого рода неправомерному присвоению. Например, если во Франции присвоение престижа чужого знака или продукта обычно рассматривается как недобросовестная практика, в Испании такой тип неправомерного присвоения прямо запрещается без каких-либо оговорок статьёй 12 закона о пресечении недобросовестной конкуренции 1991 г. В Германии присвоение третьим лицом допускается, если нельзя было обоснованно предположить возможность вторичного использования знака. В Соединенных Штатах Америки нет возражений принципиального характера в отношении присвоения, если не возникает возможность смешения, например в случае «спонсорства», когда принимается во внимание фактор престижа товарного знака.

111. Присвоение чужого товарного знака или знака обслуживания может происходить в более или менее завуалированной форме. Например, конкурент может использовать в целом сходный, но заметно отличный товарный знак, преднамеренно заимствовав при этом характерные и общеизвестные признаки первого знака. С другой стороны, он может использовать этот знак для рекламы своих собственных товаров с намерением перенести на них престиж общеизвестного знака или же использовать чужой знак, сопроводив его выражениями «по модели», «по типу», «в стиле» и т. д. (отметим при этом, что в некоторых странах допускается использование слов «подходит для» или иных аналогичных выражений применительно к запасным частям и аксессуарам). При этом обязательно, чтобы коммерсант был прямым конкурентом владельца знака; достаточно вероятности нанесения ущерба исключительному престижу или репутации знака или предприятия.

(iv) *Буквальное копирование*

112. Понятие буквального копирования в качестве отдельного акта недобросовестной конкуренции возникло в нескольких странах Европы. Такая форма недобросовестного использования чужих достижений обычно рассматривается как исключение из общего принципа, в соответствии с которым можно свободно пользоваться продуктами или указаниями, которые не являются охраноспособными, срок действия охраны которых в силу специального закона истек или

применительно к которым не существует вероятности смешения в отношении происхождения. При отсутствии вероятности смешения такой акт может рассматриваться как недобросовестный лишь в том случае, когда конкретные обстоятельства носят исключительный характер. Как правило, недобросовестность акта проявляется в отсутствии поиска, инвестирования, творческих усилий и расходов со стороны имитатора, который ограничивается копированием чужого достижения, имея при этом в своем распоряжении другие эффективные средства конкуренции. Имитируемые продукты или указания должны, тем не менее, обладать определенной различительной способностью, которая не просто вытекает из технических характеристик, без которых товар не может выполнять свою функцию, а проявляется в его эстетических или декоративных признаках, допускающих наличие самых различных форм и изобразительных элементов.

113. При этом критерии буквального копирования неодинаковы в разных странах. Кроме того, при определении факта копирования иногда учитываются понятия ослабления, неправомерного присвоения репутации или «паразитирующей конкуренции». Часто для определения недобросовестности акта требуется наличие разительного контраста между усилиями, предпринятыми конкурентом для разработки своего достижения, внедрения его на рынок и завоевания определенного коммерческого успеха или признания, и усилиями имитатора по копированию и использованию такого достижения. В качестве примера *законодательного* положения, направленного на предотвращение такого рода неправомерного и недобросовестного присвоения, можно привести статью 5(с) швейцарского закона о недобросовестной конкуренции, которая квалифицирует как недобросовестный любой акт по присвоению и использованию, путем применения технических средств репродуцирования и без соответствующих усилий, результатов труда третьего лица, готовых к использованию на рынке. Подобное положение можно встретить в пункте 11(2) испанского закона о недобросовестной конкуренции, который рассматривает копирование достижений третьего лица как недобросовестный акт, если имитатор без разрешения пользуется репутацией или усилиями другого лица.

114. Акты буквального копирования следует отличать от актов так называемого «конструирования наоборот». Такие действия, как правило, заключаются в том, что некий продукт или вещество изучается или анализируется путем его разборки на составные части или разделения на составляющие элементы для понимания его структу-

ры, состава или функционирования и определения способов его изготовления или сборки в целях производства в дальнейшем его улучшенного варианта. Такая практика распространена в промышленности и применяется для изучения технологии, воплощенной в продуктах конкурентов, и последующего производства конкурентоспособного продукта (улучшенного или отличного, но эквивалентного). Фактически речь идет о нормальной свободе конкуренции в условиях рынка, что в более широком плане отвечает интересам общества. Следовательно, такая практика не является сама по себе недобросовестной. Однако продукт или иной результат, полученный путем конструирования наоборот, может при определенных условиях стать нарушением прав промышленной собственности. Например, когда продукт, изготовленный таким способом, подпадает под действие формулы изобретения действующего патента (с учетом, в случае необходимости, концепции эквивалентности), имеет место нарушение патента. Если патент не был нарушен, но способ копирования оригинального продукта является бесчестным или недобросовестным (независимо от того, имело место конструирование наоборот или нет), такие действия могут преследоваться в судебном порядке как проявление недобросовестной конкуренции.

(v) *Акты паразитирования*

115. Другим видом недобросовестного использования чужих достижений, признанным в ряде стран, является понятие «акта паразитирования». Это понятие имеет много общего с концепцией буквального копирования. В этом случае простая имитация чужих достижений рассматривается как приемлемая в условиях свободной конкуренции, однако в исключительных обстоятельствах она может стать недобросовестной. Например, если имитация продукта, не имеющего никаких новых или оригинальных характеристик, в принципе допускается, то после приобретения таким продуктом новизны или успеха у потребителей имитатору труднее доказать добросовестность таких действий. Решающим же доводом против имитатора является *систематическое и методичное* присвоение им характерных достижений *одного конкретного* конкурента³⁸. Кроме того, некоторые обстоятельства, касающиеся *поведения* конкурента, могут выявить его недобросовестность; например, факт получения образцов от конкурента в целях имитации его продуктов с большей легкостью и на по-

³⁸ Этот критерий применяется прежде всего в Бельгии, Италии, Нидерландах, Швейцарии и Франции.

стояннoй основе может рассматриваться как недобросовестное паразитирование. Некоторые страны³⁹ следуют в таких случаях гибкому подходу, увязывая сферу применения судебного запрета, а также временные рамки охраны с определенными обстоятельствами. Например, для определения добросовестности или недобросовестности имитации может использоваться критерий амортизации расходов на техническое усовершенствование. В результате охрана будет предоставлена лишь в случае идентичной имитации и на значительно более короткий срок, чем сроки, предусматриваемые специальными законами о промышленной собственности. Однако следует отметить, что в некоторых странах (например, в Соединенных Штатах Америки) простое копирование продукта другого лица (даже на систематической основе или в отношении конкретного конкурента) не рассматривается в качестве акта недобросовестной конкуренции, если только оно не касается нефункциональных признаков, имеющих различительную способность или приобретших вторичное значение.

(d) Сравнительная реклама

(i) *Определение*

116. Различное отношение к правдивым, но дискредитирующим заявлениям лучше всего проследить при рассмотрении вопроса о *сравнительной рекламе*. Сравнительная реклама может быть двух видов: позитивная ссылка на чужой продукт (с утверждением, что свой продукт столь же хорош, что и чужой) или негативная ссылка (с утверждением, что свой продукт лучше, чем чужой). В первом случае, когда товар конкурента, как правило, общеизвестен, главный вопрос состоит в установлении возможности неправомерного присвоения чужой репутации. Во втором случае, когда критикуется продукт конкурента, возникает вопрос о возможной дискредитации. Однако в обоих случаях сравнения присутствует (несанкционированная) *ссылка на конкурента*, который либо называется по имени, либо имплицитно распознаваем потребителями.

(ii) *Ограничения общего характера: сравнения, способные «вести к заблуждению» и «дискредитировать»*

117. Само собой разумеется, что при сравнительной рекламе должны соблюдаться ограничения, действующие в отношении всех видов

³⁹ В частности, Германия.

рекламы. В частности, она не должна вводить в заблуждение или дискредитировать. Сравнения, основанные на ложных или вводящих в заблуждение заявлениях в отношении своего продукта или ложных заявлениях в отношении продукта конкурента, запрещены во всех странах.

118. При этом следует помнить, что существуют различные оценки понятия «*введение в заблуждение*» и особенно понятия «*дискредитации*». Как было сказано выше, в некоторых странах⁴⁰ считается, что заявления о превосходстве или уникальности (типа «самый лучший» и т. п.) являются вводящими в заблуждение, если не может быть доказана их правильность, тогда как в других странах такие заявления рассматриваются как безобидные преувеличения. Различия в оценке понятий «дискредитация» и «присвоение» имеют еще большее значение. В странах с достаточно либеральным отношением к правдивым, но дискредитирующим заявлениям сравнительная реклама, как правило, допускается⁴¹. До тех пор пока заявление носит правдивый характер, судебные инстанции не вмешиваются, даже если ссылка на конкурента или его продукт носит явно дискредитирующий характер или использует его репутацию. В странах, которые традиционно уделяли особое внимание защите «честного» предпринимателя и его репутации, сравнительная реклама либо запрещена, либо весьма строго ограничена. Иногда сам факт упоминания конкурента вопреки его воле рассматривается как акт дискредитации и, следовательно, недобросовестной конкуренции. В соответствии с правилом о том, что «честный предприниматель имеет право на то, чтобы о нем не говорили, даже если говорится правда», законодательство некоторых стран⁴² прямо запрещает любые сравнения, в которых без необходимости упоминается конкурент. На том же основании суды других стран⁴³ признают, что сравнительная реклама более или менее автоматически противоречит честным обычаям в торговых делах (и, следовательно, противоречит общим положениям законов о недобросовестной конкуренции). Хотя иногда указывают, что правдивое сравнение может быть полезным для потребителя, судебная теория и практика допускают их лишь при определенных весьма специфических обстоятельствах, например если клиент прямо требует провести сравнение, если сравнение делается в связи с

⁴⁰ В частности, в Германии.

⁴¹ В частности, в Канаде, Соединенном Королевстве и Соединенных Штатах Америки.

⁴² В частности, в Бельгии и Люксембурге.

⁴³ В частности, в Германии, Италии, Нидерландах и Франции.

незаконными нападкамии на рекламоделателя или если они необходимы для разъяснения функционирования некоей системы или новой технологии.

(iii) *Тенденция в пользу допущения правдивых сравнений*

119. Однако в последние годы такое негативное отношение к сравнительной рекламе начало меняться. Постепенно растет понимание того факта, что правдивые сравнения могут не только снизить затраты потребителя на поиск информации, но также положительно влиять на экономику за счет повышения предсказуемости рынка. В странах, которые традиционно рассматривали сравнительную рекламу как дискредитацию, суды постепенно ослабили строгий запрет на все заявления с упоминанием конкурента. Во Франции, например, допускаются сравнения в отношении цен, если эта информация основана на правдивом, сопоставимом и обширном материале. Еще важнее то, что недавно принятые законы о недобросовестной конкуренции по крайней мере косвенно допускают сравнительную рекламу⁴⁴. На уровне Европейского сообщества (ЕС) была предложена новая директива⁴⁵, обязывающая государства — члены ЕС разрешать правдивую сравнительную рекламу. В целом можно говорить о наличии весьма четкой тенденции в пользу разрешения правдивой сравнительной рекламы.

(iv) *Характерные опасности сравнительной рекламы*

120. С другой стороны, нельзя отрицать тот факт, что посредством сравнительной рекламы значительно легче вводить в заблуждение или дискредитировать, чем через многие другие формы рекламы, например если сравнение основано на малозначительных (или несопоставимых) фактах или если создается общее вводящее в заблуждение впечатление. Такие потенциальные опасности требуют *специальных гарантий от злоупотреблений*. В странах, где сравнения допускаются⁴⁶, особо подчеркивается тот факт, что даже правдивые заявления не должны без необходимости носить порочащего харак-

⁴⁴ В частности, в Венгрии, Испании и Швейцарии.

⁴⁵ Предложение о принятии директивы Совета относительно сравнительной рекламы и поправках к директиве 84/450/ЕЕС о вводящей в заблуждение рекламе, 1991 г.

⁴⁶ В частности, в Венгрии, Греции, Испании и Швейцарии.

тера⁴⁷ или что не следует сравнивать несопоставимые факты⁴⁸. Предложение ЕС о принятии директивы относительно сравнительной рекламы 1991 г. идет еще дальше, прямо требуя, чтобы сравнению подлежали исключительно сопоставимые, объективные и поддающиеся проверке характеристики, чтобы общее впечатление не вводило в заблуждение, чтобы не было опасности смешения между сравниваемыми продуктами и чтобы конкурент и его продукт никоим образом не подвергались поношению или дискредитации. Более того, от рекламодателя могут в случае необходимости потребовать доказательств правдивости любых заявлений, которые послужили основой для сравнения.

(v) *Сравнительная реклама и законы о товарных знаках*

121. Очень часто сравнение невозможно без ссылки на определенный товарный знак, который соответствует конкретному продукту, услуге или предприятию. В этих случаях следует принимать во внимание не только законы в области недобросовестной конкуренции, но и законодательство по товарным знакам.

122. В странах, где товарные знаки охраняются исключительно как указания происхождения продукта или услуги, использование товарного знака в сравнительной рекламе может не подпадать под действие законодательства по товарным знакам. Однако существуют страны, где использование чужого товарного знака в сравнительной рекламе может рассматриваться как нарушение⁴⁹. Например, статья 13А единообразного закона стран Бенилюкса о товарных знаках охраняет «рекламную ценность» товарного знака от любого использования в потенциально неблагоприятном контексте (что также может выражаться в нежелательном упоминании при сравнительной рекламе). Канадский закон о товарных знаках в целом охраняет репутацию товарного знака, а современное законодательство Соединенного Королевства по товарным знакам в принципе запрещает любую ссылку на чужой товарный знак. Даже в Соединенных Штатах Америки, где сравнительная реклама, как правило, разрешается, так называемые «законы о пресечении ослабления», принятые многими штатами, в теории могут применяться в отно-

⁴⁷ Например, в Швейцарии.

⁴⁸ Например, в Испании.

⁴⁹ В частности, Бенилюкс, Соединенное Королевство и Соединенные Штаты Америки (законы о пресечении ослабления).

шении использования принадлежащих другим лицам товарных знаков в сравнительной рекламе, поскольку, независимо от наличия смешения, они предоставляют охрану товарного знака от любых действий, способных нанести ущерб деловой репутации или ослабить различительную способность знака. Однако эти законы пока не применялись в отношении правдивой сравнительной рекламы, что, вероятно, объясняется наличием соответствующих конституционных принципов. Интересно отметить, что предложение о принятии директивы ЕС относительно сравнительной рекламы разрешает такой вид рекламы при условии, что она, в частности, не вызывает смешения в отношении знаков рекламодателя и конкурента и не приводит к дискредитации, поношению или оскорблению знака конкурента.

(vi) *Сравнения, проводимые третьими лицами*

123. Во многих странах изучение реакции рынка на данный продукт проводится организациями потребителей и/или частными или государственными учреждениями, например прессой, телевидением и другими средствами массовой информации. Обычно в таких случаях возникает два вопроса: несут ли эти организации ответственность в рамках закона о недобросовестной конкуренции и можно ли использовать результаты их исследования в рекламных целях?

124. В странах, где закон не требует наличия конкурентных отношений между истцом и ответчиком⁵⁰, на такие организации также распространяются положения о недобросовестной конкуренции. В других странах⁵¹ «недобросовестное» исследование товара, отрицательным образом сказывающееся на деловой репутации, подпадает прежде всего под действие положений общего права о гражданской ответственности.

125. По вопросу о том, могут ли рекламодатели использовать результаты таких исследований и при каких условиях, существуют различные мнения. В некоторых странах (например, в Германии), где сравнительная реклама обычно не допускается, такого рода косвенное сравнение в принципе считается законным. В других странах (например, в Бельгии) конкурентам прямо запрещается ссылаться на исследования, проводимые организациями потребите-

⁵⁰ В частности, в Бельгии, Дании, Нидерландах, Швейцарии и Швеции.

⁵¹ В частности, в Германии и Франции.

лей, а в третьих странах (например, в Швейцарии) такого рода ссылки подвергаются строгим ограничениям. В предложении о принятии директивы ЕС относительно сравнительной рекламы результаты исследований, проводимых третьими лицами, могут использоваться исключительно при наличии явно выраженного согласия лица, которое проводило такое исследование; в противном случае рекламодатель будет нести ответственность за любые рекламные заявления, основывающиеся на таких исследованиях.

(е) Прочие акты недобросовестной конкуренции

(i) Общие положения

126. Как указывалось выше, законы о недобросовестной конкуренции отражают, в частности, социологические, экономические и этические ценности общества. Помимо уже рассмотренных специфических категорий действий, которые обычно расцениваются как недобросовестная конкуренция, существует широкий ряд актов и видов практики, которые в одной стране могут подпадать под действие законов о недобросовестной конкуренции, а в другой — нет. В нижеследующих пунктах обсуждаются те аспекты, которые в большинстве стран рассматриваются (хотя, возможно, в разной степени) как противоречащие «честным обычаям в торговых делах» и которые либо прямо запрещаются специальным законодательством, либо, что встречается чаще, подпадают под действие общих положений о недобросовестной конкуренции или других специальных законов, указов и т. д. Следует также отметить, что в нижеследующих пунктах приводятся лишь отдельные примеры, а не исчерпывающий перечень всех других видов недобросовестной практики.

(ii) Назойливая реклама, использование чувства страха, чрезмерное психологическое давление и т. д.

127. Современное законодательство о конкуренции имеет своей целью защитить всех тех, кого затрагивает недобросовестная коммерческая практика. Следовательно, практика «чрезмерного» воздействия на *потребителя* (или попытка такого воздействия) может рассматриваться как противоречащая правилам честной конкуренции. Однако на практике трудно определить, на основании каких критериев та или иная практика может быть квалифицирована как

«чрезмерная» в отношении потребителя. Поскольку самой целью любой маркетинговой или рекламной политики является оказание требуемого воздействия на потребителя, должен быть переступлен некий предел допустимого воздействия. Это часто происходит в случаях вторжения в личную жизнь потребителя или манипулирования им путем использования различных рекламных методов.

128. Например, во многих странах доставка потребителю *товаров, которые он не заказывал*, но которые он должен оплатить либо в прямой форме отказаться от товаров или вернуть их, рассматривается как недобросовестная конкуренция, поскольку ставка делается на то, что потребитель часто забывает вернуть товары или даже считает, что он обязан приобрести их. При этом многие страны допускают *посещения без приглашения* («продажа путем обхода»), если при этом не совершается обман и не оказывается чрезмерное психологическое давление на потребителя. По вопросу о навязчивых *телефонных звонках* существуют разные мнения: в одних странах такой акт сам по себе рассматривается как вторжение в личную жизнь потребителя, а в значительном числе других стран это допускается, если не используется неопытность потребителя и не нарушается его личная жизнь. То же можно сказать о *рассылке рекламных материалов потребителям без просьбы с их стороны*.

129. Кроме того, во многих странах считается недобросовестной практикой злоупотребление *суеверием, доверчивостью, страхом или милосердием потребителя*. Таким образом, можно рассматривать в качестве противоречащей «честным» обычаям в коммерческой деятельности рекламу, которая использует страх пожилых людей перед перспективой закончить жизнь в доме для престарелых или внушает ненужные опасения по поводу смерти или состояния здоровья. То же можно сказать и об использовании в коммерческих целях некоторых ситуаций, в которых потребитель является наиболее уязвимым, например когда лица, попавшие в дорожно-транспортное происшествие, получают настойчивые предложения отогнать автомобиль в необходимое место или когда родственникам умершего назойливо предлагают свои услуги похоронные бюро. Кроме того, во многих странах принимаются специальные меры против злоупотребления неопытностью детей.

130. Наряду с этими особыми случаями, которые часто регулируются специальными законами, суды в ряде стран⁵² выделили группу

⁵² В частности, в Германии.

случаев, подпадающих под действие общих положений о недобросовестной конкуренции, которую можно определить как «*психологическое давление на покупателя*» или «*настойчивое побуждение*». Как правило, эти случаи проявляются в специальных методах маркетинга, например в виде вручения рекламных подарков, предоставления скидки и проведения лотерей.

(iii) *Стимулирование сбыта: призы, подарки, лотереи и т. п.*

131. Широко используемыми методами привлечения новых клиентов являются вручение призов, подарков и другие формы стимулирования, проведение конкурсов, лотерей или игр. Такое стимулирование сбыта является новым и эффективным методом торговли и может способствовать развитию конкуренции. С другой стороны, это может отвлечь внимание потребителя от реальных качеств товара или услуги и побудить его тем самым приобрести товар, который ему не нужен или не стоит затраченных денег. В особенности это касается таких методов маркетинга, как игры, лотереи и конкурсы, когда в рекламных целях используется склонность потребителя к *азартным играм*. Большая часть таких методов тем или иным образом регламентируется, а иногда прямо запрещается. Кроме того, они подпадают под действие мер саморегулирования. Однако на вопрос о том, какую именно практику следует рассматривать как проявление недобросовестной конкуренции, нет однозначного (или последовательного) ответа. Например, скидки, или любая торговля по сниженным ценам, или предоставление иных преимуществ при покупке товара в принципе запрещаются в одних странах⁵³, в принципе разрешаются в других⁵⁴ и более или менее строго регулируются в третьих. *Лотереи*, в которых получение приза зависит исключительно от удачи, в основном запрещены, если они увязаны с покупкой товара; в других же случаях они подвергаются строгим ограничениям. *Конкурсы*, результат которых до известной степени зависит от способностей участника, пользуются более благосклонным отношением при условии отсутствия обмана и принуждения потребителя к покупке. С другой стороны, продажа по принципу «*нарастающего объема*» («*снежного кома*») и прочие подобные методы часто рассматриваются как способные ввести в заблуждение и, следовательно, запрещаются (иногда даже под угрозой уголовного наказания) или как минимум строго ограничиваются, в то время как *тотализатор* часто разрешается законом.

⁵³ Бельгия, Германия, Франция и Швеция.

⁵⁴ Соединенное Королевство и Соединенные Штаты Америки.

132. В целом можно сказать, что суды большинства стран, даже тех, где разрешаются описанные выше методы стимулирования сбыта, уделяют особое внимание *конкретным условиям*, в которых осуществляется подобная практика продаж: если потребитель подвергается психологическому или какому-то иному давлению в целях принуждения его к покупке, если выдаются чрезмерно ценные и тем более соблазнительные призы, даже разрешенный метод торговли может рассматриваться как противоречащий «честным обычаям в торговых делах».

(iv) *Помехи коммерческой деятельности*

133. Наконец, следует упомянуть некоторые действия, способные *помешать или воспрепятствовать* коммерческой деятельности конкурента, будь то прямо или косвенно. Это может быть создание *реальных препятствий* для коммерческой деятельности на конкретном рынке, что обычно рассматривается как недобросовестное поведение. Примером таких действий является преднамеренное уничтожение бутылочной тары, предназначенной для повторного использования путем рзлива безалкогольных напитков, в целях ослабления возможностей производителя по обеспечению поставок на рынке. Другие (косвенные) препятствия часто подпадают под действие *антитрестовского законодательства*, однако в некоторых случаях законы о недобросовестной конкуренции могут предоставить дополнительную защиту. *Дискриминация, бойкотирование и демпинг* традиционно охватываются положениями антитрестовского законодательства, однако это не исключает возможности применения законов о недобросовестной конкуренции, по крайней мере в тех случаях, когда такие действия совершаются на индивидуальной основе. Например, необоснованное вмешательство в коммерческую деятельность конкурентов, продажа товаров по неразумно низким ценам, например *продажа по ценам ниже себестоимости*, или установление фиксированных розничных цен представляют собой действия, которые Японская комиссия по справедливым условиям торговли рассматривает как противоречащие антимонопольному законодательству Японии, но которые в теории можно рассматривать и как проявления недобросовестной конкуренции. В некоторых странах⁵⁵ закон о недобросовестной конкуренции прямо запрещает продажу по ценам ниже

⁵⁵ В частности, в Бельгии, Испании, Люксембурге, Франции и Швейцарии (при соблюдении определенных условий).

себестоимости или по ценам, которые обеспечивают «чрезмерно низкую норму прибыли». В Соединенном Королевстве, в Соединенных Штатах Америки и в некоторых других странах «установление бросовых цен» в целях нанесения ущерба конкуренту может подвергаться запрету на основании законов о конкуренции.

134. Другими видами такой недобросовестной практики являются *переманивание клиентов* у конкурента или побуждение *работников или агентов* конкурента к тому, чтобы разорвать договор о найме или прервать с ним отношения. Как указывалось выше, такого рода проявления недобросовестной конкуренции часто сопровождаются нарушением коммерческой тайны, однако могут и сами по себе являться недобросовестными актами. Простое побуждение клиентов или работников конкурента к тому, чтобы сменить поставщика или работодателя, путем предложения более выгодных условий присуще свободной конкуренции и, следовательно, не может рассматриваться как недобросовестность. Однако использование таких средств, как подкуп или обман клиентов, агентов или работников, побуждение к нарушению действующего обязательства об отказе от конкуренции, а также систематическое переманивание работников определенного конкурента с целью нанесения ему ущерба, рассматривается как недобросовестная практика.

V. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАЩИТЫ

A. Общие положения

135. Практическое обеспечение защиты от недобросовестной конкуренции столь же важно, как и само законодательство о недобросовестной конкуренции, ибо такая защита бессмысленна в отсутствие адекватных мер по пресечению нарушений, предотвращению нанесения ущерба или дальнейшего ущерба и по обеспечению возможности добиться возмещения ущерба. Поэтому большинство специальных законов о пресечении недобросовестной конкуренции предусматривают *специальные санкции* в отношении нарушителя. Как правило, такие специальные санкции принимают форму *гражданских и уголовных наказаний*. Иногда по решению правительственных органов такие санкции могут носить *административный характер*⁵⁶. Кроме того, в некоторых законодательствах предусматриваются специальные процессуальные нормы, регламентирующие такие вопросы, как *правоспособность* того или иного лица или *сроки исковой давности*.

136. В тех случаях, когда законы в области недобросовестной конкуренции в основном базируются на нормах гражданской ответственности, применяются обычные *принципы гражданского судопроизводства*. Хотя основные принципы гражданской ответственности, как правило, предусматривают достаточно строгие требования, в частности в отношении вероятности причинения ущерба и доказательства преднамеренности или небрежности со стороны ответчика, в случаях недобросовестной конкуренции эти требования часто смягчаются; более того, на практике наличие вышеуказанных элементов иногда презюмируется. Однако, если дело о недобросовестной конкуренции рассматривается на основании специального закона о недобросовестной конкуренции и нормы гражданской ответственности играют лишь *вторичную* роль, применяются стандартные требования в области гражданской ответственности.

⁵⁶ Например, в Австралии, Болгарии, Венгрии, Индии, Мексике, Перу, Румынии и Соединенных Штатах Америки.

137. Некоторые санкции могут применяться в результате нарушения правил *саморегулирования*. Как правило, выполнение таких правил контролируется специальными органами, в состав которых входят представители промышленности, средств массовой информации и потребители, и в этом случае процессуальные действия, а также возможные санкции отличаются от административного или гражданского судопроизводства. Санкции имеют силу лишь в отношении тех лиц, которые придерживаются правил саморегулирования, установленных соответствующими органами, однако их практическая роль в деле обеспечения защиты от недобросовестной конкуренции признается в полной мере; поэтому такие санкции будут рассмотрены отдельно.

В. Гражданско-правовые санкции

(1) Виды санкций

138. Существуют различные виды гражданско-правовых санкций, однако некоторые из них применяются не во всех странах. Например, согласно статье 13а германского закона о пресечении недобросовестной конкуренции с поправками 1987 г. потребитель имеет право расторгнуть договор, если он был заключен под воздействием вводящей в заблуждение рекламы. Обеспечить условия для реализации этого права довольно трудно, и как средство судебной защиты оно весьма необычно для норм права в области недобросовестной конкуренции. На практике при рассмотрении дел о недобросовестной конкуренции регулярно применяется лишь незначительное число санкций из имеющегося широкого ряда. Например, редко применяются *деклараторные решения*, в которых объявляется о том, что истец имеет право на совершение тех или иных действий или что ответчик не имеет права на некоторые действия.

(а) Судебный запрет

139. На практике наиболее важной санкцией является судебный запрет, который может быть *окончательным*, однако часто носит временный, или *предварительный*, характер. Истец, как правило, отдает предпочтение такой санкции, так как она дает возможность приостановить нарушающие действия, хотя после этого нелегко доказать факт причинения ущерба. В большинстве случаев судеб-

ный запрет является мерой пресечения, поскольку предписывает ответчику немедленно прекратить совершение определенных действий, рассматриваемых как недобросовестная конкуренция. Наложения судебного запрета иногда требуют в тех случаях, когда существует вероятность совершения или продолжения совершения акта недобросовестной конкуренции. Для этого не требуется доказательств ни наличия преднамеренности или злонамеренности, ни факта причинения ущерба. В случае совершения акта недобросовестной конкуренции суды, как правило, исходят из того, что такие действия будут продолжаться, если только ответчик не берет на себя официальное обязательство воздерживаться от дальнейших нарушений. В некоторых странах судебный запрет может обеспечиваться *штрафом* за невыполнение судебного решения, который подлежит уплате без дальнейшего вмешательства суда⁵⁷. В других странах такое неподчинение может рассматриваться как неуважение к суду или даже как преступное оскорбление судебных органов⁵⁸.

140. Судебный запрет может также сопровождаться судебным решением, обязывающим ответчика *восстановить положение дел*, существовавшее до совершения нарушения. На основании такого решения могут быть аннулированы заявки на регистрацию или регистрация товарных знаков или фирменных наименований, удалены указания, вводящие в заблуждение или вызывающие смешение, изъяты с рынка контрафактные товары, конфискованы или уничтожены незаконно используемые продукты или рекламный материал. Такого рода обязывающие судебные решения принимаются в тех случаях, когда последствия актов недобросовестной конкуренции не могут быть устранены при помощи судебного запрета. В вопиющих случаях недобросовестной конкуренции возможно также принятие судебного решения о раскрытии источников снабжения или предъявлении перечня клиентов. Некоторые национальные законодательства, например венгерский закон о пресечении недобросовестной коммерческой практики 1990 г., при определенных обстоятельствах предусматривают возможность уничтожения специального инструмента, который использовался для производства контрафактных товаров. Как правило, выбор вида обязывающего решения оставляется на усмотрение суда, так как в каждом отдельном случае оно должно быть соизмеримо со степенью недобросовестности, и, следовательно, суду необходимо учесть все обстоятельства дела.

⁵⁷ Например, в Германии и Нидерландах.

⁵⁸ Например, в Австралии, Индии, Соединенном Королевстве и Соединенных Штатах Америки.

(b) Возмещение причиненного ущерба

141. Во всех странах практикуется возмещение причиненного ущерба. Однако, в отличие от судебного запрета, при подаче иска о возмещении ущерба обычно требуется представление доказательств *вины или преднамеренности* или по крайней мере *небрежности или неосторожности* со стороны ответчика. В качестве примера можно привести Францию, в статье 1382 гражданского кодекса которой содержится положение о гражданской ответственности, касающееся исключительно исков о возмещении ущерба. При этом французские суды склонны принимать решения о признании факта причинения ущерба, в том числе потенциального, и, поскольку фактический ущерб обычно трудно доказать, часто устанавливается символическая компенсация в размере 1 франка наряду с предписанием прекратить неправомерную деятельность. Иногда имеет место опровержимая презумпция небрежности, если то или иное действие является актом недобросовестной конкуренции, например согласно статье 2600(3) итальянского гражданского кодекса. В этом случае ответчик должен доказать наличие в его действиях добросовестности в том смысле, что проявленная им должная заботливость не позволяет установить недобросовестный характер акта конкуренции. Обычно возмещение ущерба, причиненного в результате недобросовестной конкуренции, носит чисто материальный характер, однако при определенных обстоятельствах, например в случае клеветнической публикации или нарушения прав личности, в некоторых странах возможно возмещение морального ущерба или нематериальных убытков. Однако во всех случаях при подаче иска о возмещении ущерба должны быть представлены достаточные доказательства фактических финансовых убытков, так или иначе поддающихся оценке.

142. Существуют различные виды *материального ущерба*, в отношении которых может присуждаться возмещение. Наиболее распространенными из них являются *потеря прибыли* и ущерб в результате *дезорганизации рынка истца*. В некоторых странах⁵⁹ вместо возмещения своих фактических убытков истец, ссылаясь на неосновательное обогащение, может потребовать подсчета суммы *прибыли, полученной ответчиком*. В результате такой санкции ответчик теряет прибыль, полученную в результате недобросовестных действий, и в некоторых странах она может быть выше, чем фактические убытки истца. Кроме того, эта сумма может помочь оценке потерянной

⁵⁹ В частности, в Испании, Соединенном Королевстве и Швейцарии.

прибыли истца⁶⁰. Одной из форм возмещения ущерба, особенно распространенной в Соединенных Штатах Америки и большинстве стран Британского содружества, являются убытки, присуждаемые в порядке наказания, или так называемые *штрафные убытки*. Такие убытки взыскиваются *в дополнение* к фактическому ущербу в том случае, когда действия ответчика носили особенно злонамеренный характер. В чрезвычайных случаях сумма возмещаемого ущерба может даже утраиваться. В других странах установление факта злонамеренности или преднамеренности может повлиять на размеры возмещения ущерба, присуждаемого судом. Наконец, в вопиющих случаях недобросовестной конкуренции помимо судебных издержек, которые, как правило, определяются судом в момент вынесения решения, стороне, выигравшей дело, иногда по решению суда могут быть возмещены *расходы на адвокатов и экспертов*, например если это рассматривается как необходимая мера по пресечению дальнейших нарушений или дезорганизации рынка. Наличие такой возможности имеет большое значение, так как число стран, в которых сторона, проигравшая дело, должна оплатить гонорары адвокатов и покрыть прочие расходы, весьма незначительно.

143. Как правило, возмещение ущерба рассматривается исключительно как средство *компенсации*, то есть истец должен быть восстановлен в таком положении, которое могло бы иметь место в случае, если бы не был совершен недобросовестный акт. Однако *размер* убытков часто с трудом поддается сколько-нибудь точной оценке. В частности, в отношении потерянной прибыли иногда могут устанавливаться весьма высокие требования к представлению доказательств. Даже в случаях нарушения исключительных прав в соответствии с законами об интеллектуальной собственности редко производится детальный подсчет подлежащего возмещению ущерба, и стороны, как правило, стремятся урегулировать спор после установления ответственности. Кроме того, в таких случаях размер подлежащего возмещению ущерба часто подсчитывается на основе гипотетического *лицензионного вознаграждения*. В юридической литературе такой подход критикуется за его недостаточное сдерживающее воздействие. Применение такого подхода в рамках закона о недобросовестной конкуренции возможно лишь в случаях, относящихся к нарушению прав промышленной собственности, и в классических случаях использования чужого имени, где стороны являются прямыми конкурентами. Таким образом, размер возмещаемого

⁶⁰ Например, в Японии.

го ущерба, который фактически присуждается судами, может колебаться в весьма широких пределах.

(с) Опровержение; публикация судебного решения

144. Еще одной санкцией, практикуемой во многих странах, является приказ об опровержении или об опубликовании судебного решения, вынесенного против ответчика. В некоторых странах Азии существует специфическая форма опровержения, предполагающая публикацию в ежедневных газетах *извинительного письма*. Другой известной формой опровержения (например, в Соединенных Штатах Америки) является *корректирующая реклама*. Как правило, приказ об опровержении отдается в случаях введения в заблуждение или дискредитации, хотя может использоваться и в других случаях недобросовестной рекламы. В некоторых странах суд может также обязать ответчика опубликовать судебное решение за свой счет. Оба этих вида санкций могут испрашиваться *в дополнение* к судебному запрету в целях пресечения деятельности и в большинстве стран — независимо от возмещения фактического ущерба.

(2) Право на иск

145. Как было сказано выше, защита от недобросовестной конкуренции служит интересам не только конкурентов, но и потребителей и широкой публики. Следовательно, для эффективного применения законов в области недобросовестной конкуренции крайне важно *не ограничивать* круг лиц, имеющих право на иск, одними конкурентами, хотя они и представляют собой наиболее заинтересованную в применении таких законов группу. Однако не все участники деятельности на рынке нуждаются в *индивидуальном* праве на иск в гражданском суде. Поскольку любой акт конкуренции прямо влияет на положение на рынке отдельных конкурентов, эту группу нельзя лишать ее основополагающего права преследовать недобросовестного конкурента в судебном порядке. Однако во многих странах для преследования по суду не требуется наличие прямых конкурентных отношений, если косвенные последствия акта недобросовестной конкуренции серьезно *затрагивают* позиции других участников рыночной деятельности, например на параллельном или вторичном рынках. Поэтому в большинстве стран достаточно существования потенциальных конкурентных отношений. Кроме того, в странах, где защита от недобросовестной конкуренции основыва-

ется главным образом на нормах гражданской ответственности, любое лицо, интересы которого могут пострадать, в том числе *индивидуальный потребитель*, может, как правило, выступать в качестве истца. В этих странах⁶¹ не требуется наличия даже потенциальных конкурентных отношений. Недавно принятые законы в этой области также предоставляют индивидуальным потребителям право на иск. Правда, возможность серьезных расходов порой заставляет их отказаться от реализации этого права. Поэтому в большинстве случаев иски индивидуальных потребителей возбуждаются в рамках существующих процедур саморегулирования, при которых применяемые правила и условия, а также связанные с этим расходы куда менее обременительны.

146. В соответствии со все более заметной тенденцией рассматривать интересы потребителей в качестве одного из объектов охраны от недобросовестной конкуренции современное законодательство в этой области предоставляет *организациям потребителей* отдельное право пресекать недобросовестные действия. Согласно Статье 10^{ter} Парижской конвенции, страны Союза обязуются предусмотреть меры, позволяющие союзам и объединениям, которые представляют заинтересованных промышленников, изготовителей или торговцев, действовать через суд в случае совершения актов недобросовестной конкуренции в той мере, в какой это допускает закон страны, где испрашивается охрана. Поскольку некоторые аспекты охраны интересов потребителей подпадают под действие законодательства о недобросовестной конкуренции, организации потребителей также должны иметь возможность пользоваться средствами правовой защиты от нарушений в этих областях. Например, согласно директиве ЕС о вводящей в заблуждение рекламе, организации, рассматриваемые в соответствии с национальным законодательством как законно заинтересованные, должны иметь возможность обращаться с иском в связи с вводящей в заблуждение рекламой в суд или в административный орган, компетентный либо выносить решения по жалобам, либо возбуждать соответствующую судебную процедуру. Кроме того, в некоторых странах государственные чиновники или организации могут быть уполномочены *законом* выступать в судах в качестве гражданских прокуроров от имени потребителей, как, например, посредник по рассмотрению жалоб потребителей в Швеции и Норвегии или Федеральное бюро по делам потребителей в Мексике.

⁶¹ В частности, в Нидерландах, Соединенном Королевстве и Франции.

147. Существуют различные *альтернативные* пути предоставления права на возбуждение гражданского иска. Например, в некоторых странах для предотвращения возможного злоупотребления этим правом такая возможность предоставляется лишь тем организациям, *целью* которых *по уставу* является защита своих членов от недобросовестной конкуренции или которые официально зарегистрированы как объединения потребителей. И хотя, как правило, причинение фактического ущерба отдельным членам объединения не является обязательным условием для возбуждения иска, большинство стран ограничивают санкции, которых могут добиваться такие объединения, *судебным запретом* и/или опровержением в случае вводящей в заблуждение рекламы. Лишь в исключительных случаях такие организации могут требовать возмещения ущерба от имени своих членов.

148. Положение *других организаций*, например, коммерсантов в определенной отрасли экономической деятельности или профессиональных групп, может быть весьма различным. В некоторых странах такие организации могут иметь право на иск при условии, что данные недобросовестные действия наносят серьезный ущерб их уставной цели⁶². В других странах требуется, чтобы некоторым членам организации был причинен фактический ущерб и чтобы они уступили ей свои права на защиту⁶³, в третьих же такие организации вовсе не имеют права действовать через суд⁶⁴. В Соединенных Штатах Америки допускаются так называемые *коллективные иски*. Наконец, возбудить гражданский иск могут иногда *органы*, уполномоченные контролировать конкуренцию, будь то в качестве государственных или полугосударственных организаций⁶⁵ или органов саморегулирования⁶⁶.

(3) *Меры по обеспечению доказательств недобросовестных действий и конфискации товара*

149. Часто в исках по делам о недобросовестной конкуренции отказывают в суде из-за *отсутствия доказательств* недобросовестности действий. Неформальным, но широко распространенным методом обеспечения доказательств недобросовестности действий является «заказ-ловушка», то есть приобретение контрафактных

⁶² В частности, в Бельгии, Германии, Италии и Франции.

⁶³ В частности, в Нидерландах.

⁶⁴ В частности, в Японии.

⁶⁵ В частности, в Венгрии, Индии, Соединенном Королевстве и Франции.

⁶⁶ В частности, в Соединенном Королевстве.

товаров под чужим именем, что может стать убедительным доказательством недобросовестности действия по крайней мере в какой-то его части. В отношении действий по введению в заблуждение или дискредитации бремя доказывания может быть возложено на ответчика, так как предполагается, что он имеет прямой доступ к информации, подтверждающей его заявления. Большинство стран не имеют специальных правил в отношении представления доказательств, поскольку при принятии законов о недобросовестной конкуренции было сочтено нецелесообразным разрабатывать отдельные нормы. Поэтому в этих странах действуют общие принципы гражданско-процессуального права. Однако в зависимости от страны может применяться самая различная практика. Хотя процессуальные нормы некоторых стран предусматривают достаточные меры по обеспечению доказательств, например разглашение документов, экспертные оценки или заслушивание свидетелей, эти меры применимы лишь в отношении доказательства ущерба, а не недобросовестности действия как такового. В некоторых странах⁶⁷ допускается превентивное или временное «изъятие» товаров, однако эта мера часто ограничивается обеспечением материальной гарантии возмещения ущерба путем продажи конфискованных товаров, что, естественно, не отвечает интересам истца.

150. Большинство мер, предусматриваемых нормами гражданско-процессуального права, могут применяться только *во время рассмотрения дела*, и лишь в относительно небольшом числе стран существует практика обеспечения доказательств *ex parte*, то есть без предварительного уведомления другой стороны о начале судебного разбирательства. Однако, так же как и в исках о нарушении прав в рамках специальных законов о промышленной собственности, существует общая тенденция предусматривать максимум возможностей по обеспечению доказательств нарушения до того, как ответчик сможет уничтожить их, и одновременно идентифицировать поставщиков (или других лиц, по неосторожности принявших участие в недобросовестном действии). Это особенно важно в случаях смешения и незаконного присвоения, а также злоупотребления коммерческой тайной. Примером растущего понимания законодателями потребности в адекватных средствах обеспечения доказательств является статья 24 нового испанского закона о пресечении недобросовестной конкуренции 1991 г., которая предусматривает возможность обращаться в суд *ex parte*, с тем чтобы предпринять все необходимые действия по установлению фактов, знание которых необходимо для начала судебного разбирательства, включая (на

⁶⁷ В частности, в Бельгии и Нидерландах.

основании соответствующих норм испанского закона о патентах) осмотр помещений и средств производства контрафактных товаров.

151. Еще одной недавно появившейся в этой области мерой, которая принята в Соединенном Королевстве и в странах, следующих британским правовым традициям, является судебный приказ в соответствии с прецедентом по делу *Антон Пиллера*. Это предписание, созданное в рамках прецедентного права, дает истцу возможность защиты до вручения приказа о вызове в суд и *без уведомления ответчика*. Судебный приказ может включать положения, запрещающие торговлю определенными товарами, уничтожение или удаление товаров, а также положения, разрешающие адвокату истца и ограниченному числу других лиц осматривать служебные помещения или даже частный дом ответчика, или же положения об изъятии документов или товаров лицами, исполняющими приказ, или же о разглашении имен и адресов поставщиков данных товаров; кроме того, он может обязать ответчика воздерживаться от уведомления третьих лиц о проведении судебного разбирательства. Для обеспечения такой меры защиты истец должен располагать чрезвычайно убедительными доказательствами, а сумма потенциального ущерба должна быть весьма значительной. Далее, он должен представить суду явные доказательства того, что контрафактные товары находятся у ответчика и что существует реальная опасность того, что эти товары будут уничтожены или исчезнут до начала рассмотрения дела (при участии обеих сторон). Истец должен сообщить все известные ему факты, а также внести залог для возмещения ущерба, который может быть причинен ответчику. С другой стороны, с учетом того факта, что такая процедура создает возможности для злоупотреблений, она сопровождается весьма жесткими условиями; кроме того, суть судебного приказа должна быть четко разъяснена лицу, в отношении которого он выносится, и он должен содержать минимальные положения, необходимые для достижения его цели, и адвокаты, которым поручено его исполнение, обязаны подготовить подробный перечень всех конфискованных предметов.

(4) *Ускоренное судебное разбирательство*

152. Большинство дел о недобросовестной конкуренции рассматривается в судах на основании обычных гражданско-процессуальных норм. В некоторых странах специальные судебные инстанции или судьи могут быть наделены исключительными полномочиями, например в области коммерческого права. Однако защита от недобросовестной конкуренции может быть эффективной лишь в том случае, когда делу о предполагаемом нарушении обеспечивается *безотлагательное и неформальное судебное разбирательство*. Поэтому во многих странах предусмотрено ускоренное разбирательство,

позволяющее немедленное предоставление средств защиты. Несмотря на существование нескольких форм временной защиты, таких, например, как опровержение вводящей в заблуждение рекламы, по большинству исков о недобросовестной конкуренции требуется *промежуточный судебный запрет*. Данная процессуальная норма обычно характеризуется весьма коротким сроком между направлением повестки о вызове в суд и судебным разбирательством, более гибким подходом к правилам в отношении представления доказательств, неформальной процедурой рассмотрения дела по существу и относительно коротким сроком между началом судебного разбирательства и вынесением решения в порядке упрощенного судопроизводства.

153. Промежуточный судебный запрет обуславливается не только наличием серьезных обстоятельств дела, дающих определенные надежды на удачный исход самого судебного разбирательства, но и необходимостью срочного принятия решения. Такая необходимость может быть вызвана *вероятностью причинения непоправимого ущерба*, если предположительно недобросовестные действия ответчика не будут немедленно прекращены. Поскольку разбирательство должно быть быстрым и эффективным, формальности упрощаются и требуется только *презумпция доказательства*, на основании которой при необходимости могут быть сделаны серьезные предположения. Таким образом, когда факты являются несомненными, а срочность принятия мер очевидна, суды иногда имеют возможность вынести решение о прекращении деятельности, не заслушивая ответчика. В этой связи можно указать на существующую в швейцарском законодательстве специальную форму ускоренного разбирательства, которая допускает принятие и исполнение предварительного судебного запрета в течение нескольких часов, с тем чтобы временно изъять контрафактные изделия из продажи или даже с выставки или аукциона. В то же время ответчик не должен быть ущемлен в своих правах, если вопрос является спорным. Поэтому при принятии решения о запрете или отказе в таковом суды *тщательно взвешивают все обстоятельства дела*. При этом учитываются интересы обеих сторон, включая относительную убедительность доводов каждой из них и достаточность гарантии, обеспечиваемой истцом в случае принятия решения о запрете, для адекватной компенсации возможного ущерба, причиненного ответчику. В некоторых странах любой иск, к которому применяется процедура ускоренного разбирательства, должен также стать предметом обычного разбирательства в гражданском суде, иногда в некие установленные сроки.

С. Уголовные санкции

154. В большинстве стран уголовные санкции предусматриваются в отношении некоторых специальных актов недобросовестной конкуренции, часто наряду с гражданскими санкциями, хотя иногда они

применяются отдельно, например в некоторых делах, относящихся к *охране интересов потребителей*. Такие уголовные санкции часто применяются в отношении серьезных дел о недобросовестной практике и злоупотреблении коммерческой тайной, а также в специальных областях охраны интересов потребителей, таких как отсутствие указания или вводящее в заблуждение использование указаний, особенно в отношении напитков и продуктов питания. В большинстве случаев уголовные санкции сводятся к наложению штрафа, иногда без указания максимального предела, хотя возможно и лишение свободы, обычно на срок до 2—3 лет. Однако, если гражданско-правовые средства защиты могут быть обеспечены быстро и эффективно, уголовные санкции играют на практике менее важную роль. основополагающим принципом уголовного правосудия является то, что наказанию подлежат лишь конкретные действия, точно определенные законом, поэтому санкции в отношении нарушений общих положений о недобросовестной конкуренции могут носить только гражданско-правовой характер.

155. В некоторых правовых системах⁶⁸ физические и юридические лица или административные органы также могут возбуждать уголовное разбирательство. В некоторых странах⁶⁹ пострадавшая сторона может требовать компенсации в результате уголовного разбирательства, которая ограничивается известными пределами. Во французском праве существует любопытное сочетание гражданских и уголовных санкций, когда сторона, которой был причинен ущерб в результате недобросовестного действия, являющегося уголовным правонарушением, может возбудить иск о возмещении ущерба в качестве стороны в гражданском разбирательстве без ограничений для рассмотрения данного недобросовестного действия в уголовном суде.

D. Административные санкции

156. Законодательство многих стран предусматривает административные санкции, которые могут дополнять гражданско-правовые и/или уголовные санкции, уже имеющиеся в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции⁷⁰. Правительственное вмешательство для пресечения некоторых видов нежелательной практики может потребоваться в тех случаях, когда конкуренты вряд ли будут противодействовать такой практике, а потребители не в состоянии

⁶⁸ В частности, в Соединенном Королевстве.

⁶⁹ В частности, в Германии и Нидерландах.

⁷⁰ В частности, в Австралии, Бельгии, Болгарии, Венгрии, Индии, Румынии и Франции.

принять соответствующие меры. Наличие различных видов санкций позволяет, таким образом, обеспечить надлежащую охрану всех законных интересов. Однако санкции административного характера, как правило, ограничиваются некоторыми специфическими актами недобросовестной конкуренции, причиняющими особый ущерб государственным интересам, например актами, вводящими в заблуждение. В то же время административные органы некоторых стран, например Федеральная комиссия по торговле Соединенных Штатов Америки, имеют весьма широкие полномочия в отношении выбора и объема средств правовой защиты.

157. В рамках административного разбирательства орган, которому поручено заниматься этим вопросом, как правило, располагает полномочиями начинать расследование в отношении компаний, подозреваемых в использовании недобросовестной торговой практики, и может выносить решение о прекращении недобросовестной деятельности или же принимать любые другие меры, необходимые для пресечения таких действий. В некоторых странах сами государственные органы могут быть наделены судебными полномочиями, сходными с полномочиями гражданских судов (например, Комиссия по делам монополий и ограничительной торговой практике в Индии и Ведомство экономической конкуренции в Венгрии). В других странах эти органы могут возбуждать уголовное или гражданское разбирательство в отношении лиц, совершающих незаконные действия. Гражданский иск может быть возбужден для того, чтобы потребовать принятия решения об окончательном судебном запрете, а также, хотя довольно редко, о выплате компенсации за причиненный ущерб в пользу истца (например, в Венгрии).

158. Другие административные санкции и процедуры разбирательства применяются в рамках регулирования конкуренции в интересах публики, например в положениях о торговле методом разноса товаров по домам, о фармацевтических препаратах, распродаже товаров по сниженным ценам и обязательных указаниях для пищевых продуктов и напитков. Однако такие административные процедуры, которые, как правило, приводят к наложению штрафа, не могут рассматриваться в качестве адекватного средства защиты конкурентов.

Е. Санкции в рамках саморегулирования

159. В некоторых странах значительная часть санкций, имеющих целью *охрану интересов потребителей*, предусматривается в рамках систем добровольного саморегулирования, созданных рекламным

сектором и для него⁷¹. В тех странах, где такие системы функционируют эффективно, необходимость правительственного вмешательства в соответствующие отрасли торговли или промышленности значительно снижается. В Соединенных Штатах Америки, однако, санкции в рамках систем саморегулирования резко ограничены антитрестовским законодательством, поскольку существуют опасения относительно того, что такие системы могут быть использованы для ограничения конкуренции. «Кодексы» саморегулирования традиционно предоставляют индивидуальным конкурентам или другим участникам рыночных операций, а также потребителям одинаковые средства предупреждения злоупотреблений или борьбы с ними, так как обычно нет никаких ограничений в отношении законных интересов лица, имеющего право возбудить разбирательство. Кроме того, процедура подачи жалобы требует минимум формальностей, и решения выносятся в короткие сроки.

160. Жалобы, подаваемые на основании кодексов саморегулирования, рассматриваются специальными органами, которые, как было сказано выше, могут даже иметь полугосударственный характер. Такие органы могут требовать того, чтобы реклама была *снята или изменена*, однако в рамках положений о саморегулировании возмещение убытков, как правило, невозможно. Другой эффективной санкцией в рамках кодекса саморегулирования является *публикация решения* соответствующего контрольного органа, включая имя рекламодателя. Кроме того, если средства массовой информации придерживаются положений соответствующего кодекса, они могут принять решение о том, чтобы не публиковать рекламу, которая нарушает эти положения, и могут отказать в публикации объявлений агентств, которые не подчиняются распоряжениям контрольного органа. Однако, если данный рекламодатель не намерен подчиниться решению или же истец не удовлетворен, решения таких органов подлежат апелляции в гражданском или административном суде. В Соединенном Королевстве, например, Ведомство по стандартам в области рекламы может просить генерального директора Управления по соблюдению добросовестной торговой практики принять решение об окончательном запрете на основании положений о контроле за вводящей в заблуждение рекламой 1988 г. (или других законодательных актов), если ему не удастся убедить рекламодателя в его неправоте.

⁷¹ В частности, в Италии, Нидерландах и Соединенном Королевстве.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПЕРЕЧЕНЬ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ АКТОВ В ОБЛАСТИ ЗАЩИТЫ ОТ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ*

Национальное законодательство

- Австралия — Закон о торговой практике (разделы 1—6, 52—55А, 75В—87А), 1974 г.
- Австрия — Федеральный закон о пресечении недобросовестной конкуренции, 1923 г.
- Аргентина — Закон о добросовестной коммерческой деятельности № 22802 и Инструкции, 1983 г.
— Уголовный кодекс, статья 159
- Бельгия — Закон о торговой практике и информации и охране интересов потребителей, 1991 г.
- Болгария — Закон о защите конкуренции, 1991 г.
- Боливия — Коммерческий кодекс, статьи 66—71
— Уголовный кодекс, статьи 235—238
- Бразилия — Кодекс промышленной собственности (закон 7903 от 1945 г.), статья 178
— Кодекс промышленной собственности (закон 5772 от 1971 г.), статьи 2(d) и 128
- Венгрия — Закон о пресечении недобросовестной коммерческой практики, 1990 г.
- Венесуэла — Закон о развитии и охране свободной конкуренции, 1991 г., статья 17
- Гватемала — Центральноамериканская конвенция об охране промышленной собственности, статьи 65—71

* Представленная информация не является исчерпывающей. Перевод названий законодательных актов не носит официального характера.

- Германия — Закон о пресечении недобросовестной конкуренции, 1909 г.
— Указ о торговых скидках, 1932 г.
— Закон о торговле по сниженным ценам (с указанием о порядке его применения), 1933 г.
— Закон о продуктах питания и потребительских товарах, 1974 г.
— Закон о рекламировании лекарственных средств, 1975 г.
- Гондурас — Закон о промышленной собственности, 1993 г., статьи 159—163
- Греция — Закон № 146 о пресечении недобросовестной конкуренции, 1913—1914 гг.
— Указ № 5206/89 о вводящей в заблуждение рекламе, 1990 г.
— Закон об охране потребителя, 1991 г.
- Дания — Закон о рыночной деятельности, 1974 г.
- Египет — Закон о наименованиях коммерческих фирм, 1951 г.
- Заир — Законодательный указ № 41/63 о недобросовестной конкуренции, 1950 г.
- Израиль — Закон об охране потребителей № 5741, 1981 г.
- Индия — Закон о монополиях и ограничительной деловой практике, 1969 г. (разделы 1—18, 31—44, 48—67)
— Закон об охране потребителя (с разъяснениями), 1986 г.
— Закон о торговых и фирменных знаках, 1958 г.
- Ирландия — Закон об информации для потребителя, 1978 г.
- Испания — Закон о пресечении недобросовестной конкуренции, 1991 г.
— Общий закон о рекламе, 1988 г.
- Италия — Гражданский кодекс (статьи 2595—2601), 1942 г.
- Канада — Закон о расследовании деятельности картелей, 1976 г.

- Закон о конкуренции, 1986 г.
 - Закон о деловой практике (Онтарио), 1974 г.
 - Закон о торговой практике (Британская Колумбия), 1974 г.
 - Закон о недобросовестной торговой практике (Альберта), 1975 г.
- Китай
- Закон о защите от недобросовестной конкуренции, сентябрь 1993 г.
- Колумбия
- Коммерческий кодекс (закон 410), 1971 г., раздел I, статьи 75—77
 - Уголовный кодекс, статьи 236, 238 и 280
- Республика Корея
- Закон о предупреждении недобросовестной конкуренции, 1986 г.
 - Закон о регулировании монополий и добросовестной коммерческой практике, № 3320, 1980 г. (статьи 15 и 16)
- Коста-Рика
- Центральноамериканская конвенция об охране промышленной собственности, статьи 65—71
- Люксембург
- Закон о регулировании некоторых видов торговой практики и о борьбе с недобросовестной конкуренцией, 1986 г.
- Мексика
- Закон о развитии и охране промышленной собственности, 1991 г., статьи 213—227
 - Федеральный закон об охране потребителей, 1992 г., статья 32
- Нигерия
- Указ о компаниях и смежных вопросах, 1990 г.
- Нидерланды
- Гражданский кодекс, 1992 г. (статьи 6:162 и 6:194—6:196)
- Никарагуа
- Центральноамериканская конвенция об охране промышленной собственности, статьи 65—71
- Новая Зеландия
- Закон о добросовестной торговой практике, 1986 г.
- Парагвай
- Закон о знаках (№ 751), 1979 г., статьи 69—72
- Перу
- Закон о пресечении недобросовестной конкуренции, № 26122, 1992 г.

- Нормы в области рекламы для охраны интересов потребителей, законодательный декрет 691, 1991 г.
 - Закон об охране интересов потребителей, законодательный декрет 716, 1991 г.
 - Уголовный кодекс, 1991 г., статьи 238—241
- Польша
- Закон о пресечении недобросовестной конкуренции, 1993 г.
- Португалия
- Кодекс промышленной собственности № 39.679, 1938 г. (статьи 211—213)
- Российская Федерация
- Решение № 835 Совета Министров РСФСР о мерах по демополизации экономики, 1990 г.
- Румыния
- Закон о пресечении недобросовестной конкуренции, 1991 г.
- Сальвадор
- Коммерческий кодекс, 1970 г., статьи 488—497
 - Центральноамериканская конвенция об охране промышленной собственности, статьи 65—71
- Соединенное Королевство
- Закон об описаниях рода деятельности, 1968 г.
 - Закон о добросовестной торговой практике, 1973 г.
 - Закон об охране интересов потребителей, 1987 г.
 - Закон об арбитражных соглашениях с потребителями, 1988 г.
 - Закон о навязывании товаров и услуг, 1971 и 1975 гг.
 - Указ о потребительских сделках (ограничения на утверждения), 1976 г.
 - Указ о коммерческой рекламе (раскрытие), 1977 г.
 - Положение об отмене контрактов, заключаемых не в служебных помещениях, 1987 г.
 - Положение о контроле за вводящей в заблуждение рекламой, 1988 г.
- Соединенные Штаты Америки
- Кодекс США 15, глава 22, 1946 г. [разделы 1125(a) и 1126(h) и (i)] «закон Лэнхема»

- Закон о Федеральной комиссии по торговле, 1914 г. (раздел 5а—с)
 - Типовой закон об охране товарных знаков в торговле между штатами, 1954 г.
 - Единообразный закон о недобросовестной коммерческой практике, 1964 г.
 - Единообразный закон о коммерческой тайне, 1979 г.
 - Единообразный закон о практике при продаже потребительских товаров, 1971 г.
 - Закон штата Массачусетс об охране интересов потребителей, общие законы штата Массачусетс, глава 93А1
 - Общий коммерческий кодекс штата Нью-Йорк, 1954 г. (/349-350i, 368a—e)
 - Коммерческий и профессиональный кодекс Калифорнии (/14330/17000, /17200, /17500)
- Филиппины
- Закон № 3740 о наказании за ложную рекламу, вводящую в заблуждение маркировку или обозначение любого продукта, акций, облигаций и т. д., 1936 г.
- Финляндия
- Закон № 1061 о неэтичном поведении в деловой практике, 1978 г.
 - Закон № 38 об охране интересов потребителей, 1978 г.
- Франция
- Гражданский кодекс, статья 1382
 - Закон № 73-1193 об организации торговой и ремесленной деятельности («закон Ройе»), 1973 г.
 - Закон № 78-23 об охране интересов и информации для потребителей товаров и услуг, 1978 г.
 - Декрет № 78-464 о применении главы IV закона № 78-23, 1978 г.
 - Закон № 89-421 об информации и охране интересов потребителей и некоторых видах торговой практики, 1989 г.
 - Закон № 88-14 о судебных исках зарегистрированных объединений потребителей и об информации для потребителей, 1988 г.

- Декрет № 88-586 о применении статьи 2 закона № 88-14, 1988 г.
- Закон № 92-60 об укреплении охраны интересов потребителей (сравнительная реклама), 1992 г.
- Чили — Закон 18223 об охране интересов потребителей, 1989 г., статья 7
- Швейцария — Федеральный закон о пресечении недобросовестной конкуренции, 1986 г.
- Швеция — Закон об охране коммерческой тайны, 1990 г.
— Закон о коммерческой практике, 1975 г.
— Закон № 1418 о распределении рынка, 1975 г.
- Эквадор — Гражданский кодекс, статья 2331
- Эфиопия — Коммерческий кодекс, 1960 г. (статьи 1—149)
- Ямайка — Закон о добросовестной конкуренции, 1993 г., раздел 37
- Япония — Закон о пресечении недобросовестной конкуренции, 1934 г.
— Гражданский кодекс, статьи 703, 704 и 709
— Закон против неоправданных премиальных выплат и вводящих в заблуждение представительствах, 1962 г.

Региональное законодательство

- Европейское сообщество — Директива Совета 84/450, касающаяся вводящей в заблуждение рекламы, 1984 г.
— Предложение о принятии директивы Совета относительно сравнительной рекламы и о поправках к директиве 84/450/ЕЕС о вводящей в заблуждение рекламе, 1991 г.

Соглашение, касающееся создания Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС), приложение V, статья 17; Банги, 1977 г.

Генеральная межамериканская конвенция о товарных знаках и охране коммерческой деятельности, статьи 20—23; Вашингтон, 1929 г.

Центральноамериканская конвенция об охране промышленной собственности, статьи 65—71, 1968 г.

