

Горизонт доказування

Попри Угоду про асоціацію з ЄС, яка декларує взяття до уваги судами негативних економічних наслідків, зокрема втрачених прибутків, упущена вигода залишається недосяжною для доказування у сфері ІР

ЯРОСЛАВ ОГНЕВ'ЮК, ТЕТЯНА ОГНЕВ'ЮК



**ЯРОСЛАВ
ОГНЕВ'ЮК**,
керуючий партнер
AMBASSADORS Law Firm



**ТЕТЯНА
ОГНЕВ'ЮК**,
партнерка
AMBASSADORS Law Firm

Прагнення набути статусу прогресивної держави на міжнародній арені вимагає від України функціонування ефективної системи захисту прав інтелектуальної власності (ІВ). Володільці таких прав повинні мати можливість ефективно їх захистити в судовому порядку. Одним із критеріїв ефективного захисту є можливість компенсувати збитки, спричинені порушенням прав інтелектуальної власності. Утім, як свідчить аналіз актуальної судової практики щодо спорів стосовно порушень прав, зокрема, на торговельну марку, успішне встановлення факту незаконного використання цього об'єкта ще не означає можливості відшкодування порушником завданих збитків, коли мова йде про упущену вигоду. Натомість можливість ефективного захисту прав у судовому порядку є запорукою утвердження в Україні принципу верховенства права та дотримання вимог статті 15 Цивільного кодексу України, статей 6, 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у частині доступу до справедливого суду та забезпечення права на ефективний засіб юридичного захисту.

УПУЩЕНА ВИГОДА: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

Як відомо, відшкодування збитків є однією з форм (заходів) цивільно-правової відповідальності, яка вважається загальною або універсальною відповідно до статті 22 Цивільного кодексу України. Тобто порушення цивільного права, яке спричинило завдання особі майнових збитків, є достатньою підставою для їх відшкодування. Зазначена норма кореспондується з положеннями статей 224, 225 Господарського кодексу України. Збитки можуть полягати в упущеній (втраченій) вигоді (lucrum cessans), яка відрізняється від реальних збитків (damnum emergens) тим, що ре-

альні збитки характеризують зменшення наявного майна потерпілого (здійснення витрат, знищення і пошкодження майна тощо), а за упущеної вигоди наявне майно не збільшується, хоча і могло збільшитися, якби не було вчинено правопорушення. Тобто упущена вигода відображає різницю між реально можливим у майбутньому потенційно отриманим та вже наявним майном.

У своїй правозастосовній практиці Верховний Суд дотримується позиції, згідно з якою під упущеною вигодою розуміється рахункова величина втрат очікуваного приросту в майні, що базується на документах, які беззаперечно підтверджують реальну можливість отримання потерпілим суб'єктом господарювання грошових сум (чи інших цінностей), якби учасник відносин у сфері господарювання не допустив правопорушення. Висунення вимоги про відшкодування неoderжаних доходів (упущеної вигоди) покладає на кредитора обов'язок довести, що ці доходи (вигода) не є абстрактними (не можуть обґрунтуватися гіпотетично та на прогнозах), а дійсно були б ним отримані в разі належного виконання боржником своїх обов'язків (має бути чітке документальне обґрунтування). Наявність теоретичного обґрунтування можливості отримання доходу ще не є підставою для його стягнення (постанови Верховного Суду від 9 жовтня 2018 року у справі № 908/2261/17, від 2 березня 2021 року у справі № 922/1742/20, від 17 лютого 2021 року у справі № 916/450/20, від 3 листопада 2020 року у справі № 916/3563/19, від 20 жовтня 2020 року у справі № 910/17533/19, від 26 лютого 2020 року у справі № 914/263/19 тощо).

З огляду на специфіку правовідносин, які складаються саме у зв'язку з порушенням прав на торговельну марку та заявленням вимог про відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди,

господарські суди застосовують декілька підходів до визначення розміру цієї вигоди. Найпоширенішим є розрахунок шкоди від доходу за ліцензійним договором, який би особа уклала з правоволодільцем, зважаючи на принцип добросовісності поведінки в цивільних правовідносинах. Дещо іншим є підхід, що застосовує як стартову величину витрати, які здійснив правоволодільць у зв'язку зі встановленням факту правопорушення та вжиттям заходів щодо його припинення (втрата частини покупців і т.ін.). Досить поширеним є також застосування розміру реального доходу, отриманого порушником прав інтелектуальної власності від реалізації товару з використанням торговельної марки правоволодільця.

Водночас ці підходи є актуальними у спорах щодо використання торговельної марки для товарів, тоді як для сфери надання послуг віднайти стартову розрахункову величину, яка б відповідала запровадженню Верховним Судом стандарту доказування упущеної вигоди, на практиці виявляється вкрай складно.

Судова практика щодо необхідності покладення на позивача тягаря доказування упущеної вигоди фактично поза будь-яким сумнівом склалася історично та не стосувалась безпосередньо сфери інтелектуальної власності. У 1953 році відомий радянський цивіліст С.М. Братусь висловив позицію, згідно з якою неотримання очікуваних майнових благ здебільшого важко встановити з достатньою достовірністю, однак винесення рішень на основі припущень неприпустиме, тому для стягнення у вигляді упущеної вигоди запропонованого прибутку необхідно довести, що цей прибуток був би отриманий. Якщо поглянути на наведену позицію в аспекті права інтелектуальної власності, можна висувати про відсутність її регулювання в роки закладення цієї концепції. Перші спроби кодифікувати норми, що регулювали означені відносини, були здійснені лише в 1961–1964 роках та ознаменувались прийняттям Основ цивільного законодавства срср і Цивільного кодексу. Із судової радянської практики позиція щодо доведення упущеної вигоди фактично поза розумним сумнівом перекочувала спочатку в українську судову практику в цивільних спорах, а згодом — у господарських спорах, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності.

ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ УПУЩЕНОЇ ВИГОДИ

А проте, розуміючи ймовірнісну природу упущеної вигоди, деякі колеги судів Верховного Суду все ж таки кон-

статують, що відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди має свою специфіку, обумовлену особливістю правової природи категорії збитків у вигляді упущеної вигоди, оскільки в момент вчинення правопорушення упущена вигода є лише можливою (майбутньою), а не наявною майновою втратою, а її розмір допустимо встановити лише приблизно, з деякими припущеннями, адже досить складним є визначення розміру тих втрат, які ще не сталися фізично, позаяк невідомо, які чинники могли б мати вплив на прибуток (постанови від 13 жовтня 2021 року у справі № 908/2445/20, від 11 листопада 2021 року у справі № 910/7511/20).

Також Верховний Суд, з огляду на необхідність дотримання принципів господарського судочинства і виконання його завдань, обґрунтовано робить висновки про втрату внаслідок наявності надмірного стандарту доказування в цій категорії справ захисної та відновлювальної функції відшкодування збитків (постанова від 11 листопада 2021 року у справі № 910/7511/20).

Утім, існування поодиноких судових рішень, навіть найвищого суду, не забезпечує можливості відшкодувати збитки за неправомірне використання торговельної марки. Водночас у більшості країн Європи стягнення з порушника упущеної вигоди є звичною практикою. В рішенні Європейського суду з прав людини від 31 травня 2018 року (справа «Зубайда проти Литви») зазначено, що категорії «потенційність» та «ймовірність» є характерними ознаками упущеної вигоди, тому встановлення розміру цієї величини неможливе без певних припущень щодо майбутнього розвитку подій у випадку, якби порушення не сталось.

В Україні ж, попри положення статті 240 Угоди про асоціацію, яка декларує взяття до уваги судовими органами договірних сторін негативних економічних наслідків, зокрема втрачених потерпілою стороною прибутків та будь-яких одержаних порушником недобросовісних доходів, упущена вигода продовжує залишатись недосяжною в доказуванні деліктів, вчинених у сфері інтелектуальної власності. Отже, доводиться констатувати, що збагачення від правопорушення шляхом використання торговельної марки (особливо в галузі надання послуг) продовжує стимулюватись наявною судовою практикою у сфері інтелектуальної власності, що має 70-річну історію. Це той випадок, коли сталість судової практики в цій категорії справ не є індикатором ефективної системи захисту прав інтелектуальної власності.