

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**  
**КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**  
**ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА**

На правах рукопису

**ХУДЕНКО ОЛЕКСАНДР ОЛЕКСАНДРОВИЧ**

УДК 346.546:347.77+330.101.542

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ СУБ'ЄКТІВ**  
**ГОСПОДАРЮВАННЯ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

**ДИСЕРТАЦІЯ**  
**на здобуття наукового ступеня**  
**кандидата юридичних наук**

Спеціальність: 12.00.04 – господарське право,  
господарсько-процесуальне право

**Науковий керівник:**  
доктор юридичних наук, доцент,  
професор кафедри господарського права  
**Резнікова Вікторія Вікторівна**

**Київ – 2017**

## Зміст:

<b>ВСТУП</b>	5
<b>РОЗДІЛ I. ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ</b>	13
1.1. Поняття та форми узгоджених дій суб'єктів господарювання	13
1.2. Розпоряджання правами інтелектуальної власності та конкурентно-правова політика	31
1.3. Характеристика узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності	46
Висновки до Розділу I	60
<b>РОЗДІЛ II. КЛАСИФІКАЦІЯ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ</b>	62
2.1. Основні підходи до класифікації узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності	62
2.2. Види узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності за типом взаємовідносин учасників на ринку	74
2.2.1. Горизонтальні узгоджені дії суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності	77
2.2.2. Вертикальні узгоджені дії суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності	92
Висновки до Розділу II	106
<b>РОЗДІЛ III. ОБМЕЖЕННЯ В УЗГОДЖЕНИХ ДІЯХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ</b>	108
3.1. Поняття та види обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності	108
3.1.1. Цінові обмеження	118
3.1.2. Обмеження щодо обороту товару на ринку	131

3.1.3. Обмеження, які спрямовані на поділ ринку	134
3.1.4. Інші обмеження	140
3.2. Допустимість обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності	143
Висновки до Розділу III	152
<b>ВИСНОВКИ</b>	155
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ</b>	161
<b>ДОДАТКИ</b>	182

**Перелік умовних скорочень:**

АМКУ – Антимонопольний комітет України

ВГСУ – Вищий господарський суд України

ВТМ – власна торговельна марка

ВПЦ – встановлення перепродажних цін

ГК – Господарський кодекс України

КМУ – Кабінет Міністрів України

США – Сполучені Штати Америки

Європейський Суд - Суд справедливості Європейського Союзу

ЄС – Європейський Союз

ДФЄС – Договір про функціонування Європейського Союзу

ДСІВ – Державна служба інтелектуальної власності України

НДДКР – науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи

ЦК – Цивільний кодекс України

Укрпатент – Державне підприємство "Український інститут інтелектуальної власності"

## ВСТУП

**Актуальність теми дослідження.** Конкуренція є одним із головних показників розвитку економічної системи. Суб'єкти господарювання, які активно змагаються між собою, задовольняють потреби споживачів більш якісно та за меншою ціною.

Сучасне господарювання поступово переходить на інноваційний шлях розвитку. Матеріально-виробнича база починає значною мірою поступатися перед нематеріальними активами суб'єкта господарювання, до яких можна віднести майнові права на об'єкти інтелектуальної власності, а саме: торговельні марки, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, ноу-хау, авторські майнові права тощо. Без їх використання складно уявити ефективну господарську діяльність.

Суб'єкти господарювання вільні в розпоряджанні правами інтелектуальної власності. Проте, умови на яких здійснюється розпорядження правами інтелектуальної власності, можуть мати обмежувальний вплив на конкуренцію. Сторони договорів щодо розпорядження правами інтелектуальної власності, керуючись принципом свободи договору, можуть приймати до виконання обмеження, які суперечитимуть законодавству про захист економічної конкуренції та призводитимуть до антиконкурентних наслідків (поділу ринку, визначення умов обороту товарів на ринку тощо).

Необхідність визначення правових критеріїв допустимості таких обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності зумовлює актуальність дисертаційного дослідження.

Актуальність теми дослідження обумовлюється також і недостатнім рівнем науково-теоретичної розробки проблем, які пов'язані з правовим регулюванням узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Дисертаційна робота виконувалася на кафедрі господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (тема затверджена на засіданні Вченої ради протоколом №8 від 27.06.2014 р., уточнена на засіданні Вченої ради протоколом №1 від 29.09.2016 р.). Робота виконана в

межах бюджетних тем юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка "Доктрина права в правовій системі України: теоретичний і практичний аспекти" (номер теми 11БФ 042-01, номер державної реєстрації 0111 U 008 337) та "Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС" (номер теми 16БФ 042-01).

**Мета і задачі наукового дослідження.** *Метою* дослідження є розробка комплексних теоретико-правових засад та науково обґрунтованих пропозицій з правового регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності та обмежень, які в них застосовуються.

Для досягнення поставленої мети дисертаційного дослідження були поставлені такі *задачі*: розкрити правову природу узгоджених дій суб'єктів господарювання, визначити поняття, ознаки; з'ясувати антиконкурентні ризики розпоряджання правами інтелектуальної власності; виявити історичні особливості зародження та розвитку конкурентно-правового регулювання щодо використання прав інтелектуальної власності; розробити вимоги щодо групового винятку на узгоджені дії суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності; класифікувати узгоджені дії суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності; визначити умови допустимості обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності; встановити правові критерії визначення допустимості обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності; внести пропозиції по вдосконаленню правового регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності задля вирішення існуючих проблем та подолання законодавчих прогалин з урахуванням зарубіжного досвіду.

**Об'єктом дослідження** є суспільні відносини зі здійснення узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності.

**Предмет дослідження** – наукові погляди, ідеї, нормативно-правові акти, що визначають і характеризують правове регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності та обмежень, які в них застосовуються.

**Методологічну основу наукового дослідження становлять** загальні та спеціальні методи наукового пізнання. Для найбільш глибокого, комплексного та всебічного дослідження проблематики узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, обрано загальнонауковий *діалектичний метод* (підрозділи 1.1, 1.3), що дозволило проаналізувати узгоджені дії в динаміці їх виникнення та розвитку. За допомогою *історичного методу* з'ясовано передумови зародження та генезису конкурентного законодавства (підрозділ 1.3). Дослідження особливостей діяльності конкурентних та патентних відомств здійснювалося за допомогою *системно-структурного аналізу* (підрозділи 1.2, 2.1, 2.2). Метод *порівняльного правознавства* було застосовано при дослідженні узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності в конкурентному праві Європейського Союзу, антитрастовому праві Сполучених Штатів Америки та законодавстві про захист економічної конкуренції України (підрозділи 3.1, 3.2). *Формально-логічний метод* використовувався для формування пропозицій по визначенню допустимості узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності (підрозділ 3.2).

**Науково-теоретичною основою дослідження** стали висновки, наукові результати, ідеї та положення, які виклали в своїх працях представники господарсько-правової науки: О.О. Бакалінська, О.В. Безух, О.А. Беяневич, О.М. Вінник, В.О. Джуринський, О.С. Каштанов, І.Ф. Коваль, Н.М. Корчак, І.В. Лукач, А.Я. Пилипенко, М.Ю. Потоцький, Г.В. Пронська, В.В. Резнікова, Н.О. Саніахметова, С.В. Шкляр, І.А. Шуміло, В.С. Щербина та ін. Теоретичну основу дослідження також склали роботи відомих дослідників конкурентного права, серед яких: Г.О. Андрущук, Д. Вернон, В. Віскузі, О.В. Вознюк, Д. Гарингтон, А.Г. Герасименко, Н.А. Іваницька, К. Конрат, Л.Г. Кузьменко, В.Д. Лагутін, І. Ліанос, А.І. Медведєв, Н. Менк'ю, Р. Познер, К.В. Смирнова, М. Тейлор, Х. Ховенкамп та ін, а також вітчизняні та зарубіжні вчені з права інтелектуальної власності: В.Д. Базилевич, Г. Боденхаузен, В.О. Валле, І.І. Дахно, М. Джаніс, В.С. Дмитришин, В.С. Дроб'язко, Р.В. Дроб'язко, Н.Є. Єркіна, В.О. Жаров, А.Ф. Завгородній, О.В. Ієвіня, Ю.М. Капіца, В.М. Крижна, Н.С. Кузнєцова, М. Лемлі, К. Леслі, О.С. Мамуня, Н.М. Мироненко, В.Л. Мусіяка,

О.П. Орлюк, Б.М. Падучак, М.В. Паладій, О.В. Пічкур, О.Д. Святоцький, П.М. Цибульов та інші.

**Наукова новизна отриманих результатів** визначається метою та предметом дослідження. Вперше в науці господарського права здійснено комплексне та системне дослідження правового регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності та обмежень, які в них застосовуються.

Новизна дисертаційного дослідження конкретизується в науково-теоретичних положеннях, висновках і пропозиціях, найважливішими з яких є такі.

***Вперше:***

- визначено обмеження в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності як встановлені учасниками межі їх поведінки у горизонтальних або вертикальних узгоджених діях, при яких один або декілька учасників приймають на себе обмеження щодо: умов продажу товарів; відносин з іншими суб'єктами ринку;

- класифіковано узгоджені дії суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності: 1) за правомірністю здійснення (дозволені; умовно дозволені; заборонені); 2) за застосовуваним підходом до оцінки (оцінювані формально; оцінювані поглиблено); 3) за типом задіяного ринку (об'єктом впливу) (узгоджені дії, які впливають на ринок продукції/послуг; впливають на ринок прав інтелектуальної власності; впливають на ринки продукції/послуг та прав інтелектуальної власності); 4) за типом взаємовідносин учасників на ринку (горизонтальні; вертикальні);

- здійснено поділ обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності за предметним критерієм: 1) цінні обмеження (встановлення цін); 2) обмеження щодо обороту товару на ринку (квотування та визначення мінімального обсягу виробництва або продажу товару); 3) обмеження, які спрямовані на поділ ринку (суб'єктні, товарні та територіальні); 4) інші обмеження (сфера використання, строк надання права використання, утримання від розпоряджання тощо);

- запропоновано визнавати обмеження в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності допустимими, якщо вони передбачені законодавством про інтелектуальну власність чи є необхідними для ефективного використання або розпоряджання правами інтелектуальної власності;

- виділено правові критерії визначення допустимості обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності:  
1) вид узгоджених дій; 2) ринкова частка учасників на ринку; 3) обмежувані учасники; 4) характеристика об'єктів інтелектуальної власності; 5) характеристика обмежень.

***Удосконалено:***

- визначення поняття узгоджених дій суб'єктів господарювання шляхом уточнення, - це спільне взаємовигідне волевиявлення суб'єктів господарювання (об'єднання або його учасників, інших осіб), яке впливає на конкуренцію;

- форми узгоджених дій суб'єктів господарювання, в частині доповнення їх можливістю уповноваження вже створених суб'єктів господарювання або об'єднань на виконання функцій координації конкурентної поведінки, а саме: створення (уповноваження) суб'єктів господарювання, які здійснюють координацію конкурентної поведінки; створення (уповноваження) або вступ до об'єднань, які здійснюють координацію конкурентної поведінки;

- положення щодо відмежування антиконкурентних узгоджених дій від зловживання монополюним (домінуючим) становищем щодо прав інтелектуальної власності, яке запропоновано здійснювати за спільною метою учасників антиконкурентних узгоджених дій та взаємовигідністю антиконкурентних узгоджених дій для їх учасників;

- визначення поняття узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності шляхом уточнення, що відповідні узгоджені дії пов'язані не тільки з розпоряджанням правами інтелектуальної власності, а й з використанням прав інтелектуальної власності суб'єктами господарювання;

- положення щодо допустимості узгоджених дій щодо стандартизації з використанням прав інтелектуальної власності, якщо стандартизація здійснена на чесних, обґрунтованих і недискримінаційних умовах.

***Дістали подальшого розвитку:***

- обґрунтування розмежування термінів "змагання суб'єктів господарювання" та "економічна конкуренція" шляхом уточнення, що змагання суб'єктів господарювання є поведінкою, яка сприяє економічній конкуренції, але не вичерпує змісту останньої, оскільки законодавче визначення конкуренції як змагання, звернене в першу чергу до суб'єктів господарювання, які, здійснюючи господарську діяльність на засадах змагальності та уникнення одностороннього визначення обороту товару на ринку, повинні мінімізувати ризики вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції;

- положення щодо необхідності реалізації конкурентно-правової політики щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності за допомогою поєднання двох підходів: 1) допустимості об'єднання суб'єктами господарювання, які представлені на інноваційних ринках, своєї ринкової влади; 2) утримання балансу між монополізацією інноваційних ринків та зростанням прогресивних інновацій;

- положення про те, що узгоджені дії щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності повинні вважатися здійсненими не тоді, коли правоволоділець накладе обмеження, а коли інша сторона прийме їх до виконання або виявить намір їх виконувати, оскільки формалізація або початок виконання відповідних узгоджених дій не є обов'язковою умовою їх здійснення.

**Практичне значення одержаних результатів.** Висновки і пропозиції, які містяться в дисертаційному дослідженні, можуть бути основою для вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції, а також законодавства про інтелектуальну власність. Окремі положення дисертаційного дослідження можуть бути використані в навчальному процесі при читанні лекцій та проведенні практичних занять за курсами "Господарське право", "Конкурентне право", "Актуальні проблеми господарського права", "Майнова основа господарювання" тощо.

Прикладний характер дослідження дозволяє використовувати його результати в правозастосовній діяльності Антимонопольного комітету України, Державної служби інтелектуальної власності України, а також в діяльності суб'єктів господарювання при розпоряджанні правами інтелектуальної власності та прийнятті локальних нормативно-правових актів (програм відповідності конкурентному законодавству тощо).

Результати дисертаційного дослідження використовуються в Депозитфотос Інк. (корпорація створена у штаті Делавер США), при оцінці допустимості обмежень в "стандартних", "розширених" та "ентерпрайз" ліцензійних угодах (довідка від 12.10.2016 р.). Правовий результат дисертаційного дослідження використовується Державною службою інтелектуальної власності України при розробці Національної стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні (довідка №1-9/8204 від 17.10.2016 р.). Положення дисертації використані Антимонопольним комітетом України в якості інформаційно-аналітичних матеріалів щодо антиконкурентних ризиків трансферу технологій (довідка №200-29/200-13890 від 28.12.2016 р.).

**Особистий внесок здобувача.** Дисертаційне дослідження є самостійною, завершеною науковою роботою. Сформульовані теоретичні положення, висновки та пропозиції одержані дисертантом у результаті вивчення та аналізу близько 200 наукових і науково-практичних джерел.

**Апробація результатів дисертації.** Основні положення дисертації, висновки та практичні рекомендації обговорювалися і були схвалені на засіданнях кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Окремі положення дисертації доповідалися на: Міжнародній науково-практичній конференції "Актуальні питання державотворення в Україні" (23.05.2014 р., м. Київ); Міжнародній науково-практичній конференції "Правова політика в Україні: питання теорії та практики" (24.10.2014 р., м. Київ); Науково-практичній конференції "10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації" (14.11.2014 р., м. Київ); Міжнародній науково-практичній

конференції "Актуальні питання державотворення в Україні" (22.05.2015 р., м. Київ); Всеукраїнській науково-практичній конференції "Законодавство України у сфері інтелектуальної власності та його правозастосування: національні, європейські та міжнародні виміри" (18.09.2015 р., м. Київ); Міжнародній науково-практичній конференції "Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції" (2-3.10.2015 р., м. Хмельницький); Всеукраїнській науково-практичній конференції "Законодавство України у сфері інтелектуальної власності та його правозастосування: національні, європейські та міжнародні виміри" (23.10.2016 р., м. Київ); Міжнародній науково-практичній конференції "Сучасні механізми реалізації конкурентної політики України в умовах глобалізації" (17.11.2016 р., м. Київ).

**Публікації.** Основні положення та результати дисертації викладені в 7 наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях, рекомендованих ВАК України, 1 іноземному фаховому періодичному виданні, 8 публікаціях матеріалів та тез наукових конференцій, а також у 1 навчальному посібнику.

**Структура та обсяг дисертації** обумовлені метою, предметом та задачами дослідження. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг роботи – 192 сторінки, з них основного тексту – 160 сторінок. Список використаних джерел включає 195 найменувань і займає 20 сторінок. Робота містить 5 додатків.

## РОЗДІЛ І. ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

### 1.1. Поняття та форми узгоджених дій суб'єктів господарювання

Основу відкритого суспільства становить свобода, яка охоплює всі сфери суспільного життя та економіки. Конкуренція в сфері господарювання також повинна існувати на засадах свободи, а її правове регулювання не повинно зводитися до обмеження монополізму та протидії монополіям. При цьому головне завдання законодавства про захист економічної конкуренції повинно полягати в тому, щоб не допускати обмеження конкуренції.

Обмеження конкуренції може відбуватися як внаслідок одноосібних обмежень (зловживання монопольним (домінуючим) становищем), так і колективних обмежень (антиконкурентні узгоджені дії). Колективні обмеження конкуренції є значно небезпечнішими, оскільки наслідки таких діянь завдають більшої шкоди споживачам, конкурентам та суспільству в порівнянні з індивідуальною поведінкою монопольного утворення. Наведена теза підтверджується законодавчим регулюванням узгоджених дій. В Законі України "Про захист економічної конкуренції" (далі – "Закон") антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання за послідовністю викладення нормативного матеріалу передують зловживанню монопольним (домінуючим) становищем на ринку [95].

Для того, щоб визначити вплив «антиконкурентних узгоджених дій» на конкуренцію, важливо з'ясувати, що включає в себе поняття «узгоджені дії».

Досить масивне законодавче визначення узгоджених дій міститься в ст. 5 Закону України "Про захист економічної конкуренції": «Узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання. Узгодженими діями є також створення суб'єкта господарювання, об'єднання,

метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання».

Законодавче визначення узгоджених дій не відображає сутності узгоджених дій, а лише перелічує їх форми. Форма узгоджених дій в широкому значенні являє собою об'єктивне вираження правової конструкції здійснення узгоджених дій.

В. Кіп Віскузі звертає увагу, що теоретичний світ ідеальної конкуренції передбачає, що «якісь зовнішні угоди між учасниками (*ринку* – О. Х.) виключаються» [28, с.119]. Проте в практичній площині узгоджені дії постійно мають місце в процесі здійснення господарської діяльності і їхнє правове регулювання в першу чергу залежить від розуміння їх об'єктивних форм здійснення.

Розглянемо окремо кожен, з перелічених у законодавчому визначенні, форм узгоджених дій:

1) укладання угоди суб'єктами господарювання. Як зазначає С.С. Валітов, «за діючою практикою ЄС, угоди визначаються за ознаками наявності взаємної волі сторін досягнути певного результату. При цьому форма, в якій проявляється взаємна воля сторін, не є важливою. Виходячи з цього, європейські суди застосовують поняття "угоди" навіть до таких домовленостей, які не мають ніяких зовнішніх ознак або обов'язкового характеру для сторін» [22, с.137]. Такий підхід передбачає застосування правової фікції і покликаний лише для спрощення правозастосування.

Під «укладанням суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі» необхідно мати на увазі договори та домовленості. Нікчемність або недійсність договорів відповідно до господарського або цивільного законодавства, в тому числі недотримання визначеної законом форми, не є підставою для неможливості визнання їх як "угоди" з позиції законодавства про захист економічної конкуренції. Домовленість може бути усною або письмовою, а також включати в

себе будь-які інші дії (бездіяльність), якими сторони повідомляють одне одного про свої наміри.

Також, К.В. Смирнова звертає також увагу на те, що «існування угоди може бути результатом постійної комерційної співпраці сторін або настійливої рекомендації [...], якщо вони виконують рекомендації, не висловлюючи свого ставлення» [113, с.52].

2) прийняття рішення об'єднанням суб'єктів господарювання. В розумінні ст. 1 Закону «об'єднання – це об'єднання юридичних та (або) фізичних осіб, у тому числі об'єднання підприємств, а також громадські організації». Таким чином, термін "об'єднання" в Законі є значно ширшим, ніж термін "об'єднання підприємств" в ГК України, оскільки останній разом з фізичними особами та громадськими організаціями охоплюється першим.

А.І. Медведєв тлумачить, що «під прийняттям об'єднаннями рішень розуміється видання органами управління об'єднання або уповноваженими ними на це особами будь-яких розпорядчих, рекомендаційних, інструктивних документів (розпоряджень, інструкцій, листів тощо), які передбачають узгоджену конкурентну поведінку учасників об'єднання» [5, с.220].

Проте таке тлумачення є обмеженим, оскільки «видання [...] будь-яких розпорядчих, рекомендаційних, інструктивних документів» не вичерпує всіх можливих способів прийняття рішень, як це впливає зі змісту термінологічного словосполучення «будь-яка форма» в ч.1 ст. 5 Закону. На нашу думку «прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі» варто розуміти як об'єктивне волевиявлення учасників об'єднання узгодити свою поведінку. Закріплення або фіксування такого волевиявлення є правовим доказом існування цієї форми узгоджених дій, а не їх передумовою.

Яскравим прикладом подібних узгоджених дій є справа асоціації "Меблідеревпром", коли на черговому зібранні асоціації було прийнято рішення завчасно розподілити між учасниками лоти щоквартального аукціону з продажу деревини з метою уникнення торгу та підвищення встановлених державою стартових цін [33, с.150-153].

3) узгоджена поведінка суб'єктів господарювання. Термінологічне сполучення «будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання» розкриває іншу взаємодію суб'єктів господарювання, ніж укладання угоди або прийняття рішення об'єднанням суб'єктів господарювання. В законодавстві ЄС узгоджена конкурентна поведінка має назву "узгоджена практика" і розуміється Європейським Судом як «форма координації між суб'єктами господарювання, які, не досягаючи стадії складання формальної угоди (договору) в правовому розумінні, свідомо замінюють ризики, пов'язані з конкуренцією, практичним співробітництвом між собою» [22, с.137-138].

В. Кіп Віскузі зазначає, що «основне питання, полягає в тому, чи можна на підставі такого паралелізму робити висновок про існування змови» [28, с.183]. Одностороннє наслідування конкурентної поведінки суб'єкта господарювання, зазвичай, не може визначатися як узгоджена поведінка. Вищий господарський суд України у своїй постанові від 19 жовтня 2010 р. №16/25/10 з цього питання наводить переконливий аргумент того, що «схожість має бути саме результатом узгодженості конкурентної поведінки, а не проявом специфіки відповідного товарного ринку (яка, зокрема, може полягати в односторонньому відтворенні суб'єктом господарювання поведінки свого конкурента)» [69].

Детальніше питання узгодженої поведінки та її доказування будуть розглянуті разом з антиконкурентними узгодженими діями.

4) створення суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки. Для прикладу таких узгоджених дій Р. Познер наводить «універсальне агентство з продажів», яке покликане сприяти «підвищенню стійкості і міцності» узгоджених дій [66, с.379]. Універсальне агентство з продажів – це суб'єкт господарювання, який уніфікує умови продажу товарів інших суб'єктів господарювання. Сенс створення такого суб'єкта господарювання полягає в можливості здійснювати ефективний контроль за ціновою та неціновою конкуренцією між учасниками узгоджених дій.

Створення суб'єкта господарювання вважатиметься узгодженими діями, якщо «метою чи внаслідок створення якого здійснюється координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання» (п. 1 ч. 3 ст. 22 Закону).

Важливо відмітити, що така форма узгоджених дій передбачає саме «створення» суб'єкта господарювання, який здійснює координацію узгодженої поведінки. З огляду на можливість залучення вже існуючих суб'єктів господарювання для виконання подібних функцій вважаємо за потрібне доповнити п. 2 ч. 1 ст. 5 Закону, а саме після слів «створення» додати слово «(уповноваження)» у відповідних відмінках і викласти в такій редакції: «Узгодженими діями є також створення *(уповноваження)* суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення *(уповноваження)* якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили *(уповноважили)* зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним *(уповноваженим)* суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання» [135, с.55].

5) створення або вступ до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки. Так само як і для попередньої форми узгоджених дій створення або вступ до об'єднання учасників узгоджених дій сприяє зміцненню їхніх зв'язків між собою. Зумовлена така потреба тим, що узгоджені дії (особливо антиконкурентні) характеризуються певною нестійкістю та нестабільністю. Найкращий спосіб максимізувати свої прибутки, аніж здійснити змову з конкурентами, це можливість здійснити змову з конкурентами і діяти всупереч досягнутим домовленостям (наприклад, недотримання встановлених цін тощо), що призводить до неефективності штучно створеного монопольного утворення або його розпаду.

Особливістю об'єднання, яке створюється або до якого здійснюється вступ є те, що головне або визначальне призначення такого об'єднання повинно полягати в тому, щоб здійснювати координацію конкурентної поведінки. Для доведення

існування такої форми узгоджених дій недостатньо лише економічних (непрямих) доказів, необхідно щоб мета створення або існування такого об'єднання підтверджувалася саме правовими (прямими) доказами.

Отже, з огляду на законодавство про захист економічної конкуренції, до форм узгоджених дій необхідно віднести: 1) укладання угод; 2) прийняття рішення об'єднанням; 3) узгоджену поведінку; 4) створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки; 5) створення (уповноваження) або вступ до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки.

Таким чином законодавство про захист економічної конкуренції у визначенні узгоджених дій перелічує їх форми, не розкриваючи змісту поняття узгоджених дій. Розглянемо підходи вчених до визначення поняття узгоджених дій.

Т.Г. Удалов визначає, що «із загальної точки зору, узгоджені дії — це волевиявлення суб'єкта господарювання, змістом якого є намір вчинити ті чи інші дії: продати чи купити товар, виконати роботу, створити нову юридичну особу, укласти угоду та ін. Самі по собі узгоджені дії є невід'ємним елементом господарських відносин і функціонування ринкової економіки. Їх вчинення є необхідною передумовою діяльності суб'єктів господарювання на ринку» [122, с.219-220]. Тим не менш, цитований автор не враховує, що узгоджені дії охоплюють також бездіяльність суб'єктів господарювання.

На думку А.І. Медведєва «узгоджені дії - це домовленості суб'єктів господарювання про певну ринкову поведінку, які можуть вилитися у встановлення однакових цін, територіальний чи товарний поділ ринку» [5, с.219]. Головний недолік даного визначення полягає в наслідках узгоджених дій, які передбачає автор, оскільки вони більше стосуються наслідків обмеження (усунення, недопущення) конкуренції. С.С. Валітов щодо цього зазначає, що «на відміну від антиконкурентних узгоджених дій узгоджені дії направлені на підвищення ефективності виробництва і не повинні призводити до недопущення, усунення або обмеження конкуренції» [22, с.138]. Вважаємо також, що визначати

узгоджені дії як «домовленості суб'єктів господарювання про певну ринкову поведінку» не досить вірно, адже узгоджена поведінка здійснюється без домовленостей.

А.Г. Герасименко в контексті загальнішої проблематики концентрації суб'єктів господарювання розглядає узгоджені дії як «механізм реалізації концентрації, що передбачає дотримання її учасниками єдиної стратегії конкурентної поведінки за умов відсутності формальних ознак їх об'єднання» [32, с.192]. Проте такий підхід до визначення узгоджених дій не є переконливим, оскільки концентрація суб'єктів господарювання зазвичай здійснюється як альтернатива узгодженим діям, а не навпаки.

З визначень вчених можна зробити висновок про те, що їхні погляди загалом різняться в змісті та наслідках здійснення узгоджених дій. На противагу поглядам інших вчених, саме Т.Г. Удалов розглядає узгоджені дії найбільш широко, хоча і не акцентує уваги на наслідках узгоджених дій.

Учасники узгоджених дій повинні мати взаємний економічний інтерес у здійсненні певних узгоджених дій. Пропорційність такої взаємовигідності може і не дотримуватися, але певна мета або наслідки узгоджених дій повинні відповідати очікуванням кожного з учасників. Взаємовигідність, як характерна ознака, відрізняє антиконкурентні узгоджені дії від інших порушень конкурентного законодавства.

Волевиявлення учасників узгоджених дій дістає свою об'єктивізацію через певні дії або бездіяльність, які і є узгодженими діями в розумінні законодавства. Оскільки узгоджені дії регулюються законодавством про захист економічної конкуренції, то логічним буде висновок, що наслідки здійснення узгоджених дій проявляються саме у впливі на конкуренцію. Відтак є прямий послідовний зв'язок між волевиявленням учасників узгоджених дій та впливом узгоджених дій на конкуренцію.

Узагальнюючи викладене, зазначимо такі ознаки узгоджених дій: 1) наявність волевиявлення двох та більше учасників; 2) взаємна вигідність

узгоджених дій для учасників; 3) вплив на конкуренцію (ефективний перерозподіл ресурсів).

Керуючись цими ознаками, пропонуємо визначити таке правове поняття узгоджених дій: *Узгоджені дії – це спільне взаємовигідне волевиявлення суб'єктів господарювання (об'єднання або його учасників, інших осіб), яке впливає на конкуренцію.*

Наведене визначення поняття узгоджених дій найбільше відображає дійсну сутність узгоджених дій. Узгоджені дії можуть впливати на конкуренцію позитивно або негативно. Негативний вплив на конкуренцію є характерним саме для антиконкурентних узгоджених дій.

Сам термін "антиконкурентний" складається зі слова "конкурентний", яке є похідним від "конкуренції", та префіксу "анти". Щодо останнього, то його змістовна наповненість розкривається через слова «протилежний, ворожий чому-небудь, проти» [60, с.34].

Термін "конкуренція" в ст. 1 Закону визначений як «змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку».

Розуміючи конкуренцію як «змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання...» необхідно зважати на те, що таке розуміння втілює в собі економічний утилітаризм, а відтак і раціоналізм характерний для правового позитивізму [38, с.8-10]. Глумачення конкуренції тільки в межах правового позитивізму є обмеженим, адже визначенню підлягає саме зміст поняття конкуренції, а не його сутнісні характеристики.

Якщо розглядати конкуренцію як «змагання між суб'єктами господарювання» не обмежуючись правовим позитивізмом, то виникає три основних питання: 1) чому суб'єкти господарювання повинні змагатися; 2) чи є це

правовим обов'язком; 3) чи свідчитиме відсутність змагання про відсутність конкуренції. З першого питання відповідь однозначна – тому що цього вимагає ринкова економіка та економічна політика держави. Друге питання вже потребує детальнішого аналізу, оскільки правовий обов'язок, він же обов'язок юридичний, тлумачиться в "Юридичній енциклопедії" за редакцією академіка Ю.С. Шемшученка як «встановлена законодавством та забезпечена державою міра необхідної поведінки зобов'язаного суб'єкта» [154, с.226]. Дійсно, про змагання суб'єктів господарювання можна говорити як про «забезпечену державою міру необхідної поведінки». Навіть ставлячи під сумнів чи є суб'єкти господарювання «зобов'язаними суб'єктами», то доречно звернути увагу, що саме держава надає їм властивий для них статус та забезпечує їхню діяльність (адміністративними та економічними методами) і певні обов'язки перед державою у суб'єктів господарювання завжди присутні. Однак, про встановлення законодавством обов'язку суб'єктів господарювання "змагатися" говорити вкрай складно (навіть в межах правового позитивізму). Серед всього масиву законодавства про захист економічної конкуренції прямий взаємозв'язок держави та змагання суб'єктів господарювання розкриває саме ГК України, який в ч. 1 ст. 18 визначає, що «держава [...] сприяє розвитку змагальності у сфері господарювання». З природно-правової точки зору говорити про те, що держава зобов'язує суб'єктів господарювання змагатися також є неможливим, оскільки держава може лише створити умови для такого змагання і не більше. Тому вважати, що змагання суб'єктів господарювання є правовим обов'язком помилково, а відтак відповідь на друге питання – ні.

Третє питання найскладніше. Необхідно спочатку визначитись за яких умов існує конкуренція. Професори Н. Менк'ю та М. Тейлор узагальнюють уявлення про конкуренцію за допомогою наступних характеристик: «конкуренція існує, коли на ринку представлені більш ніж одна фірма, які пропонують однакові або схожі товари; конкуренція може також проявлятися в наявності взаємозамінних товарів; чим вища ступінь взаємозамінності, тим більший рівень конкуренції;

фірми можуть впливати на рівень конкуренції через розвиток відносин зі споживачами тощо» [59, с.266].

З огляду на викладене, такої передумови для існування конкуренції як змагання між суб'єктами господарювання немає. Хоча й в останньому пункті передбачено, що суб'єкти господарювання «можуть впливати на рівень конкуренції...», але головне для відповіді на поставлене питання підкреслити тут слова «рівень конкуренції», а не факт існування конкуренції в цілому.

Проблема полягає в тому, що з економічної точки зору змагання суб'єктів господарювання не є обов'язковою умовою існування конкуренції, але ще більшою помилкою можна назвати саме звуження поняття конкуренції до змагання суб'єктів господарювання.

«При такому підході, - звертає увагу О.В. Безух, - змагальність або змагання є самоціллю, яка не може бути інтересом суб'єктів ринкових відносин. [...] Відомо, що змагальність також була одним із принципів організації соціалістичного змагання в радянські часи, але це не захистило економіку від розвалу» [14, с.24].

Про наслідки розуміння конкуренції як змагання (суперництва) «указує неабияка кількість економічних помилок, що їх припускаються суди, розглядаючи антитрестівські справи», зазначає Р. Познер, а судді подекуди «вважають, що конкуренція означає суперництво, тоді як для економістів вона означає лишень такий розподіл ресурсів, котрий виникає, коли монополія не спотворює ціни» [66, с.383]. Р. Познер робить висновок, що «конкуренція як ефективний перерозподіл ресурсів – це не те саме, що суперництво» або змагання [66, с.388].

У цьому контексті доцільно згадати проблематику визначення предмету економічної науки в цілому. Відомий дослідник права та моралі Л. Фуллер звертає увагу, що «тут виявляються два загальних погляди. Перший полягає в тому, що економіка має справу з відносинами обміну. Згідно з другим, суть економіки полягає в принципі граничної корисності - принципі, за яким ми найефективніше розміщуємо наявні у нас ресурси, аби досягти будь-яких поставлених перед собою цілей» [124, с.23]. Однак, саме перший підхід істинний,

адже «ця наука займається виключно способами й не уповноважена займатися цілями» [124, с.23].

Коли мова йде про конкуренцію, то доцільніше говорити про протилежний підхід, ніж той, за яким визначено предмет економічної науки. Це зумовлено тим, що конкуренція є якісним мірилом мікроекономічних процесів. Нас не цікавить як конкурувати, тобто змагатися або суперничати, розвивати відносини зі споживачами чи досягати переваг над іншими суб'єктами господарювання тощо. Дійсно важливим уявляється розуміння цілей конкуренції, а не способів її досягнення. Відомий дослідник правового регулювання конкуренції Х. Ховенкамп влучно зазначає, що «керуючим принципом сучасного конкурентного права є те, що конкуренція в основному бажана для досягнення економічної ефективності, хоча досить часто формуються інші більш "популістські" цілі» [178, с.1-5,1-6].

Конкуренція націлена на ефективний перерозподіл ресурсів і має наслідком реалізацію принципу граничної корисності. Таке розуміння конкуренції позбавлене економічного утилітаризму та більшою мірою відображає сутність конкуренції як економічної категорії. Оскільки законодавство про захист економічної конкуренції є одним з інструментів впливу на конкуренцію, правильне розуміння цілей конкуренції є вкрай важливим для правозастосування.

Відповідь на третє питання можна викласти таким чином: змагання властиве для конкуренції, але воно не вичерпує собою її змісту. Відсутність змагання між суб'єктами господарювання ще не свідчить про відсутність конкуренції. Законодавче трактування конкуренції звернене в першу чергу до суб'єктів господарювання, які здійснюючи господарську діяльність на засадах змагальності та уникнення одностороннього визначення обороту товару на ринку зможуть мінімізувати ризики вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції. Необхідно розмежовувати правовий підхід до виявлення конкуренції та економічний підхід до розуміння конкуренції [135, с.58]. Економічне та правове визначення поняття конкуренції співвідносяться між собою як зміст (ефективний перерозподіл ресурсів) та форма (змагання).

Повертаючись до визначення "антиконкурентних дій", необхідно зупинитися на поглядах вчених з цього питання.

І.І. Дахно описуючи поняття антиконкурентних дій відносить до них «великий арсенал методів ведення господарської діяльності, що незаконно застосовуються однією фірмою чи групою фірм» та спрямовані на «обмеження міжфірмової конкуренції з метою підтримання і збільшення своєї частки ринку чи зміцнення становища на ньому або зростання прибутку, не спираючись на пропозицію товарів чи послуг підвищеної якості чи на більш вигідних для покупців умовах» [37, с.13]. З огляду на законодавство про захист економічної конкуренції України, таке розуміння антиконкурентних дій охоплює перш за все зловживання монопольним (домінуючим) становищем та антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання.

Дефініцію антиконкурентних дій, надає О.С. Каштанов, «як дій, що вчиняються суб'єктами господарювання або органами влади, місцевого самоврядування, адміністративно-господарського управління та контролю, суперечать законодавству про захист економічної конкуренції та завдають шкоди відносинам конкуренції у вигляді недопущення, обмеження, усунення або спотворення конкуренції» [47, с.3-4]. В цьому визначенні зловживання монопольним (домінуючим) становищем не включається до складу антиконкурентних дій. Можемо припустити, що позиція цитованого автора зумовлена відсутністю економіко-правових підстав для визнання кожного зловживання суб'єктів господарювання своїм монопольним (домінуючим) становищем, які передбачені в ч. 2 ст. 13 Закону, такими, що мають антиконкурентну спрямованість або наслідки.

Антиконкурентні дії є двоскладовим поняттям, яке характеризує направленість дій, бездіяльності суб'єктів господарювання або суб'єкта організаційно-господарських повноважень на обмеження (усунення, недопущення) конкуренції. Проте антиконкурентні дії не є окремим порушенням законодавства про захист економічної конкуренції. Це поняття втілює в собі два види порушень законодавства про захист економічної конкуренції

«антиконкурентні дії органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю» та «антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання».

В контексті нашого дослідження детальному аналізу підлягатиме саме останній вид порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Як зазначає Н.О. Саніахметова, антиконкурентні узгоджені дії «приводять до дискримінації конкурентів і споживачів і створюють небезпеку для ефективного функціонування ринкових відносин» [111, с.10]. С.С. Валітов акцентує увагу на тому, що «суспільство може втратити переваги, що породжуються конкуренцією, якщо дозволить суб'єктам ринку діяти узгоджено чи об'єднати свою ринкову владу» [24, с.15].

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону: «Антиконкурентними узгодженими діями є узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції».

Визначення антиконкурентних узгоджених дій, згідно Закону, є похідним від визначення узгоджених дій і включає його в себе, але ставить за умову обов'язкову наявність наслідків у вигляді «недопущення, усунення чи обмеження конкуренції», які можуть бути потенційними або реальними.

В аспекті наслідків вчинення вищезазначеного порушення законодавства про захист економічної конкуренції не можна погодитись з О.С. Каштановим, який визначає антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання як «узгоджені дії, що призвели або можуть призвести до недопущення, обмеження або усунення вільної конкуренції на ринку і викликають негативні наслідки як для конкурентів (дійсних і потенційних), так і для споживачів» [47, с.4].

Необхідно розрізняти наслідки антиконкурентних узгоджених дій у вигляді обмеження (усунення, недопущення) конкуренції та наслідки самого обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, які можна охарактеризувати як «негативні [...] для конкурентів (дійсних і потенційних), так і для споживачів». Це питання є важливим з огляду на те, що до наслідків антиконкурентних узгоджених дій

застосовується правова кваліфікація, а до наслідків обмеження (усунення, недопущення) конкуренції економічний аналіз.

С.С. Валітов розкриває наслідки антиконкурентних узгоджених дій таким чином: «Недопущення конкуренції передбачає створення такої ситуації, коли підвищуються бар'єри входження на ринок потенційних конкурентів або створюються умови, відповідно до яких суб'єкти господарювання, що працюють на одному ринку з об'єктивних причин, не конкурують. У цьому випадку недопущення конкуренції може мати місце на тому ринку, на якому конкуренції не було. Під усуненням конкуренції необхідно розуміти повне або суттєве припинення змагальності між конкурентами, внаслідок чого покупці (продавці) позбавляються можливості вибирати між продавцями (покупцями). Обмеження конкуренції відбувається у разі зменшення впливу визначених для конкуренції чинників, внаслідок виникнення або посилення у відповідних суб'єктів господарювання ринкової влади, яке характеризується у кожному конкретному випадку відповідними якісними і кількісними показниками» [23, с.95-96].

Для правової кваліфікації наслідків антиконкурентних узгоджених дій такий підхід до їх визначення є виправданим. Однак, не менш важливе значення відіграє мета учасників антиконкурентних узгоджених дій, яка також підлягає встановленню та оцінці.

Форми здійснення антиконкурентних узгоджених дій відповідають формам здійснення узгоджених дій. Проте в ч. 3 ст. 6 Закону міститься положення такого змісту: «Антиконкурентними узгодженими діями вважається також вчинення суб'єктами господарювання схожих дій (бездіяльності) на ринку товару, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції у разі, якщо аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності)». Зазначена норма не встановлює додаткових форм здійснення антиконкурентних узгоджених дій, а являє собою звуження стандарту доказування вчинення антиконкурентних узгоджених дій до «суто економічного критерію оцінки» [50, с.33].

С.С. Валітов підкреслює, що ця «норма прямо передбачає можливість використання органами Комітету при доведенні антиконкурентних узгоджених дій непрямих доказів у вигляді економічного аналізу ситуації на ринку, а встановлення законом презумпції узгодженості схожих між собою дій (бездіяльності) суб'єктів господарювання, якщо відсутні об'єктивні причини їх здійснення, дозволяє оцінювати антиконкурентність (протиправність) дій окремих суб'єктів господарювання за їх зовнішніми проявами, застосовуючи для цього метод непрямих доказів та метод доведення від зворотного під час розслідування антиконкурентних узгоджених дій і захисту рішень органів Антимонопольного комітету у суді» [24, с.16].

Суди господарської юрисдикції до цієї законодавчої норми ставляться з певною обережністю, зокрема, Пленум ВГСУ в п. 8.3 своєї постанови від 26.12.2011 р. №15 зазначає наступне: «Ознаки схожості в діях (бездіяльності) суб'єктів господарювання не є єдиним достатнім доказом наявності попередньої змови (антиконкурентних узгоджених дій). [...] При цьому схожість має бути саме результатом узгодженості конкурентної поведінки, а не виявлятися у простому співпадінні дій суб'єктів господарювання, зумовленим специфікою відповідного товарного ринку. [...] саме орган Антимонопольного комітету України має довести безпідставність посилення заінтересованої особи на інші чинники, що можуть позначатися на поведінці суб'єкта господарювання (зокрема, на специфіку відповідного товарного ринку; тривалість та вартість зберігання товару; час та вартість доставки; витрати на реалізацію товару тощо). На відповідний орган покладається обов'язок не лише доведення однотипної і одночасної (синхронної) поведінки суб'єктів господарювання на ринку, а й установлення шляхом економічного аналізу ринку (в тому числі, за необхідності, шляхом залучення спеціалістів та експертів) відсутності інших, крім попередньої змови, чинників (пояснень) паралельної поведінки таких суб'єктів господарювання» [72].

Така позиція Пленуму Вищого господарського суду України є більш ніж переконливою, адже відсутність пояснень паралельної поведінки, чинники схожої

поведінки та одностороннього відтворення поведінки суб'єктів господарювання також повинні досліджуватися АМКУ.

Антиконкурентні узгоджені дії вважаються забороненими, а узгоджені дії дозволені, якщо вони не призводять до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Здавалось би, фактично, йде розмежування на "чорне та біле", але це не так. За певних умов наслідки антиконкурентних узгоджених дій у вигляді обмеження (усунення, недопущення) конкуренції не співмірні з тими вигодами, які одержують споживачі. Такі випадки можливі при зниженні ціни, покращенні якості певного товару чи збільшенню обсягу його виробництва. Цілі конкуренції залишаються дотриманими за відсутності змагальності.

З огляду на викладене, видається можливим виокремити "сірі" узгоджені дії, тобто такі, що призводять до наслідків антиконкурентних узгоджених дій у вигляді обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, яке не завдає шкоди споживачам або взагалі сприяє ефективному задоволенню їхніх потреб.

О.С. Каштанов обгрунтовує, що «у Законі передбачені групові та індивідуальні винятки для узгоджених дій. Винятки із заборони (*на вчинення антиконкурентних узгоджених дій – О. Х.*), що передбачені в ст.ст. 7-9 Закону, можна вважати груповими винятками, оскільки вони стосуються не однієї узгодженої дії, а деяких категорій узгоджених дій суб'єктів господарювання, визначених у Законі. Індивідуальні винятки, можливість яких передбачена в ст. 10 Закону, установлюються щодо кожної конкретної узгодженої дії» [47, с.9].

Основна відмінність індивідуальних винятків та групових винятків полягає у тому, що індивідуальні винятки повинні застосовуватися до заборонених узгоджених дій через дозвільну (декларативну) процедуру, а групові винятки застосовуються учасниками узгоджених дій самостійно (без звернення до уповноважених органів). Спільним для них є те, що такі правові механізми є винятками з заборони вчинення антиконкурентних узгоджених дій, адже учасники таких узгоджених дій звільняються від відповідальності за їх вчинення (у разі дотримання умов, які висуваються такими винятками).

Групові винятки із заборони вчинення антиконкурентних узгоджених дій відповідно до національного законодавства про захист економічної конкуренції стосуються спільного придбання товарів малими або середніми підприємцями, постачання та використання товарів у вертикальних відносинах, розпорядження правами інтелектуальної власності з дозволеними законом обмеженнями. В конкурентному праві Європейського Союзу такі групові винятки мають назву «блокові виключення» (block exemption) та встановлюються на рівні регламентів у відповідності до ст. 103 Договору про функціонування Європейського Союзу [113, с.18,160].

З приводу індивідуальних винятків І.Ф. Коломієць та С.Л. Оленюк вказують, що «такі дії суб'єкти господарювання мають право вчиняти лише у випадку отримання попереднього дозволу органів Антимонопольного комітету України та за умови настання позитивних наслідків, що перелічені у статті 10 Закону» [50, с.33]. Не можна погодитися з тим, що умовою отримання дозволу на такі дії є «настання позитивних наслідків, що перелічені у статті 10 Закону». В ст. 10 Закону передбачено, що ці дії повинні саме «сприяти», а не призводити до: вдосконалення виробництва, придбання або реалізації товару; техніко-технологічного, економічного розвитку; розвитку малих або середніх підприємств; оптимізації експорту чи імпорту товарів; розроблення та застосування уніфікованих технічних умов або стандартів на товари; раціоналізації виробництва. Тому настання наслідків, навіть потенційних, не є умовою застосування індивідуальних винятків до антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання.

Також доречно обумовити групові винятки на основі «типових вимог до певних видів узгоджених дій, встановлених Антимонопольним комітетом України» відповідно до ст. 11 Закону. Такі групові винятки зазвичай визначають "безпечну гавань", тобто встановлені Антимонопольним комітетом України межі ринкової влади в яких суб'єкти господарювання можуть здійснювати антиконкурентні узгоджені дії. Наприклад, якщо сукупна частка на ринку товару всіх суб'єктів господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій,

на будь-якому задіяному ринку товару не досягає 5 відсотків такі узгоджені дії дозволяються і не потребують одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України. Однак, якщо узгоджені дії здійснюються в формі створення суб'єкта господарювання, який здійснює координацію узгодженої поведінки або в формі створення об'єднання з тією ж ціллю, то висуваються додаткові вимоги щодо сукупної вартості активів учасників таких узгоджених дій. До того ж, стосовно наведеного прикладу, існують додаткові вимоги щодо направленості узгоджених дій в горизонтальних та змішаних узгоджених діях, а також майбутньої сукупної частки на ринку учасників таких узгоджених дій [93].

Не дивлячись на назви відповідних статей Закону, які передбачають описані винятки, необхідно обумовити, що нормами українського законодавства формально дозволяється вчинення саме "антиконкурентних узгоджених дій". Проте, як ми вже зазначали, не дивлячись на обмеження (усунення, недопущення) змагальності, цілі конкуренції залишаються дотриманими, адже відбувається ефективний перерозподіл ресурсів, що має наслідком реалізацію принципу граничної корисності. Тому дозволені "антиконкурентні узгоджені дії" втрачають свою антиконкурентну спрямованість, що дозволяє говорити про здійснення суб'єктами господарювання саме "узгоджених дій" [135, с.61,62].

Європейська Комісія дотримується подібного підходу, визначаючи, що «ч. 1 ст. 101 ДФЄС забороняє угоди, які суттєво обмежують або спотворюють конкуренцію, а ч. 3 ст. 101 ДФЄС звільняє ті угоди, які надають достатні переваги для переважання антиконкурентних наслідків» [166, с.3].

Узгоджені дії суб'єктів господарювання є невід'ємною складовою господарської діяльності, оскільки економічна взаємодія є першоосновою відносин суб'єктів господарювання. Тим не менш, деякі узгоджені дії є антиконкурентними через мету їх вчинення або наслідки. Такі антиконкурентні узгоджені дії є забороненими, крім випадків, якщо вони підпадають під груповий виняток або отримали індивідуальне звільнення. Система індивідуальних винятків (звільнень) відсутня в конкурентному праві ЄС. Суб'єкти господарювання самостійно оцінюють наслідки здійснення певних узгоджених дій для

внутрішнього ринку ЄС. Такий підхід необхідно перенести в законодавство про захист економічної конкуренції України шляхом скасування дозвільної процедури на узгоджені дії, адже система індивідуальних винятків вже давно не відповідає потребам суб'єктів господарювання.

## **1.2. Розпорядження правами інтелектуальної власності та конкурентно-правова політика**

Об'єкти інтелектуальної власності – це об'єкти нематеріальної форми, які створені творчою або іншою діяльністю людини, можуть втілюватися в певній матеріальній формі та мають потенційну цінність для творця або інших осіб. Об'єкти інтелектуальної власності характеризуються значною різноманітністю, а тому вважаємо за неможливе встановити їх вичерпний перелік, що, в свою чергу, не перешкоджає можливості їх класифікації. Традиційно їх поділяють на об'єкти авторського права і суміжних прав, а також на об'єкти промислової власності [43, с.28]. Більш практичний поділ передбачає чотири групи об'єктів інтелектуальної власності: об'єкти авторського права і суміжних прав; об'єкти патентного права; засоби індивідуалізації; нетрадиційні об'єкти [77, с.39]. Кожна з цих груп може використовуватися суб'єктами господарювання в процесі здійснення їхньої діяльності.

В сфері господарювання об'єкти інтелектуальної власності можуть виступати у двох вимірах. По-перше, це технологічні рішення, дизайнерські форми, вирізняльні позначення, результати творчої діяльності та інші об'єкти, які допомагають здійснювати господарську діяльність. По-друге, це те, що створення, удосконалення та переробка об'єктів інтелектуальної власності може виступати саме видом господарської діяльності, яка здійснюється відповідним суб'єктом господарювання [134, с.107].

Досить поширеною залишається думка про те, що у сфері господарювання використовуються саме об'єкти промислової власності, які характеризуються наявністю територіального принципу, необхідністю реєстрації (фіксації), а також одержанням охоронного документа (документальним оформленням). З цього

питання В.С. Дроб'язко та Р.В. Дроб'язко зазначають, що «інтелектуальну власність слід відрізнити від промислової, яка, будучи складовою першої, характеризується тим, що її об'єкти знаходять застосування у виробничій діяльності (винаходи, промислові зразки)» [44, с.15]. Проте зазначене не повинно сприйматися як недопустимість використання об'єктів авторського права та суміжних прав у господарській діяльності, оскільки такі твердження не відповідають сучасній концепції господарювання. На підтвердження того, що сфера господарювання не обмежується лише використанням об'єктів промислової власності, відзначимо, що глава 16 ГК України має назву «Використання у господарській діяльності прав інтелектуальної власності» [34].

Кожен суб'єкт господарювання використовує у своїй діяльності об'єкти інтелектуальної власності, проте не кожен здійснює їх виробництво. Варто при цьому розуміти, що виробництво об'єктів інтелектуальної власності не є прерогативою лише інноваційних підприємств. Це стосується також фармакологічних підприємств, представників медіа бізнесу, видавництв, дизайнерських, інжинірингових, проєктувальних компаній та будь-яких інших суб'єктів господарювання.

В.Д. Базилевич зазначає, що «характерною ознакою функціонування сучасних розвинених економік є дієвий ринок об'єктів інтелектуальної власності, через який продукти творчої розумової праці вводяться в господарський обіг» [10, с.212]. Введення об'єктів інтелектуальної власності в господарський обіг з метою одержання прибутку, а також подальші дії з тією ж метою, називаються "комерціалізацією". П.М. Цибульов звертає увагу, що тільки на етапі комерціалізації «компенсуються попередні витрати (на створення і реєстрацію об'єктів інтелектуальної власності – О.Х.), а також одержується прибуток - власне те, для чого в більшості випадків вони створюються» [123, с.79]. Можна виділити такі форми комерціалізації: використання об'єкта інтелектуальної власності у власному виробництві; передача права власності на об'єкт інтелектуальної власності; надання права на використання (ліцензії); внесення

прав на об'єкт інтелектуальної власності в статутний капітал підприємства; лізинг; комерційна концесія (франчайзинг) [147, с.124].

Останні чотири з названих форм комерціалізації можна охопити узагальнюючим законодавчим терміном «розпорядження правами інтелектуальної власності». Хоча необхідно зважати на те, що відносини щодо внесення прав на об'єкт інтелектуальної власності в статутний капітал підприємств, лізингу об'єктів інтелектуальної власності та комерційної концесії (франчайзингу) частково виходять за межі розпорядження правами інтелектуальної власності як правового інституту.

В законодавстві зустрічаються два терміни "розпорядження" та "розпорядження". Різниця між ними полягає в тому, що термін "розпорядження" характеризує безпосередньо волевиявлення уповноваженого суб'єкта, а терміном "розпорядження" зазвичай позначають правомочність власника по відчуженню належного йому об'єкта. В цьому дослідженні основна увага приділятиметься саме "розпорядженню" правами інтелектуальної власності.

Законодавство про розпорядження правами інтелектуальної власності складається з таких нормативно-правових актів:

1) Конституція України, яка в ст. 41 передбачає, що «кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності» [51].

2) Серед міжнародних договорів, які регулюють розпорядження правами інтелектуальної власності, можна виділити: Угоду про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 року [121], Паризьку конвенцію про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року [62], Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів від 24 липня 1971 року [18] тощо.

3) Основним законодавчим актом, який регулює розпорядження правами інтелектуальної власності є ЦК України (книга 4 та глави 75, 76). ГК України не містить спеціальних норм щодо регулювання цих відносин, окрім ч. 6 ст. 156, ч. 6 ст. 157, які передбачають можливість внесення прав на об'єкти патентного права і торговельні марки до статутного капіталу, та глави 36 "Використання у

підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів господарювання (комерційна концесія)".

4) До спеціальних законодавчих актів в цій сфері необхідно віднести: Закон України від 15.12.1993 р. "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі" [97], Закон України від 15.12.1993 р. "Про охорону прав на промислові зразки" [99], Закон України від 15.12.1993 р. "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" [98], Закон України від 23.12.1993 р. "Про авторське право і суміжні права" [80], Закон України від 05.11.1997 р. "Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем" [101], Закон України від 21.04.1993 р. "Про охорону прав на сорти рослин" [100], Закон України від 14.09.2006 р. "Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій" [82] та інші.

5) До підзаконних нормативно-правових, які регулюють процедурні аспекти розпоряджання правами інтелектуальної власності, можна віднести: Постанову КМУ від 27.12.2001 р. "Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір" [83], Наказ Міністерства освіти і науки України від 16.07.2001 р. "Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі)" [84], Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 р. "Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на промисловий зразок та видачу ліцензії на використання промислового зразка" [85], Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 р. "Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг" [86], Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 р. "Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на топографію інтегральної мікросхеми та видачу ліцензії на використання топографії інтегральної мікросхеми" [87] тощо.

Розпорядження правами інтелектуальної власності зазвичай здійснюється шляхом укладання договору, що відповідає формі здійснення узгоджених дій у вигляді укладення угоди. В країнах ЄС та США конкурентні відомства зазвичай досить критично ставляться до укладених між конкурентами ліцензійних договорів за якими обмежуються (усуваються, недопускаються) певні чинники, які сприяють конкуренції між такими суб'єктами господарювання. Договори про передачу права власності на об'єкти інтелектуальної власності цікавлять конкурентні відомства переважно при розгляді питань щодо концентрацій здійснених шляхом придбання активів. Особлива увага приділяється також договорам комерційної концесії (франчайзингу) в яких домінують організаційні, а не майнові елементи.

В ч. 1 ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" передбачено, що: «Положення статті 6 цього Закону не застосовуються до угод про передачу прав інтелектуальної власності або про використання об'єкта права інтелектуальної власності в тій частині, в якій вони обмежують у здійсненні господарської діяльності сторону угоди, якій передається право, якщо ці обмеження не виходять за межі законних прав суб'єкта права інтелектуальної власності» [95].

Термінологічне сполучення «угоди про передачу прав інтелектуальної власності або про використання об'єкта права інтелектуальної власності» не зустрічається в національному законодавстві про розпорядження правами інтелектуальної власності.

В.Л. Мусіяка та Н.Є. Єркіна роблять висновок, що «предметом розпорядження (*правами інтелектуальної власності – О.Х.*) можуть бути виключно майнові права. Найбільш поширеною формою опосередкування відносин щодо розпорядження майновими правами на результати інтелектуальної діяльності є договори» [145, с.548].

Визначення таких договорів дає В.М. Крижна як «групи договорів у сфері інтелектуальної власності, спрямованих на набуття, зміну або припинення майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності» [76, с.568].

В ч. 1 ст. 1107 ЦК України передбачені такі «види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності: 1) ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) ліцензійний договір; 3) договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; 4) договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; 5) інший договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності» [146].

З огляду на зміст ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції", існуючі договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності для цілей законодавства про захист економічної конкуренції розділено на дві групи, а саме договори про надання права використання об'єктів інтелектуальної власності та договори про передачу права власності на об'єкти інтелектуальної власності.

До останньої з названих груп, перш за все, віднесемо договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності (договір про передачу права власності на об'єкт інтелектуальної власності). Перша його назва передбачена ЦК України, а друга - спеціальним законодавством з питань охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Проблема цієї договірної конструкції тісно пов'язана з загальною проблемою, яка розглядається в теорії права інтелектуальної власності – відсутністю конкуренції в споживанні (*nonrivalrous*) [178, с.1-2]. Нематеріальний характер об'єктів інтелектуальної власності зумовлює безмежність їхнього споживання і з економічної точки зору вони є невиключними (за відсутності державного втручання). Виключність з економічної точки зору - це «властивість блага, яка полягає в тому, що індивіду можна перешкодити його використовувати, якщо він за це не сплатив» [59, с.221].

З правової точки зору, коли економічна виключність, що забезпечена державою, втілюється в правах, ці *виключні права* «надають власникам можливість здійснювати певні, визначені законом дії, які не можуть здійснити інші особи без згоди власника цих прав» [126, с.215].

«Сутнісною особливістю, - зазначає В.Д.Базилевич стосовно ринку інтелектуальної власності, - є те, що на ньому обертаються не продукти інтелектуальної власності, а права на них» [10, с.215]. Оскільки розпорядження об'єктами інтелектуальної власності здійснюється опосередковано за допомогою прав на такі об'єкти, то виключність об'єктів інтелектуальної власності втілюється у "виключних майнових правах на об'єкти інтелектуальної власності".

Спеціальне законодавство про охорону прав на об'єкти інтелектуальної власності передбачає три виключних майнових права на об'єкти інтелектуальної власності: використовувати, дозволяти використання, забороняти використання. ЦК України визначає лише два виключних майнових права: дозволяти використання та забороняти використання, а використання є звичайним майновим правом на об'єкти інтелектуальної власності (ст. 424 ЦК України) [146].

Щодо правильності першого або другого законодавчого підходу до визначення виключних майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності однозначної відповіді в теорії права інтелектуальної власності не знайдено. Звернемо увагу лише на те, що другий підхід є раціональним (через його утилітарність), а перший природним (оскільки заснований на принципі свободи), а також, що не для всіх об'єктів інтелектуальної власності законодавством можуть передбачатися виключні майнові права.

Особа, якій належать виключні майнові права на об'єкт інтелектуальної власності є його власником (правовласником). При передачі виключних майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності, особа, яка їх передає, втрачає всі права на об'єкт інтелектуальної власності.

Не можна погодитися з І.Ф.Коваль, яка до «передачі прав на об'єкти промислової власності у сфері господарювання» включає надання права використання об'єкта промислової власності за ліцензійним договором [49, с.13-14]. Хоча, в законодавстві також існують розбіжності з приводу використання термінів "передача" і "надання" щодо об'єктів інтелектуальної власності. Наприклад, Закон України «Про авторське право і суміжні права» в ст. 32 під назвою "Передача права на використання твору" встановлює, що «автору та іншій

особі, яка має авторське право, належить виключне право *надавати* (курсив наш – О.Х.) іншим особам дозвіл на використання твору».

Набувач прав на об'єкт інтелектуальної власності оформлює цю господарську операцію «актом введення в господарський оборот об'єкта права інтелектуальної власності у складі нематеріальних активів», а особа, яка передає права на об'єкт інтелектуальної власності – «актом вибуття (ліквідації) об'єкта права інтелектуальної власності у складі нематеріальних активів» [94].

Якщо мова йде про використання об'єктів інтелектуальної власності на договірних засадах, то доцільніше говорити про їх "надання". При наданні права використання об'єкта інтелектуальної власності, виключні майнові права (право власності) на цей об'єкт залишаються у особи, яка надає такі права.

Термінологічна визначеність в цьому питанні необхідна у зв'язку з тим, що сам термін "передача прав" характеризує вибуття прав на об'єкт інтелектуальної власності у власника і їх перехід до набувача.

Зазвичай, в сфері промислової власності, відносини з надання права використання об'єкта промислової власності регулюються сторонами шляхом укладання ліцензійного договору. В сфері авторського права і суміжних прав також можуть укладатися ліцензійні договори, але більш традиційними є договори про надання права на використання твору тощо.

Вважаємо, що тлумачити ліцензування в сфері інтелектуальної власності як «метод регулювання цивільно-правових відносин щодо об'єктів інтелектуальної власності» неправильно, адже метод регулювання цивільно-правових відносин є характерним для всієї галузі цивільного права, а не окремих його інститутів [153, с.513]. Ліцензування інтелектуальної власності в господарсько-правових відносинах необхідно відрізнити від ліцензування господарської діяльності. Якщо ліцензування інтелектуальної власності, що здійснюється на постійній основі, розглядається як вид господарської діяльності, то ліцензування господарської діяльності можна розглядати як передумову здійснення певного законодавчо визначеного виду діяльності.

Ліцензування у сфері інтелектуальної власності - це процес, «за якого власники прав на об'єкти авторського права чи промислової власності надають дозвіл на їх використання іншим особам в обмін на фіксований гонорар чи частку отриманого прибутку» [10, с.220].

Ліцензія – це дозвіл на використання об'єкта інтелектуальної власності. Ліцензійний договір – це домовленість про використання об'єкта інтелектуальної власності. В країнах континентальної системи права більш поширеним є регулювання відносин щодо використання об'єктів інтелектуальної власності за допомогою ліцензійних договорів, а в країнах загального права ці відносини регулюються шляхом видачі ліцензії. В ЦК України вміщено обидва підходи, але механізм реалізації відсутній насамперед в останнього.

В пошуках "золотої середини" можна говорити про те, що ліцензія є складовою частиною ліцензійного договору та інших договорів про надання права використання об'єктів інтелектуальної власності [68]. Однак, на сьогодні, ст. 1107 ЦК України відносить «ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності» до договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності [146]. Для цілей нашого дослідження, оскільки відповідних змін до законодавства ще не внесено, вважатимемо видачу ліцензії тотожною укладанню ліцензійного договору.

Відповідно до ч. 3 ст. 1108 ЦК України «ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути виключною, одиничною, невиключною, а також іншого виду, що не суперечить закону» [146]. Якщо поняття виключної і невиключної ліцензії вже давно знайомі спеціалістам в сфері інтелектуальної власності, то поняття одиничної ліцензії в українському законодавстві з'явилося саме з прийняттям ЦК України. За своїм змістом одинична ліцензія є проміжним видом між виключною та невиключною ліцензіями, що дозволяє говорити про неї як про змішану. І.І. Дахно наводить приклад, що конкурентні відомства США аналізують види ліцензій «не по формі, а по змісту» [36, с.170]. Такий підхід є вірним і його варто застосовувати в правозастосовчій діяльності АМКУ.

В.О. Бажанов пропонує також «інший поділ ліцензій залежно від їх характеру на наступні види: добровільна та примусова» [8, с.127]. Вважаємо, що названий критерій поділу не дає можливості визначити підстави для розмежування на види примусової та добровільної ліцензії. В даному випадку доречніше звертати увагу на підстави видачі ліцензій, які дозволяють вирізнити добровільну та примусову ліцензію. В США примусове ліцензування винаходів і торговельних марок «застосовується в рамках антитрестівського законодавства в якості відшкодування збитків» [35, с.43]. Такий механізм доцільно закріпити у в національному законодавстві, а саме в розділі VIII "Відповідальність за порушення законодавства про захист економічної конкуренції" Закону України "Про захист економічної конкуренції".

Форма будь-якого договору щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності визначена ч. 2 ст. 1107 ЦК України, яка прямо передбачає що він «укладається у письмовій формі». В разі недотримання цієї вимоги договір буде нікчемним.

Тим не менш, на сьогодні спостерігається зменшення кількості укладених договорів у традиційній паперовій формі. Більш поширеним стає електронний ліцензійний договір, який як і будь-який договір повинен відповідати вимогам законодавства. В абз. 2 ч. 1 ст. 207 ЦК України передбачено, що «правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку». ГК України також в ч. 1 ст. 181 передбачає, що «допускається укладення господарських договорів у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми та порядку укладення даного виду договорів». Таким чином, електронний договір відповідає договору вчиненому в письмовій формі.

З прийняттям Закону України від 03 вересня 2015 р. "Про електронну комерцію" відбулося суттєве вдосконалення законодавчого регулювання укладання електронних ліцензійних договорів. Зокрема, законом визначено

правовий статус сторін електронних правочинів та постачальника послуг проміжного характеру, особливості поширення комерційних повідомлень у сфері електронної комерції тощо. Однак закон не передбачає порядку врегулювання розбіжностей при укладанні електронних господарських договорів, в тому числі ліцензійних договорів між суб'єктами господарювання. В ч. 3 ст. 11 Закону України "Про електронну комерцію" необхідно передбачити, що за наявності заперечень щодо окремих умов договору врегулювання розбіжностей між сторонами електронних господарських договорів здійснюється в порядку, передбаченому Господарським кодексом України.

А.В. Чучковська зазначає, що «фактично господарський договір, вчинений через мережі електрозв'язку, – це традиційні, засновані на домовленості сторін зобов'язальні правовідносини між суб'єктами господарювання, змістом яких є взаємні права та обов'язки сторін у галузі господарської діяльності. Його специфіка стосується матеріального носія, на якому фіксується договір» [148, с.68]. Тому при укладанні між суб'єктами господарювання електронних договорів щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності застосовуються загальні правила укладення господарських договорів з урахуванням об'єктивної специфіки їх електронного вигляду. Наприклад, якщо сторони приймуть рішення здійснити державну реєстрацію такого договору, то доведеться його викласти в паперовій формі.

Серед основних причин, які слугують стимулом для ліцензування з боку ліцензіара, В.М. Брижко та інші виділяють наступні [21, с.11-12]: 1) недостатність власного виробництва за умов підвищеного попиту на конкретну продукцію або послугу (застосовуються невиключні або одиничні ліцензії); 2) наявність перепон для експорту (застосовується міжнародне ліцензування); 3) потреба в обміні об'єктами інтелектуальної власності та інформацією, яка супроводжує їх використання (застосовується перехресне ліцензування, угоди про співпрацю тощо); 4) низька ефективність виробництва ліцензіара (прибуток від одержаних ліцензійних платежів перевищує прибуток від власного виробництва); 5) бажання «прив'язати» до власної виробничої або науково-технічної бази ліцензіата (до

ліцензійного договору включаються умови щодо обов'язкового придбання сировини, машин, вузлів та агрегатів, нових розробок і технологій лише у ліцензіара).

Основні цілі, які досягаються ліцензіаром при ліцензуванні зводяться до: «одержання гарантованого прибутку; компенсація фінансових затрат на проведення НДДКР; захоплення частини ринку, обмеження конкурентів; перевірка або вдосконалення технології, побудова партнерських відносин для подальшої спільної діяльності; можливість направлення ресурсів в іншу сферу діяльності, в той же час не відмовляючись від вже розробленої технології; зменшення податкового навантаження завдяки уступці ліцензії; зменшення строків освоєння нової технології; сприяння об'єднанню технологічної і комерційної діяльності сторін» [21, с.13-14].

Досягнення заявлених цілей при ліцензуванні дозволяє отримати ряд конкурентних переваг для сторін ліцензійного договору. І це нормально, навіть бажано для конкуренції та зростання інновацій.

Професор Н. Менк'ю при розкритті взаємодії суб'єктів господарювання, виділяє принцип під назвою «торгівля на благо кожному» [58, с.35]. Суть цього принципу полягає в тому, що від торгівлі обидві сторони одержують необхідну їм вигоду. Тому вчений переконаний, що не повинно існувати будь-яких обмежень або кордонів для торгівлі. Права на об'єкти інтелектуальної власності також виступають як товар, хоча й зі своєю специфікою.

Ця специфіка проявляється в тому, як ми вже зазначали, що об'єкти інтелектуальної власності не мають конкуренції в споживанні. Від того, що музичний твір прослухає одна особа або мільйон осіб, музичного твору, як такого, не стане менше. Саме тому правоволоділець повинен мати законодавчо забезпечене право обмежити набувача (користувача) прав інтелектуальної власності у використанні, яке суперечитиме його волі.

На практиці такі обмеження стосуються території, обсягу виробленої продукції, ціни, якості тощо. Їх можна назвати приватними або договірними

обмеженнями, адже вони встановлюються за взаємною згодою сторонами ліцензійного договору.

Основним регулятором відносин розпоряджання правами інтелектуальної власності виступає ДСІВ. Зокрема, зазначене відомство згідно п. 3 ч. 4 Постанови КМУ від 19 листопада 2014 року №658 "Про затвердження Положення про Державну службу інтелектуальної власності України": «проводить реєстрацію договорів про передачу прав на об'єкти права інтелектуальної власності, що охороняються на території України, ліцензійних договорів» [89].

Повноваження ДСІВ щодо «договорів про передачу прав на об'єкти права інтелектуальної власності та ліцензійних договорів» зводяться лише до обов'язку державної реєстрації факту передачі прав на об'єкти інтелектуальної власності та реєстрації ліцензійних договорів, якщо вони відповідають встановленим законодавством формі і змісту.

Проте, як регулятор в сфері інтелектуальної власності, ДСІВ не має повноважень оцінювати наслідки виконання сторонами обмежувальних умов відповідних договорів (до того ж, якщо ліцензійний договір не подається на державну реєстрацію, то про його умови регулятору взагалі не відомо).

Наслідки, які виникають у зв'язку з виконанням обмежувальних умов договорів щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності можуть бути двох видів – позитивні та негативні. До позитивних можна віднести: спеціалізація та вдосконалення виробництва, розширення асортименту, збільшення каналів збуту тощо. Негативні – звуження ринку, прив'язування до виробничої бази, підвищення ціни на кінцеву продукцію, дискримінація споживачів, створення бар'єрів на вході до ринку тощо.

Описані види наслідків не є взаємовиключними, тобто ексклюзивна дистрибуція ліцензованої продукції може сприяти покращенню її збуту, але при цьому одночасно призводитиме до дискримінації споживачів або підвищення ціни.

Коли приватні відносини суб'єктів господарювання щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності завдають шкоди конкуренції, з'являється

інший регулятор, який має інші завдання та повноваження – Антимонопольний комітет України, який покликаний коригувати неспроможність ринку реалізуючи конкурентну політику.

Відповідно до ч. 1 ст. 10 ГК України одним з основних напрямів економічної політики, що визначається державою, є антимонопольно-конкурентна політика, яка «спрямована на створення оптимального конкурентного середовища діяльності суб'єктів господарювання, забезпечення їх взаємодії на умовах недопущення проявів дискримінації одних суб'єктів іншими, насамперед у сфері монопольного ціноутворення та за рахунок зниження якості продукції, послуг, сприяння зростанню ефективної соціально орієнтованої економіки» [34].

В "Концепції Загальнодержавної програми розвитку конкуренції на 2014-2024 роки", яка схвалена розпорядженням КМУ від 19 вересня 2012 року №690-р, серед основних причин низького рівня розвитку конкуренції вказується «недостатня узгодженість між антимонопольно-конкурентною та промисловою, інноваційною, інвестиційною, аграрною, зовнішньоекономічною, ціновою політикою і політикою захисту прав споживачів» [103].

Якщо конкурентна політика держави ставатиме на заваді розпоряджанню правами інтелектуальної власності, то це очевидно призведе до підвищення числа учасників визначеного товарного ринку, але й одночасно погіршить якість і зменшить кількість інновацій. Іншими словами, інтенсивна конкуренція з великою кількістю суб'єктів господарювання позбавляє стимулів до інновацій – основні ресурси будуть спрямовуватись на виробництво, а не на наукові розробки та дослідження. Ціна довгострокових розробок інноваційного продукту занадто велика, щоб не відчувати втрат у виробництві та продажі вже освоєної продукції (за таких умов тезаврація прибутку здійснюється для фінансування внутрішньо-інвестиційної діяльності, а не операційної) [130, с.313].

І.І. Дахно звертає увагу, що конкурентні відомства США «не вимагають, щоб правоволоділець інтелектуальної власності створював конкуренцію у своїй власній технології», тим не менш, вони «занепокоєні можливістю конкурентів

використовувати ліцензійні угоди для спрощення розподілів ринків, фіксування цін, а також впливання на ціни, кількість, якість і номенклатуру товарів та послуг» [36, с.168].

Як зазначає В. Кіп Віскузі, «результатом збільшення кількості конкурентів є позитивний вплив на *темпи* інновацій – це справедливо доти, доки число конкурентів не стане надто великим і не призведе до того, що інновації будуть абсолютно не вигідними» [28, с.140]. Фактично, збільшення кількості конкурентів призводить до надання переваги саме короткостроковим інноваціям, строк впровадження яких не перевищує одного чи двох років, але найбільш цінні та прогресивні інновації залишатимуться поза увагою з огляду на значний строк і вартість їх впровадження.

З іншої сторони, незначна конкуренція на ринку може призводити до встановлення ціни на товар вищої, ніж та яка була би за умов існування великої кількості конкурентів. Х. Ховенкамп та інші висловили справедливе припущення, що «теоретично сьогодні всі покупці готові краще сплатити монопольну ціну за iPod, ніж конкурентну ціну за восьмидоріжковий програвач». Однак, коли мова йде про ринкову монополію (один продавець), цитовані автори роблять висновок, що «існують вагомі економічні докази того, що конкуренція може призвести до більшого всплеску інновацій, аніж монополія» [178, с.1-13].

АМКУ повинен розмежовувати свою політику на ринках інноваційних товарів та ринках одноманітних товарів зі значною кількістю замінників. Можливість об'єднати свою ринкову владу суб'єктами господарювання, товари яких представлені на "інноваційних" ринках, може значно підвищити добробут споживачів. Звісно, зловживання такою можливістю призведе до прямо протилежних наслідків.

Отже, розпоряджання правами інтелектуальної власності є невід'ємною складовою діяльності суб'єктів господарювання, які представлені на інноваційних ринках. Надання права використання або передача права власності на об'єкт інтелектуальної власності не призводить до набуття суб'єктами господарювання ринкової влади, але значною мірою сприяє цьому.

### 1.3. Характеристика узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності

На території України можна виділити 3 етапи становлення та розвитку конкурентно-правового регулювання щодо використання прав інтелектуальної власності [140, с.130]:

1. Тотальна монополізація економіки в період існування СРСР. Монополії стають звичним явищем, єдине монопольне утворення – держава. Майнові права інтелектуальної власності не становили винятку з вищевказаного правила. Звісно, патент на винахід отримати можна було, проте, як зазначав О.А. Підпригора, «кількість патентів, що видаються радянським громадянам, рік у рік зменшується і становить буквально одиниці» [65, с.19]. Перший в цій сфері Закон СРСР "Про обмеження монополістичної діяльності в СРСР" від 10 липня 1991 року просто не мав змоги запрацювати, що можливо й було на краще, адже його положення викликали більше запитань ніж відповідей [73];

2. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року набула чинності для України лише наприкінці 1991 року. Постановою ВРУ вводиться в дію Закон України "Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності" від 18 лютого 1992 року. Варто зазначити, що в редакції 1992 року в п. 2 ст. 2 передбачалося наступне положення: «Закон не поширюється на відносини, що впливають із авторських прав, прав на винаходи, товарні знаки, промислові зразки». Формально це означало визнання неможливості конкурентно-правового регулювання відносин пов'язаних з використанням об'єктів інтелектуальної власності. Позиція була переглянута в 1995 році і цей пункт був викладений в такій редакції: «Закон не поширюється на відносини, що впливають із прав на об'єкти інтелектуальної власності, за винятком випадків, передбачених цим Законом». Випадки, передбачені цим Законом, містилися в ст. 7, аналіз якої дозволяв зробити лише один висновок: використання об'єктів інтелектуальної власності при здійсненні підприємницької діяльності без законних підстав забороняється. З 1997 р. Законом України "Про захист від недобросовісної

конкуренції" розширено перелік актів недобросовісної конкуренції щодо використання прав інтелектуальної власності;

3. Прийняття Закону України "Про захист економічної конкуренції" ознаменувало розподіл конкурентного законодавства на дві сфери. Г.О. Андрощук та С.В. Шкляр стосовно подвійної природи конкурентного законодавства зазначають наступне: «Правила щодо запобігання недобросовісній конкуренції та правила запобігання обмеженням свободи підприємництва (антимонопольне законодавство) пов'язані одне з одним: і ті й інші спрямовані на забезпечення дієвості функціонування ринкової економіки. Однак цієї мети вони досягають по-різному: антимонопольне законодавство забезпечує *збереження свободи конкуренції*, долаючи обмеження для торгівлі та зловживання економічною потужністю, законодавство ж про недобросовісну конкуренцію забезпечує *справедливу конкуренцію*, змушуючи всіх учасників ринку поводитися згідно з однаковими правилами» [4, с.14].

Таким чином, лише наприкінці радянського періоду (1988-1991 рр.) почали закладатися правові основи конкурентно-правового регулювання, а також усувалося ідеологічне несприйняття комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності. Пострадянський період (1992-2001 рр.) характеризується відсутністю механізмів реалізації положень конкурентного законодавства, а сучасний період (2002 р. - дотепер) - розмежуванням конкурентно-правового регулювання захисту від недобросовісної конкуренції та захисту економічної конкуренції.

Лише з прийняттям Закону України "Про захист економічної конкуренції" стало можливим говорити про широке розуміння свободи конкуренції, яка проникає у всі сфери господарської діяльності. Однак в цьому Законі особливостям використання об'єктів інтелектуальної власності в господарській діяльності приділено увагу лише в контексті здійснення узгоджених дій суб'єктами господарювання.

В ст. 9 Закону передбачено груповий виняток, який поширюється на «узгоджені дії стосовно прав інтелектуальної власності». Однак це не зовсім так, оскільки ця норма має значно вужчу направленість, і поширюється лише на

частину узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності: 1) ця норма поширюється лише на одну форму узгоджених дій – укладання угоди; 2) предметом укладеної угоди є надання права використання об'єкта інтелектуальної власності або передача права власності на об'єкт інтелектуальної власності; 3) укладена угода повинна передбачити умови, виконання яких обмежує у здійсненні господарської діяльності сторону, яка використовує або набуває об'єкт інтелектуальної власності. Обмеження, що направлені на правоволоділця, під дію цієї норми не підпадають; 4) правоволоділець повинен мати законне право обумовлювати дотримання вищевказаних обмежень іншою стороною. Межі законних прав правоволоділця законодавцем не встановлюються, але вказується, що не виходять за такі межі «обмеження стосовно обсягу прав, які передаються, строку та території дії дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також виду діяльності, сфери використання, мінімального обсягу виробництва».

Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності, які призвели чи можуть призвести до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, а також не охоплюються положеннями законодавчого групового винятку, вважаються антиконкурентними узгодженими діями щодо прав інтелектуальної власності.

Розширене тлумачення ч. 1 ст. 9 Закону можна здійснити таким чином: не визнаватимуться антиконкурентними узгодженими діями виконання або намір виконувати умови угод щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності, які обмежують користувача або набувача об'єкта інтелектуальної власності «у здійсненні його господарської діяльності», якщо накладання такого обмеження «не виходить за межі законних прав» правоволоділця.

Особливо детальному тлумаченню слід піддати зміст аналізованої норми в частині обмеження у здійсненні господарської діяльності та меж законних прав правоволоділця.

З приводу публічного обмеження господарської діяльності О.М. Вінник вказує наступне: «Будь-яка господарська діяльність здійснюється на певних засадах, що враховують, з одного боку, ринкову орієнтацію вітчизняної економіки

і, відповідно, передбачають значну свободу для суб'єктів такої діяльності (насамперед підприємців), а з іншого, - соціальне спрямування господарської сфери, що зумовлює встановлення певних обмежень для суб'єктів господарювання з метою врахування публічних інтересів (суспільства, держави, територіальної громади/громад, типових приватних інтересів громадян та організацій) у дотриманні встановленого державою суспільного господарського порядку, що передбачає додержання суб'єктами господарювання різноманітних вимог» [27, с.10]. О.М. Вінник вірно звертає увагу не те, що метою встановлення публічних обмежень є врахування публічних інтересів у дотриманні встановленого державою суспільного господарського порядку. Така мета простежується як в законодавстві про захист економічної конкуренції, так і в законодавстві про інтелектуальну власність. Прикладами публічного обмеження в сфері інтелектуальної власності є неможливість одержати правову охорону позначення, яке є оманливими або таким, що може ввести в оману щодо товару, послуги або особи, яка виробляє товар або надає послугу. Завдяки такому публічному обмеженню дотримуються публічні інтереси споживачів, які отримують належну впевненість щодо виробника або продавця певних товарів.

Приватне обмеження господарської діяльності можливе лише в тому випадку, коли "обмежувана" сторона погоджується виконувати умови "обмежувача", що виявляється в укладеній сторонами угоді. Досить складно визначити добровільність прийняття таких обмежень стороною. О.А. Беяневич звертає увагу, що «враховуючи сучасні економічні реалії, можна стверджувати, що в абсолютному вигляді принцип свободи договору діяв би тільки тоді, коли сторони договору були б рівними не тільки з формально-правової точки зору, але й економічно» [17, с.124]. З огляду на об'єктивну економічну нерівність суб'єктів господарювання, виникає проблема кваліфікації виконання таких обмежувальних умов, а саме визначення чи це є антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання чи результат зловживання монопольним (домінуючим) становищем більш економічно сильнішою стороною (якщо таке становище досягнуто).

Т.В. Вовк та С.В. Перемот розглядаючи це питання в контексті конкурентного права Європейського Союзу, прийшли до однозначного висновку, що положення про узгоджені дії «не можуть бути застосовані по відношенню до односторонніх (одноособових) дій деякого суб'єкта господарювання», а положення про зловживання монополюним (домінуючим) становищем не можуть бути застосовані «по відношенню до односторонніх дій суб'єктів господарювання, які не володіють домінуючим становищем на ринку» [29, с.64]. З таким висновком складно не погодитися.

Для розмежування узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності та зловживання монополюним (домінуючим) становищем правоволодільця об'єкта інтелектуальної власності, необхідно розглянути, обумовлений нами на початку дослідження, інший критерій оцінки антиконкурентних узгоджених дій – мету, а також одну з ознак узгоджених дій – їх взаємовигідність.

По-перше, якщо мета сторін відповідної угоди полягала в тому, щоб обмежити (усунути, недопустити) конкуренцію, то це підпадатиме під антиконкурентні узгоджені дії. Якщо цю мету переслідував тільки правоволоділець, а інша сторона мала за мету отримати доступ до об'єкта інтелектуальної власності, який не містить близьких аналогів, то це зловживання монополюним (домінуючим) становищем з боку правоволодільця.

За відсутності у правоволодільця монополюного (домінуючого) становища, це буде вважатися розпорядженням правами інтелектуальної власності на умовах обмеженого використання (або як обмежувальна діяльність, хоча конкурентне право ЄС такого виду конкурентного правопорушення не передбачає).

Однак, як зазначає О.О. Бакалінська, «монополюне утворення може бути учасником (стороною) антиконкурентних узгоджених дій, але на рівних зі своїми контрагентами засадах спільного інтересу (без нав'язування)» [13, с.151].

По-друге, якщо виконання обмежувальних умов призводить до взаємної вигоди для обох сторін, то це буде свідчити про можливе здійснення узгоджених дій. Коли виконання обмежувальних умов приносить вигоду лише правоволодільцю, а інша сторона, виконуючи обмежувальні умови, приймає на

себе без будь-якої компенсації втрати у ефективності виробництва або продажу товару, то це з високою вірогідністю свідчитиме про відсутність узгоджених дій між сторонами.

Узгоджені дії, як вже зазначалося, характеризуються «спільним взаємовигідним волевиявленням суб'єктів господарювання», однак в ч. 1 ст. 9 Закону фактично йдеться про одностороннє встановлення правоволодільцем обмежувальних умов для іншої сторони. Здавалось би, правова конструкція узгоджених дій в формі укладання угод, які здійснюються методом одностороннього визначення обмежень для іншої сторони, суперечить самій сутності узгоджених дій. Однак практика Європейського Суду в рішеннях *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities* [110], *Ford-Werke AG and Ford of Europe Inc. v. E.C. Commission* [109], *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Commission of the European Communities* [108] свідчить про те, що відсутність взаємної вигоди узгоджених дій для їх учасників не є перешкодою для визнання факту здійснення колективного обмеження конкуренції, головне, щоб незацікавлений в накладених обмеженнях учасник своєю поведінкою все ж таки сприяв обмеженню (недопущенню, усуненню) конкуренції. Така позиція Європейського Суду зумовлялася економічним утилітаризмом, адже взаємовигідність узгоджених дій для самих учасників не бралася до уваги. Певним чином ігнорувалася і мета учасників відповідних узгоджених дій.

В справі *Bayer A.G. v. E.C. Commission*, яка стосувалася обмеження виробником лікарських засобів території їх розповсюдження, Європейський Суд посилив стандарт доказування колективного обмеження конкуренції при таких "односторонніх діях", зазначивши наступне: «певне розмежування повинне бути здійснене між справами, у яких суб'єкти господарювання приймають дійсно односторонні заходи, тобто діють без явної або мовчазної участі інших суб'єктів господарювання, та тими, в яких односторонній характер [певного] заходу є не більш ніж формальністю. При цьому перша категорія не підпадає під дію [...] *(положень про узгоджені дії – О.Х.)*, остання категорія заходів повинна

розглядатись як така, що становить угоду між суб'єктами господарювання та може, таким чином, охоплюватись [...] (відповідними положеннями – О.Х.). Це такі випадки, коли, зокрема, дії та заходи, які обмежують конкуренцію та які, не зважаючи на те, що вони формально здійснені виробником в односторонньому порядку в контексті його договірних відносин з розповсюджувачами, тим не менше отримують принаймні мовчазну згоду таких розповсюджувачів» [29, с.71].

З викладеного можна зробити висновок, що узгоджені дії щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності вважатимуться здійсненими не коли правоволоділець накладе обмеження, а коли користувач або набувач об'єкта інтелектуальної власності *прийме їх до виконання або виявить намір їх виконувати*. Зумовлено це тим, що формалізація або початок виконання узгоджених дій не є обов'язковою умовою їх здійснення.

В українських реаліях, якщо АМКУ не досліджуватиме окремо мету кожної зі сторін відповідної угоди, а також не визнаватиме взаємовигідність узгоджених дій як їх конститутивну ознаку, то з великим ступенем вірогідності виконання або намір виконувати укладену під тиском угоду буде кваліфіковано як антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання.

З іншого боку, вираз «Той, хто жертвує свободою заради спокою, не достойний мати ні того, ні іншого» [176, с.156], який зазвичай приписується одному з засновників США Бенджаміну Франкліну, яскраво ілюструє те, що немає виправдання обмеженню власної економічної свободи задля досягнення гарантованого економічного результату у взаємодії з порушником конкурентного законодавства.

При цьому необхідно враховувати, що правоволоділець має забезпечене законодавством право в односторонньому порядку висувати до іншої сторони будь-які умови, які не суперечать чинному законодавству. Як зазначає В.М. Крижна, «правоволоділець, виходячи з принципу свободи договору, самостійно вирішує питання доцільності укладення того чи іншого правочину» [76, с.571]. Якщо інша сторона не погоджуватиметься на

обмежувальні умови правоволодільця, останній може просто відмовити в ліцензуванні, передачі технологій тощо.

Обмеження у здійсненні господарської діяльності, встановлені правоволодільцем, не повинні виходити за межі його законних прав. Уточнення щодо «законних» прав дозволяє говорити про те, що такі права повинні бути закріплені актами законодавства (якби це було не так, то йшлося би про вихід "за межі його прав"). Такі «законні права» на обмеження набувача або користувача об'єкта інтелектуальної власності передбачені ЦК України та спеціальними законами про охорону об'єктів права інтелектуальної власності.

Зокрема, ч. 3 ст. 1109 ЦК України передбачає наступне: «У ліцензійному договорі визначаються вид ліцензії, сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо), розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити у договір». Перелік цих обмежень є відкритим, а не названі обмеження встановлюються на розсуд сторін.

Як бачимо, законні права стосуються обмеження використання «об'єкта права інтелектуальної власності», а не здійснюваної ліцензіатом діяльності.

В ч. 2 ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" наведений вище перелік законних прав розширюється наступним чином: «Вважається, що не виходять за межі прав, зазначених у частині першій цієї статті, обмеження стосовно обсягу прав, які передаються, строку та території дії дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також виду діяльності, сфери використання, мінімального обсягу виробництва».

Не дивлячись на те, що ч. 1 ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" передбачає обмеження «у здійсненні господарської діяльності», перелічені в ч. 2 ст. 9 Закону обмеження, як і перелічені в ЦК України, стосуються саме «використання об'єкта права інтелектуальної власності». Єдиним, на перший

погляд, спірним обмеженням, в цитованих положеннях, можна назвати «вид діяльності».

ГК України в ч. 3 ст. 259 визначено, що «вид господарської діяльності має місце у разі об'єднання ресурсів (устаткування, технологічних засобів, сировини та матеріалів, робочої сили) для створення виробництва певної продукції або надання послуг. Окремий вид діяльності може складатися з єдиного простого процесу або охоплювати ряд процесів, кожний з яких входить до відповідної категорії класифікації».

На наше переконання, правоволоділець може визначати лише вид діяльності в якому використовуватиметься його об'єкт інтелектуальної власності, а не обмежувати господарську діяльність іншої сторони лише одним або декількома видами. Обмеження у виді здійснюваної господарської діяльності не впливають з угод щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності, вони потребують самостійної кваліфікації поза змістом таких угод.

Розглянемо детальніше перелік допустимих обмежувальних умов, які законодавець відніс до законних прав правоволодільца в ч. 2 ст. 9 Закону:

1) **обмеження стосовно обсягу прав, які передаються.** Часткова передача прав інтелектуальної власності передбачена в ч. 1 ст. 1113 ЦК України: «За договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах». М.В. Паладій, Н.М. Мироненко, В.О. Жаров та інші звертають увагу, що «мова не може йти про розмежування територіальних або тимчасових сфер впливу сторін або про передачу тільки частини майнових, хоча і виключних прав інтелектуальної власності» [77, с.387]. Під частковою передачею виключних майнових прав в цитованій статті мається на увазі така передача відносно частини, зазначених у свідоцтві на торговельну марку, товарів і послуг (ч. 7 ст. 16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг"), а також відносно способів використання об'єктів авторського права та суміжних

прав (ст. 15, 31 та ст. 39, 40, 41 Закону України "Про авторське право і суміжні права").

**2) обмеження строку та території дії дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності.** Це обмеження в ч. 3 ст. 1109 ЦК України віднесено до сфери використання.

Відповідно до ч. 1 ст. 1110 ЦК України «ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен спливати не пізніше спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності».

Територія дії дозволу на використання об'єкта інтелектуальної власності зазвичай охоплює територію держави в якій видано охоронний документ або на якій ліцензіат здійснює свою господарську діяльність. Хоча, як зазначають В.Л. Мусіяка та Н.Є. Єркіна, «ліцензіат може обумовлювати надання йому права на використання об'єкта права інтелектуальної власності (наприклад, права на експлуатацію технології) в усьому світі. Зазвичай, таке право не надається, перш ніж ліцензіат не продемонструє докази того, що він вже має таку організацію реалізації кінцевого продукту, яка поширена на всіх головних ринках відповідного товару» [145, с.568-569].

**3) обмеження виду діяльності.** Як вже вказувалося, зазначене обмеження стосується саме виду діяльності в якому використовуватиметься об'єкт інтелектуальної власності. Дане обмеження можна включити до «сфери використання» та охарактеризувати їх співвідношення як частини і цілого.

**4) обмеження сфери використання** розкривається через «конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо» (ч. 3 ст. 1109 ЦК України).

Розглянемо детальніше **конкретні права, що надаються та способи використання** об'єктів інтелектуальної власності. Якщо виходити з того, що за ліцензійним договором надається право використання об'єкта інтелектуальної власності, то необхідно чітко розуміти його зміст.

Відповідно до ч. 1 ст. 154 ГК України «відносини, пов'язані з використанням у господарській діяльності та охороною прав інтелектуальної власності, регулюються цим Кодексом та іншими законами».

Визначимо зміст права використання на прикладі об'єктів патентного права. ГК України в ст. 156 до змісту використання винаходів, корисних моделей та промислових зразків включає: «виготовлення, пропонування для продажу, запровадження в господарський (комерційний) обіг, застосування, ввезення чи зберігання з зазначеною метою продукту, що охороняється відповідно до закону; застосування способу, що охороняється відповідно до закону, або пропонування його для застосування в Україні за умов, передбачених ЦК України; пропонування для продажу, запровадження в господарський (комерційний) обіг, застосування, ввезення чи зберігання з зазначеною метою продукту, виготовленого безпосередньо способом, що охороняється відповідно до закону».

Зауважимо, що в ч. 3 ст. 156 ГК України йдеться про використання всіх трьох об'єктів патентного права, а саме: винаходу, корисної моделі та промислового зразка, при цьому не враховано особливості використання останнього. Тому пропонуємо доповнити абз. 2 ч. 3 ст. 156 ГК України після слів «відповідно до закону» словами такого змісту: "як винахід чи корисна модель".

Г. Боденхаузен звертає увагу, що «зазвичай, говорячи про використання патенту, мають на увазі його промислове використання, тобто промислове виробництво запатентованого виробу або промислове застосування запатентованого способу виробництва. Так, ввезення або продаж запатентованого об'єкта або об'єкта, виготовленого запатентованим способом, зазвичай не вважається "використанням" патенту» [20, с.87-88]. Проте для цілей правової охорони об'єктів інтелектуальної власності всі названі дії також охоплюються змістом використання.

В українському законодавстві питання можливості поділу права використання об'єкта інтелектуальної власності і його часткового надання прямо не врегульовано. Однак ч. 6 ст. 1109 ЦК України передбачає, що «права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його

використання, які не визначені у ліцензійному договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату». М.В. Паладій, Н.М. Мироненко, В.О. Жаров та інші тлумачать це положення таким чином, що воно встановлює обов'язок ліцензіара визначати які саме складові права використання надаватимуться, припускаючи, що «без визначення вказаних умов договір не вважатиметься укладеним» [77, с.366]. Тим не менш, зауважимо, що виключні майнові права дозволяти використання і забороняти використання не можуть підлягати подібному поділу.

В ч. 1 ст. 426 ЦК України встановлено, що «способи використання об'єкта права інтелектуальної власності визначаються цим Кодексом та іншим законом». Ця норма «має бланкетний характер і відсилає до статей 426, 441, 453-455 та інших ЦК України, які присвячені способам використання того чи іншого об'єкта права інтелектуальної власності, а також до спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності» [77, с.56].

За такого підходу, зокрема, способами використання об'єктів авторського права вважаються «1) опублікування (випуск у світ); 2) відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі; 3) переклад; 4) переробка, адаптація, аранжування та інші подібні зміни; 5) включення складовою частиною до збірників, баз даних, антологій, енциклопедій тощо; 6) публічне виконання; 7) продаж, передання в найм (оренду) тощо; 8) імпорт його примірників, примірників його перекладів, переробок тощо», а також «інші дії» (ст. 441 ЦК України).

Між тим, ст. 32 Закону України "Про авторське право і суміжні права" прямо передбачає, що «автору та іншій особі, яка має авторське право, належить виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами на підставі авторського договору».

Якщо розглядати способи використання на прикладі винаходів або корисних моделей, то все залежить від їх формули, яка може передбачати як один спосіб використання, так і декілька його варіантів, якщо вони пов'язані єдиним винахідницьким задумом (вимога єдиності винаходу) [91].

**5) обмеження мінімального обсягу виробництва.** Законодавством з питань розпорядження правами інтелектуальної власності таке обмеження прямо

не передбачається, але й заборони на встановлення обсягу виробленого товару з використанням об'єкта інтелектуальної власності немає. Призначення умови мінімального обсягу виробництва зазвичай полягає в тому, щоб підтримувати рівень роялті на бажаному для правоволодільця рівні.

З огляду на те, що більшість визначених обмежень і так встановлені в ЦК України, а визначення мінімального обсягу виробництва за своєю суттю є законним правом правоволодільця (з огляду на його стимули до ліцензування), виникає питання доцільності існування ч. 2 ст. 9 Закону в існуючій редакції. Законодавство про захист економічної конкуренції не повинно дозволяти дозволені цивільним законодавством обмеження для сторін договорів про передачу права власності або надання права використання об'єкта інтелектуальної власності, адже цивільне законодавство не допускає використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції (ч. 5 ст. 13 ЦК України). Найбільш суттєві аргументи на зміну існуючого в національному законодавстві підходу будуть висвітлені наприкінці даного дослідження.

Необхідно звернути увагу на невідповідність назви ст. 9 Закону «Узгоджені дії стосовно прав інтелектуальної власності» та її змісту, який стосується лише "угод щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності".

До узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, які не пов'язані з розпоряджанням правами інтелектуальної власності, перш за все можна віднести спільні створення або вдосконалення об'єкта інтелектуальної власності, стандартизацію, утримання від використання, ліцензування, передачі технології тощо.

Таким чином, узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності - це узгоджені дії, які пов'язані з використанням або розпоряджанням правами інтелектуальної власності суб'єктами господарювання.

Норми ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" не можуть бути застосовані для регулювання узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, так само не можуть вони застосовуватися для регулювання узгоджених дій щодо розпоряджання правами інтелектуальної

власності. Останні не можуть регулюватися досліджуваною нормою з огляду на односторонню конструкцію встановлення обмежень правовласником (а не двостороннє їх погодження або прийняття ліцензіатом), що вже суперечить узгодженим діям як таким, абсолютною невизначеністю меж законних прав правоволодільця, направленістю обмежень на господарську діяльність іншої сторони, а не на умови використання нею об'єкта інтелектуальної власності. А узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності, які не пов'язані з розпорядженням правами інтелектуальної власності, змістом досліджуваної норми зовсім не охоплюються [139, с.295-296].

О.О. Бакалінська звертає увагу, що положення ст. 9 Закону «були розроблені за зразком німецького законодавства і тому відрізняються від конкурентних правил ЄС» [11, с.194]. Хоча В.С. Лук'янець попереджує, що «це не є гострою проблемою, адже ймовірно, що ці положення остаточно зникнуть з німецького конкурентного закону. Причина полягає в тому, що Регламент ЄС № 1/2003 вимагає від держав-членів повної адаптації їхніх законодавств до нових положень конкурентного права ЄС» [54, с.2]. Наведене припущення в цілому є вірним, зауважимо лише, що відповідні положення німецького конкурентного закону були виключені ще з липня 2005 року [173].

Німецький прототип ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" містився в главі II "Вертикальні угоди" Закону проти обмежень конкуренції (GWB), яка на сьогоднішній день є скасованою в силу відмови від законодавчого розмежування антиконкурентних угод на горизонтальні (в GWB – картелі) та вертикальні.

У зв'язку з тим, що поточна редакція відповідної норми національного законодавства є приреченою на неможливість ефективного застосування, її необхідно повністю переробити та викласти у новій редакції без дублювання положень законодавства про розпорядження правами інтелектуальної власності.

## Висновки до Розділу I

Суб'єкти господарювання не мають правового обов'язку змагатися та можуть діяти узгоджено, якщо це не завдає шкоди споживачам або іншим суб'єктам господарювання. Узгоджені дії суб'єктів господарювання можуть здійснюватися в формі: 1) укладання угод; 2) прийняття рішення об'єднанням; 3) узгодженої поведінки; 4) створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки; 5) створення (уповноваження) або вступ до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки.

Якщо узгоджені дії суб'єктів господарювання призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції або учасники мали на меті досягнення таких наслідків, то такі узгоджені дії вважаються антиконкурентними.

Законодавством можуть передбачатися винятки з заборони антиконкурентних узгоджених дій, якщо тимчасові негативні наслідки певних антиконкурентних узгоджених дій не пропорційні з кінцевими вигодами від таких дій, які отримує суспільство (споживачі).

Більшість узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності стосується розпоряджання правами інтелектуальної власності, а інші - використання прав інтелектуальної власності.

Розпоряджання правами інтелектуальної власності охоплює надання права використання об'єкта інтелектуальної власності та передачу права власності на об'єкт інтелектуальної власності.

Умови на яких здійснюється подібна передача або надання прав інтелектуальної власності можуть мати обмежувальний вплив на конкуренцію. Підхід за яким конкурентне законодавство визначатиме допустимість подібних умов є можливим, однак, значно важливіше питання полягатиме в доцільності поширення групового винятку на конкретний перелік обмежувальних умов угод щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності.

Антиконкурентні ризики розпоряджання правами інтелектуальної власності виникають саме в тих випадках, коли учасники відповідних узгоджених дій

обмежують конкуренцію під виглядом обмеження використання об'єкта інтелектуальної власності.

Національне законодавство про захист економічної конкуренції в частині регулювання узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності можна охарактеризувати як застаріле та неефективне. Дозволені обмежувальні умови дублюють положення законодавства про розпоряджання правами інтелектуальної власності.

Необхідно ґрунтовно дослідити найбільш поширені обмеження, які застосовуються в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, та викласти груповий виняток на такі узгоджені дії в оновленій редакції.

## **РОЗДІЛ II. КЛАСИФІКАЦІЯ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

### **2.1. Основні підходи до класифікації узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності**

Визначення поняття узгоджених дій в законодавстві про захист економічної конкуренції України дуже широке, оскільки включає в себе майже всі форми погодження конкурентної поведінки суб'єктів господарювання. Для системного дослідження видів узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності необхідно їх класифікувати.

Класифікація – це «розбивання множини будь-яких об'єктів (елементів) на групи (підмножини)» [67, с.216,217]. А.Д. Машков зауважує, що «будь-яка класифікація, власне, - це суб'єктивна дія, оскільки проведення класифікації, як мінімум, передбачає вибір критерію класифікації, його обґрунтування та встановлення послідовності її застосування» [55, с.51].

Правильно здійснена класифікація узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності дозволить диференціювати підходи до їх оцінки, визначення допустимості (підпадання під групові винятки, можливості отримання індивідуального винятку) та міри відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності [127, с.100].

1. В попередньому розділі дослідження вже було згадано про поділ узгоджених дій за критерієм їх правомірності. Критерій правомірності дозволяє поділити узгоджені дії суб'єктів господарювання на: узгоджені дії, які не забороняються відповідно до ст. 6 Закону; забороняються відповідно до ст. 6 Закону; дозволені відповідно до ст. 7, 8, 9, 11 Закону або були дозволені у порядку передбаченому ст. 10 Закону.

Таким чином, за правомірністю узгоджених дій пропонуємо виділити: 1) узгоджені дії, які не обмежують, усувають, недопускають конкуренцію (дозволені або "білі"); 2) узгоджені дії, які обмежують, усувають, недопускають

конкуренцію (заборонені або "чорні"); 3) узгоджені дії, які підпадають під групове або отримують індивідуальне звільнення (умовно дозволені або "сірі").

2. Не менш важливим для поділу узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності є критерій підходу до оцінки узгоджених дій. Застосування цього критерію відіграє головну роль при встановленні допустимості узгоджених дій.

Нами вже зазначалося про те, що оцінювання правомірності узгоджених дій здійснюється в залежності від їх мети та наслідків. «Терміни "мета" і "наслідки" є альтернативними. – зауважує К.В. Смирнова. – Практичний аспект аналізу мети та наслідків угоди полягає в тому, що якщо угода має антиконкурентну мету, Європейська комісія не повинна докладно доводити існування антиконкурентного наслідку» [114, с.142]. З огляду на зазначене, для визнання певних узгоджених дій антиконкурентними достатнім є доведення лише антиконкурентної мети, в той час як інші узгоджені дії потребують ретельного дослідження наслідків їх вчинення.

Законодавство про захист економічної конкуренції України не передбачає загальних підходів до оцінки узгоджених дій. Проте існує рекомендаційне роз'яснення АМКУ щодо оцінки відповідності узгоджених дій у вигляді створення об'єднань законодавству України про захист економічної конкуренції (далі – Роз'яснення) [105]. Це Роз'яснення стосується лише однієї форми узгоджених дій - створення об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки (вступ до відповідного об'єднання Роз'ясненням не охоплюється). В пунктах 6 та 7 Роз'яснення передбачено застосування функціонального та структурного тесту.

Функціональний тест передбачає визначення предмета узгоджених дій (на який спрямовано виконання функцій об'єднання) та встановлення того, чи виконання створюваним об'єднанням своїх функцій таким чином, як вони визначені установчими документами, відповідним нормативно-правовим актом, може призвести до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції між учасниками об'єднання, або між ними та їх конкурентами - не учасниками об'єднання.

Структурний тест застосовується якщо узгоджені дії у вигляді створення об'єднання за своїм предметом або наслідками їх реалізації можуть призвести до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції (відповідь на функціональний тест позитивна). Для оцінки цих узгоджених дій необхідно визначити, наскільки діяльність створеного об'єднання відповідно до своєї мети і закріплених функцій становитиме загрозу конкуренції на задіяному ринку. Така оцінка, переважно, вимагає аналізу структури й стану задіяного ринку.

Тим не менш, функціональний та структурний тест є лише інструментами, які застосовуються в межах підходів до оцінки узгоджених дій. Зауважимо, що застосування функціонального тесту АМКУ здійснює завжди, адже цей тест передбачає визначення предмета узгоджених дій і встановлення обмеження (усунення, недопущення) конкуренції.

Більшість іноземних конкурентних відомств оперує двома підходами оцінки узгоджених дій: "підхід оцінки по суті" (*per se*) та "підхід причини" (*rule of reason*). "Підхід оцінки по суті" є формальним, адже для доведення вчинення антиконкурентних узгоджених дій необхідно довести лише мету їх вчинення, яка полягала в обмеженні (усуненні, недопущенні) конкуренції. Поглиблений "підхід причини" передбачає здійснення ретельного економічного аналізу наслідків вчинених антиконкурентних узгоджених дій.

В. Кіп Віскузі та інші зазначають щодо цього наступне: «Розгляд антимонопольних справ за правилом оцінки по суті переважно значно коротший, ніж тривалі дискусії, характерні для справ із застосуванням принципу причини. [...] Якщо певний вид практики не вдається кваліфікувати за правилом оцінки по суті, застосовується принцип причини. [...] Застосування правила оцінки по суті завжди містить певний елемент суб'єктивізму [...] (*і потребує – О.Х.*) довести лише сам факт протизаконної поведінки» [28, с.176-177].

С.В. Шкляр та Н.А. Іваницька припускають, що «обмеження конкуренції і придбання внаслідок цього переваг не узгоджується з легітимними цілями закріплення монополії на об'єкти інтелектуальної власності і підлягає забороні *per se*» [149, с.42]. Таке припущення законодавством про захист економічної

конкуренції не підтверджується, але якщо мета сторін була явно антиконкурентною, то "підхід оцінки по суті" може бути застосований.

Не можна погодитися з Н.М. Корчак, яка зазначає, що межі свободи конкуренції «окреслені у конкурентному законодавстві шляхом установлення: 1) «принципу розумного підходу» («rule of reason»); 2) правил *per se* (абсолютної заборони); 3) вимог щодо обов'язкового отримання дозволу на узгоджені дії та концентрацію; 4) вимог щодо дотримання торгових та інших чесних звичаїв у господарській діяльності» [52, с.124]. Підхід причини (в перекладі Н.М. Корчак «принцип розумного підходу») не обмежує свободу конкуренції, а навпаки розширює її межі, дозволяючи АМКУ дослідити ефективність узгоджених дій в кожній конкретній справі.

Відтак, пропонуємо виокремити узгоджені дії, які оцінюються *формально* за "підходом оцінки по суті" та узгоджені дії, які оцінюються *поглиблено* за "підходом причини".

В Україні ще не сформовані підходи формальної та поглибленої оцінки видів антиконкурентних узгоджених дій, які визначені в ч. 2 ст. 6 Закону, за предметним критерієм. Єдиним видом антиконкурентних узгоджених дій, які завжди оцінюються за формальним підходом, можна назвати спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів. Всі інші види антиконкурентних узгоджених дій, зазвичай, оцінюються за поглибленим підходом.

Поглиблений підхід застосовується для оцінки антиконкурентних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, які не зумовлюються антиконкурентною метою, але можуть призводити до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції.

За поглибленим підходом потрібно оцінювати антиконкурентні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності, які стосуються: встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів; обмеження виробництва, ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними; розподілу ринків чи джерел постачання за територіальним принципом,

асортиментом товарів, обсягом їх реалізації чи придбання, за колом продавців, покупців або споживачів чи за іншими ознаками (п. 1-3 ч. 2 ст. 6 Закону). Такі антиконкурентні узгоджені дії не повинні оцінюватися на формальним підходом.

Формальний підхід застосовується для оцінки антиконкурентних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, які зумовлюються антиконкурентною метою.

За формальним підходом доречно оцінювати антиконкурентні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності, які стосуються: спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів (наприклад, змови на торгах за франшизу); усунення з ринку або обмеження доступу на ринок (вихід з ринку) інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців; застосування різних умов до рівнозначних угод з іншими суб'єктами господарювання, що ставить останніх у не вигідне становище в конкуренції; укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань, які за своїм змістом або згідно з торговими та іншими чесними звичаями в підприємницькій діяльності не стосуються предмета цих угод; суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин (п. 4-8 ч. 2 ст. 6 Закону). Якщо зазначені антиконкурентні узгоджені дії не завдають непропорційних, в порівнянні з вигодою учасників, втрат для споживачів, то вони можуть бути оцінені за поглибленим підходом.

3. Наступний поділ узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності в досліджуваній класифікації передбачає класифікаційним критерієм тип задіяного (affected) ринку.

Законодавче визначення задіяного ринку товару міститься в п. 1.11 Типових вимог, згідно якого, - це «відповідний ринок товару, на якому мають або можуть мати місце узгоджені дії або їх наслідки, а також ринки, суміжні з ним» [93]. Термін "задіяний ринок" необхідно відрізняти від терміну "відповідний ринок" (relevant). Відповідний ринок – це досліджуваний ринок, який не обов'язково буде задіяним.

Відповідно до ст. 1 Закону «ринок товару (товарний ринок) - сфера обороту товару (взаємозамінних товарів), на який протягом певного часу і в межах певної території є попит і пропозиція», а під товаром розуміється «будь-який предмет господарського обороту, в тому числі продукція, роботи, послуги, документи, що підтверджують зобов'язання та права (зокрема цінні папери)».

Відповідно до ст. 419 ЦК України: «Право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного. Перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ. Перехід права власності на річ не означає переходу права на об'єкт права інтелектуальної власності». Такий підхід законодавця зумовлений тим, що правовласник може передати продукцію або передати права інтелектуальної власності на продукцію (наприклад, фотографія та права інтелектуальної власності на фотографію). Правовласник може також надати послугу або надати права інтелектуальної власності на спосіб надання послуги (наприклад, Патент України на винахід №112158 "Система та спосіб надання кредиту", Патент України на корисну модель №100551 "Спосіб надання страхових послуг") тощо [115].

В конкурентному законодавстві ЄС та антитрастовому законодавстві США особлива увага приділяється не лише ринкам продукції, робіт, послуг, документів, що підтверджують зобов'язання та права, а також ринкам прав інтелектуальної власності. М.Ю. Потоцький в глобалізаційному аспекті пояснює це таким чином, що «завдяки зростанню обсягів міжнародної торгівлі відбувається трансфер прав інтелектуальної власності, який в останні десятиріччя сформував ринок інтелектуальної власності, що став одним із найважливіших складових міжнародних господарських відносин» [74, с.126].

Прикладом таких ринків є міжнародний ринок авторських прав на стокові фото та векторні зображення. Найбільш швидко зростаючим фотобанком у світі, який надає послуги з купівлі та продажу таких зображень, є компанія українського походження Depositphotos (головний офіс розташований у Нью Йорку, США) [156].

Розвитку ринків технологій в Україні сприяє Український центр інноватики та патентно-інформаційних послуг (Відділення інновацій Укрпатенту), який пропонує власникам прав інтелектуальної власності унікальний проект під назвою "Біржа промислової власності". Це – комунікативний майданчик для всіх учасників ринку інтелектуальної власності, що надає можливості впровадження розробок, комерціалізації проектів, купівлі-продажу торговельних марок та франшиз, а також отримання інформаційних, аналітичних, статистичних матеріалів, моніторингу ринку об'єктів інтелектуальної власності, послуг зі складання договорів про передачу прав власності та ліцензійних договорів, кваліфіковане виявлення порушень стосовно об'єктів промислової власності, консультації з питань охорони, використання та захисту прав на інтелектуальні здобутки [19].

І.І. Дахно розкриває підхід конкурентних відомств США до розмежування ринків технологій і продукції в антитрастових справах щодо прав інтелектуальної власності таким чином: «Вплив ліцензійних угод на конкуренцію може вимірюватися в межах відповідного ринку товарів. В інших випадках може знадобитися визначення ринків технології або ринків науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт (НДДКР), тобто інноваційних ринків. [...] Ринки технологій складаються з ліцензованої інтелектуальної власності та її близьких замінників, які здатні здійснювати стримуючий вплив на ринкову владу ліцензованої інтелектуальної власності. Якщо права на інтелектуальну власність чітко відокремлювані від продуктів, в яких вони застосовуються, то Агентства будуть використовувати лише ринки технологій для аналізу впливу угод на конкуренцію» [35, с.168].

В ЄС щодо ринку технологій приблизно такий же підхід: «Коли права інтелектуальної власності продаються окремо від продукції до якої вони належать, відповідний ринок технології повинен легко визначатися. Ринки технологій складаються з інтелектуальної власності, яка ліцензується та її близьких замінників, тобто інших технологій, які покупці можуть використовувати як замінник» [171, с.26]. До того ж, вважається, що «методологія

визначення ринків технологій слідує тим же принципам, що і визначення ринку продукції» [171, с.27].

Для прикладу визначимо задіяний ринок на основі цінових обмежень. Теоретично, якщо в ліцензійному договорі встановлено ціну для продукції, виготовленої з використанням прав інтелектуальної власності ліцензіара, то задіяним ринком буде ринок відповідної продукції. Встановлення ліцензіарами фіксованого або мінімального розміру роялті за використання певних взаємозамінних винаходів або ноу-хау дозволяє стверджувати про задіяний ринок прав інтелектуальної власності. В той же час, якщо таке встановлення розміру роялті призведе до значного підвищення ціни на продукцію, виготовлену з використанням наданих прав інтелектуальної власності, то задіяними є одночасно ринок прав інтелектуальної власності та ринок продукції [127, с.103].

З огляду на викладене, в залежності від типу задіяного ринку узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності можна поділити на ті, що впливають: 1) на ринок продукції або послуг; 2) на ринок прав інтелектуальної власності; 3) на ринки продукції або послуг та ринок прав інтелектуальної власності.

4. Останній поділ узгоджених дій на горизонтальні та вертикальні є загальноприйнятим в конкурентному праві України, проте існують значні розбіжності в поглядах на критерії класифікації та призначенні такого поділу для узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності. Посилюється різниця в поглядах тим, що в конкурентному праві ЄС та багатьох іноземних країнах існує поділ угод на горизонтальні та вертикальні, що не тотожно такому же поділу узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності.

Закон України "Про захист економічної конкуренції" не передбачає такого поділу, водночас АМКУ в своєму розпорядженні розподілив узгоджені дії на горизонтальні, вертикальні, конгломератні та змішані [93].

Не обмежуючи форми здійснення окремих видів узгоджених дій, АМКУ пропонує визначати їх таким чином: *горизонтальні узгоджені дії* – «коли суб'єкти господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, конкурують або можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів»; *вертикальні*

*узгоджені дії* – «коли суб'єкти господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, не конкурують і за існуючих умов не можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів, і при цьому перебувають або можуть перебувати у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках (продавець - покупець, постачальник - споживач)»; *конгломератні узгоджені дії* – «коли суб'єкти господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, не конкурують і за існуючих умов не можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів і при цьому не перебувають або не можуть перебувати у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках (продавець - покупець, постачальник - споживач)»; *змішані узгоджені дії* – «коли частина суб'єктів господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, конкурують або можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів і при цьому перебувають або можуть перебувати у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках (продавець - покупець, постачальник - споживач), а інша частина не конкурують і за існуючих умов не можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів і при цьому не перебувають або не можуть перебувати у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках (продавець - покупець, постачальник - споживач)» [93].

Оснoву такої класифікації становить реальна та потенційна можливість учасників узгоджених дій конкурувати між собою і така ж можливість їх перебування у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках. Призначення такого поділу полягає в необхідності встановлення меж сукупної частки на ринку всіх суб'єктів господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів АМКУ на узгоджені дії суб'єктів господарювання.

Запропонований АМКУ класифікаційний критерій поділу узгоджених дій охоплює також змішані і конгломератні узгоджені дії.

Змішані узгоджені дії передбачають поєднання горизонтальних та вертикальних узгоджених дій при щонайменше трьох учасниках. Оскільки змішані узгоджені дії включають в себе горизонтальні і вертикальні узгоджені дії,

то вони не можуть підпадати під класифікаційний критерій, який є характерним для розмежування горизонтальних і вертикальних узгоджених дій.

Здійснення конгломератних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності можливе при функціонуванні учасників узгоджених дій на різних товарних ринках. Такі узгоджені дії спрямовані зазвичай на диверсифікацію (розширення) товарного асортименту. Наприклад, відомий італійський автовиробник Lamborghini на базі власної торговельної марки розширив свій товарний асортимент годинниками, одягом, взуттям, телефонами тощо [180].

Особливість конгломератних узгоджених дій полягає в тому, що вони зумовлюються маркетинговою стратегією виходу учасників таких узгоджених дій на інші товарні ринки. Вони не є однорідним видом узгоджених дій разом з горизонтальними та вертикальними узгодженими діями, адже конгломератні узгоджені дії завжди виходять за товарні межі одного ринку. На противагу конгломератним узгодженим діям, горизонтальні та вертикальні узгоджені дії здійснюються лише в межах одного товарного ринку.

Таким чином, досліджуваний класифікаційний критерій стосуватиметься саме поділу узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності на горизонтальні і вертикальні, а зроблені висновки можуть бути однаково застосовані як до змішаних, так і для конгломератних узгоджених дій, з урахуванням їх специфіки.

С.С. Валітов для досліджуваного поділу узгоджених дій виділяє критерії «структури ринку і місця суб'єктів господарювання на ньому» [23, с.96]. Структура ринку, як зазначає автор названих критеріїв, це «сукупність кількісних і якісних показників, які характеризують стан економічної конкуренції на відповідному ринку і дають можливість визначити тип (модель) ринку» [23, с.29]. В широкому розумінні «ринок – група покупців і продавців певної продукції або послуги» [59, с.82]. Інакше кажучи ринок – це «сфера обороту товару (взаємозамінних товарів)» [104]. Структура ринку не є переконливим критерієм розмежування видів узгоджених дій на горизонтальні та вертикальні, оскільки відображає «стан економічної конкуренції на відповідному ринку», а не

взаємовідносини учасників узгоджених дій, які можуть охоплювати незначну частину ринку. Щодо «місця суб'єктів господарювання на ринку», то це занадто абстрактний критерій, адже доречніше говорити про етап або рівень взаємодії суб'єктів господарювання на ринку. «Все істинне конкретне» стверджував Г.В.Ф. Гегель [30, с.30].

Т.Г. Удалов, крім названих С.С. Валітовим критеріїв, ставить поділ узгоджених дій на горизонтальні і вертикальні в залежність від «виду суб'єктів господарювання» [122, с.168]. З огляду на положення розділу II "Суб'єкти господарювання" ГК України існуючі види суб'єктів господарювання різняться в силу особливостей їх організаційно-правової форми, форми власності, порядку створення, управління, припинення, а також кількості працівників та доходів суб'єктів господарювання [34]. Критерій «виду суб'єктів господарювання» не дозволяє визначити горизонтальний або вертикальний вид узгоджених дій. Набагато доречніше говорити про види учасників узгоджених дій або суб'єктів ринку.

О.О. Бакалінська з посиланням на «чинне конкурентне законодавство» визначає, що горизонтальні та вертикальні узгоджені дії є саме формами узгоджених дій, а не їх видами [12, с.125]. Такий підхід видається помилковим, адже форми узгоджених дій чинне законодавство про захист економічної конкуренції встановлює в ст. 5 Закону.

І.Ф. Коломієць, С.Л. Оленюк досліджувану класифікацію ставлять в залежність «від характеру взаємовідносин учасників на ринку» [50, с.34]. Цей критерій також є досить абстрактним з огляду на неконкретний зміст терміну «характер», але він видається найбільш вдалим серед названих вище.

Відповідно до п. 1.3 Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, яку АМКУ фактично використовує як "Методику визначення ринку", «суб'єкти товарного ринку - суб'єкти господарювання, фізичні і юридичні особи, які продають, реалізують, постачають, виробляють, придбавають, споживають, використовують або можуть

продавати, реалізувати, постачати, виробляти, придбавати, споживати, використовувати товари на ринку з відповідними межами» [88].

Перелічені суб'єкти ринку взаємодіють на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на ринок, а відтак їхні взаємовідносини в межах та для узгоджених дій також різняться. Ці взаємовідносини може бути горизонтального типу, якщо учасники узгоджених дій «функціонують на одному рівні ланцюга постачання товару на ринок - тобто на етапі виробництва чи на етапі комерційного посередництва, або на етапі реалізації товару споживачам»; вертикального типу – при взаємовідносинах «на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на ринок, починаючи від виробництва до продажу кінцевому споживачу» [40, с.25].

З огляду на викладене, пропонуємо для поділу узгоджених дій на вертикальні та горизонтальні застосовувати класифікаційний критерій "типу взаємовідносин учасників узгоджених дій на ринку". Названий критерій є першоосновою поділу узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності на горизонтальні та вертикальні, а «реальна та потенційна можливість учасників узгоджених дій конкурувати між собою і така ж можливість їх перебування у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках» є похідними від названого нами. Застосування саме цього критерію допоможе зменшити регуляторні витрати АМКУ, оскільки дослідження типу взаємовідносин учасників узгоджених дій на ринку здійснюється не тільки для встановлення виду узгоджених дій, а також при оцінці мети або наслідків узгоджених дій.

Підсумовуючи викладене, обумовимо призначення кожного поділу з наведеної нами класифікації узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності: 1) поділ узгоджених дій за їх правомірністю здійснюється для того, щоб допомогти суб'єктам господарювання оцінити допустимі межі координації конкурентної поведінки або обмеження одне одного у здійсненні господарської діяльності; 2) поділ узгоджених дій за підходом до оцінки допомагає конкурентному відомству більш виважено оцінювати негативні наслідки певних узгоджених дій та оперативно протидіяти найбільш небезпечним

антиконкурентним узгодженим діям; 3) поділ узгоджених дій за типом задіяного ринку необхідний для оцінки мети та наслідків узгоджених дій; 4) поділ узгоджених дій на горизонтальні та вертикальні дозволяє визначити тип взаємовідносин учасників в межах та для узгоджених дій.

Останній поділ є найважливішим, адже від типу взаємовідносин учасників на ринку залежить допустимість горизонтальних або вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності при застосуванні однорідних обмежень в однакових формах.

## **2.2. Види узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності за типом взаємовідносин учасників узгоджених дій на ринку**

Узгоджені дії суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності за типом взаємовідносин учасників узгоджених дій на ринку поділяються на горизонтальні та вертикальні незалежно від форми їх здійснення.

Проте в ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" передбачено, що узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності здійснюються лише у формі угоди. Такий підхід зумовлений тим, що прототип національної норми – ст. 17 Закону проти обмежень конкуренції Федеративної Республіки Німеччина, передбачав правове регулювання саме угод щодо прав інтелектуальної власності, а не відповідних узгоджених дій.

Якщо досліджуваний нами поділ *узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності* на горизонтальні та вертикальні характеризує тип взаємовідносин між їх учасниками, то такий же поділ *угод щодо прав інтелектуальної власності* відображає специфіку самої угоди в силу особливостей її предмету та сторін.

І.А. Шуміло виділяє критерій «співвідношення ринкових позицій суб'єктів угод» і на основі нього горизонтальні угоди відносить до «угод укладених між конкурентами», а вертикальні до «угод між економічно залежними не конкурентами» [150, с.16]. Дійсно, між сторонами вертикальних угод існує певна економічна залежність. В.В. Резнікова пояснює це таким чином: «незважаючи на

формальну юридичну рівність сторін, між учасниками таких договорів виникають елементи підпорядкованості, хоча, з іншої точки зору, обидві сторони водночас залишаються абсолютно незалежними господарюючими суб'єктами» [106, с.88]. Проте в широкому розумінні горизонтальні угоди – це угоди між конкурентами, а вертикальні – між продавцем і покупцем тощо.

Теоретиками господарського права, зокрема О.М. Вінник, пропонується розуміння вертикального договору (угоди, зобов'язання) як укладеного «між нерівноправними суб'єктами - органом господарського керівництва та підпорядкованим йому підприємством» [27, с.281]. Для уникнення термінологічної плутанини, В.В. Резнікова, пропонує вертикальні угоди між суб'єктами господарювання визначати як «інтегративні» [106, с.88]. Такий підхід є дуже дипломатичним і в цілому правильним, але з огляду на конкурентно-правову специфіку нашого дослідження, необхідно прийняти до використання більш вживаний термін "вертикальна" угода, розуміючи при цьому «інтегративну».

Очевидним є те, що угоди про надання права використання об'єкта інтелектуальної власності або передачу права власності на об'єкт інтелектуальної власності необхідно відносити саме до вертикальних угод.

До того ж, німецький Закон проти обмежень конкуренції до приведення його у відповідність до європейського конкурентного законодавства передбачав норми стосовно ліцензійних угод саме в главі II "Вертикальні угоди" [174].

Однак, якщо ліцензійна угода укладена між конкурентами, то чи дозволяє це припустити що ця угода є горизонтальною?

Х. Ховенкамп ставить це питання на розгляд таким чином: «багато загроз для конкуренції представлені вертикальними практиками є "горизонтальними", в тому розумінні що вони пов'язані зі змовою, олігополією, виключенням конкурентів та іншими горизонтальними практиками. Це має означати що всі ліцензійні практики повинні бути класифіковані як горизонтальні. З іншого боку, майже всі угоди, які пов'язані з правами інтелектуальної власності, укладені між суб'єктами господарювання, які перебувають у формальних відносинах продавця

(ліцензіара) - покупця (ліцензіата). В такому випадку, чи не можна класифікувати такі домовленості як вертикальні?» [178, с.20-19].

В Антитрастовому керівництві по ліцензуванню інтелектуальної власності Міністерства юстиції та Федеральної торгової комісії США з цього питання викладено таку позицію: «Ліцензійні домовленості мають вертикальну складову, коли вони зачіпають види діяльності що перебувають в неконкуруючому відношенні, як це зазвичай буває в ліцензійних угодах. [...] відносини між ліцензіаром і його ліцензіатами або між ліцензіатами - горизонтальні, коли вони були би фактично або потенційно конкурентами на відповідному ринку за відсутності ліцензії» [189]. Дотримання такої позиції дозволяє знайти певну визначеність у досліджуваному питанні, але не дає відповіді на нього.

Міжнародна проблематика класифікації угод на горизонтальні та вертикальні полягає насамперед в складності визначення єдиного класифікаційного критерію. Причиною тому слугує те, що характеристика сторін угод як конкурентів, покупця і продавця, існування між ними відносин покупця-продавця або відносин економічної залежності – це все не однопорядкові ознаки видів угод, які майже неможливо підвести під один класифікаційний критерій.

Українське конкурентне законодавство відносить угоди до узгоджених дій як одну з форм останніх. Як вже зазначалося, поділ узгоджених дій на горизонтальні та вертикальні здійснюється в залежності від типу взаємовідносин учасників узгоджених дій на ринку. Тому зробимо лише уточнення, що коли мова йде про горизонтальні і вертикальні угоди, то критерієм їх поділу є тип взаємовідносин *сторін* угоди на ринку.

Горизонтальні та вертикальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності можуть здійснюватися у всіх можливих формах, зокрема, у вигляді 1) угоди; 2) прийняття рішення об'єднанням; 3) узгодженої поведінки; 4) створення (уповноваження) суб'єкта господарювання; 5) створення (уповноваження) або вступу до об'єднання.

Для того, щоб найповніше охопити всі можливі випадки здійснення горизонтальних і вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної

власності та надати переконливі аргументи, що їх вчинення можливе не лише в формі угоди (як це передбачено в ст. 9 Закону), пропонуємо їх розглянути в контексті всіх можливих форм.

### **2.2.1. Горизонтальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності**

Ставлення конкурентних відомств до горизонтальних узгоджених дій неоднозначне в силу багатьох факторів, але основним з них є вірогідність існування антиконкурентної змови під виглядом законної кооперації. Тим не менш, наприклад, в сфері науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт (далі – "НДДКР") та стандартизації подібне співробітництво визнається допустимим, а в деяких випадках і дуже потрібним (мережеві технології тощо).

На наше переконання, допустимість співробітництва між конкурентами потрібно оцінювати з позицій предмету узгодження їх поведінки, ринкової влади учасників та наслідків для конкуренції (і як ми далі побачимо для споживачів). Р. Познер також звертає на необхідність визначення схильності самого ринку до картелізації [66, с.380-383].

Для більшості узгоджених дій суб'єктів господарювання, які перебувають на одному етапі або рівні надходження товару на ринок, вищеназвані фактори підлягають встановленню та аналізу.

Оскільки надання права використання об'єктів інтелектуальної власності або передача права власності на об'єкти інтелектуальної власності між конкурентами підлягатимуть детальнішому розглядові разом з обмеженнями, які їх супроводжують, то в даному підрозділі пропонуємо зупинитися на найбільш складних випадках горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності. Це дозволить визначити характерні особливості для всіх горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності.

**1) угоди щодо прав інтелектуальної власності.** Найбільш поширена форма здійснення горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності. Основні цілі, які досягаються при укладанні таких угод співпадають з цілями ліцензування між конкурентами описаними в першому розділі

дослідження, а саме: «одержання гарантованого прибутку; компенсація фінансових затрат на проведення науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт; захоплення частини ринку, обмеження конкурентів; перевірка або вдосконалення технології, побудова партнерських відносин для подальшої спільної діяльності; можливість направлення ресурсів в іншу сферу діяльності, в той же час не відмовляючись від вже розробленої технології; зменшення податкового навантаження завдяки уступці ліцензії; зменшення строків освоєння нової технології; сприяння об'єднанню технологічної і комерційної діяльності сторін» тощо [21, с.13-14].

Угоди щодо прав інтелектуальної власності в своїй більшості є ефективними та допустимими. Керівництво по застосуванню ст. 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до горизонтальних угод про співпрацю (далі – "Керівництво") приділяє найбільшу увагу до прав інтелектуальної власності в контексті угод про стандартизацію та угод про НДДКР [171, с.26-35,55-72].

В Керівництві зазначається, що «угоди про НДДКР різняться в формах і змісті. Вони варіюються від аутсорсингу певних видів науково-дослідної та дослідно-конструкторської діяльності до спільного вдосконалення існуючих технологій, а також співпраці щодо досліджень, розробки і маркетингу абсолютно нових продуктів» [171, с.26].

Регламент Комісії (ЄС) по застосуванню ч. 3 ст. 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про НДДКР від 14 грудня 2010 року №1217/2010 (далі – "Регламент") встановлює груповий виняток на угоди про НДДКР та визначає умови його застосування [167]. Для застосування цього винятку висувуються такі загальні умови: 1) доступ до кінцевих результатів, в т. ч. об'єктів інтелектуальної власності, як тільки вони стануть доступними; 2) доступ до вже існуючих ноу-хау, якщо вони необхідні для впровадження досягнутих результатів; 3) будь-яке спільне впровадження може стосуватися лише тих результатів, які мають правову охорону як об'єкти інтелектуальної власності чи являють собою ноу-хау та необхідні для

виробництва обумовленої продукції або застосування обумовлених технологій; 4) сторони задіяні в виробництві обумовленої продукції шляхом спеціалізації, в контексті впровадження, повинні виконувати замовлення на поставку обумовленої продукції від інших сторін. Також існують додаткові умови щодо тривалості звільнення (період спільної науково-дослідної та дослідно-конструкторської діяльності та 7 років спільного впровадження) та порогових показників сукупної частки ринку конкуруючих суб'єктів господарювання (до 25%).

Ступінь та вид вкладу сторони в науково-дослідну або дослідно-конструкторську діяльність не має вирішального значення для поширення на відповідну угоду групового винятку, але якщо цей вклад занадто непропорційний, то іншій стороні повинна бути надана відповідна компенсація.

В свою чергу АМКУ 15 серпня 2012 року прийняв розпорядження № 557-р, яким було затверджено "Типові вимоги до узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно спільних науково-дослідних та/або дослідно-конструкторських робіт, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України" (далі – "Типові вимоги") [92]. Типові вимоги, на відміну від Регламенту, щодо об'єктів інтелектуальної власності переносять акцент з їх необхідності «для виробництва обумовленої продукції або застосування обумовлених технологій» на сприяння «техніко-технологічному, економічному розвитку», що звісно відповідає ст. 10 Закону в частині надання індивідуального винятку на здійснення узгоджених дій, але суперечить призначенню НДДКР. Крім того, додатково висувається не коректна вимога, що «спільні НДДКР здійснюються відповідно до визначеної мети та у визначеній галузі». Цю вимогу необхідно скасувати, оскільки вона суперечить суті винахідництва (об'єктом винаходу або корисної моделі може бути нове застосування відомого продукту чи процесу).

Завдання та зміст угод про стандартизацію Керівництво розкриває таким чином: «угоди про стандартизацію мають своїм головним завданням визначення технічних або якісних вимог до поточної або майбутньої продукції, виробничих

процесів, послуг або методів, яким вони мають відповідати. Угоди про стандартизацію можуть охоплювати різні питання, такі як стандартизація різних ступенів або розмірів певної продукції або технічних умов для продукції чи послуг, що представлені ринками, де сумісність і взаємодія з іншими продуктами або системами має важливе значення» [171, с.55].

Т.Г. Удалов відносить подібні стандарти до «факторів, істотних для функціонування ринку» та наводить приклад, що «встановлення суб'єктами господарювання нових галузевих стандартів [...] може істотно підвищити бар'єри входження на ринок або призвести до виходу з ринку суб'єктів господарювання – новачків» [122, с.169].

Законом України від 5 червня 2014 року № 1315-VII "Про стандартизацію" в ч. 1 ст. 16 передбачено, що: «підприємства, установи та організації мають право у відповідних сферах діяльності та з урахуванням своїх господарських і професійних потреб організовувати та виконувати роботи із стандартизації, зокрема: 1) розробляти, приймати, перевіряти, переглядати та скасовувати стандарти, кодекси ustalеної практики, технічні умови і зміни до них, установлювати процедури їх розроблення, прийняття, перевірки, перегляду, скасування та застосування; 2) застосовувати прийняті ними стандарти, кодекси ustalеної практики та технічні умови [...]» [102].

Відразу зауважимо, що ця норма суперечить положенням ст. 15 ГК України в частині визначення суб'єктів стандартизації. Це є наслідком недосконалого перекладу Регламенту (ЄС) Європейського Парламенту і Ради ЄС від 25 жовтня 2012 р. № 1025/2012 про європейську стандартизацію [185], де в суб'єктному складі згадується «undertaking», що дослівно перекладається як "підприємство", а змістовно відповідає поняттю "суб'єкт господарювання" [29, с.12]. Крім того для названих суб'єктів передбачаються лише права, а обов'язки залишаються не визначеними.

В ч. 2 ст. 25 цього ж закону визначено, що: «національний стандарт та кодекс ustalеної практики можуть розроблятися на продукцію, що є об'єктом стандартизації та одночасно об'єктом інтелектуальної або промислової власності,

якщо національний орган стандартизації отримав дозвіл від власника прав на продукцію в установленому законом порядку» [102]. Ця норма поширюється лише на національний орган стандартизації, а «підприємство» таким бути не може. Через суттєві вади національної стандартизації, стандартизація, яка здійснюється суб'єктами господарювання, не зазнала належного нормативного регулювання, а використання в процесі її здійснення об'єктів інтелектуальної власності взагалі проігноровано законодавцем.

В Керівництві щодо питання стандартизації з використанням прав інтелектуальної власності робиться наступне застереження: «учасник, який володіє правами інтелектуальної власності необхідними для впровадження стандарту може, в специфічному контексті встановлення стандарту, також набути контролю над використанням стандарту. Коли стандарт становить собою бар'єр для входу, така компанія може контролювати ринок продукції або послуг до яких стандарт відноситься. Це, в свою чергу, може дозволити таким компаніям поводити себе антиконкурентно, наприклад, коли володільці (*прав інтелектуальної власності – О.Х.*), після прийняття стандарту, будуть або через відмову у ліцензуванні необхідних прав інтелектуальної власності або через отримання надзвичайного доходу шляхом встановлення надмірно високих роялті запобігати, тим самим, ефективному доступу до даного стандарту. [...] Якщо участь у стандартизації є необмеженою і процедура прийняття стандарту прозорою, угоди про стандартизацію, які не містять зобов'язань дотримуватись стандарту і забезпечують доступ до стандарту на чесних, обґрунтованих і недискримінаційних умовах, зазвичай, не будуть обмежувати конкуренцію» [171, с.58,59].

Закон України "Про захист економічної конкуренції" для угод про стандартизацію між суб'єктами господарювання передбачає індивідуальний виняток (ч. 1 ст. 10). Учасникам узгоджених дій необхідно довести, що ці дії сприяють: «розробленню та застосуванню уніфікованих технічних умов або стандартів на товари».

Здебільшого стандартизація дійсно сприяє зростанню загального економічного добробуту, але, як ми вже побачили на прикладі прав інтелектуальної власності, прийняті стандарти можуть ставити в не вигідне становище суб'єктів господарювання, які бажають його застосовувати. Тому, на перший план повинно висуватися питання змісту стандарту, а не факту його «розроблення та застосування». Погоджуючись з тим, що кооперація між конкурентами щодо розробки, прийняття, перевірки, перегляду та скасування стандартів може призводити до антиконкурентних наслідків, вважаємо за необхідне відмовитись від підходу за яким такі дії потребують дозволу конкурентного відомства, оскільки це загрожуватиме придушенню ініціативи до приватної стандартизації, яка і так достатньо слабо розвинута в Україні [133, с.115].

Доведення сприяння необхідно перенести на наслідки застосування стандарту, тому пропонуємо на разі викласти п. 5 ч. 1 ст. 10 Закону таким чином: «застосуванню стандартів, кодексів ustalenoї практики, технічних умов на чесних, обґрунтованих і недискримінаційних умовах». В Законі України "Про стандартизацію" по тексту необхідно замінити «підприємства» на «суб'єкти господарювання» у відповідних відмінках, а також визначити вичерпний перелік їхніх обов'язків при встановленні стандартів.

Досить актуальним, зокрема, на ринках фармації, автомобілів та електроприладів, постає питання допустимості угод про утримання від розпоряджання або використання прав інтелектуальної власності.

І.І. Дахно аналізуючи судову практику США з цього питання зазначає наступне: «В принципі патентоволоділець не зобов'язаний використовувати предмет свого патенту. Мається на увазі ситуація, коли невикористання не є наслідком змови з іншими підприємцями. Придушення патенту вважається зловживанням ним, а також порушенням антитрестівського законодавства. Самостійне (без змови з іншими) рішення про відмову в наданні ліцензії не вважається ні зловживанням патентом, ні порушенням антитрестівського законодавства. Може вважатися зловживанням патентом (або груповим

бойкотом) ситуація, при якій патентоволоділець змовляється з невиключним ліцензіатом про ненадання додаткових ліцензій без попередньої згоди такого ліцензіата» [36, с.159].

Погоджуючись з цитованим автором, можемо зробити висновок, що угоди про утримання від розпоряджання або використання прав інтелектуальної власності є такими, що обмежують конкурентів в доступі до об'єктів інтелектуальної власності та покладають на споживачів тягар придбання застарілих або задорогих товарів.

Однак останнім часом в країнах ЄС та США виникла тенденція до утримання від використання об'єктів інтелектуальної власності у яких закінчився строк правової охорони за відповідну компенсацію з боку колишнього правовласника.

Для початку зауважимо, що об'єкт інтелектуальної власності для якого законом передбачений певний строк правової охорони після закінчення цього строку не перестає бути об'єктом інтелектуальної власності як таким. Відсутність правової охорони для об'єкта інтелектуальної власності свідчить про втрату правовласником майнових прав та неможливість їх захисту, а відтак будь-які зацікавлені особи можуть безперешкодно використовувати такі об'єкти інтелектуальної власності. Правовласник втрачає всі майнові права інтелектуальної власності, в тому числі і виключне майнове право забороняти використання об'єкта інтелектуальної власності.

З огляду на це, на деяких фармацевтичних ринках була вироблена практика укладання угод про протилежну оплату за патент (угод про плату за утримання). Правовласник, який бажав усунути конкурентів від використання свого винаходу, що втратив правову охорону, пропонував їм плату за утримання від цього. Тягар такої угоди лягає на споживачів, оскільки вони фактично платять за можливість правовласника уникнути конкуренції щодо своєї продукції.

Першою такою справою в Європейському Союзі була справа датської компанії Lundbeck, якій належав патент на антидепресант Citalopram. Розуміючи, що патент на цей лікарський засіб вже втратив правову охорону, компанія

Lundbeck домовилася з потенційними конкурентами, які готувалися до випуску генеричної версії цього препарату про утримання від його виробництва та продажів в обмін на відповідні платежі. Європейською комісією таку угоду було визнано антиконкурентною та такою, що порушує ст. 101 ДФЄС [160].

Віце-президент Європейської Комісії відповідальний за конкурентну політику Х. Алмунія прокоментував це рішення наступним чином: «Плата конкурентам за те, щоб вони залишалися поза ринком за рахунок європейських громадян не має нічого спільного з законною правовою охороною інтелектуальної власності: ця практика незаконна і Комісія буде боротися проти неї» [157].

В подальшому Комісією також були розглянуті подібні справи щодо компаній Johnson & Johnson і Novartis [159], а також французької фармацевтичної компанії Servier та п'яти виробників генеричних лікарських засобів [161].

В США подібні справи про утримання від розпорядження або використання прав інтелектуальної власності вже були відомі антитрастовим органам та судам, тому угоди про плату за утримання, безсумнівно, визнавалися такими що порушують антитрестівське законодавство [183]. Причиною такої впевненості також слугував сформований підхід до розгляду антитрестівських справ за яким конкуренція захищається не заради конкуренції, а на благо споживачів. Тому, оцінивши шкоду заподіяну споживачам, сумнівів щодо законності таких угод залишитися не могло.

В подальшому з ініціативи Федеральної торгової комісії (конкурентне відомство США) на розгляд Конгресу було представлено Акт про забезпечення доступу споживачів до генеричних препаратів, а також визначено боротьбу з такими угодами одним з основних напрямів її діяльності [184].

Однак, як вірно зауважили О. Мамуня та А. Ніколаєнко, «угоди про протилежну оплату за патент зазвичай не практикуються в Україні, і такий інститут ще не відображений в українському конкурентному законодавстві» [177, с.105]. Необхідно все ж попередити можливість здійснення подібних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності з огляду на зростаючу тенденцію в інших країнах світу.

**2) прийняття рішення об'єднанням щодо прав інтелектуальної власності.** Для визнання такої форми узгоджених дій горизонтальною, необхідно щоб всі члени об'єднання взаємодіяли на одному рівні або етапі ланцюга надходження товару на ринок. В іншому випадку можна говорити про вертикальний тип взаємовідносин учасників на ринку, а відтак про вертикальні узгоджені дії.

Оцінимо дієвість такої форми горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності через призму стандартизації. Міністерство юстиції і Федеральна торгова комісія США в спільній доповіді "Антитрастове законодавство та права інтелектуальної власності: стимулювання інновації та конкуренції" зазначають щодо цього наступне: «Процес встановлення галузевих стандартів характеризується різноманіттям. Зазвичай, суб'єкти господарювання співпрацюють з питань встановлення стандартів через організації, що здійснюють стандартизацію (SSO), з метою розроблення стандарту, який всі суб'єкти господарювання, незалежно від того чи приймають вони участь в цьому процесі, можуть використовувати в своїй продукції. [...] Суб'єкти господарювання, які обрали співпрацю через ці організації для розроблення та прийняття стандартів, можуть бути конкурентами у певній галузі» [158, с.33,34].

Такі організації разом з їхніми учасниками є *об'єднаннями* в розумінні Закону. Встановлений стандарт може застосовуватися учасниками об'єднання як добровільно, так і примусово.

Х. Ховенкамп та інші узагальнюють три напрями за якими подібні об'єднання можуть звинувачуватися в антиконкурентному використанні інтелектуальної власності при стандартизації: «По-перше, учасник невдоволений рішенням про прийняття (або неприйняття) стандарту може оскаржити це рішення як антиконкурентне. В контексті інтелектуальної власності такі звинувачення можуть висуватися будь-якими третіми сторонами проти організації, що здійснює стандартизацію, яка прийняла патентований стандарт, або патентовласниками невдоволеними через неприйняття їхнього стандарту. По-друге, відповідач може бути звинувачений в маніпулюванні процесом

стандартизації, як правило, для прийняття патентованої технології, але ймовірно і для того щоб запобігти її прийняттю. Нарешті, організації, що здійснюють стандартизацію, нерідко використовують формальні або неформальні механізми як примусове ліцензування або спільні захисні заходи для зменшення контролю з боку власника інтелектуальної власності над прийнятим ними стандартом» [178, с.35-7].

При цьому цитовані автори переконані, що «застосування підходу оцінки по суті (*per se*) неприйнятне щодо стандартизації» [178, с.35-18]. Тому в кожному окремому випадку антиконкурентного використання об'єктів інтелектуальної власності при стандартизації доречно застосовувати саме поглиблений підхід оцінки узгоджених дій (*rule of reason*).

Необхідність зваженого підходу до оцінки антиконкурентних ризиків стандартизації висвітлюється в справі *Golden Bridge Technology, inc. v. Motorola, inc.*, де компанія *Golden Bridge Technology* володіла патентом на технологію *Common Packet Channel*, яка дозволяла здійснювати передачу електронних інформаційних пакетів між мобільними пристроями, і будучи членом організації, що здійснює стандартизацію, під назвою *Third Generation Partnership Project (3GPP)*, спробувала оскаржити виключення її технології зі стандарту *3GPP* як такої що є застарілою та невикористовуваною [175].

Суд щодо цього зауважив наступне: «Відповідачами по апеляції надано докази того, що такі неформальні комунікації є важливою складовою процесу стандартизації, а також що *3GPP* стандарти приносять користь для ринку. [...] Стандарти встановлені *3GPP* дозволяють численним необхідним компонентам мобільного зв'язку працювати в сумісності. Потенціальні проконкурентні вигоди стандартів, які забезпечують технологічну сумісність, включають сприяння економії від масштабу на ринках супутніх товарів, зменшують витрати споживачів на пошук, і збільшують економічну ефективність. [...] Ми знаходимо це "аксіоматичним" що організації, які здійснюють стандартизацію, повинні виключати деяку продукцію, і такі виключення самі по собі не становлять порушення конкурентного законодавства» [175].

Це рішення яскраво демонструє, що поведінка, яка ззовні підпадає під всі ознаки антиконкурентної, для цілей стандартизації, може знайти своє виправдання через досягнення загального блага. Фактично, в цій справі суд прийняв рішення на користь споживачів, а не організації, що здійснює стандартизацію, або її учасників.

**3) узгоджена поведінка щодо прав інтелектуальної власності.** Виявити таку форму горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності вкрай складно і стосуються вони переважно необумовленого завищення розміру роялті на ринках технологій, медіа продукції тощо.

Теоретично результатом узгодженої поведінки також можна назвати утримання від певних НДДКР або їх впровадження, що яскраво ілюструється придушенням автовиробниками розвитку індустрії електромобілів в США на початку 2000-х років і навіть раніше [194].

**4) створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності.** Як ми вже зазначали, в першому розділі дослідження, правильніше говорити про створення або уповноваження суб'єкта господарювання, який здійснює координацію узгодженої поведінки щодо прав інтелектуальної власності.

Така форма горизонтальних узгоджених дій використовується переважно в наукових дослідженнях та спільних розробках, при трансфері технологій, а також при комерціалізації об'єктів авторського права і суміжних прав.

Керівництво прямо передбачає, що НДДКР «можуть здійснюватися в формі угод про кооперацію або спільно контрольованих компаній» [171, с.26]. В Типових вимогах також передбачено, що НДДКР вважається спільно здійсненою якщо «проводиться спільно створеним колективом, підприємством, установою чи організацією» [92].

Крім того, створення таких суб'єктів господарювання є досить ефективною формою трансферу технологій. П.М. Цибульов акцентує увагу на тому, що «такі підприємства можуть бути організовані як за участю декількох науково-дослідних організацій, так і за участю промислових підприємств. [...] Спільні підприємства

можуть займатись як дослідженнями, так і виробництвом інноваційної продукції. Участь в спільних підприємствах зарубіжних партнерів значно полегшує трансфер технологій між країнами» [143].

Досить цікавими видаються досліджувані вид та форма узгоджених дій саме в сфері авторського права і суміжних прав. Яскравим прикладом визначення їх ефективності та допустимості є справа *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* [163]. Телевізійна мережа CBS подала антитрастовий позов проти агентств, які збирали ліцензійні платежі для композиторів та інших правовласників. Позивач стверджував, що система збирання єдиної плати за видачу загальних ліцензій на виконання музичних композицій становила собою незаконне фіксування цін.

Р. Познер щодо подібних «компаній, котрі займаються захистом авторських прав у сфері музики [...] просуваючи на ринок права на виконання музичних композицій» зазначає наступне: «Кожна з організацій, що забезпечує виконання прав музикантів, за суттю є агенцією, що через неї відбуваються всі продажі продукції композиторів, і ця агенція усуває цінову конкуренцію між ними – подібно до єдиної агенції з продажів, заснованої традиційним картелем. Можливо, внаслідок цього композитори отримують більші доходи, ніж у випадку конкуренції між собою [...]. З іншого боку, витрати радіостанцій та інших посередників-покупців музики на індивідуальну роботу з композиторами були б зависокими, отже "картельна" платня за загальну ліцензію є набагато нижчою, ніж ціна, що її шукають за право транслювати музику на повністю конкурентному ринку. (Це непогана ілюстрація того, що конкуренція як ефективний перерозподіл ресурсів – це не те саме, що суперництво)» [66, с.388].

М.Ю. Потоцький також звертає увагу на те, що «організації, що здійснюють колективне управління авторськими та суміжними правами, створюються для практичної реалізації цих прав у тих сферах, в яких укладання індивідуальних договорів [...] стає неможливим або не вигідним» [74, с.120,121].

Саме високий коефіцієнт ефективності колективного управління авторськими та суміжними правами дозволяє зробити позитивний висновок з

питання допустимості таких узгоджених дій навіть за формальної відсутності цінової конкуренції між правовласниками. «Загалом, - як зазначають конкурентні відомства США, коментуючи механізм організації таких заходів, - ліцензійні угоди підтримують подібну інтеграцію тому, що вони сприяють поєднанню інтелектуальної власності ліцензіарів з додатковими факторами виробництва, які належать ліцензіату. Обмеження в ліцензійній угоді може сприяти такій інтеграції через, наприклад, поєднання стимулів ліцензіара і ліцензіатів щодо сприяння розвитку і маркетингу ліцензованої технології, або істотного скорочення трансакційних витрат» [189].

Однак виникає питання щодо того, чи не є подібні узгоджені дії вертикальними в тому розумінні, що Broadcast Music, Inc. і композитори перебували на різних рівнях ринку? Х. Ховенкамп та інші аналізуючи подібну справу *United States v. Apple, Inc.* [192] приходять до такого висновку: «У той час як змова між ліцензіарами для послаблення конкуренції та підвищення роздрібних цін явно є горизонтальною фіксацією цін, рішення по справі Apple дозволяє припустити, що поведінка ліцензіата, який виступив координатором картелю для групи конкуруючих власників ІВ також підпадатиме під правило оцінки по суті (*per se*) щодо горизонтальної фіксації цін. Хоча ліцензіат перебуватиме у вертикальних відносинах з кожним із ліцензіарів, загальна схема, по суті, є горизонтальною, якщо власники ІВ конкуренти» [178, с.31-16.2]. Безумовно, цей висновок можна визнати аксіоматичним.

**5) створення (уповноваження) або вступ до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності.** Самим яскравим прикладом такої форми узгоджених дій можна назвати створення або вступ до організацій, що здійснюють стандартизацію з метою координації конкурентної поведінки. Саме можливість існування подібної мети в організації, що здійснює стандартизацію, та її учасників викликає певне занепокоєння в конкурентних відомств. Серед ризиків координації конкурентної поведінки організацією, що здійснює стандартизацію, видаються можливими підвищення ціни на стандартизовану продукцію або послугу, зменшення

асортименту представленого на певному ринку, що призводить до зменшення аналогів та заміників для споживачів, а також змови під прикриттям процесу стандартизації.

Для цілей розробки стандартів організації, що здійснюють стандартизацію, можуть отримувати від учасників інформацію щодо належних їм об'єктів інтелектуальної власності та особливостей їх використання. Так само певні об'єкти інтелектуальної власності можуть бути внесені до стандарту, що призведе до необхідності одержання ліцензії від правовласника всім суб'єктам господарювання, які бажають відповідати прийнятому стандарту.

Певною мірою під цю форму можна підвести створення або вступ до "патентного пулу". «Патентні пули зазвичай створюються коли кожен з групи патентовласників вирішить ліцензувати певні свої патенти один одному і третім особам колективно» [158, с.64].

Патентний пул подібний до перехресного ліцензування, однак І.І. Дахно розтлумачує ці два поняття таким чином: «"Патентний пул" - це таке явище, коли значна кількість володільців патентів погоджується ліцензувати патенти між учасниками пулу і/або передає такі патенти третій особі (холдинговій компанії) для надання нею ліцензій третім особам. Перехресне ліцензування - це надання ліцензій на різні патенти між двома або більше сторонами» [36, с.162]. Здійснення учасниками узгоджених дій перехресного ліцензування відповідатиме формі угоди.

Питання вступу до патентного пулу залежить перш за все від його виду, адже, як зазначає цитований автор, вони «бувають "відкритими" і "закритими"» [36, с.162]. Очевидно, що до закритого патентного пулу вступити значно складніше, тому узгоджені дії щодо такого виду патентного пулу зазвичай стосуватимуться лише його створення.

В спеціальному звіті Всесвітньої організації інтелектуальної власності йдеться про те, що «патентні пули були предметом триваючих дискусій як з правової, так і з економічної точки зору. З одного боку, патентні пули можуть позитивно впливати на конкуренцію та інновації. Обмінюючись активами

інтелектуальної власності, компанії можуть розробляти нову продукцію і скоротити свої трансакційні витрати. З іншого боку, за певних обставин, патентні пули можуть забезпечити підґрунтя для антиконкурентної поведінки: як і будь-яка кооперація між конкурентами, вони пов'язані з невід'ємним ризиком змови. Іншими словами, патентний пул може розглядатися як картель. Крім того, можуть існувати пов'язані з конкуренцією проблеми щодо ліцензійних практик та обмежень, якими вони супроводжуються. Так звані "патентні хащі" (тобто перекривання патентних прав контрольоване правовласниками, яке змушує новаторів досягати ліцензійних домовленостей для декількох патентів від декількох джерел) можуть призвести до збільшення трансакційних витрат і до замороження розробки нових продуктів» [182].

На відміну від організацій, що здійснюють стандартизацію, ефективність патентних пулів залишається малодослідженою та потребує ретельного аналізу в кожному окремому випадку. Тим не менш, патентні пули заслуговують на визнання їх допустимими, особливо у високотехнологічних галузях економіки.

Узагальнюючи викладене, визначимо характерні особливості горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності: 1) впливають безпосередньо з використання або розпорядження правами інтелектуальної власності. Тобто, використання або розпорядження правами інтелектуальної власності є основним предметом горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності. В деяких випадках основним предметом може бути утримання від використання або розпорядження правами інтелектуальної власності; 2) зазвичай вважаються допустимими при здійсненні НДДКР, колективному управлінні авторськими та суміжними правами і створенні відкритих патентних пулів; 3) містять значні антиконкурентні ризики при стандартизації. Це пов'язано з тим, що стандарти можуть призводити до технічного регресу та виключення конкурентів через високу ціну ліцензування прав інтелектуальної власності або інші бар'єри в застосуванні стандарту; 4) форма укладання угод щодо прав інтелектуальної власності є загальною для горизонтального типу взаємовідносин учасників і може бути використана в будь-

якій сфері; форма прийняття рішення об'єднанням щодо прав інтелектуальної власності характерна для організацій, що здійснюють стандартизацію; форма узгодженої поведінки щодо прав інтелектуальної власності може здійснюватися щодо НДДКР і на задіяних ринках прав інтелектуальної власності; форма створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності, характерна при колективному управлінні авторськими та суміжними правами і НДДКР; форма створення (уповноваження) або вступу до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності, характерна для організацій, що здійснюють стандартизацію, і патентних пулів.

### **2.2.2. Вертикальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності**

Вертикальні узгоджені дії суб'єктів господарювання дотепер виступають предметом тривалих дискусій. Не дивлячись на те, що горизонтальна співпраця несе в собі більший ризик обмеження (недопущення, усунення) конкуренції, обмеження, що приймаються суб'єктами господарювання, які перебувають на різних етапах або рівнях надходження товару на ринок можуть стати причиною значних втрат для споживачів або інших суб'єктів господарювання, які не зв'язані такими домовленостями.

Європейською Комісією в 2010 році прийнято оновлене Керівництво з вертикальних обмежень, у вступі до якого зазначається, що «для більшості вертикальних обмежень, питання пов'язані з конкуренцією можуть виникнути тільки тоді, коли існуюча конкуренція недостатня на одному або більше рівнях торгівлі, тобто, якщо є певний рівень ринкової влади на рівні постачальника чи покупця, або на обох рівнях. Вертикальні обмеження, як правило, менш шкідливі ніж горизонтальні обмеження і можуть забезпечувати значніший обсяг ефективності» [166, с.4]. При цьому не варто вважати ефективність вертикальних обмежень економічною аксіомою, адже вертикальні узгоджені дії також можуть бути антиконкурентними, що впливає з мети їх учасників або наслідків.

При розгляді форм вертикальних узгоджених дій, перш за все, виникає питання щодо можливості їх здійснення у вигляді "створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки" та "створення (уповноваження) або вступу до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки". Інакше кажучи, питання полягає в тому, чи можуть суб'єкти господарювання при вертикальному типі взаємовідносин застосовувати метод координації конкурентної поведінки. АМКУ, згідно п. 1.4 Типових вимог [93], вважає що можуть. Якщо брати за основу широке розуміння конкурентної поведінки, то з позицією Комітету варто погодитися. Необхідно лише розуміти, що термін «координація» не тотожний терміну "уніфікація".

Вертикальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності зазвичай ініціюються суб'єктами господарювання, яким належать відповідні права інтелектуальної власності (правовласниками). Головними цілями при цьому є територіальне розширення господарської діяльності або збільшення обсягу збуту товарів. С.В. Шкляр та Н.А. Іваницька зазначають, що «об'єктивні переваги у конкуренції можуть бути досягнуті за допомогою [...] просування товарів і послуг за межами національного ринку за допомогою побудови ефективної системи дистрибуції, заснованої, в тому числі, і на угодах про передачу прав використання на ОІВ та ін.» [149, с.43].

Надання права використання об'єктів інтелектуальної власності (ліцензування) є досить поширеною практикою у дистриб'юторських, франчайзингових та інших відносинах господарського посередництва і торгової діяльності. Передача права власності на об'єкти інтелектуальної власності може бути предметом вертикальних узгоджених дій у випадках здійснення НДДКР на замовлення, а також у випадках міжнародного посередництва або торгівлі, якщо виробник (головний постачальник) бажає звільнити себе від обов'язку підтримання правової охорони або захисту об'єктів інтелектуальної власності на території певної держави [131, с.120].

**1) угоди щодо прав інтелектуальної власності.** Вертикальні угоди залишаються найбільш складною та найменш дослідженою категорією правового інституту узгоджених дій як в Україні, так і за її межами.

К.В. Смирнова з приводу розвитку правового регулювання вертикальних угод в ЄС зазначає наступне: «Історично всі типи вертикальних угод розвивалися за такою схемою. Спочатку окремі фундаментальні індивідуальні рішення Комісії, а частіше Суд ЄС, виявляли основні принципи. Згодом Комісія прийняла регламенти про групові звільнення, що підвищили юридичну точність угод. Ще пізніше Комісія здійснила спрощення та кодифікацію всього матеріалу шляхом прийняття регламенту про групові звільнення у дуже загальній формі, Регламент Комісії № 330/2010 від 20 квітня 2010 року, щодо застосування Ст. 101 (3) ДФЄС до категорій вертикальних угод та узгодженої практики, який вступив в силу з 1 червня 2010 року» (далі – "Регламент") [113, с.76].

Щодо прав інтелектуальної власності вказаним Регламентом передбачено, що встановлений ним груповий виняток «застосовується до вертикальних угод, що містять положення, які стосуються передачі покупцю або використання покупцем прав інтелектуальної власності за умови, що ці положення не є основним предметом таких угод і безпосередньо пов'язані з використанням, продажем або перепродажем продукції або послуг покупцем або його клієнтами» [169, с.4]. Тобто груповий виняток застосовується до вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, які мають комплементарний характер.

Керівництвом з вертикальних обмежень передбачено, що для застосування цього винятку «до вертикальних угод, що містять положення про права інтелектуальної власності, повинні виконуватись п'ять умов: 1) положення про права інтелектуальної власності повинні бути частиною вертикальної угоди, яка являє собою угоду за якою сторони можуть придбати, продати або перепродати певну продукцію або послуги; 2) права інтелектуальної власності повинні бути передані або ліцензовані покупцю; 3) положення про права інтелектуальної власності не повинні становити основного предмету угоди; 4) положення про

права інтелектуальної власності повинні бути безпосередньо пов'язані з використанням, продажем або перепродажем товарів чи послуг покупцем або його клієнтами; 5) положення про права інтелектуальної власності у зв'язку з угодою щодо продукції або послуг, не повинні містити обмежень конкуренції, які мають той же предмет вертикальних обмежень, які не підпадають під групове звільнення згідно Регламенту» [166, с.9].

Крім того, Регламентом додатково передбачено допустимість встановлення «будь-якого прямого або непрямого зобов'язання покупця після припинення угоди не виробляти, не купувати, не продавати чи не перепродавати продукцію або послуги», якщо таке «зобов'язання необхідне для охорони ноу-хау наданого постачальником продавцю» до моменту вступу такого ноу-хау в «суспільне надбання» [169, с.6]. Допустимість встановлення подібних обмежень виправдовується особливістю правової охорони ноу-хау, яка полягає в таємничості цього об'єкта інтелектуальної власності.

Отже, груповий виняток на вертикальні угоди щодо прав інтелектуальної власності в законодавстві ЄС поширюється лише на ті угоди, де передача права власності або надання права використання об'єкта інтелектуальної власності не є єдиним предметом такої угоди, а лише підпорядковується основному предмету угоди – використанню, продажу або перепродажу товарів.

Такий підхід очевидно відрізняється від того, який представлений в Україні, а також в США, але в США і системи групових винятків в нашому розумінні немає як такої.

Самим яскравим прикладом угод, пов'язаних з використанням, продажем або перепродажем товарів з одночасною передачею права власності або наданням права використання об'єктів інтелектуальної власності можна назвати дилерські, дистриб'юторські, агентські та інші угоди пов'язані з торговим посередництвом і торговою діяльністю. Такі угоди є нетрадиційними в системі вітчизняного договірної права і вперше почали застосовуватися іноземними суб'єктами господарювання, які розширювали свою господарську діяльність на територію України.

С.М. Бервено та Р.А. Майданик влучно зазначають, що «особливість дилерського договору полягає в тому, що купівля-продаж здійснюється не під умову (відкладальну чи скасувальну), а під зустрічне зобов'язання дилера (покупця) здійснювати послуги з просування такого чи аналогічних товарів на відповідному ринку. Потреба у формуванні цього нового для нашого права типу договору зумовлена ускладненням умов конкуренції та вимог до реалізації та обслуговування окремих груп товарів. Виробники та оптові продавці, зацікавлені в стабільних продажах товарів, йдуть на надання пільгових умов покупцю (знижки продажної ціни, безоплатне надання послуг післягарантійного обслуговування тощо) під зобов'язання оптових покупців (дилерів) надавати рекламні, інформаційні, сервісні (ремонтні, консультаційні тощо) послуги з просування поставлених і майбутніх до продажу товарів» [42, с.402].

В.В. Резнікова вказує на необхідність розмежування дистриб'юторської і дилерської діяльності як господарського посередництва від звичайної торговельної діяльності з огляду на наступне: «господарська ж діяльність як дистриб'ютора, так і дилера, кожен з яких діє не в інтересах клієнта, а лише у власному підприємницькому інтересі – це не посередництво, а самостійна торговельна діяльність, при здійсненні якої кожен з них стає власником придбаного товару, виступає стороною укладених угод та несе всі зобов'язання за ними» [107, с.12].

Однак, як за першого, так і за другого випадку побудови відносин "дистриб'ютора" чи "дилера" з виробником (головним постачальником) бажаною є передача права власності або надання права використання об'єкта інтелектуальної власності, які супроводжують діяльність останніх (знаки для товарів і послуг, об'єкти авторського права тощо).

Наприклад, показовою є справа польської компанії Komandor С.А. проти українського Приватного підприємства "Командор", яка розглядалася Господарським судом міста Києва та Київським апеляційним господарським судом протягом 2013-2014 років. ПП "Командор" вважало, що воно тривалий час співпрацювало з компанією Komandor С.А. і тому має право на використання

торговельної марки та об'єктів авторського права останнього. Проте суди першої і апеляційної інстанції не погодилися з таким припущенням відповідача: «Відповідачем не надано суду [...] доказів надання позивачем дозволу на використання [...] прав на знак та фотографії в установленому законом порядку. Позивач надання таких дозволів заперечує. За таких обставин колегія суддів погоджується з висновком місцевого суду, що відповідач використовує у своїй діяльності знак для товарів та послуг KOMANDOR та фотографії, розміщені на його сайті, без належних для цього правових підстав» [71]. Висловлена правова позиція свідчить про те, що проста наявність договірних відносин між контрагентами не породжує правових підстав для використання стороною прав інтелектуальної власності іншої сторони.

Наступна частина вертикальних угод щодо прав інтелектуальної власності пов'язана з франчайзинговими угодами. Мова йде саме про франчайзингові угоди, а не договори комерційної концесії, адже, як зауважує Єрьомін О.О., «виходячи з сутності цих договорів, їх не можна розглядати як синоніми. Франчайзинг передбачає більш високий рівень взаємодії між власником прав і підприємцем, який отримує право на використання виключних прав, в тому числі імперативно встановлену підтримку» [45, с.16]. Хоча, доки не здійснено законодавчого розмежування, договір франчайзингу можна вважати синонімом договору комерційної концесії.

О.А. Беляневич зазначає, що «у міжнародній практиці та в діяльності різних франчайзингових організацій під договором франчайзингу розуміється такий договір, за яким правоволоділець надає користувачеві на оплатних засадах комплекс виключних прав (на використання його фірмового найменування, товарного знаку чи знаку обслуговування та охоронювану комерційну таємницю - "ноу-хау" тощо) й надає постійне консультативне сприяння в організації бізнесу» [17, с.57]. Така точка зору видається більш ніж правильною, але зауважимо, що ототожнювати «охоронювану комерційну таємницю» і «ноу-хау» не можна, це різні об'єкти інтелектуальної власності з різними умовами правової охорони.

Є.І. Ходаківський та інші визначають, що «економічною передумовою розвитку франчайзингу є потреба в розширенні підприємницької діяльності з мінімальними матеріальними витратами з боку франчайзера. Представники малого бізнесу, створюючи підприємства на умовах франчайзингу на свої власні кошти і одержуючи за відповідну плату права на використання об'єктів інтелектуальної власності франчайзера, тим самим фінансують розширення бізнесу останнього в обмін на можливість брати участь у конкурентоспроможному бізнесі під ім'ям франчайзера. Франчайзинг доцільний для галузей, що мають велику кількість послуг з персональним обслуговуванням, таких, як харчоторг, готельний бізнес, автопослуги і т.д.» [126, с.104].

Одержання належного комплексу прав інтелектуальної власності є обов'язковою умовою договорів франчайзингу. Наведене підтверджується судовою практикою. В справі Міського комунального підприємства "Основаніє" проти Товариства з обмеженою відповідальністю "Міські комунікаційні системи", яка розглядалася в 2015 році Господарським судом Запорізької області та Донецьким апеляційним господарським судом, позивачем було здійснено спробу визнати недійсним договір про надання послуг. Позивач вказував на те, що оскільки за спірним договором надавалися права на використання програмного забезпечення, то цей договір за своєю суттю є договором комерційної концесії, а відтак на нього поширюються підстави недійсності (нікчемності) для договорів комерційної концесії. Апеляційний суд не підтримав це твердження, вказавши наступне: «відповідно до ст. ст. 366-376 Господарського кодексу України та ст. ст. 1115-1129 Цивільного кодексу України договір комерційної концесії це - вид зобов'язань між суб'єктами господарювання, коли одна сторона (франчайзер) передає іншій стороні (франчайзі) за оплату (роялті) право на певний вид бізнесу, використовуючи розроблену бізнес-модель його ведення. Це розвинена форма ліцензування, при якій одна сторона (франчайзер) надає іншій стороні (франчайзі) відшкодувальне право діяти від свого імені, використовуючи товарні знаки і/або бренди франчайзера. З огляду на наведене, такий договір передбачає використання комплексу наданих користувачеві прав, ділової репутації і

комерційного досвіду право володільця в певному обсязі, із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери підприємницької діяльності. Таким чином, договір комерційної концесії припускає наявність бізнес-системи, яку правоволодільець дозволяє експлуатувати користувачеві, тобто видає йому свого роду ліцензію на це. Натомість, спірний договір не містить умов щодо передачі комплексу прав на торговельні марки, промислові зразки, винаходи, твори, комерційні таємниці тощо, а також ділової репутації і комерційного досвіду, та, відповідно не містить умов щодо передачі будь-якої розробленої бізнес-системи» [70]. Отже, необхідно чітко розмежовувати надання права використання об'єктів інтелектуальної власності, які використовуються у певних товарах, та надання права використання об'єктів інтелектуальної власності, які формують торговий вигляд та бізнес-систему франчайзера. Саме надання права використання останніх є відмінною ознакою договорів комерційної концесії загалом, та договору франчайзингу зокрема.

Загалом, як зазначають С.М. Бервено та Р.А. Майданик, «в міжнародній практиці виділяють п'ять видів угод про франчайзинг: прямий франчайзинг; франчайзинг через філію або дочірнє підприємство; угода про просування в даній галузі; мастер-угода про франчайзинг; франчайзинг через спільне підприємство» [42, с.384]. Хоча правильніше вести в даному контексті мову про "види франчайзингу", а не «види угод про франчайзинг», адже до останніх можна віднести лише прямий франчайзинг, угоду про просування в даній галузі та мастер-угоду про франчайзинг.

І.І. Дахно звертає увагу, що «антимонопольного законодавця на Заході вже певний час хвилює запитання: "До якої міри франчизіат у своїй діяльності обмежується франчизною угодою?". Зрозуміло що неминуче таке питання рано чи пізно стане актуальним і для України» [37, с.154]. І з огляду на підписання Угоди про асоціацію України та ЄС таки стало [120].

В Керівництві з вертикальних обмежень передбачено, що «ліцензування прав інтелектуальної власності, що містяться в франчайзингових угодах, охоплюється Регламентом подібно до інших вертикальних угод, які містять

положення про права інтелектуальної власності. Для вертикальних обмежень купівлі, продажу та перепродажу продукції або послуг у франчайзингових угодах, таких як селективна дистрибуція, зобов'язання не конкурувати або ексклюзивна дистрибуція, Регламент застосовується якщо частка на ринку не перевищує 30%. Керівництвом до таких обмежень при франчайзингу додатково висуваються два специфічні зауваження: 1) найбільш значимим є трансфер ноу-хау, більш ймовірно, що обмеження підвищать ефективність і/або є необхідними для захисту ноу-хау і вертикальні обмеження підпадуть під ч. 3 ст. 101 ДФЄС; 2) зобов'язання не конкурувати щодо продукції або послуг, придбаних франчизіатом, виходить за межі змісту ч. 1 ст. 101 ДФЄС, коли таке зобов'язання необхідне для підтримки спільної ідентичності та репутації франчайзингової мережі. В таких справах зобов'язання не конкурувати не повинно підпадати під ч. 1 ст. 101 ДФЄС протягом часу, доки воно не перевищує тривалість самої франчайзингової угоди» [166, с.39,40].

Отже, питання впливу на конкуренцію франчайзингових угод, а також дилерських, дистриб'юторських та інших угод господарського посередництва і торгової діяльності, повинно розглядатися в основному з двох позицій - ринкової влади сторін та застосованих обмежень [131, с.121].

Необхідно також обумовити особливості вже досліджуваних нами угод про НДДКР та угод про стандартизацію, які укладаються суб'єктами господарювання при вертикальному типі взаємовідносин на ринку.

Застосування групового винятку, відповідно до Регламенту про НДДКР, для вертикальних угод про НДДКР, на відміну від горизонтальних, не залежить від порогових показників сукупної частки ринку сторін такої угоди [167, с.40]. В Україні групового винятку для вертикальних узгоджених дій щодо НДДКР не передбачено взагалі, що є досить дивним з огляду на існування такого винятку для горизонтальних узгоджених дій щодо НДДКР [92].

Угоди про стандартизацію здебільшого укладаються суб'єктами господарювання при горизонтальному типі взаємовідносин на ринку. Проте «стандартні умови розроблені індивідуально компанією лише для власного

використання при укладанні договорів зі своїми постачальниками або клієнтами не є горизонтальними угодами», а вважаються вертикальними і в них також може передбачатися використання об'єктів інтелектуальної власності [171, с.56].

**2) прийняття рішення об'єднанням щодо прав інтелектуальної власності.** Визначення «об'єднання» в законодавстві про захист економічної конкуренції відрізняється від більш вузького визначення «об'єднання підприємств» передбаченого в ГК України. Причина такої відмінності полягає в необхідності визначення дійсних намірів учасників узгоджених дій та єдиних економічних одиниць у вигляді груп суб'єктів господарювання.

Хоча В.О. Джуринський притримується позиції, що «терміном “господарське об'єднання” в ГК України та в інших законах, а також у теорії господарського права та в господарській практиці доцільно позначати будь-яке об'єднання суб'єктів господарювання, а не лише об'єднання підприємств, оскільки останнє є лише одним із видів об'єднань суб'єктів господарювання» [2, с.133-134].

Неоднорідність об'єднань потребує їх поділу на види. Як зазначають В.С. Щербина та А.Я. Пилипенко: «Види об'єднань - це їх класифікація за певними матеріальними та юридичними критеріями з урахуванням законодавчих визначень» [63, с.98].

Не дивлячись на те, що ГК України передбачено лише один класифікаційний критерій поділу об'єднань на види - «залежно від порядку заснування», в теорії господарського права пропонується визначати види господарських об'єднань також «за галузевою ознакою», як це пропонує робити О.М. Вінник [27, с.167].

Це є гарним свідченням того, що представляючи певну галузь учасники об'єднання можуть перебувати на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на ринок, а поєднуючим їх фактором може бути, наприклад, галузь економіки в якій вони здійснюють свою господарську діяльність. Відтак такі об'єднання є вертикальними (або змішаними в значенні Типових вимог,

затверджених АМКУ, якщо об'єднання налічує більше двох "різноетапних" або "різномірних" учасників) [93].

Прикладом такого об'єднання можна назвати Асоціацію дистриб'юторів, виробників і продавців професійного звукового та світлового обладнання, музичних інструментів [6].

Подібні об'єднання можуть приймати рішення про застосування стандартів, які передбачають використання об'єктів інтелектуальної власності, або погоджувати утримання від використання певних об'єктів інтелектуальної власності чи ліцензування суб'єктам господарювання, які не є членами такого об'єднання.

Тим не менш, наприклад, діяльність Асоціації "ДжіЕс1 Україна" складно охопити межами однієї або декількох галузей, адже її учасники представлені майже на всіх товарних ринках. «GS1 Україна є єдиним офіційним представником в Україні міжнародної організації GS1 - провідної світової організації з розробки та впровадження весвітніх стандартів і рішень, які підвищують ефективність і прозорість виробництва, постачання та торгівлі» [81]. До неї можуть входити як виробники, так і постачальники або продавці будь-якого рівня чи ринку.

**3) узгоджена поведінка щодо прав інтелектуальної власності.** Про узгоджену поведінку в вертикальних узгоджених діях говорити досить складно, особливо щодо прав інтелектуальної власності. Тим не менш, як приклад, можна назвати не обумовлену протидію паралельному імпорту з боку авторизованих імпортерів за допомогою витіснення з ринку неавторизованих постачальників на підставі неправомірного використання об'єктів інтелектуальної власності в імпортованих товарах.

Не дивлячись на те, що більшість господарських судів схиляється до міжнародно-правового режиму вичерпання прав інтелектуальної власності, безпідставні судові позови поєднані з заходами їх забезпечення можуть усунути значну частину "сірих" імпортерів з ринку незалежно від результатів розгляду справи. Також протидія паралельному імпорту здійснюється шляхом включення правовласниками об'єктів інтелектуальної власності до "Митного реєстру об'єктів

права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону" [90]. Певний тиск на неавторизованих постачальників можуть здійснювати і правоохоронні органи на підставі заяв від правовласників про вчинення злочинів, передбачених ст. 176 "Порушення авторського права і суміжних прав" та ст. 177 "Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію" Кримінального кодексу України [53].

Також Європейська Комісія, відповідно до Регламенту про вертикальні угоди, може «декларувати, що там, де паралельні мережі схожих вертикальних обмежень охоплюють понад 50% відповідного ринку, Регламент не повинен застосовуватися до вертикальних угод, які містять конкретні обмеження пов'язані з таким ринком» [169, с.6]. Існування такої паралельної мережі вертикальних обмежень може бути результатом саме узгодженої поведінки, в тому числі щодо прав інтелектуальної власності.

Регламент про застосування ч. 3 ст. 101 ДФЄС до категорій вертикальних угод та узгоджених практик в автомобільній галузі деталізує подібне положення таким чином: «При визначенні того, чи повинні пільги, встановлені цим Регламентом, бути відкликани [...], надзвичайно важливими є антиконкурентні наслідки, які можуть виникнути внаслідок існування паралельних мереж вертикальних угод, що значно обмежують доступ до відповідного ринку або конкуренції на ньому. Такі кумулятивні ефекти можуть, наприклад, виникнути у випадку системи вибіркової дистрибуції або зобов'язання про утримання від конкурентних дій. З метою посилення нагляду над паралельними мережами вертикальних угод, які мають подібні антиконкурентні наслідки та на які припадає більше 50 % окремого ринку, Комісія шляхом прийняття регламенту може визнати цей Регламент таким, що не застосовується до вертикальних угод, що містять спеціальні обмеження, пов'язані з відповідним ринком, таким чином відновлюючи повне застосування ст. 101 Договору до таких угод» [170, с.54,55].

**4) створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності.**

На перший погляд, гарним прикладом цієї форми вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності можна назвати «франчайзинг через спільне підприємство» та «франчайзинг через філію або дочірнє підприємство». Проте необхідно враховувати умови на яких здійснюються такі узгоджені дії, адже вони можуть бути оцінені як концентрація суб'єктів господарювання.

Спільне підприємство, відповідно до ст. 1 Закону України від 16 квітня 1991 року "Про зовнішньоекономічну діяльність", базується «на спільному капіталі суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, на спільному управлінні та на спільному розподілі результатів та ризиків» [96].

Однак корпоративне законодавство та законодавство про державну реєстрацію юридичних осіб не передбачають такої організаційно-правової форми як "спільне підприємство". Необхідно виключити відповідну норму про спільні підприємства з Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" у зв'язку з відсутністю практичної потреби у законодавчому декларуванні такого виду підприємств, які на сьогодні не мають окремої організаційно-правової форми. Тим не менш, в діловій та комерційній практиці використання зазначеного терміну залишається актуальним.

В.В. Резнікова виділяє такі організаційно-інституційні шляхи створення спільних підприємств: «купівля зарубіжним інвестором частки в статутному капіталі діючого підприємства, пакета його акцій; створення заінтересованими сторонами - засновниками нової підприємницької організації; виділення частини виробничих потужностей зі складу великого об'єднання, підприємства, а також кардинальна технологічна реконструкція та організаційно-структурна перебудова тих або інших господарських формувань з утворенням нової самостійної підприємницької одиниці за участі різнонаціональних капіталів» [106, с.191].

Проте франчайзинг через спільне підприємство видається найбільш доцільним в разі надання франчайзером права використання об'єктів інтелектуальної власності до статутного капіталу такого підприємства.

Франчайзинг через філію або дочірнє підприємство, як зазначає Н.Г. Вілкова, «являє собою два методи, використовувані порізно або одночасно. Вибір тієї чи іншої форми залежить від податкового режиму, особливостей права тієї держави, в якій відкриваються така філія або дочірнє підприємство, а також від інших комерційних та юридичних чинників» [25].

Особливість такого франчайзингу полягає в можливості франчайзера бути власником новоствореної філії або дочірнього підприємства, а функції управління передати франчайзі.

**5) створення (уповноваження) або вступ до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності.** Найбільш ймовірним застосування цієї форми вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності уявляється в сфері стандартизації. Як вже зазначалося, учасники таких узгоджених дій повинні перебувати на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на ринок.

Узагальнюючи викладене, визначимо характерні особливості вертикальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності: 1) на відміну від горизонтальних узгоджених дій, використання або розпорядження правами інтелектуальної власності є додатковим предметом вертикальних узгоджених дій. Тобто, використання або розпорядження правами інтелектуальної власності слугує радше одним із засобів досягнення мети (проконкурентної або антиконкурентної), а не конкретним способом. Зумовлено це тим, що учасники таких узгоджених дій не можуть змагатися між собою з огляду на вертикальний тип їх взаємовідносин на ринку; 2) зазвичай вважаються допустимими при здійсненні більшості видів господарської діяльності; 3) містять значні антиконкурентні ризики при франчайзингу. Такі ризики можуть породжувати економічна нерівність між франчайзером і франчайзі та застосування обмежень, які не можуть вважатися допустимими; 4) форма укладання угод щодо прав інтелектуальної власності використовується у всіх сферах, які пов'язані з торговим посередництвом і торговою діяльністю; форма прийняття рішення об'єднанням щодо прав інтелектуальної власності характерна для за об'єднань,

які формуються за галузевою ознакою; форма узгодженої поведінки щодо прав інтелектуальної власності може здійснюватися при протидії паралельному імпорту; форма створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності, характерна для франчайзингу; форма створення (уповноваження) або вступу до об'єднання, яке здійснює координацію конкурентної поведінки щодо прав інтелектуальної власності, може бути використана для стандартизації.

## **Висновки до Розділу II**

Класифікація узгоджених дій необхідна для диференціації підходів до оцінки узгоджених дій, визначення їх допустимості (підпадання під групові винятки, можливості отримання індивідуального винятку) та міри відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій.

Важливість класифікації узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності полягає у наступному: 1) поділ узгоджених дій за їх правомірністю здійснюється для того, щоб допомогти суб'єктам господарювання оцінити допустимі межі координації конкурентної поведінки або обмеження одне одного у здійсненні господарської діяльності; 2) поділ узгоджених дій за підходом до оцінки допомагає конкурентному відомству більш виважено оцінювати негативні наслідки певних узгоджених дій та оперативно протидіяти найбільш небезпечним антиконкурентним узгодженим діям; 3) поділ узгоджених дій за типом задіяного ринку необхідний для оцінки мети та наслідків узгоджених дій; 4) поділ узгоджених дій на горизонтальні та вертикальні дозволяє визначити тип взаємовідносин учасників в межах та для узгоджених дій.

Поділ узгоджених дій на горизонтальні і вертикальні ускладнюється тим, що ліцензійні договори зазвичай вважаються вертикальними угодами. Не ставлячи під сумнів таку позицію зауважимо, що якщо сторони ліцензійного договору перебувають на одному етапі або рівні ланцюга надходження товару на ринок, то такі узгоджені дії є суто горизонтальними.

Залежно від того, чи є узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності горизонтальними або вертикальними необхідно визначати і вид обмежень, які застосовуються в таких узгоджених діях.

Досліджені види узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності охоплюють значну кількість обмежень, які виходять за межі звичайного розпорядження правами інтелектуальної власності.

### III. ОБМЕЖЕННЯ В УЗГОДЖЕНИХ ДІЯХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

#### 3.1. Поняття та види обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності

Обмеження в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності є предметом тривалих наукових дискусій дослідників конкурентного права і антимонопольного регулювання США та ЄС.

Питання допустимості прийнятих до виконання обмежень настільки неоднозначне, що навіть конкурентні відомства та суди не завжди єдині в поглядах на певні обмеження. Прикладом тому слугує справа розглянута Верховним судом США в 1926 році - *United States v. General Electric Co.*, з висновками якої дотепер не погоджується Федеральна торгова комісія США [190]. Проте детальніше це питання буде розглянуте згодом, а зараз охарактеризуємо та розмежуємо обумовлені обмеження.

Правова природа обмежень в узгоджених діях є малодослідженою в Україні. Зумовлено це тим, що більшість наукових праць з узгоджених дій суб'єктів господарювання загалом присвячені окремим видам узгоджених дій, а також адміністративно-правовим аспектам державного регулювання узгоджених дій.

Для визначення правової природи обмеження в узгоджених діях, необхідно розуміти причини та наслідки взаємодії учасників узгоджених дій.

Причина взаємодії учасників узгоджених дій полягає в досягненні "ефекту синергії", коли спільні зусилля двох або більше суб'єктів господарювання призводять до отримання ними додаткового блага. Діючи поодиночку, потенційні учасники узгоджених дій не можуть досягнути бажаного результату, тому й вони приймають рішення про взаємодію.

Наслідки взаємодії учасників узгоджених дій полягають в отриманні ними, окрім додаткового блага, конкурентних переваг. В.Д. Лагутін та інші зазначають, що конкурентні переваги - це «позитивно значущі в якісному відношенні стратегії поведінки підприємства (суб'єкта господарювання), які за різними параметрами

забезпечують йому ринкову перевагу над конкурентами» [39, с.444]. З таким визначенням не можна погодитися, адже стратегія поведінки суб'єкта господарювання не є конкурентною перевагою, вона лише передбачає досягнення або підтримання конкурентної переваги.

Конкурентна перевага – це досягнутий результат, який призводить до ринкової переваги суб'єкта господарювання над конкурентами. Вагомий внесок в наукове дослідження конкурентних переваг належить Г.Л. Азоеву, який за походженням поділив їх на такі види: 1) засновані на економічних факторах; 2) засновані на нормативно-правових актах; 3) структурного характеру; 4) викликані адміністративними заходами; 5) викликані рівнем розвитку інфраструктури ринку; 6) технічні (технологічні); 7) засновані на інформованості; 8) засновані на географічних факторах; 9) засновані на демографічних факторах; 10) неправового характеру [1, с.49-54].

Для нашого дослідження найбільшу важливість мають конкурентні переваги, які засновані на нормативно-правових актах, адже виключність майнових прав інтелектуальної власності закріплена в законах та міжнародно-правових договорах. Безумовно технічні (технологічні) конкурентні переваги також досягаються при розпоряджанні та використанні передових об'єктів інтелектуальної власності. Конкурентні переваги неправового характеру – це перш за все будь-які переваги, які одержані внаслідок вчинення суб'єктами господарювання антиконкурентних узгоджених дій, зловживання монопольним (домінуючим) становищем, незаконної концентрації, недобросовісної конкуренції тощо.

Відтак наслідки взаємодії учасників узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності полягають в досягненні конкурентних переваг – правового (законного) або неправового (незаконного) характеру.

Для колективного досягнення конкурентних переваг необхідно перш за все визначитися з методом їх досягнення при здійсненні суб'єктами господарювання узгоджених дій. Наприклад, конкурентні переваги, які засновані на інформованості, передбачають, що суб'єкти господарювання мають доступ до

інформації, яка для конкурентів є закритою. При колективній реалізації цієї конкурентної переваги суб'єкти господарювання обмінюються такою інформацією і досягають конкурентних переваг за рахунок необізнаності інших суб'єктів відповідного ринку. Однак, якщо суб'єкти господарювання обмежують одне одного в обміні між ними такою інформацією, то колективної реалізації конкурентної переваги не відбудеться, адже між ними залишатиметься ринкова невизначеність їх поведінки. Метод обмеження в цьому випадку недоречний. Таким чином, залежно від походження конкурентної переваги, учасники обирають певний метод здійснення узгоджених дій.

Концепція методу досягнення конкурентних переваг в США знайшла свій розвиток у вигляді поняття "нечесних методів конкуренції". Інші країни використовують поняття "нечесних практик", що загалом відповідає нечесним методам конкуренції в США та недобросовісній конкуренції в Україні. Відповідно до ст. 5 Акту про Федеральну торгову комісію США «проголошуються як незаконні: нечесні методи конкуренції у комерції або такі, що впливають на комерцію; а також нечесні або оманливі дії та практики у комерції, або такі, що впливають на комерцію» [186]. Такий підхід якісно відрізняється від того, який присутній в українському законодавстві. Закон України "Про захист від недобросовісної конкуренції" передбачає, що забороняються недобросовісні «дії у конкуренції», в той час як в США до категорії недобросовісності відносяться: 1) методи, 2) дії та 3) практики.

Під методом досягнення конкурентних переваг необхідно розуміти системно-організовану сукупність способів, підходів, прийомів досягнення поставленої мети чи очікуваних наслідків у вигляді конкурентних переваг. Дії – це одно- та багатоскладові акти поведінки суб'єктів господарювання, які призводять до конкурентних переваг. Практики – це повторювана або узвичаєна поведінка суб'єктів господарювання по досягненню конкурентних переваг.

Важливість концепції методу в досягненні конкурентних переваг простежується в рішенні Верховного суду США по справі *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, зокрема, «суд розглянув методи відповідачів по веденню

бізнесу в цілях захоплення влади на ринку "єдино в якості допоміжного засобу для розкриття [їх] намірів і цілей". Верховний суд протиставив зловживання відповідачів тому, що він назвав "нормальними методами індустріального розвитку". [...] Верховний суд визнавав, що влада на ринку, отримана "звичайними методами", є законною» [31, с.90-91]. Така позиція дозволяє припустити, що законність досягнутих конкурентних переваг в першу чергу залежить від методів їх досягнення.

Якщо методами недобросовісної конкуренції є введення в оману, копіювання, дискредитація, бойкот тощо, то методами узгоджених дій суб'єктів господарювання є обмеження (взаємні або односторонні), рекомендації, інформаційний обмін, координація конкурентної поведінки, групові бойкоти та інші методи, які можуть здійснюватися колективно.

Практична потреба теоретичного осмислення методів здійснення узгоджених дій набула найбільшої актуальності в Україні при розгляді АМКУ справи по торгівельним мережам. Метод інформаційного обміну, який використовували відповідачі, полягав у створенні інформаційної асиметрії на ринку послуг з організації роздрібною торгівлі в неспеціалізованих магазинах переважно продовольчим асортиментом міста Києва за допомогою формалізованих та неформалізованих способів обміну інформацією з високим рівнем актуальності, деталізації та частоти, зокрема, через спеціальне агентство, яке займається проведенням маркетингових досліджень [26]. Складність полягала, насамперед, в доведенні використання відповідачами методу інформаційного обміну, адже формалізованим способом отримання ринкової інформації було проведення саме маркетингових досліджень. Незаконні способи обміну інформацією, на думку АМКУ, призвели до незаконності використання методу інформаційного обміну та вчинення відповідачами антиконкурентних узгоджених дій.

Застосування методу обмежень в узгоджених діях передбачає встановлення меж поведінки учасників (виконання обмежень) для досягнення поставленої мети чи очікуваних наслідків у вигляді конкурентних переваг.

Подібно горизонтальним і вертикальним узгодженим діям, обмеження також можуть бути горизонтальними і вертикальними. Головна відмінність полягає в тому, що якщо для вертикальних узгоджених дій такі обмеження є основним методом їх здійснення, то для горизонтальних узгоджених дій це лише один з можливих методів на рівні з інформаційним обміном, координацією конкурентної поведінки, рекомендаціями тощо.

До питання правової природи обмежень в горизонтальних та вертикальних узгоджених діях зверталися як дослідники конкурентного права, так і економісти з антимонопольного регулювання.

Т. О'Коннор аналізуючи справу *United States v. Topco Associates, Inc.* [191] надав таке визначення: «Горизонтальне обмеження це контракт між конкурентами в тій же галузі і на тому ж рівні виробничої піраміди, який знижує конкуренцію» [187, с.94]. Відразу зауважимо, що не потрібно розуміти термін «контракт» в буквальному сенсі. Р.Познер пояснює, що «укладена між конкуруючими продавцями угода [...] подібна до будь-якого іншого контракту в тому сенсі, що сторони не уклали б її, якби не очікували, що виграють від цих дій» [66, с.377]. Так само і названу цитованим автором «виробничу піраміду» доцільніше тлумачити як піраміду просування товару на ринку від виробника до споживача, оскільки виробнича піраміда характеризує етапи виготовлення товару, а не його продажу.

«Вертикальні обмеження, - тлумачить С.С. Валітов, - термін, що позначає певні методи, які застосовуються виробниками або постачальниками стосовно перепродажу їх продукції, зазвичай включає підтримку перепродажних цін, участь в ексклюзивній торгівлі і обмеження географії ринку» [23, с.20]. В цілому тлумачення правильне, але не можна погодитися з тим, що вертикальні обмеження стосуються лише «перепродажу їх продукції», адже навіть названа автором «участь в ексклюзивній торгівлі» стосується насамперед утримання від перепродажу продукції інших виробників або постачальників, які не є учасниками таких узгоджених дій.

Х. Ховенкамп та інші звертають увагу, що «насправді, термін "вертикальні обмеження" відноситься до цілого класу угод між компаніями в вертикальному відношенні у ланцюгу дистрибуції, в тому числі дилерів, франчайзерів, дистриб'юторів, перепродавців тощо» [178, с.1-8].

Враховуючи наведені вище позиції, пропонуємо такі визначення: *горизонтальні обмеження* - це встановлені межі поведінки учасників у горизонтальних узгоджених діях, при яких один або декілька учасників приймають на себе обмеження щодо умов продажу (придбання або виготовлення, якщо вони впливають на умови продажу) товарів або відносин з іншими суб'єктами ринку; *вертикальні обмеження* – це встановлені межі поведінки учасників у вертикальних узгоджених діях, при яких один або декілька учасників приймають на себе обмеження щодо умов продажу (придбання або виготовлення, якщо вони впливають на умови продажу) товарів або відносин з іншими суб'єктами ринку.

Не зважаючи на визначену нами спільну основу для горизонтальних і вертикальних обмежень у вигляді прийняття обмежень щодо умов продажу товару або відносин з іншими суб'єктами ринку, обидва види обмежень різняться досить сильно в силу наслідків їх застосування та вигоди для учасників з ринковою владою або без такої. Європейська Комісія тлумачить це таким чином: «Вертикальні обмеження загалом менш шкідливі, ніж горизонтальні обмеження. Основною причиною більшої уваги до горизонтальних обмежень є те, що такі обмеження можуть стосуватися угод між конкурентами, які виробляють ідентичну чи взаємозамінну продукцію або послуги. У таких горизонтальних відносинах використання ринкової влади однією компанією (підвищення ціни продукції) може принести користь конкурентам. Це може послужити стимулом для конкурентів залучати один одного до антиконкурентної поведінки. У вертикальних відносинах продукція одного надходить іншому, тобто, діяльність сторін угоди є взаємодоповнюючою для кожного. Використання ринкової влади нижчестоящою або вищестоящою компанією (*в ланцюгу надходження товару на ринок - О.Х.*) внаслідок цього завдасть шкоди попиту на продукцію іншої.

Компанії пов'язані такою угодою мають стимул для запобігання використанню ринкової влади іншими сторонами» [166, с.22].

При цьому, далі Комісією зазначається, що «така самообмежувальна характеристика не повинна, однак, переоцінюватись. Коли компанія не має ринкової влади, вона може лише спробувати збільшити свої прибутки через оптимізацію виробництва та процесів дистрибуції, з або без допомоги вертикальних обмежень. В цілому, через доповнюючу роль сторін вертикальної угоди в просуванні продукції на ринок, вертикальні обмеження можуть забезпечити значний обсяг ефективності. Однак, коли суб'єкти господарювання мають ринкову владу, вони також можуть спробувати збільшити свої прибутки за рахунок прямих конкурентів через підвищення їхніх витрат чи за рахунок своїх покупців, і в кінцевому результаті за рахунок споживачів, намагаючись привласнити частину їхнього споживацького надлишку» [166, с.22].

З вказаного випливає необхідність розмежування дійсно ефективних обмежень та обмежень, які спрямовані на отримання додаткових прибутків за рахунок споживачів та інших суб'єктів господарювання. У споживачів, фактично, вилучається частина споживацького надлишку за рахунок чого збільшується надлишок продавця, і не рахуючи того, що загальний економічний добробут не зазнає змін, тягар обмежень лягає на більш слабого суб'єкту ринку – споживача [137, с.294]. Прикладом отримання додаткових прибутків за рахунок інших суб'єктів господарювання є справа щодо торговельних мереж [26]. Не дивлячись на те, що основне звинувачення полягало в використанні методу інформаційного обміну, поряд з ним до виробників та постачальників застосовувався метод "додаткових послуг", який полягав у нав'язуванні торговельними мережами своїм контрагентам додаткових платних послуг, які по суті є невід'ємною частиною їх господарської діяльності (наприклад викладення товару на стелажах, контроль за їх постійною наявністю в достатній кількості в торговому залі, забезпечення асортименту, переміщення товарів по торговельній точці, очищення, фасування, оперативне поповнення обсягів товарів на стелажах, перевірка термінів придатності до вживання товарів тощо). За будь-яких умов,

втрати від прийнятих обмежень або сплати додаткових послуг включалися до кінцевої ціни продукції та перекладалися на споживачів.

Певною мірою вирішити питання ефективності та допустимості обмежень допомагає запроваджене суддею В.Г. Тафтом (більш відомий як 27-й президент США) їх розмежування на голі (naked) та підпорядковані (ancillary). «"Голими" називаються обмеження, єдиним результатом яких є усунення конкуренції, а "підпорядкованими" – ті, що передбачають усунення конкуренції задля досягнення якихось інших цілей, у тому числі й соціально корисних. [...] голі обмеження слід оцінювати по суті, а до підпорядкованих обмежень використовувати принцип причини» [28, с.193].

Так само як і узгоджені дії, обмеження, які в них застосовуються, можна поділити на дозволені, умовно дозволені та заборонені. Дозволені обмеження в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності не призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, а заборонені, відповідно, призводять. Умовно дозволені обмеження також, подібно забороненим, призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, але законодавством про захист економічної конкуренції вони визнаються допустимими. Дозволені і умовно дозволені обмеження, зазвичай, прямо передбачені законодавством про розпорядження правами інтелектуальної власності у вигляді умов відповідних договорів.

"Голі" обмеження варто віднести до заборонених, оскільки вони не мають жодних законних аргументів на користь їх застосування в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності. До умовно дозволених відносяться "підпорядковані" обмеження у зв'язку з їх допустимістю. Дозволені обмеження не призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, а відтак не повинні розглядатися як "голі" або "підпорядковані" обмеження.

Більшість регламентів Європейської Комісії про групові винятки передбачають такі види обмежень: 1) жорсткі обмеження (hardcore restrictions), які з огляду на свій предмет усувають переваги групових винятків і тому груповий виняток не застосовується до угоди в цілому; 2) вилучені обмеження (excluded

restrictions), які стосуються переважно зобов'язань несумісних з груповим винятком і тому він не поширюється на такі зобов'язання; 3) жорсткі або вилучені обмеження, які за дотримання певних умов можуть підпадати під груповий виняток.

Якщо взяти за основу Регламент Комісії (ЄС) по застосуванню ч. 3 ст. 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про НДДКР від 14 грудня 2010 року №1217/2010 прикладом першого обмеження є «вимога не робити будь-які, або обмежувати, активні продажі договірної продукції або договірних технологій на територіях або покупцям», прикладом другого можна назвати «зобов'язання не надавати ліцензії третім особам для виробництва договірної продукції або застосовувати договірні технології», а третього – «зобов'язання не надавати ліцензії третім особам для виробництва договірної продукції або застосовувати договірні технології, якщо тільки угода не передбачає використання результатів спільних досліджень і розробок або оплати дослідження і розробок щонайменше однією зі сторін і така експлуатація відбувається на внутрішньому ринку по відношенню до третіх осіб» [167, с.41].

Необхідно також зауважити, що вертикальні обмеження «загалом описуються як "внутрішньообрендіві" тому, що вони обмежують дистрибуцію ліцензіатом товарів або інтелектуальної власності ліцензіара. Однак вони не обмежують можливість ліцензіата мати справу з інтелектуальною власністю або іншими товарами чи власністю ліцензіарових конкурентів. Так звані "міжбрендіві" обмеження розглядаються відповідно до закону як зв'язування або ексклюзивне ведення справ. [...] Терміни "внутрішньообрендіві" та "міжбрендіві", які прийшли з антитрастового права в частині дистрибуційних обмежень, є дещо недоречними в сфері інтелектуальної власності тому, що не всі права є брендowanими. Але якщо вони є такими, то відповідні терміни добре розвинуті в антитрастовій термінології» [178, с.24-3].

Розуміння особливостей "міжбрендівих" та "внутрішньобрендівих" обмежень є надзвичайно важливим при визначенні їх допустимості, адже вони мають зовсім різні аргументи на їх користь.

Корисність обмежень щодо прав інтелектуальної власності визначається Федеральною торговою комісією та Антитрастовим підрозділом Міністерства юстиції США таким чином: «Сфера використання, територіальні та інші обмеження ліцензованої інтелектуальної власності можуть слугувати проконкурентно врешті-решт дозволяючи ліцензіару використовувати свою власність настільки продуктивно і ефективно наскільки це можливо. Такі різні форми винятковості можуть бути використані, щоб надати ліцензіату стимулу до інвестування в комерціалізацію та дистрибуцію продукції, яка містить в собі ліцензовану інтелектуальну власність і розробки додаткових застосувань для ліцензованої власності. Обмеження можуть слугувати цьому, наприклад, через захист ліцензіата від "поїздок зайцем" на його інвестиціях іншими ліцензіатами або ліцензіаром. Вони можуть також збільшити стимул ліцензіара до ліцензування, наприклад, захищаючи ліцензіара від конкуренції в його власній технології на частині ринку, яку він бажає залишити за собою» [189].

Правовласник має природне право на заборону або обмеження третіх осіб у використанні своїх об'єктів інтелектуальної власності, встановлюючи відповідні межі на свій розсуд та з урахуванням суто своїх економічних інтересів. Держава, в свою чергу, зобов'язана охороняти та захищати відповідне право правовласника в порядку встановленому законом. З іншого боку, держава не може керуватися виключно інтересами правовласника, оскільки він може зловживати виключністю прав інтелектуальної власності та завдавати непропорційної шкоди економічним інтересам всього або значної частини суспільства.

I. Кірцнер доводить, що «обмежений доступ до необхідних ресурсів може заважати потенційним підприємцям виявляти невикористовувані можливості отримання прибутку - не через те, що монополія обмежила їх у сприйнятті будь-яких можливостей, а тому що монополія на ресурси може знищити самі можливості. За відсутності доступу до апельсинів проникнення у виробництво апельсинового соку є блокованим» [48, с.107]. Продовжуючи думку I. Кірцнера зазначимо, що не тільки сама відсутність ресурсів усуває конкуренцію, а й відсутність інформації про можливість використання цих ресурсів її виключає (ми

маємо апельсини, але не знаємо як зробити з них сік). Проте реальнішою видається інша ситуація: в нас є ресурси, маємо інформацію про можливості їх використання, але не знаємо як це зробити якісно, ефективно та найбільш раціонально. В такому контексті виникає дві проблеми – доступності таких знань та їхнього розпоряджання. Якщо можливість доступу до вдосконаленого способу виробництва апельсинового соку здебільшого залежить від здатності покупця запропонувати належну ціну продавцю цього способу, то надання або передача опосередковані свободою використання цих знань покупцем, яка прямо пропорційно залежить від прийнятих ним обмежень від продавця.

Як продавець, так і суспільство, зацікавлені в тому, щоб прийняті до виконання обмеження були розумними, необхідними та виправданими. М.Ю. Потоцький зазначає, що «система правомочностей, якими наділяються суб'єкти, повинна забезпечувати справедливу рівновагу між правами творця, з одного боку, і інтересами суспільства – з другого щодо умов легального доступу до результатів інтелектуальної діяльності. Встановлення монополії власника, що обмежується інтересами суспільства, дає змогу досягти компромісу та балансу різноспрямованих інтересів» [74, с.55].

Для системного дослідження всіх обмежень, які приймаються до виконання учасниками узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, пропонуємо залежно від предмету обмежень поділити їх на чотири групи: 1) цінові обмеження; 2) обмеження щодо обороту товару на ринку; 3) обмеження, які спрямовані на поділ ринку; 4) інші обмеження.

### **3.1.1. Цінові обмеження**

ГК України в ч. 1 ст. 189 передбачає, що ціна є «вираженням у грошовій формі еквівалентом одиниці товару (продукції, робіт, послуг, матеріально-технічних ресурсів, майнових та немайнових прав), що підлягає продажу (реалізації), який повинен застосовуватися як тариф, розмір плати, ставки або збору, крім ставок і зборів, що використовуються в системі оподаткування» [34].

Закон України від 21 червня 2012 року "Про ціни і ціноутворення" більш широко визначає, що «ціна - виражений у грошовій формі еквівалент одиниці товару», «ціноутворення - процес формування та встановлення цін», «формування ціни - механізм визначення рівня ціни товару», «встановлення ціни - затвердження (фіксація) рівня ціни» (п. 1, 14, 15, 16 ч. 1 ст. 1) [104].

Ціна є найважливішою категорією економічної теорії. Встановлення ціни на товар залежить від багатьох факторів, серед яких його взаємозамінність, обмеженість ресурсів, кількість продавців і покупців, застосовані об'єкти інтелектуальної власності тощо.

Н. Менк'ю та М. Тейлор вірно зауважують, що «на конкурентних ринках представлено багато покупців і продавців, кожен з яких здійснює незначний (або зовсім не здійснює) вплив на ринкову ціну» [59, с.108]. Чим вищий показник конкуренції на ринку певного товару, тим менше можливості у його окремих суб'єктів визначати ціну. «Однак, - як зазначають ці ж автори, - в житті конкуренція далека від досконалості. На деяких ринках один покупець або продавець (або їх невелика група) може контролювати ринкові ціни» [59, с.176].

Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку в п. 10.3 визначає ознакою ринкової влади «здатність суб'єкта (суб'єктів) господарювання підвищувати ціни на товари (товарні групи) і підтримувати їх на рівні, що перевищує рівень, обумовлений конкуренцією на ринку» [88].

Щоправда, незалежно від наявності в суб'єктів господарювання ринкової влади, «узгоджені дії, які стосуються встановлення цін» визнаються антиконкурентними (п. 1, ч. 2 ст. 6 Закону).

Встановлення цін є обмеженням щодо умов продажу, оскільки передбачає продаж товару за фіксованою або мінімальною ціною (далі - цінове обмеження). Питання допустимості встановлення максимальної ціни (якщо вона слугує прикриттям мінімальної або фіксованої) або рекомендованої ціни (якщо рекомендація приймається) оцінюються в світлі обставин конкретного випадку.

Цінові обмеження в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності стосуються встановлення цін на товари, що представлені на ринках прав інтелектуальної власності або ринках продукції чи послуг.

Встановлення цін на взаємозамінні об'єкти інтелектуальної власності має наслідком передачу права власності або надання права використання таких об'єктів за фіксованою або мінімальною ціною.

Прикладом такої фіксації цін є механізм комерціалізації музичних композицій за допомогою компаній, котрі займаються захистом авторських прав у сфері музики, у вже розглянутій нами справі *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* [163]. Не дивлячись на те, що розмір платні композиторам відповідав частоті трансляції кожної пісні, цінової конкуренції вони не зазнавали в силу формування загальної ліцензії для видачі радіостанціям. Проте Р. Познер, знову ж таки, звертає увагу на ефективність такого цінового обмеження, адже «витрати радіостанцій та інших посередників-покупців музики на індивідуальну роботу з композиторами були б зависокими, отже "картельна" платня за загальну ліцензію є набагато нижчою, ніж ціна, що її шукають за право транслювати музику на повністю конкурентному ринку» [66, с.388].

Встановлення цін на продукцію чи послуги, які створені з використанням або супроводжуються використанням об'єктів інтелектуальної власності, стосується їх продажу (зазвичай горизонтальні узгоджені дії) або перепродажу (вертикальні узгоджені дії). Питання правомірності таких цінових обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності дотепер є предметом тривалих дискусій. М.Ю. Потоцький зазначає, що «в сучасних умовах саме результати інтелектуальної, творчої діяльності стали визначальним фактором ціни виготовлення товарів та надання послуг» [74, с.16].

Найбільш відома, а відтак і найбільш обговорювана, справа в цій сфері - *United States v. General Electric Co.* [190]. Компанія *General Electric* надала своєму конкуренту, компанії *Westinghouse*, ліцензію на виробництво лампочок за дуже низькою ставкою роялті, яка мала зрости, якщо останній перевищить встановлену частку ринку лампочок. На продаж лампочок також була встановлена мінімальна

ціна. Одне з питань, яке поставив перед собою суд, звучало таким чином: «Чи мала право компанія General Electric, як власник патентів, повністю контролювати виробництво, використання і продаж вольфрамових ламп розжарювання за ліцензією виданою компанії Westinghouse, право накладати умову, що її продажі повинні здійснюватися за ціною встановленою ліцензіаром і вносити зміни на власний розсуд?» [190].

Суд визнав цю угоду правомірною, зазначивши наступне: «Передаючи менше ніж право власності на патент або його частину, власник патенту може надати ліцензію на виготовлення, використання і продаж товарів згідно патентного опису його патенту за будь-які роялті або за будь-які умови, виконання яких є достатньою нагородою, яку патентовласник через надання ліцензії може забезпечити. [...] Але питання полягає в іншому і виникає тоді, коли ми розглядаємо, що патентовласник, який надає ліцензію виробляти і продавати патентований виріб, може обмежувати ліцензіата в здійсненні права на продаж. Патентовласник будучи виробником може надавати ліцензію іншому виробляти і використовувати патентовані вироби, але без права їх продажу. [...] при продажі виробів ліцензіат порушуватиме права патентовласника, і може бути підданий заборонам і стягненню збитків. Якщо патентовласник піде далі і ліцензує продаж виробів, то чи може він обмежити продаж, обмежуючи метод продажу або ціну? Ми вважаємо, що він може зробити це, забезпечивши нормальні і обґрунтовані умови продажу, які адаптовані для отримання грошової винагороди за монополії патентовласника. Одним з цінних елементів виключного права патентовласника є отримання прибутку через ціну за якою продається виріб. Чим вища ціна, тим більший прибуток, якщо тільки це не заборонено. Коли власник патенту ліцензує іншій особі виробляти і продавати товари, і залишаючи за собою право продовжувати виробляти і продавати товари, ціна за якою його ліцензіат буде продавати свої товари, буде обов'язково впливати на ціну за якою він може продати його власні патентовані товари. Здавалось би, цілком розумно, що він повинен сказати ліцензіату: "Так, ти можеш виробляти і продавати вироби за моїм

патентом, але не так щоб зменшити прибуток, який я очікую одержати, виробляючи їх, і продаючи їх самостійно"» [190].

В цій справі суд віддав пріоритет патентному законодавству і його позиція виглядає досить логічною та обгрунтованою. Однак аналізуючи цю справу через призму конкурентного законодавства, яке чітко забороняє встановлення цін, суду необхідно було би навести значніші аргументи на користь подібної практики, ніж проста наявність виключного права на патентовану технологію. Виникає ряд питань, зокрема, щодо пріоритетнішої сфери суспільних інтересів – розвиток винахідництва чи свобода конкуренції. Те саме питання виникало і при подальшому розгляді подібних справ, що прослідковується в поступовій зміні підходів до його вирішення.

В перші роки після прийняття Акту Шермана (1890) презюмувалися непорушність приватної власності та свобода договору, що і дозволяло судам схилитися до неможливості державного втручання в сферу реалізації винахідниками своїх патентних правомочностей. Ближче до середини 1970-х років підходи поступово змінилися - антитрастове право почало застосовуватися для обмеження патентної монополії [188, с.168].

Як вже зазначалось, рішення по справі *United States v. General Electric Co.* досить часто підлягає критиці як з боку Федеральної торгової комісії США, так і суддів нижчестоящих судів. В своєму висновку по справі *Asahu Glass Co. Ltd. vs. Pentech Pharmaceuticals, Inc. et al* суддя Р. Познер коментує його таким чином: «General Electric ліцензувала своєму основному конкуренту, Westinghouse, виробництво лампочок з використанням патентів GE. GE мала 69 відсотків ринку, Westinghouse 16 відсотків, а інші ліцензіати GE 8 відсотків, що в цілому 93 відсотки. Ефект ліцензійної угоди полягав у зміцненні монополії спричиненої патентами GE. Ліцензія встановлювала мінімальну ціну за якою Westinghouse могла продавати лампочки. Ставка роялті була лише 2 відсотки, але зростала до 10 відсотків, якщо належна Westinghouse частка ринку лампочок перевищувала 15 відсотків [...]. Дуже низька початкова ставка роялті наводить на думку, що право користування патентами GE не становило значної цінності для Westinghouse, і

зростання ставки, прив'язане до ринкової частки Westinghouse, дозволяє припустити, що сторони намагалися зменшити конкуренцію, що в будь-якому випадку, було наслідком умови про мінімальну ціну в ліцензійній угоді. Суд підтримав домовленість, але я сумніваюсь, що так би було і сьогодні, щонайменше без подальшого дослідження сили патентів та обґрунтування ліцензійних заходів» [162].

Безперечно, висновок Р. Познера справедливий для справ про патентні зловживання, але в Україні такий підхід не може бути застосований. Ні в законодавстві, ні в судовій практиці не відображено доктрини «сильного або слабкого патенту». Патент існує, якщо на момент подання заявки або встановлення дати пріоритету він відповідав умовам патентоспроможності, але якщо ні - патенту бути не повинно. Антимонопольний комітет України або суд матиме право вказати на слабкість патенту лише в одному випадку – його достроковому припиненні (визнанні недійсним).

Тим не менш, вчені висувають до об'єктів інтелектуальної власності вимоги не лише охороноздатності, а й оборотоздатності. Критеріями останньої Ю.Є. Атаманова називає «виключність, корисність, відчужуваність, можливість грошової оцінки, інвестиційна привабливість» [7, с.5]. Дійсно оборотоздатні об'єкти інтелектуальної власності не можуть викликати сумнівів щодо їх охороноздатності.

На завершення цієї частини питання, процитуємо суддю А. Модареллі в справі *Newburgh Moire Co. v. Superior Moire Co.*: «Я дотримуюся думки, що патентні закони ніколи не були призначені для розширення можливостей патентовласника контролювати ціни, які будуть запроваджені ліцензованими конкурентами. Така практика кидає виклик філософії антимонопольного законодавства та системі вільного підприємництва, які прагнуть гарантувати право безперешкодно входити в галузь і вільно конкурувати» [181].

Таким чином, допустимість встановлення цін в горизонтальних узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності залежить, перш за все, від

характеристик самого об'єкта інтелектуальної власності, адже він може слугувати лише прикриттям для існування цінової змови [129, с.273].

Розглянемо тепер цінові обмеження у вертикальних узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності.

В теорії та практиці інтелектуальної власності дотепер досить спірним залишається питання вичерпання прав інтелектуальної власності або доктрини першого продажу. Вичерпання прав інтелектуальної власності, як зазначають Є.І. Ходаківський та інші, полягає в тому, що «автор не може заборонити використання та розповсюдження товару, який містить об'єкт інтелектуальної власності, якщо його правомірно було введено в обіг правовласником шляхом першого продажу» [126, с.24]. Погоджуючись з наведеним твердженням, зауважимо, що доцільніше вести мову не про автора об'єкта інтелектуальної власності, а про його власника, адже автор об'єкта інтелектуальної власності виступає перш за все творцем і не завжди зберігає за собою майнові права на відповідний об'єкт інтелектуальної власності. Вичерпання прав інтелектуальної власності полягає не лише в неможливості забороняти розповсюдження або використання товару, а також в неможливості обмежувати їх. Більше того, основне покликання вичерпання прав інтелектуальної власності полягає в звільненні введених в господарський обіг товарів, що виготовлені з використанням об'єктів інтелектуальної власності, від обмежень правовласника.

«Як тільки продукт, охоронюваний правом інтелектуальної власності, - пояснює М.Ю. Потоцький, - був введений до господарського обігу власником прав або іншою особою з його згоди, права інтелектуальної власності вважаються "вичерпаними"» [74, с.145].

І.І. Дахно з цього питання зазначає, що «у відповідності з доктриною "вичерпання прав" (exhaustion doctrine), патентна монополія вичерпується першим уповноваженим продажем запатентованого продукту. Тобто, якщо патентовласник, який є виробником запатентованого пристрою, продав або уповноважив продати цей пристрій (виготовлений ним чи ліцензіатом), то такий патентовласник не має в подальшому ніяких прав на згаданий пристрій. Але

доктрина "вичерпання прав", не забороняє патентовласнику накладати післяпродажні обмеження. Ці обмеження оцінюються за "правилом причини"» [35, с.163].

Одним з таких можливих обмежень є встановлення перепродажної ціни (ВПЦ). Встановлення перепродажної ціни – це вертикальне обмеження, яке полягає в прийнятті постачальниками від вищестоящих постачальників або виробника встановленої (мінімальної, фіксованої) ціни, за якою буде здійснюватися продаж товару нижчестоящими постачальниками.

Європейська комісія в Керівництві по вертикальним обмеженням від 19.05.2010 р. узагальнює 7 шляхів за якими встановлення перепродажної ціни може обмежувати конкуренцію [166, с.45]: **«Перш за все**, ВПЦ може сприяти змові між постачальниками шляхом посилення цінової прозорості на ринку, тим самим роблячи легшим виявлення постачальника, котрий відхиляється від заснованої на змові рівноваги через зниження встановленої ціни. ВПЦ також підриває ініціативу постачальника зменшувати ціну для його дистриб'юторів, так як фіксована перепродажна ціна буде перешкоджати їм отримувати вигоду від збільшення продажів. **По-друге**, через усунення внутрішньобрендової цінової конкуренції, ВПЦ може також сприяти змові між покупцями, зокрема на рівні дистрибуції. **По-третє**, ВПЦ може, як правило, пом'якшувати конкуренцію між виробниками і/або між роздрібними торговцями, особливо коли виробники використовують тих же дистриб'юторів для дистрибуції їхньої продукції і ВПЦ застосовані всіма або більшістю з них. **По-четверте**, безпосереднім наслідком ВПЦ буде те, що всі або певні дистриб'ютори будуть захищені від зниження їхніх продажних цін для певного бренду. Іншими словами, прямим ефектом ВПЦ є зростання ціни. **По-п'яте**, ВПЦ може знизити тиск на маржу виробника, особливо коли виробник має проблему зобов'язань, тобто, коли є інтерес в зниженні ціни встановленої наступним дистриб'юторам. В такій ситуації виробник може віддати перевагу ВПЦ для того, щоб не знижувати ціну для наступних дистриб'юторів і зменшити тиск на власну маржу. **По-шосте**, ВПЦ може бути застосовано виробником з ринковою владою для виключення менших конкурентів. **І нарешті**,

ВПЦ може зменшити динамізм та інновації на рівні дистрибуції. Запобігаючи ціновій конкуренції між різними дистриб'юторами, ВПЦ може перешкоджати більш ефективним роздрібним торговцям до входження на ринок або досягати значних розмірів з низькими цінами. Це також може перешкоджати або заважати вводити і розширювати формат дистрибуції, який ґрунтується на низьких цінах, як наприклад магазини низьких цін».

Значне вживання слова «може», в цитованих позиціях, свідчить про те, що встановлення перепродажної ціни не завжди призводить до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції. Встановлення перепродажної ціни не повинно завжди розглядатися як таке, що призводить до антиконкурентних наслідків або учасники мали на меті їх досягнення. Більше того, існують аргументи на користь ефективності встановлення перепродажної ціни.

Р. Познер, на противагу більшості дослідників, спробував довести корисність встановлення перепродажної ціни таким чином: «Ефект установаження мінімальної ціни на роздрібному ринку, що полягає в підвищенні цін й одночасному поліпшенні якості продукції (включно з перепродажними послугами, котрі пропонують разом із продукцією), іноді описують як компроміс між ціновою та неціновою конкуренцією (такий опис є слушним), а іноді - як заміну конкуренції між торговельними марками на конкуренцію всередині торговельних марок (а це вже неправильно). Установаження цінової підлоги на вторинному ринку дійсно обмежує цінову конкуренцію між роздрібними торговцями, які перепродають певну марку продукції, що на неї виробник установавив мінімальну роздрібну ціну – тобто нецінову конкуренцію всередині торговельної марки, - однак через це заохочують і конкуренцію між торговельними марками, адже товар даного виробника стає привабливішим для споживача в порівнянні з продукцією інших торговельних марок. [...] Однак конкуренція всередині торговельної марки не зменшується – вона просто трансформується з цінової конкуренції в конкуренцію через варіювання рівня послуг. Установаження цінової підлоги для роздрібної торгівлі не принесе виробникові вигаши, якщо він не змусить роздрібних торговців активно

конкурувати між собою, причому конкурувати шляхом надання більшого обсягу послуг, а не через зниження ціни» [66, с.392].

Так само І.І. Дахно підкреслює, що «нецінова конкуренція всередині марки, як правило, і базується на наданні кращого обслуговування при продажу» [37, с.15].

В країнах з розвинутою економікою неціновій конкуренції приділяється дуже значна увага з боку суб'єктів господарювання. Особливо це спостерігається на ринках надання різноманітних послуг, адже якість послуг є суто сенситивним показником, які споживач оцінює перш за все за власними відчуттями, а не ціною таких послуг.

Першою справою щодо встановлення перепродажних цін, яка розглядалась Верховним Судом США, була справа компанії Dr. Miles Medical Co. проти John D. Park & Sons Co. [172]. Саме в ній було визнано, що встановлення перепродажних цін є незаконним і застосовано до визначення таких узгоджених дій формальний підхід оцінки.

Х. Ховенкамп та інші пояснюють, що «відповідно до переглянутого тепер правила оцінки по суті в справі Dr. Miles, ВПЦ зазвичай було обмежено до ситуацій, які включають "перепродаж". До того ж, правило вичерпання здебільшого працює при дійсних перепродажах без надання будь-якої охорони Патентним Актом. Майже всі випадки чітко визначеного встановлення перепродажної ціни знаходяться поза охороною законодавством про інтелектуальну власність. Або, сформулювавши це по іншому, якщо продаж кваліфікувати як "перший продаж" відповідно до законів про інтелектуальну власність, отримуючи таким чином їхній захист, то в такому разі ця ціна була зазвичай поза антитрастовим контролем, в будь-якому випадку тому, що це було правомірним, підхід оцінки по суті до ВПЦ був обмежений лише перепродажем. Для ілюстрації: GE ліцензувала Westinghouse виробляти лампочки за патентом GE і визначила для Westinghouse початкову продажну ціну. В цьому випадку обумовлення продажної ціни захищено доктриною вичерпання [...]. Але в будь-якому випадку, тут немає ВПЦ; річ яка передавалась від GE до Westinghouse була

ліцензією, і річ яка передавалась від Westinghouse до її власних покупців була завершена лампочка. Тому тут немає ніякого "перепродажу". Для порівняння, припустимо що GE виробляє лампочки, які згодом продає оптом Westinghouse. Контракт передбачає ціну за якою Westinghouse має перепродати такі лампочки. В такому випадку цінове обмеження виходить за рамки першого продажу і воно не одержує правової охорони Патентним Актом. Сам контракт підлягатиме виконанню, незважаючи на доктрину першого продажу, але він також буде стосуватися антирастових правил, які регулюють встановлення перепродажних цін. За таких обставин домовленість включає як початковий продаж завершеної лампочки так і "перепродаж" тієї ж лампочки» [178, с.24-16,24-17].

З огляду на вказане, необхідно чітко розуміти, що встановлення перепродажної ціни існуватиме лише в тому випадку, якщо це обмеження стосується проміжних покупців ліцензіата (наприклад дилерів, дистрибуторів), а не самого ліцензіата, якщо він безпосередньо продає свій товар кінцевому споживачу. Фактично ліцензіат виступає посередником у таких цінових обмеженнях. Тим не менш, якщо ліцензіар визначає ціну за якою ліцензіат продає товар, то це є звичайним встановленням цін.

«Встановлення перепродажних цін для ліцензіатів, - зазначають О. Мамуня та А. Ніколаєнко, - визнається антиконкурентними узгодженими діями, оскільки Закон забороняє укладання угод, що містять положення пов'язані з встановленням цін придбання або реалізації товарів (і винятків для прав інтелектуальної власності не передбачено, а отже, права інтелектуальної власності не розглядаються окремо від непов'язаної з інтелектуальною власністю поведінкою). Однак, загалом, рекомендовані ціни перепродажу для ліцензіатів не визнаються незаконними» [177, с.105].

Вважаємо, що рекомендовані ціни перепродажу не потрібно ані схвалювати, ані забороняти. Якщо рекомендовані ціни приховують в собі антиконкурентну мету або призводять до антиконкурентних наслідків, то вони не можуть мати належного виправдання. Важливе місце при оцінці законності рекомендованих цін перепродажу в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності займає

поведінка ліцензіата, зокрема, як він відкликається на такі ціни, а також поведінка ліцензіара в разі відхилення ліцензіата від рекомендованих цін.

Досить неоднозначним є питання правомірності встановлення цін на продукцію чи послуги, які створені з використанням або супроводжуються використанням об'єктів інтелектуальної власності, у франчайзингових договорах. Зумовлено це тим, що в ст. 1122 ЦК України закладено протиріччя [146]. З одного боку, в договорі може передбачатися умова згідно якої існуватиме «обов'язок користувача не конкурувати з правоволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору, щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач з використанням наданих правоволодільцем прав». З іншого боку «умова договору, відповідно до якої правоволоділець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни, є нікчемною». Таким чином, в першому випадку дозволяється обмеження конкуренції (в тому числі цінової), а в другому - забороняється встановлення цін.

Більш виважений підхід до цього питання викладений в ГК України, який в ч. 2 ст. 372 «Обмеження прав сторін за договором комерційної концесії» передбачає, що «обмежувальні умови можуть бути визнані недійсними, якщо ці умови суперечать законодавству».

І. Томаров вірно вказує на те, що «якщо франчайзі завищує ціну, це може негативно впливати на репутацію всієї мережі і відлякувати потенційних споживачів, а якщо ціни навпаки занижені в порівнянні зі звичайною ціною в мережі, цей франчайзі за рахунок низької ціни переманює споживачів від інших франчайзі» [118].

Вважаємо, що мінімальне та максимальне цінове обмеження у франчайзинговій мережі необхідно визнавати допустимими в силу того, що це сприятиме збільшенню кількості франчайзингових проектів та їх відкритості для входу. Тим самим певне поле для цінового змагання буде продовжувати існувати. Фіксована ціна може визнаватися допустимою лише в окремих випадках за результатами оцінки специфіки самої мережі в частині ціноутворення (наприклад,

франчайзинг через філію або дочірнє підприємство, франчайзинг через спільне підприємство та інші види франчайзингових мереж з "корпоративними домішками") [129, с.274].

Категорично не можна погодитися з І. Якубівським, який пропонує ч. 2 ст. 1122 ЦК України викласти в такій редакції: «Умови договору комерційної концесії, які суперечать законодавству у сфері економічної конкуренції, є нікчемними». Суб'єкти господарювання не матимуть жодної визначеності в допустимості застосовуваних обмежень, адже в широкому розумінні всі цінові обмеження «суперечать законодавству у сфері економічної конкуренції» [155, с.64].

В інших договорах щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності, суд, не маючи правової визначеності з питання допустимості цінових обмежень, може скористатися аналогією за законом та визначити подібну умову недійсною в силу існування схожої законодавчої норми стосовно договорів комерційної концесії.

Однак, як вже було зазначено на початку дослідження, конкурентне відомство не перейматиметься питаннями дійсності/недійсності цінових обмежень, а оцінюватиме їх вплив на конкуренцію.

Можливості застосування цінових обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності у національному законодавстві прямо не передбачено. Груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності також не поширюється на цінові обмеження. В разі спроби отримати індивідуальний виняток на такі узгоджені дії в порядку ст. 10 Закону України "Про захист економічної конкуренції", необхідно буде довести, що такі дії сприяють, найбільш ймовірно, «вдосконаленню виробництва, придбанню або реалізації товару». Таке сприяння доводитиметься в контексті того, що обмеження цінової конкуренції буде трансформовано в зростання нецінової, а відтак зростатиме і якість обслуговування споживачів.

При спробі здійснити такі узгоджені дії без дозволу Антимонопольного комітету України на їх вчинення, і в разі їх викриття та кваліфікації за п. 1 ч. 2

ст. 6 Закону, а саме «встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів», Комітет повинен буде довести, що такі дії обмежують (усувають, недопускають) конкуренцію.

Проте, скоріше за все, сам "порушник" муситиме довести необхідність цінових обмежень для ліцензування, адже, за відсутності таких дій з його боку, пасивність в доведенні може бути визнана Комітетом як визнання свого порушення (так само як і припинення виявлених цінових обмежень). Системні проблеми дотримання стандарту доказування та визначення суб'єктів доказування в справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, не дозволяють по іншому спрогнозувати наслідки застосування цінових обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності.

Тим не менш, С.В. Шкляр та Н.А. Іваницька звертають увагу, що «остання тенденція полягає в створенні судової практики визнання недійсними рішень Антимонопольного комітету України, які слабо доведені та не підкріплені достатнім економічним аналізом» [165, с.297]. Варто сподіватися, що вказана тенденція позитивно вплине на визнання дійсно ефективних цінових обмежень допустимими.

Всі інші обмеження, які розглядатимуться далі, можна охарактеризувати як "нецінові".

### **3.1.2. Обмеження щодо обороту товару на ринку**

Іншим проявом ринкової влади, крім здатності впливати на ціну, є здатність визначати оборот товару на ринку.

Відповідно до п. 10.3 Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку (далі – Методика) ще однією ознакою ринкової влади є «здатність суб'єкта (суб'єктів) господарювання скорочувати або обмежувати випуск товарів (товарних груп) і постачання їх на ринок збуту з метою отримання однобічної користі при купівлі або продажу товарів (товарних груп), при укладанні договорів і угод про постачання товарів

(товарних груп), а інші суб'єкти господарювання, які є його конкурентами, не здатні компенсувати утворений дефіцит товарів (товарних груп)» [88].

Дефіцит товарів або надлишковий попит на них – це «ситуація на ринку, за якої обсяг попиту на товар за певної ціни перевищує обсяг пропозиції цього товару» [57, с.51]. Основним негативним наслідком дефіциту товарів є зростання їхньої ціни.

Незалежно від того, чи призводять узгоджені дії суб'єктів господарювання до дефіциту товарів, якщо вони стосуються обмеження виробництва або продажу (далі – "квотування"), то вони вважаються антиконкурентними узгодженими діями.

Питання допустимості застосування квотування в угодах про надання права використання або передачу права власності на об'єкти інтелектуальної власності є настільки складним, що спробувавши однозначно дати на нього відповідь, можна легко помилитися.

Квотування поділяється на квотування продажу (пряме) та виробництва (опосередковане). Якщо пряме квотування продажу навряд чи можна виправдати ефективністю ліцензійних заходів, то опосередковане квотування виробництва має значно більше аргументів на користь його запровадження.

Основні аргументи квотування виробництва можна звести до підтримання стимулів до ліцензування у ліцензіара. Ліцензіар, який одночасно є виробником, потребує значного захисту від своїх ліцензіатів, адже останні можуть просто витіснити його з ринку як ефективніші виробники або за рахунок розвинутішої системи дистрибуції. Тому ліцензіар постає перед двома можливими варіантами забезпечення захисту своїх інтересів – значні ліцензійні платежі (роялті) або обмеження ліцензіатів в обсязі товару. Останній варіант зазвичай влаштовує обидві сторони таких відносин.

Х. Ховенкамп та інші з приводу загрози обмеження випуску продукції вказують наступне: «Так само як в справах про цінові обмеження ліцензіатів, горизонтальні угоди, які обмежують випуск представляють значно більше антимонопольних ризиків, ніж чисто вертикальні домовленості. Чисто

вертикальне обмеження випуску є формою вертикального нецінового обмеження, і більшість є проконкурентними і законними. Побоювання загрози конкуренції з'являються тоді, коли: 1. ліцензіар виробляє товари конкуруючи зі своїми ліцензіатами; 2. ліцензіар дає кількісно обмежені ліцензії декільком ліцензіатам і обставини дозволяють припустити, що обмеження відображають угоду між самими ліцензіатами або джерелом обмежень є потужний ліцензіат, який намагається обмежити випуск його конкурентів; або 3. патенти піддані перехресному ліцензуванню і учасники обмежують випуск одне одного» [178, с.33-1,33-2].

З вказаного можемо зробити висновок, що загрозу свободі конкуренції становить не саме обмеження виробництва товарів, а використання такого обмеження для цілей приховання змови. Більше того, К.В. Смирнова зауважує, що «обмеження виробництва в деяких випадках може бути корисним, якщо воно здійснюється одночасно за науково-дослідними угодами або угодами про спеціалізацію» [113, с.66].

Необхідно також звернути увагу на тісний взаємозв'язок квотування та встановлення цін. Дані обмеження можна назвати "альтернативними" в силу того, що обмеження випуску за наслідками є подібним до встановлення цін. Якщо квотування визнати допустимим в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, то й цінові обмеження необхідно також узаконити відповідним чином (наприклад, зі значною кількістю обов'язкових умов відповідності груповому винятку).

Закон України "Про захист економічної конкуренції" передбачає в ст. 9 допустиме обмеження «мінімального обсягу виробництва». Воно прямо протилежне непрямому квотуванню і передбачає виробництво товарів в обсягу, який є більшим ніж обумовлена нижня межа.

«Складно уявити як мінімальне кількісне обмеження буде зачіпати антитрастову політику» зазначають Х. Ховенкамп та інші [178, с.32-9]. Таке обмеження в чистому вигляді дійсно не створює ризиків порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Тим не менш, якщо воно застосовуватиметься в поєднанні з іншими обмеженнями (ціновими), то це буде розглядатися як своєрідний спосіб підтримання ефективності "хижацького ціноутворення" (predatory pricing) за допомогою товарного профіциту.

### **3.1.3. Обмеження, які спрямовані на поділ ринку**

Поділ ринку між суб'єктами господарювання вважається незаконним та таким що суперечить конкурентній політиці. Однак діяння, які з позицій законодавства про захист економічної конкуренції підпадають під визначення поділу ринку, для цілей ефективного розпоряджання правами інтелектуальної власності, дуже часто застосовуються на практиці.

АМКУ, в свою чергу, переконаний, що «поширення будь-якої практики діяльності суб'єктів господарювання у будь-яких часових та географічних межах не є підтвердженням правомірності такої практики» [26].

Оскільки ринок складається з суб'єктів, на ньому представлені певні товари (товарні групи) і він завжди охоплює певну територію, то і види обмежень, які спрямовані на поділ ринку, доцільно визначати за цими критеріями [142, с.328].

Такі горизонтальні обмеження досить часто зустрічаються в угодах про спеціалізацію. А щодо прав інтелектуальної власності Регламент про деякі категорії угод про спеціалізацію, який встановлює для них умови поширення групового винятку, вказує на наступне: «Передбачений виняток [...] повинен застосовуватися до угод про спеціалізацію що містять положення, які пов'язані з передачею або ліцензуванням прав інтелектуальної власності одній або декільком сторонам, за умови, що ці положення не становлять основного предмету таких домовленостей, але прямо пов'язані і необхідні для їх виконання» [168, с.46]. Хоча, варто зауважити, що розподіл ринків в розумінні цього Регламенту є жорстким обмеженням [168, с.46].

З приводу вертикальних обмежень, які спрямовані на поділ ринку, Х. Ховенкамп та інші вказують на те, що «обмеження, які були предметом антитрастових спорів, загалом накладали значні обмеження на перепродаж на

територіях або покупцям, припускаючи, що це зазвичай зменшує конкуренцію між дилерами. Прикладами є вертикальні обмеження, які дозволяють дилеру розташовуватися лише у визначеній місцевості, визначають території продажів для дистриб'юторів або для персоналу, який може переміщатися до своїх клієнтів, заборони здійснювати продажі поштою, або обмеження перепродавця конкретними групами споживачів» [178, с.24-83].

К.В. Смирнова вірно звертає увагу на те, що «факти порушення, які ґрунтуються на праві промислової власності, не є угодами в розумінні Ст. 101 ДФЄС. Вони просто відповідають застосуванню власником його права. Однак якщо такі дії розпочато з метою поділення ринку, їх можна розглядати як ознаку існування угоди» [113, с.53].

Згрупуємо обмеження, які спрямовані на поділ ринку, за критеріями суб'єктів, товарів та території.

*1) обмеження, які спрямовані на поділ ринку за його суб'єктами.* До таких суб'єктів перш за все необхідно віднести споживачів (клієнтів), постачальників (продавців) і виробників.

Очевидно, що прийняття таких обмежень не впливає з природи прав інтелектуальної власності, але сприяє їх ефективнішому розпоряджанню.

Такі обмеження щодо споживачів (клієнтів) здебільшого є "голими" і аргументи на їх користь можуть бути знайдені лише у випадках структурованості самих споживачів (жінки/чоловіки, діти/дорослі тощо) або для підтримання ексклюзивності (певна група клієнтів, які цінують можливість вирізнитися з поміж інших). Тим не менш, як зазначає Л.Н. Семенова, такий розподіл ринку «не дозволяє клієнту одержувати вигоду від конкуренції між постачальниками» [112, с.39].

Поділ ринку за постачальниками (продавцями) здійснюється переважно між дилерами. Обмеження, які включаються до дилерських угод можуть полягати в уникненні змагання між іншими дилерами або закріплення за ними певної території продажів. Прикладом є дилерська мережа компанії ЛІГА:ЗАКОН, яка

спрямована на розповсюдження інформаційно-аналітичного програмного забезпечення [116].

У франчайзингових договорах може застосовуватися «умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) [...]» (ч. 3 ст. 1122 ЦК України). Таким чином франчайзер має змогу диференціювати споживачів або канали збуту між декількома франчайзі для підвищення сукупної ефективності франчайзингової мережі.

Поділ ринку за виробниками може здійснюватися в контексті запровадження торговими мережами власної торговельної марки. «Власна торгова марка (VTM), або Private Label (англ.) – це марка товару, ексклюзивно представлена в торговій мережі. Продукти, які випускаються під власною торговою маркою, можуть бути різноманітними: від питної води, сезонної консервації до серветок і одноразового посуду. VTM є ініціативою мережі роздрібної торгівлі, яка бере на себе розробку, контроль над виробництвом та якістю продукту. Власне виробництвом товарів для мережі займається велике коло компаній: від великих провідних виробників (P&G, Unilever, Nestle та ін.) до невеличких спеціалізованих господарств. Товари VTM можуть випускатися під маркою мережі або мати власну назву» [151].

Прикладом власної торговельної марки в Україні є Премія ТМ (свідоцтво на знак для товарів і послуг № 84074 [9]), яка «була започаткована у 2006 році для всіх торговельних мереж Fozzy Group, і сьогодні вона демонструє асортимент із понад 1 800 найменувань у більше ніж 300 різних категоріях товарів середнього цінового сегмента» [79].

АМКУ в своєму рішенні по справі про інформаційний обмін між торговими мережами зазначив, що «у торговельних мережах скорочується асортимент товару внаслідок заповнення торговельними мережами полиць власними товарними марками – Privat Label, що за відсутності механізмів рівноправного узгодження інтересів торговельних мереж і національних постачальників, створює передумови для скорочення асортименту» [26].

Таке твердження є поверхневим та однобоким, адже скороченню асортименту передуює перекриття каналів збуту, а не запровадження власних торгових марок. Власна торговельна марка не має здатності витіснити інших виробників, вона лише підтверджує субсидіарну відповідальність торгової мережі за якість товару.

Тим не менш, оскільки ініціатором поширення власної торговельної марки на певний товар виступає саме торгова мережа, існують значні складнощі в отриманні доступу до неї. Особливо складно отримати такий доступ у разі, якщо торгова мережа вже відібрала достатню кількість виробників для певного товару чи товарної групи під власною торговельною маркою.

Крім того, торгова мережа може вимагати встановлення ексклюзивних відносин з виробниками, які працюють під її власною торговельною маркою. За таких обставин антиконкурентні ризики значно зростають, адже торгові мережі таким способом розподіляють між собою виробників.

**2) обмеження, які спрямовані на поділ ринку за товарами.** Ринок включає товари і їх замітники, що складають в цілому його товарні межі. Товарні межі ринку, відповідно до Методики визначаються як «товар (товарна група), сукупність схожих, однорідних предметів господарського обороту, в межах якої споживач за звичайних умов може перейти від споживання певного виду предметів господарського обороту до споживання іншого» [88].

І.І. Дахно зазначає, що «в ліцензійних угодах можна включати, наприклад, положення про те, що ліцензіат буде поставляти продукцію для побутового використання, а ліцензіар - для промислового або офісного використання» [36, с.163].

Об'єкти інтелектуальної власності можуть бути використані в багатьох товарах. Наприклад, запатентований спосіб виготовлення ювелірних виробів може бути застосованим в каблучках, ланцюжках, підвісках, запонках тощо. При цьому ці вироби можуть бути з золота, срібла або платини. Тому можна зробити обґрунтоване припущення, що патентовласник буде готовим дозволити використання свого патенту лише в певній групі товарів.

Зазвичай такому поділу сприяють угоди про спеціалізацію. Регламент про спеціалізацію визначає, що «угоди про спеціалізацію у виробництві зазвичай стосуються вдосконалення виробництва або дистрибуції товарів, якщо сторони мають взаємодоповнюючі можливості, активи або види діяльності, адже вони можуть зосередитися на виробництві певної продукції і таким чином працювати більш ефективно та постачати продукцію дешевше» [168, с.43]. Таким чином, повертаючись до попереднього прикладу, якщо виробник власник запатентованого способу виготовлення ювелірних виробів, надасть виключну ліцензію на виготовлення запатентованим способом лише каблучок іншому виробникові, то в такому разі можна зробити припущення про фактичне існування між ними угоди про односторонню спеціалізацію, укладеної за допомогою надання обмеженого права використання об'єкта інтелектуальної власності.

Обмеження, які використовуються в угодах про плату за утримання (угоди про протилежну оплату) також можна віднести до обмежень, які спрямовані на поділ ринку за товарами.

**3) обмеження, які спрямовані на поділ ринку за територією.** Територіальні обмеження є властивими для прав інтелектуальної власності. Охоронний документ, виданий однією державою, є чинним тільки на її території. В праві промислової власності є певні механізми, які допомагають заявникам одночасно отримати правову охорону на території декількох держав, але це не ставить під сумнів територіальний характер прав інтелектуальної власності.

Ринок товару також має територіальні межі. Відповідно до Методики: «територіальні (географічні) межі ринку - територія зі сферою взаємовідносин купівлі-продажу товару (групи товарів), в межах якої за звичайних умов споживач може легко задовольнити свій попит на певний товар і яка може бути, як правило, територією держави, області, району, міста тощо або їхніми частинами».

Застосування такого обмеження в горизонтальних узгоджених діях може містити в собі ризик обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, якщо визначені учасниками межі ринку вужчі, ніж територія правової охорони об'єкта інтелектуальної власності.

При вертикальних узгоджених діях такі обмеження повинні втрачати свою силу після першого продажу товару, але навіть у випадку підтримання цього обмеження, необхідно мати серйозні аргументи на їх користь (зростання нецінової конкуренції, ефективна дистрибуція тощо).

В договорах франчайзингу може застосовуватися «умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) [...] виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі» (ч. 3 ст. 1122 ЦК України). Дана законодавча умова є некоректною, оскільки продавець не може відмовляти у продажі товарів покупцям з "позадовірних" територій. Франчайзі може не продавати товари на позадовірних територіях або не здійснювати поставки на такі території. Умова про недопустимість продажу товару покупцю, який має місцезнаходження (місце проживання) на позадовірній території, протирічить загальним принципам господарювання в Україні, а саме вільному руху капіталів, товарів та послуг (ч. 1 ст. 6 ГК України).

Необхідно викласти ч. 3 ст. 1122 ЦК України таким чином, щоб виключити слова «покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання)», а саму ч. 3 названої статті викласти в такій редакції: *"Умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно на території, визначеній у договорі"*.

Поділяючи погляди Х. Ховенкампа та інших, узагальнимо переваги обмежень, які спрямовані на поділ ринку таким чином [178, с.33-8,33-9]: «1) вони можуть слугувати для гарантування учасникам достатнього обсягу торгівлі, щоб досягнути вигідного масштабу. При збільшення інвестиційних стимулів, такі угоди збільшують також випуск; 2) територіальні або товарні обмеження можуть бути необхідними на ринках, де загальна продукція повинна управлятися одним суб'єктом господарювання; 3) такі обмеження можуть заохочувати до ліцензування, яке не здійснювалося би за інших обставин; 4) поділ ринку може сприяти контролю за проблемою "безбілетників" (free riders)».

Вважаємо, що поділ ринку для збереження стимулів до ліцензування у правовласника є головним аргументом на користь допустимості таких обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності. Також перевагою поділу ринку є зменшення витрат на післяпродажне обслуговування споживачів.

Специфіку загроз для конкуренції внаслідок застосування таких обмежень, згадані автори, зводять до наступного [178, с.33-11,33-12]: 1) якщо члени картелю мають різні витрати або виробляють диференційовану продукцію, для них може бути складно домовитися про єдину картельну ціну, але при угоді про поділ ринку немає потреби в угоді про ціну; 2) коли для змови компаній, перевірка цін одне одного може викликати складнощі, продажі за межами встановленої території можуть бути легко помічені; 3) поділ ринку використовують значно частіше для обмеження потенційної конкуренції, а не наявної; 4) на додаток до неконкурентних цін, угоди про поділ ринку можуть становити значну загрозу для конкуренції інновацій.

Тим не менш, як зазначає І.І. Дахно, «якщо справжньої ціллю патентної ліцензії є розподіл ринку між конкурентами, а передача технології в межах ліцензії є лише прикриттям такого розподілу, то доктрина "підпорядкованих обмежень" (ancillary restraints) не може застосовуватися для виправдання порушень антитрастового законодавства» [36, с.160-161].

Обмеження, які спрямовані на поділ ринку, дозволяють забезпечити ефективно розпорядження правами інтелектуальної власності. Водночас такі обмеження можуть створити сприятливе середовище для змови. Однак можливість використання подібних обмежень підтримує в ліцензіара стимули до ліцензування.

#### **3.1.4. Інші обмеження**

До інших обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, крім обумовлених в попередніх підрозділах, необхідно перш за все віднести обмеження сфери використання об'єкта інтелектуальної власності. Це обмеження дуже широке і воно включає в себе ряд обмежень щодо прав, які надаються,

способів використання та виду діяльності в якому використовуватиметься об'єкт інтелектуальної власності. До сфери використання можна також віднести проаналізовані обмеження щодо території, суб'єктів ринку та товарів в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, якщо мета або наслідки їх застосування не полягають в поділі ринку.

Більшість обмежень сфери використання вже були розглянуті в контексті поділу ринку та при розгляді національного групового винятку з узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності.

Обмеження щодо строку надання права використання об'єкта інтелектуальної власності містить певні ризики порушення законодавства про захист економічної конкуренції, а саме зловживання домінуючим становищем (наприклад, примушування до укладання ліцензійних договорів понад строк правової охорони об'єкта патентного права), але жодним чином не може бути використаним при антиконкурентних узгоджених діях. Як зазначає І.І. Дахно: «з точки зору антитрастового законодавства не можна спиратися на патент, який втратив силу, для створення конкуренційних обмежень по відношенню до колишнього ліцензіата» [36, с.163].

До інших обмежень можна також віднести дотримання визначених ліцензіаром стандартів, кодексів ustalеної практики та технічних умов. М.В. Паладій, Н.М. Мироненко, В.О. Жаров та інші пояснюють це обмеження таким чином, що «оскільки ліцензіар зацікавлений у тому, щоб ліцензіат виробляв продукцію відповідної якості, у договорі можуть бути зафіксовані як обов'язкові технічні умови, згідно з якими повинна вироблятися ліцензійна продукція, а також вказані сировина та необхідні для вироблення продукції матеріали» [77, с.364]. Такі стандарти, кодекси ustalеної практики та технічні умови, як вже зазначалося, повинні застосовуватися на чесних, обґрунтованих і недискримінаційних умовах. Наприклад, якщо зі стандарту випливає, що застосовувана у виробництві сировина може бути придбана лише в іншого учасника узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності і таке обмеження не має належного обґрунтування, то це є звичайним прив'язуванням до

сировинної бази правовласника. Прогнозованим результатом дотримання такого стандарту є зростання вартості кінцевого продукту.

Ексклюзивність, як обмеження в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, може полягати в забороні учаснику узгоджених дій вступати в подібні господарські відносини з іншими правовласниками. Таке обмеження спрямоване на обмеження ліцензіата у використанні аналогів ліцензованих об'єктів інтелектуальної власності.

Обмеження в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності у вигляді утримання від ліцензування, передачі технологій, тощо також можуть мати місце у відносинах суб'єктів господарювання. Зокрема, Регламент про НДДКР прямо передбачає, що «науково-дослідні інститути, наукові організації або підприємства, які постачають дослідження і розробки у вигляді комерційної послуги без звичайної активності у впровадженні результатів, можуть погодити обмеження використання результатів для цілей подальшого дослідження» [167, с.40]. Однак, якщо НДДКР не є основним видом діяльності учасників узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, то подібне обмеження може розглядатися як спроба недопущення конкуренції.

Також ліцензіат може приймати різноманітні обмеження щодо конфіденційності. Такі обмеження можуть викладатися в окремій угоді про нерозголошення або безпосередньо в угодах про розпоряджання правами інтелектуальної власності. Зазвичай, обмеження щодо конфіденційності самостійно не можуть призводити до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, але вони сприяють приховуванню інших обмежень.

Загалом можна зробити висновок про невичерпність переліку застосовуваних обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, але водночас не можна заперечувати можливість виведення загальних критеріїв визначення їх ефективності та допустимості.

### **3.2. Допустимість обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності**

Розглянувши найбільш поширені обмеження, які застосовуються в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, необхідно перейти до розгляду їх допустимості, яка прямо залежить від їх ефективності.

Договір про функціонування Європейського Союзу в ч. 3 ст. 101, яка по суті є загальним груповим винятком на узгоджені дії, передбачає двоскладовий тест на сумісність узгоджених дій з внутрішнім ринком. Його застосування полягає у встановленні того, що узгоджені дії «сприяють удосконаленню виробництва або розповсюдженню продукції, технічному або економічному прогресові, водночас надаючи споживачам змогу отримати належну частку здобутої вигоди», а також «не накладають на зацікавлені суб'єкти господарювання обмежень, що не є обов'язковими для досягнення цієї мети» та «не дають таким суб'єктам господарювання змоги усунути конкуренцію стосовно істотної частини відповідної продукції» [46, с.561]. Перша частина тесту вирішує питання ефективності, а друга - допустимості.

Ефективність узгоджених дій визначається за допомогою оцінки пропорційності отриманої учасниками вигоди та втрат споживачів, спричинених такими узгодженими діями. Чим вищий коефіцієнт ефективності узгоджених дій, тим більше зазвичай існує аргументів на користь їх допустимості.

Загалом, як зазначає С.С. Валітов, «більшість узгоджених дій (угод) в економіці не потребують дозволів антимонопольних органів, так як вони спрямовані на забезпечення ефективності суспільного виробництва» [22, с.141].

Узгоджені дії вважаються допустимими, якщо вони не призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції або вони підпадають під груповий виняток встановлений законодавством про захист економічної конкуренції. Можливість одержання індивідуального винятку (дозволу) на здійснення узгоджених дій ще не свідчить про їх допустимість, адже АМКУ зазвичай покладає на учасників узгоджених дій ряд заходів контролю і може відізвати свій дозвіл [132, с.188]. В довгостроковій перспективі система

індивідуальних винятків (дозволів) приречена на скасування або на заміну рекомендаційними висновками, оскільки регуляторні витрати на функціонування такої системи не співмірні з її перевагами.

Якщо економічний аспект допустимості узгоджених дій полягає у ефективності узгоджених дій, то правовий аспект допустимості полягає в їх правомірності. Оскільки узгоджені дії є правомірними за умови їх ефективності, то допустимість узгоджених дій є економіко-правовим поняттям.

Проблеми визначення допустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності виникають на двох рівнях – правотворчості та реалізації правових норм.

При розгляді правотворення у сфері захисту економічної конкуренції, Ю.В. Журик відмічає важливість того, що «в законодавстві про захист економічної конкуренції органічно поєднуються як приватні (зокрема монополістичні), так і публічні (суспільні, державні) інтереси» [78, с.508]. Адже, як зазначає А.І. Ігнатюк, «антимонопольне законодавство України визначає правила поведінки на ринку, захищає підприємців від антиконкурентних дій інших суб'єктів господарських відносин, сприяє формуванню конкурентного середовища, у якому головною діючою особою повинен бути споживач» [78, с.508].

В правотворчості при поширенні групового винятку на певні узгоджені дії досить складно визначити їх допустимість, адже навіть при високому коефіцієнті ефективності питання зловживання наданим груповим винятком та ризику антиконкурентної змови залишаються відкритими. Проте високий ризик використання обмежень для прикриття змови або можливість зловживання ними не повинні перешкоджати поширенню на них групового винятку. Доцільніше попередити можливість такого "використання" групового винятку.

Т.І. Тарахонич вдало зауважує, що «створення правової норми не є самоціллю. Її призначенням є забезпечення регулювання суспільних відносин, що досягаються у процесі реалізації правових приписів. Реалізація — це втілення приписів правової норми у діяльності суб'єктів права» [117, с.451].

Реалізація обмежень суб'єктами господарювання залежить від їх допустимості, адже правильна оцінка допустимості дозволить уникнути звинувачень в антиконкурентних узгоджених діях. Реалізація з боку конкурентного відомства, у формі правозастосування, повинна полягати у визначенні допустимості "сумнівних" узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, а потім їх ефективності. Але у відповідності до національного законодавства про захист економічної конкуренції, АМКУ не може визначати ефективність дозволених обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, оскільки груповий виняток на таку категорію узгоджених дій безумовний та безвідкличний.

Тому суттєвим недоліком національного групового винятку на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності вважаємо його безумовний та безвідкличний характер, який не дозволяє АМКУ належно оцінити їх ефективність в разі належного сумніву щодо їх допустимості.

При цьому ч. 2 ст. 8 Закону, яка передбачає груповий виняток на узгоджені дії щодо постачання та використання товарів, встановлює підстави відкличання цього групового винятку, зокрема, коли відповідні узгоджені дії: «призводять до суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині, у тому числі монополізації відповідних ринків; обмежують доступ на ринок інших суб'єктів господарювання; призводять до економічно необґрунтованого підвищення цін або дефіциту товарів». Ці підстави відкличання групового винятку доречно застосовувати і до узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності.

Як зазначають Т. Бондарев, Л. Сінічкіна та інші, існуючий груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності «впливає з суті абсолютного права на об'єкт інтелектуальної власності, який охороняється відповідно до законодавства» [125, с.89]. О.В. Дзера з приводу абсолютних прав зауважує, що «це, однак, не означає, що абсолютні права є безмежними. Їх носій має також дотримуватися правил, які встановлюють межі здійснення абсолютного суб'єктивного права» [152, с.12]. І.А. Бірюков звертає увагу на те, що «в

абсолютному правовідношенні визначаються межі поведінки уповноваженої особи, її обов'язок утримуватися від дій, які б порушували права інших осіб. Отже, в абсолютному правовідношенні і уповноважена особа, і зобов'язані особи повинні діяти у межах встановлених правил. Порушення будь-ким із них цих правил тягне негативні наслідки для порушника» [144, с.58,59].

Груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності повинен забезпечувати баланс між свободою конкуренції та абсолютним правом на об'єкт інтелектуальної власності. Інакше кажучи, груповий виняток не встановлює межі абсолютного права інтелектуальної власності, а відображає прояви абсолютного правовідношення щодо прав інтелектуальної власності, які не обмежують свободу конкуренції.

К.В. Смирнова пояснює, що «складовою характеристики антиконкурентних угод є можливість позитивних переваг в результаті таких дій підприємств, які формально юридично підпадають під заборону. У даному аспекті варто виходити з того, що політика конкуренції Євросоюзу спрямована на те, щоб підтримувати розумну рівновагу між ефективною конкуренцією і надмірним обмеженням діяльності окремих підприємств. Саме з цієї причини в п.3 ст. 101 ДФЄС передбачено можливість виключення (або вилучення, exemptions) угод, рішень, узгодженої (обмежувальної) практики, що порушує конкуренцію, із заборон п. 1 ст. 101» [114, с.147].

Не менш важливим є питання доцільності встановлення існуючого переліку з дозволених (строк та мінімальний обсяг виробництва) та умовно дозволених (обсяг прав, територія, сфера використання) обмежень для узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності. Навіть німецький прототип ст. 9 Закону (ст. 17 GWB) передбачав також перелік заборонених обмежень в угодах про розпорядження правами інтелектуальної власності, не виключаючи при цьому дію положень про заборону картелів [174].

В груповому винятку на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності не потрібно дублювати перелік дозволених обмежень, які передбачені ЦК України і спеціальним законодавством про охорону прав на об'єкти

інтелектуальної власності. При подоланні системних проблем конкурентного законодавства України, доречніше буде груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності вивести на підзаконний рівень - у вигляді розпорядження АМКУ (відповідно до ст. 11 Закону). Лише таким чином (або за допомогою "м'якого права") можна визначити допустимість заборонених обмежень (встановлення ціни, квотування) в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності та умови на яких вони можуть стати умовно дозволеними. Правовласник об'єкта інтелектуальної власності обов'язково повинен мати певний доступ до заборонених обмежень [132, с.189].

Також обмеження господарської діяльності учасників повинні оцінюватися поза змістом положень про узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності. Вважаємо, що обмеження господарської діяльності учасників при узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності є "голими", а не "підпорядкованими". Прийняття голих обмежень не повинно бути жодного виправдання з точки зору конкурентної політики.

З огляду на вищевказане, пропонуємо викласти ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" в такій редакції:

***"Стаття 9. Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності***

*1. Положення статті 6 цього Закону не застосовуються до узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності в частині обмежень використання або розпорядження правами інтелектуальної власності, передбачених законодавством про інтелектуальну власність.*

*2. Обмеження використання або розпорядження правами інтелектуальної власності, які не передбачені законодавством про інтелектуальну власність, вважаються допустимими, якщо вони є необхідними для ефективного використання або розпорядження правами інтелектуальної власності.*

*3. До узгоджених дій, передбачених частиною першою та другою цієї статті, застосовуються положення статті 6 цього Закону, у випадках, передбачених частиною другою статті 8 цього Закону".*

Такий підхід в цілому відповідає конкурентному законодавству ЄС. Як зазначає К.В. Смирнова «підприємство, що укладає угоду, яка, на його думку, підпадатиме під заборону ст. 101 (п.1), має самостійно визначити чи дотримані вимоги ст. 101 (п.3), щоб можна було застосувати ст. 101 в цілому. При цьому ризик неправильного визначення відповідності комерційної угоди критеріям ст. 101 (п.3) цілком покладається на підприємства, які мають право звернутися до Комісії ЄС або національних антитрастових органів» [113, с.33-34].

Тим не менш, керуючись груповим винятком без переліку обмежень, необхідно мати чітке уявлення про визначення їх допустимості.

В 1970-х роках Антитрастовим підрозділом Міністерства юстиції США було сформовано правило «Дев'яти Ні-Ні» - перелік з 9 обмежувальних практик, які на їх думку повинні бути забороненими по суті: 1. Зв'язування придбанням непатентованих матеріалів як ліцензійна умова; 2. Вимагання у ліцензіата отримувати вдосконалені патенти; 3. Обмеження права покупця продукту в перепродажі продукту; 4. Обмеження можливості ліцензіатів мати справу з продуктами, що виходять за межі патенту; 5. Згода ліцензіара не надавати іншим ліцензії; 6. Обов'язковий пакет ліцензій; 7. Роялті не обґрунтовано пов'язані з продажами ліцензіата; 8. Обмеження ліцензіата в користуванні продуктом виготовленим запатентованим способом; 9. Мінімальна перепродажна ціна ліцензованої продукції [164].

З часом цей перелік втратив свою значимість з огляду "судовий активізм" Верховного суду США. Майже кожна з обмежувальних практик цього переліку визнавалася допустимою з огляду на її ефективність за тих чи інших обставин.

Як зазначає М.Ю. Потоцький, «прогресивне законодавство повинне передбачати не декларативну, а активну діяльність уповноважених органів (АМКУ, ДСІВ, суди – О.Х.) для підтримки розвитку підприємництва з використанням прав інтелектуальної власності, впровадженням інновацій» [74, с.78].

Наразі конкурентні відомства США дотримуються підходу за яким визначення ефективності «в більшості справах обмеження щодо інтелектуальної

власності в ліцензійних угодах оцінюються за правилом причини. Загальний підхід агентств при аналізі ліцензійних обмежень згідно правила причини полягає в з'ясуванні чи можуть обмеження мати антиконкурентні наслідки і якщо так, то чи обмеження дійсно необхідні для досягнення проконкурентних переваг, що переважатимуть такі антиконкурентні наслідки. [...] В деяких справах, однак, суди приходили до висновку, що "характер і необхідність наслідку обмеження настільки явно антиконкурентні", що воно повинно розглядатися як незаконне згідно правила по суті, без ретельного з'ясування можливого антиконкурентного наслідку обмеження» [189].

Якщо певні обмеження визнаються ефективними, то необхідно правильно визначити допустимість таких обмежень для поширення на них групового винятку.

Для встановлення допустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності пропонуємо керуватися такими критеріями:

**1) вид узгоджених дій.** Горизонтальні узгоджені дії містять значніший ризик обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, але застосування методу обмежень більш прийнятне для вертикальних узгоджених дій. Форма узгоджених дій входить до стандарту доказування їх вчинення, а не визначення допустимості.

**2) ринкова влада учасників.** Мова йде як про сукупну ринкову частку всіх учасників, так і кожного окремо. Поставлена на початку цього дослідження мета не охоплює визначення "безпечної гавані" для узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, але на наше переконання допустима сукупна ринкова частка учасників горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності може бути встановлена на рівні 30 відсотків, а вертикальних – 40 відсотків. Іншими словами, подвоєння "безпечної гавані", визначеної Типовими вимогами [93], для узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності є виправданим в силу необхідності стимулювання розвитку інновацій та ліцензування.

**3) обмежувані учасники.** Законодавство про розпорядження правами інтелектуальної власності передбачає обмеження саме користувача або набувача

об'єкта інтелектуальної власності. Обмеження правовласника передбачено лише деякими видами наданих ліцензій в частині видачі ліцензій іншим особам, тобто виключною та одиничною, а також частковою передачею права власності на об'єкт інтелектуальної власності, яка позбавляє правовласника можливості використовувати передану частину прав.

Законодавство у сфері інтелектуальної власності не уповноважує ліцензіата на обмеження ліцензіара. Це суперечить самій природі розпоряджання правами інтелектуальної власності. І.І. Дахно звертає увагу, що «американські суди більш прихильно відносяться до обмежень, які надають певні вигоди ліцензіарам, чим до обмежень, які вигідні ліцензіатам» [36, с.161]. Можна припустити, що обмеження, які спрямовані на правоволодільця, не повинні охоплюватись груповим винятком, але й вони можуть мати достатній коефіцієнт ефективності.

Стимули до ліцензування повинні бути не лише в ліцензіара, а й в ліцензіата. Останній вправі вимагати в правовласника не створювати йому конкуренції, і це може бути досягнуто не лише за допомогою видачі виключної (одиничної) ліцензії або передачі права власності на об'єкт інтелектуальної власності. Не дивлячись на те, що в дослідженні основна увага приділялася саме стимулам до ліцензування у ліцензіара, необхідно обумовити, що ліцензіат також їх має і вони значно ширші за простий доступ до об'єкта інтелектуальної власності. До того ж, законодавство про розпоряджання правами інтелектуальної власності надає можливість визначити в ліцензійному договорі «інші умови, які сторони вважають за доцільне включити у договір» (ч. 3 ст. 1109 ЦК України). Такими «іншими умовами» і можуть бути обмеження, які спрямовані на правоволодільця.

Особливо складними є випадки перехресного ліцензування, адже кожен учасник приймає обмеження від іншого.

**4) характеристика об'єкта інтелектуальної власності.** Одне з головних зауважень Р. Познера по справі *United States v. General Electric Co.* стосувалося «слабкого» патенту компанії *General Electric*, який «цілком міг бути недійсним» [66, с.386]. Теоретично, конкурентне відомство вправі ініціювати

визнання виданого патенту недійсним, якщо узгоджені дії з використанням останнього порушують свободу конкуренції. Проте, не маючи можливості самостійно оцінити силу об'єкта інтелектуальної власності або його слабкість, АМКУ для визначення допустимості узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності варто все ж дослідити такі його характеристики: підлягає обов'язковій державній реєстрації або не підлягає; якщо підлягає, то патентований або не патентований; якщо патентований, то виданий за результатами проведення кваліфікованої або формальної експертизи; самостійний чи залежний, первинний або похідний, прототип або аналог; час та територія правової охорони; історія створення, реєстрації, використання та розпоряджання об'єктом інтелектуальної власності.

Визначення АМКУ наведених характеристик об'єкта інтелектуальної власності дозволить переконатися у дійсних намірах учасників узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності.

**5) характеристика обмежень.** Детальна характеристика обмежень є завершальним етапом визначення їх допустимості. Пропонуємо здійснювати її в такому порядку: вид обмеження; величина та тривалість обмеження; виконання обмеження здійснюється активним або пасивним способом; призначення або наслідки обмеження, якщо їх можна визначити або спрогнозувати; обмеження голе або підпорядковане.

Остання характеристика є найважливішою в силу того, що вона допомагає встановити виправданість обмеження. Дійсно необхідні обмеження для цілей ефективного розпоряджання правами інтелектуальної власності заслуговують на визнання їх допустимими.

Проблема визначення ефективності обмежень є загальною для всіх узгоджених дій і полягає в їх правильній (найбільш об'єктивній) оцінці. Тоді як проблема визначення допустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності полягає в казуїстичності самих обмежень, значній кількості внутрішніх (відносини учасників) та зовнішніх (особливостях ринків та їх суб'єктів) факторів.

### Висновки до Розділу III

Застосування методу обмежень в узгоджених діях передбачає встановлення меж поведінки учасників (виконання обмежень) для досягнення поставленої мети чи очікуваних наслідків у вигляді конкурентних переваг.

Горизонтальні обмеження - це встановлені межі поведінки учасників у горизонтальних узгоджених діях, при яких один або декілька учасників приймають на себе обмеження щодо умов продажу (придбання або виготовлення, якщо вони впливають на умови продажу) товарів або відносин з іншими суб'єктами ринку, а вертикальні обмеження - це встановлені межі поведінки учасників у вертикальних узгоджених діях, при яких один або декілька учасників приймають на себе обмеження щодо умов продажу (придбання або виготовлення, якщо вони впливають на умови продажу) товарів або відносин з іншими суб'єктами ринку.

Залежно від предмету обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, їх можна поділити на: 1) цінові обмеження; 2) обмеження щодо обороту товару на ринку; 3) обмеження, які спрямовані на поділ ринку; 4) інші обмеження.

Можливості застосування цінових обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності у національному законодавстві прямо не передбачено. Груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності також не поширюється на цінові обмеження.

Обмеження щодо обороту товару на ринку полягають в обмеженні виробництва або продажу. Встановлення мінімального обсягу виробництва, без поєднання з іншими обмеженнями, не створює ризиків порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Обмеження, які спрямовані на поділ ринку, дозволяють забезпечити ефективне розпорядження правами інтелектуальної власності. Водночас такі обмеження можуть створити сприятливе середовище для змови. Однак можливість використання подібних обмежень підтримує в ліцензіара стимули до ліцензування.

Перелік застосовуваних обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності не може бути вичерпним, але водночас не можна заперечувати можливість виведення загальних критеріїв визначення їх ефективності та допустимості.

Ефективність узгоджених дій визначається за допомогою оцінки пропорційності отриманої учасниками вигоди та втрат споживачів, спричинених такими узгодженими діями. Узгоджені дії вважаються допустимими, якщо вони не призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції або вони підпадають під груповий виняток, встановлений законодавством про захист економічної конкуренції.

Для визначення допустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності необхідно керуватися наступними умовами: 1) вид узгоджених дій; 2) ринкова влада учасників; 3) обмежувані учасники; 4) характеристика об'єктів інтелектуальної власності; 5) характеристика обмежень.

Законодавчий груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності необхідно викласти в новій редакції без переліку допустимих обмежень та прийняти деталізований груповий виняток на підзаконному рівні.

Запропоновано викласти ст. 9 Закону України "Про захист економічної конкуренції" в такій редакції:

"Стаття 9. Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності

1. Положення статті 6 цього Закону не застосовуються до узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності в частині обмежень використання або розпоряджання правами інтелектуальної власності, передбачених законодавством про інтелектуальну власність.

2. Обмеження використання або розпоряджання правами інтелектуальної власності, які не передбачені законодавством про інтелектуальну власність, вважаються допустимими, якщо вони є необхідними для ефективного використання або розпоряджання правами інтелектуальної власності.

3. До узгоджених дій, передбачених частиною першою та другою цієї статті, застосовуються положення статті 6 цього Закону, у випадках, передбачених частиною другою статті 8 цього Закону".

## ВИСНОВКИ

1. Узгоджені дії – це спільне взаємовигідне волевиявлення суб'єктів господарювання (об'єднання або його учасників, інших осіб), яке впливає на конкуренцію. Узгоджені дії мають такі ознаки: 1) наявність волевиявлення двох та більше учасників; 2) взаємну вигідність узгоджених дій для їх учасників (може бути непропорційною); 3) вплив на конкуренцію (ефективний перерозподіл ресурсів).

2. Змагання властиве для конкуренції, але воно не вичерпує собою її змісту. Відсутність змагання між суб'єктами господарювання ще не свідчить про відсутність конкуренції. Законодавче трактування конкуренції звернене в першу чергу до суб'єктів господарювання, які здійснюючи господарську діяльність на засадах змагальності та уникнення одностороннього визначення обороту товару на ринку зможуть мінімізувати ризики вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

3. На антиконкурентні узгоджені дії можуть поширюватися групові та індивідуальні винятки. Такі винятки застосовуються до узгоджених дій, в яких не дивлячись на обмеження (усунення, недопущення) змагальності, цілі конкуренції залишаються дотриманими, адже відбувається ефективний перерозподіл ресурсів, що має наслідком реалізацію принципу граничної корисності. Тому, дозволені “антиконкурентні узгоджені дії” втрачають свою антиконкурентну спрямованість, що дозволяє говорити про здійснення суб'єктами господарювання саме “узгоджених дій”.

4. Антиконкурентні ризики розпоряджання правами інтелектуальної власності виникають у тих випадках, коли учасники відповідних узгоджених дій обмежують (усувають, не допускають) конкуренцію під виглядом обмеження розпоряджання або використання прав інтелектуальної власності.

5. Конкурентна політика щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності повинна ґрунтуватися на поєднанні двох підходів: 1) допустимості об'єднання суб'єктами господарювання, які представлені на інноваційних ринках,

своєї ринкової влади; 2) утримання балансу між монополізацією інноваційних ринків та зростанням прогресивних інновацій.

6. Конкурентно-правове регулювання використання прав інтелектуальної власності пройшло три етапи становлення та розвитку: 1) радянський етап (1988-1991 рр.) пов'язаний з першими спробами запровадження конкурентно-правового регулювання у вигляді обмеження монополізму, а також звільненням від ідеологічної монополії на майнові права інтелектуальної власності з боку держави; 2) пострадянський етап (1992-2002 рр.) охоплює період дії Закону України "Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності", який декларував заборону недобросовісного використання прав інтелектуальної власності. З 1997 р. Законом України "Про захист від недобросовісної конкуренції" розширено перелік актів недобросовісної конкуренції щодо використання прав інтелектуальної власності; 3) сучасний етап (починаючи з 2002 р.) характеризується запровадженням групового винятку на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності та подальшим вдосконаленням законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

7. Відмежування антиконкурентних узгоджених дій та зловживання монополієм (домінуючим) становищем щодо прав інтелектуальної власності здійснюється на основі двох критеріїв: 1) мети учасників антиконкурентних узгоджених дій; 2) взаємовигідності антиконкурентних узгоджених дій для їх учасників;

8. Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності – це узгоджені дії, які пов'язані з використанням або розпорядженням правами інтелектуальної власності суб'єктами господарювання.

9. Груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності повинен: 1) охоплювати всі форми узгоджених дій суб'єктів господарювання; 2) поширюватися не тільки на розпорядження правами інтелектуальної власності, а й на використання прав інтелектуальної власності; 3) передбачати можливість застосування тільки тих обмежень, які стосуються безпосередньо використання

або розпорядження правами інтелектуальної власності; 4) ґрунтуватися на принципах умовності, відкличності та визначеності допустимих обмежень; 5) уникати безпосереднього дублювання обмежень, які передбачені законодавством про інтелектуальну власність; 6) поширюватися на обмеження, які не передбачені законодавством про інтелектуальну власність, але мають високий коефіцієнт економічної ефективності.

10. Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності поділяються: 1) за правомірністю здійснення (дозволені; умовно дозволені; заборонені); 2) за застосовуваним підходом до оцінки (узгоджені дії, які оцінюються формально; узгоджені дії, які оцінюються поглиблено); 3) за типом задіяного ринку (узгоджені дії, які впливають на ринок продукції/послуг; узгоджені дії, які впливають на ринок прав інтелектуальної власності; узгоджені дії, які впливають на ринки продукції/послуг та прав інтелектуальної власності); 4) за типом взаємовідносин учасників узгоджених дій на ринку (горизонтальні; вертикальні).

11. Горизонтальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності переважають в сфері ліцензування між конкурентами, науково-дослідних і дослідно-конструкторських розробках та стандартизації. Вертикальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності стосуються переважно господарського посередництва та торговельної діяльності.

12. Залежно від того, чи є узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності горизонтальними або вертикальними, необхідно визначати і вид обмежень, які застосовуються в таких узгоджених діях. Необхідно також враховувати, що обмеження, застосовані у вертикальних узгоджених діях, насправді можуть бути горизонтальними.

13. В ході дослідження були виявлені значні законодавчі проблеми приватної стандартизації суб'єктів господарювання. Узгоджених дій щодо стандартизації з використанням прав інтелектуальної власності необхідно визнавати допустимими, якщо стандартизація здійснена на чесних, обґрунтованих і недискримінаційних умовах.

14. В національному груповому винятку на узгоджені дії щодо спільних науково-дослідних та/або дослідно-конструкторських робіт необхідно вилучити умову про те, що такі узгоджені дії повинні здійснюватися відповідно до визначеної мети та у визначеній галузі, з огляду на її негативний вплив на розвиток інновацій.

15. Обмеження в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності - це встановлені учасниками межі їх поведінки у горизонтальних або вертикальних узгоджених діях, при яких один або декілька учасників приймають на себе обмеження щодо умов продажу (придбання або виготовлення, якщо вони впливають на умови продажу) товарів або відносин з іншими суб'єктами ринку.

16. Цінові обмеження в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності стосуються встановлення цін (мінімальних або фіксованих) на товари, що представлені на ринках прав інтелектуальної власності або ринках/послуг. Якщо для горизонтальних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності застосовується встановлення цін, то для вертикальних – встановлення цін або встановлення перепродажних цін.

17. Обмеження щодо обороту товару на ринку полягають в обмеженні виробництва або продажу. Встановлення мінімального обсягу виробництва, без поєднання з іншими обмеженнями, не становить ризиків порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Так само як і щодо цінових обмежень, законодавство про інтелектуальну власність не уповноважує правовласника визначати кількість виготовленої (проданої) продукції, але й не містить на це заборони.

18. Обмеження, які спрямовані на поділ ринку, в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності можуть застосовуватися за суб'єктами, товарами або територією.

19. До інших обмежень, які застосовуються в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, можна віднести обмеження сфери використання, строк надання права використання, дотримання визначених стандартів, кодексів

усталеної практики та технічних умов, ексклюзивність, утримання від розпоряджання тощо.

20. Ефективність узгоджених дій визначається за допомогою оцінки пропорційності отриманої учасниками вигоди та втрат споживачів, спричинених такими узгодженими діями. Чим вищий коефіцієнт ефективності узгоджених дій, тим більше, зазвичай, існує аргументів на користь їх допустимості.

21. Узгоджені дії вважаються допустимими, якщо вони не призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції або вони підпадають під груповий виняток, встановлений законодавством про захист економічної конкуренції.

22. Для визначення допустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності запропоновано керуватися наступними критеріями: 1) вид узгоджених дій (горизонтальні, вертикальні); 2) ринкова частка учасників (допустима ринкова частка може бути подвоєна в порівнянні з іншими видами узгоджених дій); 3) обмежувані учасники (правовласник чи набувач, ліцензіат чи ліцензіар); 4) характеристика об'єкту інтелектуальної власності (підлягає обов'язковій державній реєстрації або не підлягає; якщо підлягає, то патентований або не патентований; якщо патентований, то виданий за результатами проведення кваліфікаційної або формальної експертизи; самостійний чи залежний, первинний або похідний, прототип або аналог; час та територія правової охорони; історія створення, реєстрації, використання та розпоряджання об'єктом інтелектуальної власності); 5) характеристика обмежень (вид обмеження; величина та тривалість обмеження; виконання обмеження здійснюється активним або пасивним способом; призначення або наслідки обмеження, якщо їх можна визначити або спрогнозувати; обмеження заборонене чи умовно дозволене).

23. Для поліпшення правового регулювання узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності необхідно здійснити загальне та спеціальне реформування законодавства про захист економічної конкуренції.

24. Загальне реформування законодавства про захист економічної конкуренції повинно починатися з ГК України, адже глава 3 "Обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції" і глава 28 "Відповідальність суб'єктів господарювання за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства" не становлять нормативної основи регулювання відносин в сфері конкуренції суб'єктів господарювання. Главу 28 необхідно виключити, а глава 3 ГК України в новій редакції повинна передбачати: правову аксіому свободи конкуренції; принцип єдиного економічного суб'єкта господарювання; принцип *de minimis*; допустимість обмежувальних умов угод суб'єктів господарювання; узгоджені дії суб'єктів господарювання; домінуюче становище на ринку; концентрації суб'єктів господарювання, їх види (горизонтальні, вертикальні, конгломератні); контроль за концентраціями суб'єктів господарювання; державна допомога суб'єктам господарювання, її визначення, види, допустимість тощо (Додаток А).

25. Спеціальне реформування законодавства про захист економічної конкуренції стосується безпосередньо групового винятку на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності. Необхідно відмовитися від встановлення переліку допустимих обмежень, які визначені законодавством про інтелектуальну власність. Національний груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності необхідно викласти в новій редакції без переліку допустимих обмежень та прийняти деталізований груповий виняток з умовами допустимості різних видів обмежень на підзаконному рівні (Додаток Б).

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:**

1. Азоев Г.Л. Конкурентные преимущества фирмы / Г.Л. Азоев, А.П. Челенков. - М.: Типография "Новости", 2000. - 254 с.
2. Актуальні проблеми господарського права (Загальна частина): навч. посіб. / за заг. ред. В. С. Щербини. - К.: Юрінком Інтер, 2013. - 527 с.
3. Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина): навч. посіб. / за ред. В.С. Щербини, В.В. Резнікової. - К.: Видавництво Ліра-К, 2016. - 800 с.
4. Андрошук Г.О. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції / Г.О. Андрошук, С.В. Шкляр. — К.: Юстініан, 2012. — 472 с.
5. Антимонопольна діяльність : Підручник / [В.Д. Лагутін, Л.С. Головка, Ю.І. Крегул та ін.]; За ред. В.Д. Лагутіна; Київ. нац. торг.-екон. ун-т. — К., 2005. — 579 с.
6. Асоціація “ДВППЗСОМІ”. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.prosoundlight.kiev.ua/>
7. Атаманова Ю.Є. Права промислової власності як форма участі в господарських товариствах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Юлія Євгенівна Атаманова. - Харків, 2003. - 20 с.
8. Бажанов В.О. Загальна характеристика ліцензійного договору / В.О. Бажанов // Науковий журнал «Європейські перспективи». – 2013 р. - № 11. – 125-131 с.
9. База даних "Зареєстровані в Україні знаки для товарів і послуг". [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://base.uipv.org/searchBUL/search.php?dbname=certtm>
10. Базилевич В.Д. Інтелектуальна власність: Підручник. - К.: Знання, 2006. - 431 с.
11. Бакалінська О.О. Антиконтурентні узгоджені дії у національному та зарубіжному законодавстві (порівняльний аналіз) / О.О. Бакалінська // Право України. – 2010. – №2. – 190-197 с.

12. Бакалінська О.О. Конкурентне право : навч. посіб. / О.О. Бакалінська; М-во освіти і науки України, Київ. нац. торг.-екон. ун-т. — К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2010. — 388 с.
13. Бакалінська О.О. Правове регулювання добросовісної конкуренції в Україні: монографія / О.О. Бакалінська. - К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2014. - 373 с.
14. Безух О.В. Проблеми правового регулювання економічної конкуренції в Україні. - К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2008. - 192 с.
15. Безух О.В. Теоретичні проблеми правового регулювання відносин економічної конкуренції в Україні. — К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України 2013. — 270 с.
16. Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія. - Юрінком Інтер, 2006. - 592 с.
17. Беляневич О.А. Господарський договір та способи його укладення: Навчальний посібник. - К.: Наукова думка, 2002. - 280 с.
18. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24 липня 1971 р. // Офіційний вісник України. - 2007. - №75. - Ст. 2809.
19. Біржа промислової власності | Державне підприємство "Український інститут інтелектуальної власності". [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://exchange.iii.ua/uk>
20. Боденхаузен Г. Комментарий к Парижской конвенции по охране промышленной собственности / Издательство «Прогресс». – М: 1976 г. – 311 с.
21. Брыжко В.М. Лицензирование прав и патентование научно-технологической продукции / В.М. Брыжко, А.Ф. Завгородний, А.В. Пичкур. - К.: УААН, 1994 г. - 203 с.
22. Валитов С.С. Правовое регулирование конкуренции в Украине / С. С. Валитов; НАН Украины, Ин-т экон.-прав. исслед. — Донецк : Юго-Восток, 2009. — 306 с.

23. Валітов С.С. Конкурентне право України: Навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 432 с.
24. Валітов С.С. Становлення та розвиток антимонопольно-конкурентного законодавства України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / Валітов Салават Сагадатгарійович; НАН України, Ін-т екон.-правових дослідж. — Донецьк, 2010. — 31 с.
25. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004. - 510 с. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://www.pravo.vuzlib.su/book\\_z956\\_page\\_27.html](http://www.pravo.vuzlib.su/book_z956_page_27.html)
26. Витяг з рішення Антимонопольного комітету України від 29.04.2015 року № 182-р. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=113528>
27. Вінник О.М. Господарське право: Навчальний посібник. - 2-е вид., змін. та доп. - К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2009. - 766 с.
28. Віскузі В. Кіп Економічна теорія регулювання та антимонопольна політика : Пер. з англ. / В. Кіп Віскузі, Джон М. Вернон, Джозеф Е. Гарингтон; Наук. ред. пер. О.Кілієвич. — К.: Основи, 2004. — 1047 с.
29. Вовк Т.В. Система конкурентного законодавства Європейського Союзу. Правове регулювання правил конкуренції в Україні. Шляхи адаптації законодавства України / Т.В. Вовк, С.В. Перемот – Київ: РВА «Тріумф», 2006. – 416 с.
30. Гегель Г.В.Ф. Основи філософії права, або Природне право і державознавство / Переклад з нім. Р. Осадчука та М. Кушніра. - К.: Юніверс, 2000. - 336 с.
31. Гелхорн Э., Ковасик В.Е. Антитрестовское законодательство и экономика. - М.: Международный институт права США. - 1995. - 377 с.
32. Герасименко А.Г. Аналіз і контроль концентрації суб'єктів господарювання: підручник. – К.: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2012. – 484 с.

33. Головин В. Дело мебели боится / В. Головин // Журнал «Forbes Україна». – 2013 г. – ноябрь, №11. – 192 с. - С. 150-153.
34. Господарський кодекс України: прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 р. // Голос України. - 2004. - 14 березня.
35. Дахно И.И. Англо-русский толковый словарь по интеллектуальной собственности. (Словарь Ивана Дахно). – К.: ВИРА-Р, 1997. – 384 с.
36. Дахно И.И. Интеллектуальная собственность в США. Англо-русский глоссарий по интеллектуальной собственности: – К.: Центр учебной литературы, 2012. – 280 с.
37. Дахно І.І. Антимонопольне право. Курс лекцій. - К.: Четверта хвиля, 1998. - 352 с.
38. Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Пер з англ. А Фролкін.— К.: Основи, 2000.— 519 с.
39. Державне антимонопольне регулювання : підручник / В.Д. Лагутін, Ю.І. Боровик, О.В. Вертелева та ін. ; за ред. В.Д. Лагутіна. – К.: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2015. – 480 с.
40. Дізнайся більше про правила конкуренції та Антимонопольний Комітет України / АМКУ (в рамках проекту технічної допомоги ЄС «Гармонізація систем конкуренції та державних закупівель України із стандартами ЄС»). - К.: Видавничий дім "АДЕФ-Україна", 2010. - 31 с.
41. Дмитришин В.С. Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в Україні / Навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. – К.: "Інст. інтел. власн. і права", 2008. – 248 с.
42. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. - К.: Юрінком Інтер, 2008. - 896 с.
43. Доріс Лонг, Патриція Рей, Жаров В.О., Шевелева Т.М., Василенко І.Е., Дроб'язко В.С. Захист прав інтелектуальної власності: норми міжнародного і національного законодавства та їх правозастосування. Практичний посібник. – К.: «К.І.С.», 2007.– 448 с.

44. Дроб'язко В.С. Право інтелектуальної власності: Навч. посібник / В.С. Дроб'язко, Р.В. Дроб'язко. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 512 с.
45. Еремін А.А. Франчайзинг и договор коммерческой концессии: теория и практика применения // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. — Саратов, ФГБОУ ВПО Ульяновский государственный университет, 2015. – 216 с.
46. Законодавство України у сфері захисту економічної конкуренції: Юридичний збірник. - 4-те видання, доповнене та розширене. - К.: ПП «Фірма «Гранмна». - 2012. - 576 с.
47. Каштанов О.С. Правовий захист від антиконкурентних дій в економічній конкуренції: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Каштанов Олександр Сергійович ; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. - Донецьк, 2005. - 16 с.
48. Кирцнер И. Конкуренция и предпринимательство / Пер. с англ. под ред. проф. А.Н. Романова. - М.: ЮНИТИ-ДАНА. - 2001. - 239 с.
49. Коваль І.Ф. Господарсько-правове регулювання відносин промислової власності: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / Коваль Ірина Федорівна; НАН України, Ін-т екон.-правових дослідж. — Донецьк, 2014. — 34 с.
50. Коломієць І.Ф. Антиконкурентні узгоджені дії: економічна складова доведення / І.Ф. Коломієць, С.Л. Оленюк // Соц.-екон. пробл. сучас. періоду України. - 2008. - Вип. 6. - 29-39 с.
51. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. - 1996. - №30. - Ст. 141.
52. Корчак Н.М. Щодо співвідношення принципів свободи договору та свободи конкуренції / Н.М. Корчак // Проблеми розвитку науки господарського права і вдосконалення господарського законодавства. Матеріали круглого столу (м. Київ, 4 грудня 2015 р.). – К. : Вид-во Ліра-К, 2015. – 254 с.
53. Кримінальний кодекс України: прийнятий Верховною Радою України 05 квітня 2001 р. // Голос України. - 2001. - 19 червня.

54. Лук'янець В.С. Шляхи адаптації антимонопольного законодавства України до конкурентного права ЄС / В.С. Лук'янець // Часопис Академії адвокатури України. - 2011. - Том 4. - №4(13). - 8 с.
55. Машков А. Проблеми теорії держави і права. Основи: Курс лекцій. – К.: К.І.С., 2008. – 470 с.
56. Мельник С.Б. Звільнення від заборони антиконкурентних угод: порівняльна характеристика конкурентного права ЄС та законодавства України про захист економічної конкуренції / С.Б. Мельник // Актуальні проблеми держави і права. - 2005. - Вип. 24. - С. 67-75.
57. Мікроекономіка: практикум: навч. посіб / за ред. В.Д. Базилевича. - 2-ге вид., переробл. і доповн. - К.: Знання, 2010. - 491 с.
58. Мэнкью Н.Г. Принципы Экономикс. — СПб: Питер Ком, 1999. — 784 с.
59. Мэнкью Н. Экономикс / Н. Мэнкью, М. Тейлор; пер. с англ. А. Смольский. - [2-е изд.]. - СПб.: Питер, 2013. - 656 с.
60. Новий тлумачний словник української мови: у 3 т.: 42000 сл. / уклад. В.В. Яременко, О.М. Сліпушко. - К.: Аконіт, 2003. - Т. 1: А - К. - [Б. м.] : [б.в.], 2003. - 926 с.
61. Падучак Б.М. Обмежувальні умови в договорах про трансфер технологій / Б.М. Падучак // Наука та інновації. - 2008. - Т. 4. - № 4. - С. 95-101.
62. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. - 1990. - №1. - С. 320.
63. Пилипенко А.Я. Вибране. - К.: Освіта України, 2013. - 504 с.
64. Питтман Р. Антимонопольное законодательство США и Украины: Пресс-центр Информационного агентства ЛІГАБізнесІнформ. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://news.liga.net/news/economics/10238886-press\\_tsentr\\_antimonopolnoe\\_zakonodatelstvo\\_ssha\\_i\\_ukrainy.htm](http://news.liga.net/news/economics/10238886-press_tsentr_antimonopolnoe_zakonodatelstvo_ssha_i_ukrainy.htm)
65. Підпригора О.А. Науково-технічний прогрес і правове регулювання винахідництва та раціоналізації. – К.: Товариство «Знання» УРСР, 1976. – 48 с.

66. Познер Ричард А. Економічний аналіз права. – К.: „Акта”, Aspen Publishers, 2003. – 862 с.
67. Попович М.В. Класифікація // Українська радянська енциклопедія / [головний ред. М. П. Бажан] / Видання друге. - Київ: Головна редакція Української радянської енциклопедії, 1980. - Т. 5. - 568 с.
68. Порівняльна таблиця до проекту Закону України про внесення змін Цивільного кодексу України (до книги IV та глави 75 щодо права інтелектуальної власності) / НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [ftp://ndiiv\\_user:guest@ftp.s12.freehost.com.ua/porivnjalna\\_tablica.doc](ftp://ndiiv_user:guest@ftp.s12.freehost.com.ua/porivnjalna_tablica.doc)
69. Постанова Вищого господарського суду України від 19 жовтня 2010 р. №16/25/10. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_2992356.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2992356.html)
70. Постанова Донецького апеляційного господарського суду від 08 червня 2015 р. у справі №908/1434/15-г. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44748811>
71. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 25 березня 2014 р. у справі №910/13117/13. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37981237>
72. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 р. №15. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU\\_15012014\\_15.pdf](http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_15012014_15.pdf)
73. Постановление ВС СССР от 10.07.1991 №2327-1 О введении в действие закона СССР "Об ограничении монополистической деятельности в СССР". [Електронний ресурс] // Режим доступу: [https://www.zonazakona.ru/law/docs\\_ussr/95/](https://www.zonazakona.ru/law/docs_ussr/95/)
74. Потоцький М.Ю. Господарсько-правовий захист інтелектуальної власності в Україні / М. Ю. Потоцький. — К.: Персонал, 2014. — 620 с.

75. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За редакцією Ю.М.Капіци: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та ін. - К.: Видавничий Дім "Слово", 2006. - 1104 с.
76. Право інтелектуальної власності: Акад. курс: Підруч. для студ. вищих навч. закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; За ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 696 с.
77. Право інтелектуальної власності: Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За заг. ред. М.В. Паладія, Н.М. Мироненко, В.О. Жарова. — К.: Парламентське вид-во, 2006. — 432 с.
78. Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти: монографія / за заг. ред. проф. Бошицького Ю.Л.; Київський університет права НАН України. - К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2010. - 592 с.
79. Премія® - якість за розумною ціною!. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://hotline.premiya.ua/article/details/id/2761>
80. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. - 1994. - №13. - Ст. 64.
81. Про Асоціацію "ДжіЕс1 Україна". [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.gs1ua.org/uk/gs1ua/about.csp>
82. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України від 14 вересня 2006 року // Відомості Верховної Ради України. - 2006. - №45. - Ст. 434.
83. Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 року // Офіційний вісник України. - 2001. - №52. - Ст. 2369.
84. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі): Наказ Міністерства освіти і науки України від 16.07.2001 року // Офіційний вісник України. - 2001. - №31. - Ст. 1438.

85. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на промисловий зразок та видачу ліцензії на використання промислового зразка: Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 року // Офіційний вісник України. - 2001. - №34. - Ст. 1613.

86. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг: Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 року // Офіційний вісник України. - 2001. - №34. - Ст. 1615.

87. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на топографію інтегральної мікросхеми та видачу ліцензії на використання топографії інтегральної мікросхеми: Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 року // Офіційний вісник України. - 2001. - №34. - Ст. 1616.

88. Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 05.03.2002 року // Офіційний вісник України. - 2002. - №14. - Ст. 778.

89. Про затвердження Положення про Державну службу інтелектуальної власності України: Постанова Кабінету Міністрів України від 19.11.2014 року // Офіційний вісник України. - 2014. - №97. - Ст. 2783.

90. Про затвердження Порядку реєстрації у митному реєстрі об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону: Постанова Кабінету міністрів України від 30.05.2012 року // Офіційний вісник України. - 2012. - №50. - Ст. 2008.

91. Про затвердження Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель: Наказ Міністерства освіти і науки України від 22.01.2001 року // Офіційний вісник України. - 2001. - №9. - Ст. 386.

92. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно спільних науково-дослідних та/або дослідно-конструкторських робіт, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 15.08.2012 року // Офіційний вісник України. - 2012. - №71. - Ст.2891.

93. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 року // Офіційний вісник України. - 2002. - №11. - Ст.543.

94. Про затвердження типових форм первинного обліку об'єктів права інтелектуальної власності у складі нематеріальних активів: Наказ Міністерства фінансів України від 22.11.2004 року // Офіційний вісник України. - 2004. - №50. - Ст. 3301.

95. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. - 2001. - №12. - Ст. 64.

96. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 року // Відомості Верховної Ради УРСР. - 1991. - №29. - Ст. 377.

97. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. - 1994. - №7. - Ст. 32.

98. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. - 1994. - №7. - Ст. 36.

99. Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. - 1994. - №7. - Ст. 34.

100. Про охорону прав на сорти рослин: Закон України від 21 квітня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. - 1993. - №21. - Ст. 218.

101. Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем: Закон України від 5 листопада 1997 року // Відомості Верховної Ради України. - 1998. - №8. - Ст. 28.

102. Про стандартизацію: Закон України від 5 червня 2014 року // Відомості Верховної Ради України. - 2014. - №31. - Ст. 1058.

103. Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми розвитку конкуренції на 2014-2024 роки: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 19.09.2012 року // Офіційний вісник України. - 2012. - №71. - Ст. 2882.

104. Про ціни і ціноутворення: Закон України від 21 червня 2012 року // Відомості Верховної Ради України. - 2013. - №19-20. - Ст. 190.

105. Рекомендаційні роз'яснення щодо оцінки відповідності узгоджених дій у вигляді створення об'єднань законодавству України про захист економічної конкуренції: Рекомендаційні роз'яснення Антимонопольного комітету України від 30.11.2006 року. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/FIN46783.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FIN46783.html)

106. Резнікова В.В. Правове регулювання спільної господарської діяльності в Україні: Навч. посібник. — К.: Центр учбової літератури, 2007 — 280 с.

107. Резнікова В.В. Теоретичні проблеми регулювання посередництва у сфері господарювання України // Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. — К.: КНУ імені Тараса Шевченка, 2011. — 30 с.

108. Рішення Суду (Шоста Палата) від 11 січня 1990 року у справі C-277/87 Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Commission of the European Communities, ECR 1990, стор. I-00045.

109. Рішення Суду від 17 вересня 1985 року у Об'єднаних справах 25-26/84 Ford-Werke AG and Ford of Europe Inc. v. E.C. Commission, [1985] 3 C.M.L.R. 528.

110. Рішення Суду від 25 жовтня 1983 року у справі 107/82 Allgemeine Elektrizitats-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities, ECR 1983, стор. 03151.

111. Саніахметова Н.О. Конкурентне законодавство у питаннях та відповідях: посібник / Н. О. Саніахметова. - К.: Центр комерційного права, 2002. - 74 с.

112. Семенова Л. Н. Антимонопольне і конкурентне право : Курс лекцій / Л.Н. Семенова. — К.: Вид-во Європ. ун-ту фінансів, інформ. систем, менеджменту і бізнесу, 1999. — 136 с.
113. Смирнова К.В. Антимонопольне право Європейського Союзу. Навчальний посібник. - Черкаси: Вид-во «Відлуння-Плюс», 2011. - 186 с.
114. Смирнова К.В. Правове регулювання конкуренції в Європейському Союзі: теорія і практика : монографія / К. В. Смирнова. - Одеса : Фенікс, 2015. — 432 с.
115. Спеціалізована БД "Винаходи (корисні моделі) в Україні". [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://base.uipv.org/searchINV/>
116. Стань дилером сейчас - льготные условия для старта!. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua/dealers/action>
117. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – 2-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 688 с.
118. Томаров И. 5 типичных ошибок договора франчайзинга. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://kontrakty.ua/article/85455>
119. Томарова О. Умова про ексклюзивність: договірна, антимонопольна та судова практика. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.legalshift.com.ua/?p=150>
120. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. // Офіційний вісник України. - 2014. - №75. - Ст.2125.
121. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 р. // Офіційний вісник України. - 2010. - №84. - Ст. 2989.
122. Удалов Т.Г. Конкурентне право України. Навч. посіб. — К.: Школа, 2004. — 496 с.

123. Управління інтелектуальною власністю : [монографія] / П.М.Цибульов, В.П.Чеботарьов, В.Г.Зінов, Ю.Суїні; за ред. П.М.Цибульова. - К.: «К.І.С.», 2005. - 448 с.
124. Фуллер Лон Л. Мораль права: Пер. з англ. Н. Комарова. – К.: Сфера, 1999. – 232 с.
125. Харчова промисловість: засади правового регулювання в Україні / Т. Бондарев, Л. Сінічкіна та ін; за ред. Т. Бондарєва, Л. Сінічкіної. - К.: Адвокатське об'єднання "Arzinger", 2014. - 246 с.
126. Ходаківський Є.І. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти : навч. посіб. / Є.І. Ходаківський, В.П. Якобчук, І.Л. Литвинчук. - К.: «Центр учбової літератури», 2014. - 276 с.
127. Худенко А.А. Классификация согласованных действий относительно прав интеллектуальной собственности / А.А. Худенко // *Leges et Viata*. – 2015. – № 5. – Т. 4. – С. 100-104.
128. Худенко О.О. Антиконтурентні ризики встановлення цін на товари у вертикальних узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Законодавство України у сфері інтелектуальної власності та його правозастосування: національні, європейські та міжнародні виміри: зб. наук. праць всеукр. наук.-практ. конф. (Київ, 23.09.2016 р.). – 2016. – С. 225-229.
129. Худенко О.О. Антиконтурентні ризики горизонтального встановлення цін на товари в договорах щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Законодавство України у сфері інтелектуальної власності та його правозастосування: національні, європейські та міжнародні виміри: зб. наук. праць всеукр. наук.-практ. конф. (Київ, 18.09.2015 р.). – 2015. – С. 269-276.
130. Худенко О.О. Антимонопольна політика в сфері розпоряджання правами інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Правова політика в Україні: питання теорії та практики: зб. мат. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 24.10.2014 р.). – 2014. – Т. 1. – С. 312-315.

131. Худенко О.О. Вертикальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Вісник КНУ імені Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2015. – № 2. – С. 119-123.

132. Худенко О.О. Визначення ефективності та допустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Адміністративне право і процес. – 2015. – № 1. – С. 187-194.

133. Худенко О.О. Горизонтальні узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Вісник КНУ імені Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2015. – № 1. – С. 113-118.

134. Худенко О.О. Місце інтелектуальної власності в процесі здійснення господарської діяльності / О.О. Худенко // Право і суспільство. – 2014. – № 4. – С. 106-113.

135. Худенко О.О. Поняття та зміст узгоджених дій суб'єктів господарювання, їх співвідношення з антиконкурентними узгодженими діями [Електронний ресурс] / О.О. Худенко // Часопис ААУ. - 2015. - Т. 8, № 1. – Т. 8. - С. 52-63. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Chaau\\_2015\\_8\\_1\\_9.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Chaau_2015_8_1_9.pdf)

136. Худенко О.О. Правова природа обмежень в узгоджених діях суб'єктів господарювання / О.О. Худенко // Сучасні механізми реалізації конкурентної політики України в умовах глобалізації: мат. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 17.11.2016 р.). – 2016. – С. 96-98.

137. Худенко О.О. Правові проблеми кваліфікації одноосібних та колективних обмежень конкуренції, які здійснюються з використанням інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Актуальні питання державотворення в Україні: мат. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 23.05.2014 р.). – 2014. – С. 293-295.

138. Худенко О.О. Проблеми застосування положень Господарського кодексу України при регулюванні економічної конкуренції / О.О. Худенко // 10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації: зб. доповідей наук.-практ. конф. (Київ, 14.11.2014 р.). – 2014. – С. 325-329.

139. Худенко О.О. Проблеми поширення групового винятку на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Актуальні питання державотворення в Україні: мат. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 22.05.2015 р.). – 2015. – С. 295-296.

140. Худенко О.О. Теоретичні проблеми співвідношення патентної монополії та конкурентно-правового регулювання в сфері господарської діяльності / О.О. Худенко // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія "Юридичні науки". – 2013. – Вип. 4. Т. 1. – С. 127-131.

141. Худенко О.О. Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності в законодавстві про захист економічної конкуренції / О.О. Худенко // Вісник господарського судочинства. – 2016. – № 1. – С. 186-194.

142. Худенко О.О. Характеристика та види обмежень, які спрямовані на поділ ринку, в узгоджених діях суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності / О.О. Худенко // Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції: зб. наук. праць (Хмельницький, 2-3.10.2015 р.). – 2015. – С. 328-334.

143. Цибульов П.М. Основи трансферу технологій (магістерська програма). [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://moodle.ipr.kpi.ua/moodle/mod/resource/view.php?id=30201>

144. Цивільне право України. Загальна частина: підруч. / За ред. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заїки. – 2-е вид., змін. та доп. – К.: КНТ, 2008. – 480 с.

145. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: Т.6: Право інтелектуальної власності / [С. Ю. Бурлаков та ін.] ; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. - 2011. - 582 с.

146. Цивільний кодекс України: прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 р. // Голос України. - 2004. - 12 березня.

147. Цыбулев П.Н. Маркетинг интеллектуальной собственности. - К.: Ин-т. интел. собств. и права. 2004. - 184 с.

148. Чучковська А.В. Правове регулювання електронної комерції в Україні. Навчальний посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 224 с.

149. Шкляр С.В, Н.А. Іваницька Обмеження економічної конкуренції як наслідок реалізації прав на об'єкти інтелектуальної власності: основні підходи, що застосовуються Європейським Судом Справедливості / С.В. Шкляр, Н.А. Іваницька // Журнал "Конкуренція. Вісник Антимонопольного комітету України". - 2013. - № 2(49). - 42-44 с.
150. Шуміло І.А. Антиконтурентні узгоджені дії // Підприємництво, господарство і право. - 2001. - №1. - 15-18 с.
151. Що таке Власна Торгова Марка (ВТМ). [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://hotline.premiya.ua/article/details/id/2758>
152. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. - т. 1: А-Г. - 1998. - 672 с.
153. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. - т. 3: К-М. - 2001. - 792 с.
154. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. - т. 4: Н-П. – 2002. – 720 с.
155. Якубівський І. Межі здійснення майнових прав інтелектуальної власності в контексті конкурентного законодавства / І. Якубівський // Підприємництво, господарство і право. - 2016. - № 3. - С. 59-64.
156. About Us: Depositphotos. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://ua.depositphotos.com/about.html>
157. Almunia J. Commission fines Lundbeck and other pharma companies for delaying market entry of generic medicines: statement by Vice-President Almunia // European Commission's press conference. - Brussels, 19 June 2013. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-553\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-553_en.htm)
158. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition // U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, April 2007. - 217 p.[Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ftc.gov/reports/innovation/P040101PromotingInnovationandCompetitionrpt0704.pdf>

159. Antitrust: Commission fines Johnson & Johnson and Novartis € 16 million for delaying market entry of generic pain-killer fentanyl // European Commission's press release. - Brussels, 10 December 2013. [Электронный ресурс] // Режим доступа: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1233\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1233_en.htm)

160. Antitrust: Commission fines Lundbeck and other pharma companies for delaying market entry of generic medicines // European Commission's press release. - Brussels, 19 June 2013. [Электронный ресурс] // Режим доступа: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-563\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-563_en.htm)

161. Antitrust: Commission fines Servier and five generic companies for curbing entry of cheaper versions of cardiovascular medicine // European Commission's press release. - Brussels, 9 July 2014. [Электронный ресурс] // Режим доступа: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-799\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-799_en.htm)

162. Asahi Glass Co. Ltd. vs. Pentech Pharmaceuticals, Inc., 261 F. Supp.2d 1002 (N.D. Ill. 2003). [Электронный ресурс] // Режим доступа: [http://apps.americanbar.org/antitrust/committees/intell\\_property/asahi.pdf](http://apps.americanbar.org/antitrust/committees/intell_property/asahi.pdf)

163. Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/1/case.html>

164. Bruce B. Wilson Remarks before the Fourth New England Antitrust Conference, Patent and Know-How License Agreements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions (Nov. 6, 1970). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.cptech.org/cm/ninenonos.html>

165. Cartel Regulation 2015. Getting the Deal Through / Contributing editor: A Neil Campbell. – London: Law Business Research Ltd. - 15th ed. - 2015. – 325 p.

166. Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints // Official Journal C130, 19.05.2010. - 46 p.

167. Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements // Official Journal L335, 18.12.2010. - 36–42 p.

168. Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements // Official Journal L 335, 18.12.2010. - 43–47 p.

169. Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices // Official Journal L 102, 23.4.2010. – 7 p.

170. Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector // Official Journal L 129, 28.5.2010. - 52–57 p.

171. Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements // Official Journal C11, 14.1.2011. - 72 p.

172. Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/case.html>

173. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26 Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>

174. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26 August 1998 (BGBl. I S. 2521, 2546). [Электронный ресурс] // Режим доступа: [http://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/media/F6DDCDB9C6E34BB934067725EFCACA5B/bgbl198s2521\\_28973.pdf](http://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/media/F6DDCDB9C6E34BB934067725EFCACA5B/bgbl198s2521_28973.pdf)

175. Golden Bridge Technology, Inc. v. Motorola, Inc., 547 F.3d 266 (5th Cir. 2008). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <https://www.courtlistener.com/opinion/63776/golden-bridge-technology-inc-v-motorola-inc/>

176. Hayek F.A. The Road to Serfdom: Text and Documents - The Definitive Edition / F.A. Hayek ; edited by Bruce Caldwell. - Chicago: University Of Chicago Press. - 2007. - Vol. 2. - 283 p.

177. Intellectual Property & Antitrust 2015. Getting the Deal Through / Contributing editor: Peter J Levitas. – London: Law Business Research Ltd. - 9th ed. - 2015.

178. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law / Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, Mark A. Lemley, Christopher R. Leslie. – [2nd edition.]. - New York: Wolters Kluwer Law & Business. - 2013. - 2096 p.

179. Joseph E. Stiglitz Monopoly's New Era. [Электронный ресурс] // Режим доступа: <https://www.project-syndicate.org/commentary/high-monopoly-profits-persist-in-markets-by-joseph-e--stiglitz-2016-05?barrier=true>

180. Lamborghini Store: scopri il mondo Lamborghini. [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.lamborghini.com/en/store/>

181. Newburgh Moire Co. v. Superior Moire Co., 105 F. Supp. 372 (D.N.J. 1952). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/105/372/1975789/>

182. Patent Pools and Antitrust - A Comparative Analysis // World Intellectual Property Organization (WIPO): Prepared by the Secretariat (March 2014). – 18 p. [Электронный ресурс] // Режим доступа: [http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent\\_pools\\_report.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf)

183. Pay-for-Delay: How Drug Company Pay-Offs Cost Consumers Billions // An Federal Trade Commission Staff Study. - January 2010. [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/pay-delay-how-drug-company-pay-offs-cost-consumers-billions-federal-trade-commission-staff-study/100112payfordelayrpt.pdf>

184. Protecting Consumer Access to Generic Drugs Act of 2012 // Feb 9, 2012 (112th Congress, 2011–2013). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3995ih/pdf/BILLS-112hr3995ih.pdf>

185. Regulation (EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on European standardisation, amending Council Directives 89/686/EEC and 93/15/EEC and Directives 94/9/EC, 94/25/EC, 95/16/EC, 97/23/EC, 98/34/EC, 2004/22/EC, 2007/23/EC, 2009/23/EC and 2009/105/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Decision 87/95/EEC and Decision No 1673/2006/EC of the European Parliament and of the Council // Official Journal L316, 14.11.2012. - 12–33 p.

186. Title 15 of The United States Code "Commerce And Trade", Chapter 2 "Federal Trade Commission; Promotion Of Export Trade And Prevention Of Unfair Methods Of Competition", Subchapter I "Federal Trade Commission". [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=%28title:15%20section:45%20edition:prelim>

187. Tom O'Connor Horizontal Restraints on Competition are Violations Per Se of the Sherman Act / Tom O'Connor // Loyola Consumer Law Review. - 1997. - Vol. 9, Iss. 2. - 92-95 p.

188. Tom W.K., Newberg J.A. Antitrust and intellectual property: from separate spheres to unified field / Willard K. Tom, Joshua A. Newberg // Antitrust L.J. - 1997. – Vol. 66. [Электронный ресурс] // Режим доступа: [http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-corp-counsel/pdf/topical-index/ip/ab\\_tom.pdf](http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-corp-counsel/pdf/topical-index/ip/ab_tom.pdf)

189. U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (Apr. 6, 1995). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>

190. United States v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/476/case.html>

191. United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596 (1972). [Электронный ресурс] // Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/596/case.html>

192. Unites States of America v. Apple, Inc. et al [2013] 12 Civ 2826 (DLC).  
[Электронный ресурс] // Режим доступа:  
<http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=306>

193. White B. Black and White Thinking in the Gray Areas of Antitrust: The Dismantling of Vertical Restraints Regulation / B. White // George Washington Law Review. - Vol. 60. - No. 1. - 1991. - 67 p.

194. Who Killed the Electric Car?. [Электронный ресурс] // Режим доступа:  
[https://en.wikipedia.org/wiki/Who\\_Killed\\_the\\_Electric\\_Car%3F](https://en.wikipedia.org/wiki/Who_Killed_the_Electric_Car%3F)

195. WTO: Trade-related aspects of intellectual property rights : edited by Peter-Tobias Stoll, Jan Busche and Katrin Arend. - Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. – 909 p.

**ЗАКОН УКРАЇНИ****Про внесення змін до Господарського кодексу України щодо конкуренції та державної допомоги**

1. У Господарському кодексі України (Відомості Верховної Ради України, 2003 р., №№ 18-22, ст. 144):

1) главу 3 викласти у такій редакції:

**"ГЛАВА 3****СВОБОДА КОНКУРЕНЦІЇ ТА ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА**

**Стаття 25.** Цілі економічної конкуренції та змагання суб'єктів господарювання

1. Економічна конкуренція покликана забезпечити ефективний перерозподіл ресурсів і має наслідком реалізацію принципу граничної корисності.

2. Досягнення економічної конкуренції можливе при змаганні суб'єктів господарювання.

3. Суб'єкти господарювання змагаються між собою задля досягнення переваг над іншими суб'єктами господарювання з метою збільшення свого прибутку.

4. Суб'єкти господарювання не можуть бути примушені до змагання.

**Стаття 26.** Принцип єдиного економічного суб'єкта

1. Суб'єкти господарювання, які пов'язані відносинами контролю, вважаються єдиним економічним суб'єктом.

2. Відокремлені підрозділи суб'єктів господарювання вважаються такими, що не мають свободи визначення поведінки на ринку.

**Стаття 27.** Принцип незначного впливу на конкуренцію

1. Вплив суб'єктів господарювання на конкуренцію є незначним, якщо його наслідки не обтяжують споживачів або інших суб'єктів господарювання.

2. Певні суб'єкти господарювання або укладені ними угоди можуть визнаватися такими, що здійснюють незначний вплив на конкуренцію.

**Стаття 28.** Обмеження суб'єктів господарювання

1. Обмеження суб'єктом господарювання господарської діяльності іншого суб'єкта господарювання допускається, якщо останній погодився на таке обмеження, що підтверджується укладеним між ними договором.

2. Якщо такі обмеження завдають шкоди споживачам або іншим суб'єктам господарювання, які не є сторонами укладеного договору, то вони є нікчемними.

### **Стаття 29.** Узгоджені дії суб'єктів господарювання

1. Узгодженими діями суб'єктів господарювання вважаються:

- укладання угод у будь-якій формі;
- прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі;
- будь-яка інша узгоджена конкурентна поведінка;
- створення (уповноваження) суб'єкта господарювання, який здійснює координацію узгодженої поведінки;
- створення (уповноваження) або вступ до об'єднання, яке здійснює координацію узгодженої поведінки.

2. Узгоджені дії вважаються здійсненими з моменту досягнення згоди між учасниками узгоджених дій щодо їх здійснення.

### **Стаття 30.** Домінуюче становище суб'єкта господарювання на ринку

1. Домінуюче становище дозволяє суб'єкту господарювання використовувати свою ринкову владу для перешкоджання ефективній конкуренції на відповідному ринку і діяти в значній мірі незалежно від конкурентів, постачальників і споживачів.

2. Домінуюче становище визначається на основі частки ринку, заміщення за попитом і пропозицією та потенційною конкуренцією. Суб'єкт господарювання не зобов'язаний спростовувати наявність в нього домінуючого становища на ринку.

3. Наявність у суб'єкта господарювання домінуючого становища на ринку не є підставою для застосування до нього заходів відповідальності передбачених законодавством про захист економічної конкуренції.

### **Стаття 31.** Концентрації суб'єктів господарювання

1. Концентрацією суб'єктів господарювання визнається:

1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;

2) набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання;

3) створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання;

4) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

### **Стаття 32. Види концентрацій**

1. Залежно від складу учасників концентрації можуть здійснюватися:

- горизонтальна концентрація, якщо учасники концентрації представлені на одному етапі або рівні ланцюга надходження товару на відповідний ринок.

- вертикальна концентрація, якщо учасники концентрації представлені на різних етапах або рівнях ланцюга надходження товару на відповідний ринок.

- конгломератна концентрація, якщо учасники концентрації представлені на різних товарних ринках.

### **Стаття 33. Контроль за концентраціями**

1. Державний контроль за концентраціями суб'єктів господарювання здійснюють органи Антимонопольного комітету України.

2. Попереднє одержання дозволу на концентрацію здійснюється в установленому законом порядку.

3. Суб'єкти господарювання самостійно визначають необхідність попереднього одержання дозволу на концентрацію. Суб'єкти господарювання мають право звернутися до органів Антимонопольного комітету України за попереднім висновком щодо можливості надання дозволу на концентрацію

4. Органи Антимонопольного комітету України розглядають заяви про надання дозволу на концентрацію за спрощеною процедурою у випадках, передбачених законом.

### **Стаття 34. Державна допомога суб'єктам господарювання**

1. Державна допомога суб'єктам господарювання – це підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності.

2. Якщо ефект від державного втручання надає перевагу певним суб'єктам господарювання або товарам, такий захід вважається державною допомогою, навіть якщо надання переваги не було метою.

3. Загальні заходи по реалізації економічної політики, які доступні для всіх суб'єктів господарювання, не є державною допомогою.

### **Стаття 35. Визначення державної допомоги**

1. Захід державного втручання визначається як державна допомога, якщо він:

- полягає в підтримці, що надається за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів;
- спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції;
- направлений на виробництво окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності;
- надає економічну перевагу, яку суб'єкт господарювання не міг би отримати за нормальних ринкових умов.

### **Стаття 36. Види державної допомоги**

1. Державна допомога вважається горизонтальною, якщо вона надається з метою усунення труднощів суб'єктів господарювання незалежно від галузі економіки в якій вони представлені.

2. Державна допомога вважається секторальною, якщо вона надається лише суб'єктам господарювання певної галузі економіки.

### **Стаття 37. Допустимість державної допомоги**

1. Державна допомога є несумісною з ефективною конкуренцією суб'єктів господарювання.

2. Надання державної допомоги може бути виправдане за виключних обставин передбачених законом.

### **Стаття 38. Контроль за державною допомогою**

1. Контроль за державною допомогою здійснюється Антимонопольним комітетом України.

2. Надавачі державної допомоги повинні повідомляти Антимонопольний комітет України про провадження нової або зміни існуючої державної допомоги.

3. Оцінка допустимості державної допомоги повинна базуватись на економічному аналізі такого заходу, спроможності виправити прогалини ринку та впливі на конкуренцію на відповідному ринку в порівнянні з впливом на витрати конкурентів.

### **Стаття 39. Національний реєстр державної допомоги**

1. Державна допомога підлягає включенню до Національного реєстру державної допомоги.

2. Національний реєстр державної допомоги формується та ведеться Антимонопольним комітетом України.

3. Національний реєстр державної допомоги є відкритим, доступ до нього є безоплатним для всіх користувачів."

2) главу 28 виключити.

2. Кабінету Міністрів України протягом трьох місяців з дня набрання чинності цим Законом:

подати до Верховної Ради України пропозиції щодо приведення законодавчих актів України у відповідність із цим Законом;

привести свої нормативно-правові акти у відповідність із цим Законом;

забезпечити приведення міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади їх нормативно-правових актів у відповідність із цим Законом.

**Президент України**

**П. Порошенко**

## ДОДАТОК Б

### Стаття 9 Узгоджені дії стосовно прав інтелектуальної власності

ч. 1 ст. 5 Закону України "Про захист економічної конкуренції"

Змістом статті охоплюється тільки розпорядження ПІВ (надання і передача). "Pay for delay" та інші практики щодо ІВ не охоплюються.

1. Положення статті 6 цього Закону не застосовуються до угод

про передачу прав інтелектуальної власності або про використання об'єкта права інтелектуальної власності

Проблема в ПІВ. Дотепер в законодавчій термінології немає єдиного підходу (ЦК - передача виключних майнових прав, спец зак-во - передача права власності). Узгальнюючий термін - "розпорядження".

в тій частині, в якій вони обмежують у

здійсненні господарської діяльності

Судова доктрина "naked and ancillary restraints". Обмеження використання об'єкта інтелектуальної власності - ancillary, обмеження господарської діяльності - naked. Зак-во про інтелектуальну власність не передбачає обмеження господарської діяльності.

сторону угоди, якій передається право,

якщо ці обмеження не виходять за

межі законних прав

суб'єкта права інтелектуальної власності.

"Меж законних прав" зак-вом з ІВ не передбачено. Визначити їх неможливо. Якщо оцінювати положення ЦК, то виникає дві проблеми 1) "тощо" та 2) "сторони вважають за доцільне". + Не всі "законні права" в ч. 2 цієї статті є дійсно правами в розумінні зак-ва про інтелектуальну власність.

Односторонній рух обмежень - від ліцензіара до ліцензіата. На практиці ліцензіат також зацікавлений в обмеженні ліцензіара. Наприклад, виключною або одиначною ліцензією.

2. Вважається, що не виходять **за межі прав**, зазначених у частині першій цієї статті, обмеження стосовно

обсягу прав, які передаються	ч.1 ст.1113 ЦК*, ч.7 ст.16 ЗУ “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”, ст. 15,31 та ст. 39,40,41 ЗУ “Про авторське право і суміжні права”**
строку	ч.3 ст.1109 ЦК***
території	ч.3 ст.1109 ЦК***
виду діяльності	Не визначено, але впливає зі сфери використання.
сфери використання	ч.3 ст.1109 ЦК***
мінімального обсягу виробництва	Не визначено, але впливає зі стимулів до ліцензування у ліцензіара (належний рівень надходження роялті).

\* Стаття 1113. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності

1. За договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні **частково** або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах.

\*\* Стаття 16. Права, що впливають із свідоцтва

7. Власник свідоцтва може передавати будь-якій особі право власності на знак повністю або **відносно частини** зазначених у свідоцтві товарів і послуг, на підставі договору.

Стаття 31. Передача (відчуження) майнових прав суб'єктів авторського права

1. Автор (чи інша особа, яка має авторське право) може передати свої майнові права, зазначені у статті 15 цього Закону, будь-якій іншій особі повністю чи **частково**.

\*\*\* Стаття 1109. Ліцензійний договір

3. У ліцензійному договорі визначаються вид ліцензії, **сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності** (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо), розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити у договір.

Існуюча редакція	Пропонована редакція
<p>Стаття 9. Узгоджені дії стосовно прав інтелектуальної власності</p> <p>1. Положення статті 6 цього Закону не застосовуються до угод про передачу прав інтелектуальної власності або про використання об'єкта права інтелектуальної власності в тій частині, в якій вони обмежують у здійсненні господарської діяльності сторону угоди, якій передається право, якщо ці обмеження не виходять за межі законних прав суб'єкта права інтелектуальної власності.</p> <p>2. Вважається, що не виходять за межі прав, зазначених у частині першій цієї статті, обмеження стосовно обсягу прав, які передаються, строку та території дії дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також виду діяльності, сфери використання, мінімального обсягу виробництва.</p>	<p>Стаття 9. Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності</p> <p>1. Положення статті 6 цього Закону не застосовуються до узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності в частині обмежень використання або розпоряджання правами інтелектуальної власності, передбачених законодавством про інтелектуальну власність.</p> <p>2. Обмеження використання або розпоряджання правами інтелектуальної власності, які не передбачені законодавством про інтелектуальну власність, вважаються допустимими, якщо вони є необхідними для ефективного використання або розпоряджання правами інтелектуальної власності.</p> <p>3. До узгоджених дій, передбачених частиною першою та другою цієї статті, застосовуються положення статті 6 цього Закону, у випадках, передбачених частиною другою статті 8 цього Закону.</p>

Обмеження використання визначені законодавством про інтелектуальну власність: **конкретні права, способи використання, територія, строк** (ч. 3 статті 1109 ЦК), **часткова передача права власності** (ч.1 ст.1113 ЦК+спец зак-во).

Обмеження розпоряджання визначені законодавством про інтелектуальну власність: **виключна ліцензія, одинична ліцензія** (ч.3 ст.1108 ЦК), **часткова передача права власності** (ч.1 ст.1113 ЦК+спец зак-во).

<b>Переваги прийняття пропонованої редакції статті 9 Закону України “Про захист економічної конкуренції”</b>		
<b>Для бізнесу:</b> розуміння ризиків	<b>Для Комітету:</b> розуміння меж своєї компетенції	<b>Для консалтингу:</b> спрощення оцінки та попередження ризиків
<b>Для всіх:</b> проста конструкція, чіткість, відповідність, однозначність термінів та їх розуміння		

## REFERENCE

on use of dissertation results

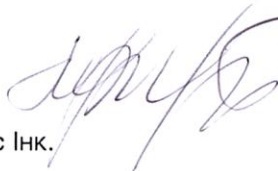
To: Head of the Specialized Scientific Council D 26.001.06  
of Taras Shevchenko National University of Kyiv  
Natalia S. Kuznietsova

Dear Mrs. Kuznietsova,

By this reference dated as of October 12th, 2016, Depositphotos Inc., a Delaware corporation, certifies that recommendations, developed by Oleksandr O. Khudenko in his dissertation «Legal regulation of legal entities' concerted practices with intellectual property rights», were used in our activities for evaluation of restrictions used in Standard, Extended and Enterprise license agreements.

Please contact us should you wish to clarify any questions or receive any additional information.

Respectfully submitted / З повагою  
Mariia Barsuk / Марія Барсук  
CEO at Depositphotos Inc. /  
Виконавчий Директор Депозитфотос Інк.



## ДОВІДКА

про використання результатів дисертаційної роботи

Голові спеціалізованої вченої ради Д 26.001.06 у  
Київському національному університеті імені Тараса  
Шевченка  
Кузнецовій Наталії Семенівні

Шановна Наталіє Семенівно,

Цією довідкою від 12 жовтня 2016 року, Депозитфотос Інк. корпорація створена у штаті Делавер, підтверджує використання в своїй діяльності рекомендацій, які були розроблені Худенком Олександром Олександровичем в межах дисертаційного дослідження під назвою «Правове регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності», при оцінці допустимості обмежень в Стандартних, Розширених та Ентерпрайз ліцензійних угодах.

Будь ласка повідомте нам якщо Ви бажаєте поставити будь-які питання або отримати додаткову інформацію.



**ДЕРЖАВНА СЛУЖБА  
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ  
ВЛАСНОСТІ УКРАЇНИ**

Україна, 03680, МСП, м. Київ-35,  
вул. Урицького, 45  
Тел. (044) 494-06-06  
Факс (044) 494-06-67  
E-mail: post@sips.gov.ua



**STATE INTELLECTUAL  
PROPERTY SERVICE  
OF UKRAINE**

Ukraine, 03680, MSP, Kyiv-35, 45, Urytskogo str.  
Tel. (044) 494-06-06  
Fax (044) 494-06-67  
E-mail: post@sips.gov.ua

17.10.2016 № 1-9/8204  
на № \_\_\_\_\_

Голові спеціалізованої вченої ради  
Д 26.001.06 у Київському національному  
університеті імені Тараса Шевченка  
Кузнецовій Н.С.

**ДОВІДКА ПРО ВПРОВАДЖЕННЯ**

Довідка підтверджує, що правовий результат дисертації здобувача кафедри господарського права Худенка О.О. за спеціальністю 12.00.04 на тему «Правове регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо прав інтелектуальної власності» розглянутий в Державній службі інтелектуальної власності України і рекомендований до використання при розробці «Національної стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні».



Виконуючий обов'язки Голови

А.А. Малиш

