



²² Про систему центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 15 грудня 1999 року, № 1572/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 50 (31.12.99). – ст. 2434.

²³ Українське адміністративне право: актуальні проблеми реформування: Збірник наукових праць. – Суми: ВВП “Мрія-1” ЛТД: Ініціатива, 2000. – С. 32–34.

Козут О.В.,

старший викладач кафедри

конституційного, адміністративного

та фінансового права ХГУП

ЕКСПЕРТИЗА У СПРАВАХ ПРО НЕДОБРОСОВІСНУ КОНКУРЕНЦІЮ

Під час розслідування у справах про порушення законодавства про недобросовісну конкуренцію органи Антимонопольного комітету України вчиняють ряд дій, спрямованих на всебічне, повне і об’єктивне з’ясування дійсних обставин справи, прав і обов’язків сторін. Чільне місце серед таких дій відводиться збору та аналізу доказів у справі, при встановленні яких значну роль відіграють висновки експертів. Саме аналізу порядку проведення експертизи у справах про порушення законодавства про недобросовісну конкуренцію і присвячене дане дослідження.

Проведення експертизи в адміністративному процесі взагалі і в провадженні у справах про порушення законодавства про недобросовісну конкуренцію зокрема, полягає у послідовному здійсненні таких дій: призначення експертизи органом, який розглядає справу; дослідження експертом об’єктів, які направлені на експертизу; оцінка експертного висновку з точки зору його об’єктивності, повноти дослідження і вірогідності висновків; використання висновку експерта як доказу при вирішенні справи.

Правом *призначення експертизи* у справах про недобросовісну конкуренцію для з’ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань, наділені органи (посадові особи) Антимонопольного комітету України, яким підвідомча дана справа. Причому зробити це вони можуть не лише з власної ініціативи, а і за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, а це: відповідач, заявник, треті особи та їх представники.

Оформляється призначення експертизи шляхом прийняття відповідним антимонопольним органом розпорядження. Законодавець не закріплює вимоги до структури розпорядження, але на практиці даний процесуальний документ складається з вступної, описової та постановляючої частин. У вступній частині вказується, який орган (посадова особа) призначає експертизу, місце і дату винесення розпорядження. Описова частина містить юридичну та практичну підстави призначення експертизи. Юридичною підставою виступає зміст норми закону, яка передбачає можливість, умови та порядок призначення експертизи. Фактична підстава обумовлюється наявністю потреби в наукових, технічних чи інших спеціальних знаннях. У постановляючій частині зазначається назва установи, якій доручається проведення експертизи та питання, які виносяться на розгляд експертів. Необхідно відмітити, що так як справи про порушення законодавства про недобросовісну конкуренцію найчастіше пов’язані з неправомірним використанням чужих позначень, то антимонопольні органи, як правило, звертаються до установ, сферою діяльності яких є захист інтелектуальної власності (патентно-юридичних агенцій, агенцій патентних повірених). Інколи, трапляються і випадки звернень до інших експертних установ, зокрема до науково-дослідних інститутів судових експертиз¹. До розпорядження про призначення експертизи додаються документи, що стосуються предмета



експертизи, а також інші матеріали, які мають значення для її проведення (відомості про реєстрацію суб'єктів господарювання, рішення про реєстрацію товарних знаків, рекламні матеріали, копії сертифікатів, заява однієї із сторін, що виступила приводом для порушення справи тощо), але законодавець встановлює експерту розголошувати інформацію з обмеженим доступом, а також інформацію, розголошення якої може завдати шкоди інтересам інших осіб, які беруть (брали) участь у справі, або перешкодити подальшому розгляду справи².

Необхідно зазначити, що конкурентне законодавство встановлює право антимонопольного органу при призначенні експертизи та встановленні питань, що слід поставити перед експертом, на запит пропозицій сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. На нашу думку, доцільно було б закріпити дане положення не у вигляді права, а у вигляді обов'язку антимонопольного органу. У той же час, коло прав осіб, які беруть участь у справі, доцільно доповнити правом надавати пропозиції щодо питань, які виносяться на експертизу. Все це сприятиме дотриманню принципів законності, об'єктивної істини та рівності сторін при розгляді справи, а також буде слугувати додатковою гарантією того, що рішення по справі не буде оскаржено з підстав неузгодженості питання про проведення експертизи зі сторонами, адже у практиці антимонопольних органів трапляються випадки, коли сторони посилаються у скарзі на те, що їм не була надана можливість познайомитися із завданнями, які були поставлені перед експертами, і прийняти участь у формулюванні питань³. Разом з тим вважаємо, що для досягнення найбільш чіткого окреслення предмета експертизи, визначення остаточного кола питань повинно залишатись за антимонопольним органом. Тому органи Антимонопольного комітету України вправі не лише вносити у формулювання питань редакційні зміни (не порушуючи при цьому їх змісту) та ставити нові питання, незалежно від запропонованих учасниками провадження, а й відхиляти подані ними питання. Але таке відхилення повинно бути, на нашу думку, обов'язково мотивованим.

Підсумовуючи вищенаведене, пропонуємо викласти перше речення п.2 ст.43 Закону "Про захист економічної конкуренції" з такими змінами та доповненнями:

"Призначаючи експертизу та встановлюючи коло питань, що слід поставити перед експертами, відповідний орган Антимонопольного комітету України зобов'язаний врахувати пропозиції сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Відхилення питань, запропонованих особами, які беруть участь у справі, орган Антимонопольного комітету України повинен мотивувати".

Надзвичайно велике значення має правильне **формулювання питань**, на які потрібні висновки експертів, адже в експертній практиці панує принцип: "яке питання – така і відповідь"⁴. Тому питання повинні бути конкретними, чіткими і зрозумілими та не допускати двоякого тлумачення. Якщо питання взаємозв'язані, то вони повинні задаватися в логічній послідовності. Аналіз практики Антимонопольного комітету України показує, що, наприклад, у розпорядженні про призначення експертизи у справах, пов'язаних з неправомірним використанням чужих словесних позначень (фірмового найменування, товарного знаку тощо), найбільш доцільною є така послідовність питань:

- Чи є відповідні слова, словосполучення тотожними або схожими?
- Якщо вони тотожні, то за якими елементами?
- Якщо вони схожі, то за якими факторами (звуковими, графічними, смисловими)?
- Чи є дані позначення тотожними чи схожими настільки, щоб виникла можливість їх змішування?
- Якщо так, то хто має право пріоритету на їх використання? (Хоча на нашу думку, відповідь на дане питання не потребує спеціальних знань)



• Чи можливе змішування діяльності господарюючих суб'єктів, які маркують свої товари даними позначеннями?

• Які можуть бути інші негативні наслідки використання чужих позначень?

Під час проведення експертизи експерт може встановити обставини, що мають значення для справи, але з приводу яких йому не були поставлені питання. Тому законодавчо слід закріпити, що в такому випадку експерт вправі у висновку викласти свої міркування і щодо цих обставин.

Сам *процес експертного дослідження* можна розділити на декілька етапів. Спочатку йде підготовчий етап, під час якого експерт знайомиться з розпорядженням про призначення експертизи, проводить попередній експертний огляд об'єктів і встановлює їх придатність та достатність для вирішення поставлених питань. Далі настає етап детального дослідження – об'єкти експертизи спочатку вивчаються окремо, а потім проводяться порівняльні дослідження, коли виявляють схожість чи відмінність різних ознак та факторів об'єктів, що порівнюються. Так, при порівняльному аналізі товарних знаків, експерти використовують методику, яка встановлена Правилами складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг⁵. Відповідно до пункту 4.3.2.4 цих Правил, позначення вважається тотожним з іншим позначенням, якщо воно збігається з ним у всіх елементах. А якщо воно асоціюється з ним в цілому, незважаючи на окрему різницю елементів, то таке позначення вважається схожим настільки, що його можна сплутати з іншим позначенням. При встановленні схожості словесних позначень враховується звукова (фонетична), графічна (візуальна) та смислова (семантична) схожість (пункт 4.3.2.6 Правил). Аналіз на звукову схожість дає можливість визначити збіг вимовляння позначень за такими ознаками: загальна кількість фонетично вагомих елементів; складовий розподіл; наголошений склад; наявність спільних звуків (голосних, приголосних). При аналізі на схожість за графічним фактором враховується, з яких слів складається позначення; розташування цих слів; шрифт та алфавіт їх виконання. Смислова схожість визначається шляхом аналізу та порівняння смислового навантаження, яке несуть компоненти позначення.

Необхідно зазначити, що питання щодо можливості змішування позначень вирішується експертами з позиції споживача, адже справи про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, як правило, пов'язані з комерційною діяльністю господарюючих суб'єктів, з просуванням їх товарів на ринку, а споживач розрізняє товар по конкретному індивідуальному позначенню.

При визначенні права пріоритету на використання тих чи інших позначень експерту необхідно в'яснити наступне:

- щодо фірмового найменування – момент реєстрації юридичної особи;
- щодо товарного знаку – момент видачі свідоцтва на знак для товарів і послуг;
- щодо кваліфікованого зазначення походження товару – момент його реєстрації.

Тотожність (схожість) позначення для маркування разом з тотожністю (схожістю) ринку діяльності виступають основними факторами при в'ясненні можливості змішування діяльності господарюючих суб'єктів. Аналіз ринку діяльності на тотожність (схожість) здійснюється за такими параметрами:

- тотожність (спорідненість) території діяльності господарюючих суб'єктів;
- однорідність товарів, щодо яких здійснюється діяльність;
- однорідність каналів розповсюдження;
- однорідність кола споживачів⁶.

При вирішенні питання щодо інших можливих негативних наслідків використання чужих позначень, експерти, як правило, аналізують:



- чи не будуть порушені права господарюючого суб'єкта на фірмове найменування, товарний знак (п.2 ст.16 Закону України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”);
- чи не призведе це до недобросовісної конкуренції на ринку (ст. 4 Закону України “Про захист від недобросовісної конкуренції”);
- чи не будуть введені в оману споживачі стосовно справжнього виробника товару (ст.12 Закону України “Про захист прав споживачів”);
- чи не будуть порушені норми міжнародних актів (зокрема Паризької конвенції про охорону промислової власності).

Завершальним етапом експертного дослідження є *оцінка його результатів*, коли підводяться підсумки і формулюються висновки, які повинні логічно випливати з проведених досліджень. За результатами проведеної експертизи експерт готує письмовий висновок або повідомлення про неможливість дачі висновку (якщо наданих матеріалів недостатньо або якщо експерт не має необхідних знань для виконання покладеного на нього обов'язку). Висновок експерта являє собою письмове викладення даних про обставини, що мають значення для справи, які встановлені ним на підставі спеціальних знань і одержані в результаті проведеного експертного дослідження матеріалів справи. Слід зазначити, що чинне конкурентне законодавство не містить жодних вимог щодо висновку експерта та форми його подання. Вважаємо, що ця прогалина повинна бути ліквідована Конкурентним процесуальним кодексом шляхом передбачення відповідної статті, як це є в господарсько-процесуальному (ГПК України, ст.42), цивільно-процесуальному (ЦПК України, ст.60) та кримінально-процесуальному (КПК України, ст.75) законодавстві. Орієнтовний зміст статті “Висновок експерта” може бути таким:

“Експерт дає у письмовій формі свій мотивований висновок. Висновок експерта повинен містити докладний опис проведених досліджень, зроблені в їх результаті висновки і обґрунтовані відповіді на поставлені органом Антимонопольного комітету України питання. Висновок подається у письмовій формі і приєднується до справи. Копії висновку надсилаються сторонам. Якщо під час проведення експертизи встановлюються обставини, що мають значення для правильного вирішення справи, з приводу яких експерту не були поставлені питання, у висновок він викладає свої міркування і щодо цих обставин”.

Відносно *змісту* самого *експертного висновку*, то, як свідчить практика роботи антимонопольних органів, він складається з декількох частин. У вступній частині зазначається правова підстава для призначення експертизи (розпорядження органу Антимонопольного комітету України) та найменування експертної установи, в якій проводилась експертиза. Далі наводяться питання, винесені на розгляд експерта, причому без будь-яких змін їх формулювання. Якщо експерт вважає, що деякі з питань виходять частково або повністю за межі його спеціальних знань чи для відповіді на ці питання спеціальні знання взагалі не потрібні, він відмічає це у заключній частині висновку. Потім перераховуються документи (їх копії) та матеріали по справі, які були надані у розпорядження експерта. Далі зазначаються вихідні дані про особу (осіб) яка проводила експертизу. Така особа, як правило, є патентним повіреним, тому після наведення її прізвища та ініціалів, обов'язково зазначається реєстраційний номер патентного повіреного та дату його присвоєння. Потім може бути наведено перелік нормативно-правових джерел, використаних при проведенні експертизи. Далі слідує дослідницька частина експертного висновку, в якій дається детальна відповідь на кожне з поставлених питань. При цьому викладається сам процес дослідження з описом його методики, дається наукове пояснення виявлених ознак, факторів. Відповідь на кожне питання повинна бути достатньо обґрунтованою і може складатися з декількох логічно взаємозв'язаних частин (наприклад,



порівняльний аналіз позначень складається, як зазначалось вище, з аналізів на схожість за звуковим, графічним та смисловим факторами). У кінці відповіді повинен міститися висновок по даному питанню. Завершальна частина експертного висновку складається з загальних висновків проведеного дослідження. Тут же наводяться висновки щодо обставин, з приводу яких експерту не були поставлені питання, але які, на його думку, мають значення для правильного вирішення справи. Якщо експертиза проводилась кількома експертами і вони не дійшли до одного висновку, то експерт, який не погоджується з іншими експертами, складає окремий висновок.

Процесуальний порядок *дослідження висновку експерта* забезпечується шляхом безпосереднього сприймання висновку працівниками антимонопольного органу. Якщо висновок буде визнано повним та обґрунтованим, то його буде покладено в основу рішення по справі. Щодо наслідків негативної оцінки експертного висновку, то згідно з п.6 ст.43 Закону України “Про захист економічної конкуренції” “у разі необхідності проведення додаткових досліджень, а також у разі суперечливості висновків кількох експертів орган Антимонопольного комітету України може призначити додаткову або повторну експертизу”⁷. На нашу думку, таке формулювання, по-перше, не зовсім чітко визначає підстави призначення додаткової або повторної експертизи; по-друге, не передбачає можливості виклику експерта для дачі роз’яснень щодо поданого висновку або можливості подання додаткового мотивованого висновку без призначення додаткової експертизи; по-третє, не встановлює коло осіб, яким може бути доручено проведення додаткової або повторної експертизи.

Необхідність проведення додаткових досліджень може виникнути у двох випадках: у разі неповноти висновку або недостатньої ясності і чіткості висновків, а також при необґрунтованості висновку або при суперечливості висновків кількох експертів, що викликає сумнів у їх правильності. У першому випадку призначається додаткова експертиза. Її проведення може бути доручено тому ж або іншому експерту. У другому випадку призначається повторна експертиза. З метою гарантування об’єктивності, її проведення повинно бути доручено іншому експерту або експертам. Вважаємо, що для вдосконалення правового регулювання експертизи у справах, які розглядаються органами Антимонопольного комітету України, необхідно у майбутньому Конкуренційному процесуальному кодексі передбачити чітке закріплення підстав проведення додаткової та повторної експертизи, а також визначити коло осіб, яким може бути доручено їх проведення. Для скорочення строків розгляду справ доцільно було б також передбачити можливість виклику експерта до антимонопольного органу для дачі роз’яснень щодо висновку експертизи або можливість подання додаткового мотивованого висновку щодо поставлених питань, якщо попередній висновок неповний або недостатньо ясний. Якщо ж таким шляхом усунути неповноту або неясність висновку буде неможливо, то тоді можна призначати додаткову експертизу.

І останнє, на що слід звернути увагу при дослідженні висновків експертів як доказів у справах про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції – *відшкодування витрат на проведення експертизи*. Згідно з п.8 ст.43 Закону України “Про захист економічної конкуренції”, витрати на проведення експертизи відшкодовуються за рахунок особи, яка вчинила порушення. У разі відмови у відшкодуванні зазначених витрат особа, яка понесла ці витрати, може звернутися до суду із заявою про їх відшкодування. Але особа може вважатися такою, що вчинила порушення, лише після прийняття антимонопольним органом рішення про визнання вчинення порушення законодавства, а це займе певний час. Також у результаті розгляду справи може бути прийнято рішення про закриття провадження у справі. У такому випадку залишається неясним питання про відшкодування експертних витрат. Якщо



справу було порушено за заявою суб'єкта господарювання, то ці витрати доцільно покласти саме на нього. А якщо за власною ініціативою антимонопольного органу? Вважаємо, що фінансування витрат на проведення експертизи повинно здійснюватися антимонопольним органом одразу ж після одержання висновку експерта за рахунок цільового позабюджетного фонду розвитку та захисту конкуренції (як це і практикується). У той же час, антимонопольний орган, приймаючи рішення у справі про порушення законодавства, повинен покласти відшкодування цих витрат на особу порушника (при визнанні вчинення порушення) або на заявника (при закритті провадження у справі з підстав недоведення вчинення порушення).

Підсумовуючи вищенаведене, вважаємо, що більш чітке законодавче регулювання порядку формулювання питань при призначенні експертизи, закріплення вимог щодо самого висновку експерта та порядку його дослідження, а також визначення підстав проведення додаткової і повторної експертизи та конкретизація шляхів фінансування витрат на проведення експертизи позитивно вплине на об'єктивність та достовірність експертного висновку.

¹ Справа №27-26.4/59-01 про порушення антимонопольного законодавства у вигляді використання неправомірного порівняння в рекламі у відношенні до газети "Все про бухгалтерський облік". – К.: Антимонопольний комітет України.

² Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 р. № 2210-III // ОВУ. – 2001. – №7. – Ст.260.

³ Контрольне провадження по справі №27-03/22-95 про неправомірне використання знаку для товарів і послуг українсько-російським спільним підприємством у формі акціонерного товариства закритого типу "Натур – Продукт У". – К.: Антимонопольний комітет України.

⁴ Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. – М.: "Право и закон", 1996. – С.24.

⁵ Про затвердження Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг: Наказ Державного патентного відомства України від 28 липня 1995 року №116 (із змінами і доповненнями, внесеними наказом Державного патентного відомства України від 20 серпня 1997 року №72 // Liga-Закон.

⁶ Див., наприклад: Справа №27-264/108-99 про недобросовісну конкуренцію з боку товариства з обмеженою відповідальністю "Зовнішньоторговельна фірма "Мономах". – К.: Антимонопольний комітет України.

⁷ Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01. 2001 р. №2210-III // ОВУ. – 2001. - №7. – Ст. 260.

Білоусов Ю.В.,

доцент кафедри цивільно-правових

дисциплін ХГУП, кандидат юридичних наук

ПИТАННЯ СУДОВОЇ ПІДВІДОМЧОСТІ СПРАВ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ОРГАНІВ ОХОРОНИ ДЕРЖАВНОГО КОРДОНУ УКРАЇНИ

На виконання вимог статті 15 Конституції України¹ захист державного кордону України здійснюється відповідними військовими формуваннями та правоохоронними органами держави. Охорона державного кордону України на суші, морі, річках, озерах та інших водоймах України, а також охорона виключної (економічної) зони України, покладається на Прикордонні війська України, а у повітряному просторі – на війська повітряної оборони (мова документу збережена – Ю.Б.) (ст. 27 Закону України "Про державний кордон України"² та ст. 1 Закону України "Про Прикордонні війська України"³).

Наразі, Прикордонні війська України входять до системи державних військових формувань поряд із Збройними Силами України, Службою безпеки України, внутрішніми військами