

## ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ВИКОРИСТАННЯ ТОРГОВОЇ МАРКИ У РЕКЛАМІ ЧЕРЕЗ МЕРЕЖУ ІНТЕРНЕТ (МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД)

Михайлюк Г. О.

Через значний вплив віртуального світу на реальне життя, компанії багатьох країн почали цікавитись більш чітким регулюванням реклами за допомогою ключових слів. Значна кількість відомих фірм у Великобританії, Франції, Німеччині, Австрії, Нідерландах і Бельгії зіткнулася з проблемою продажу ключових слів третім особам через провайдерів Інтернет послуг, які мають схожість або ідентичні відомим торговим маркам. Зазначена проблема вже вплинула й на ринок українських торгових марок. Однією з головних причин, що зумовили її виникнення, є зростаючий попит на купівлю товарів і послуг в Інтернет магазинах. При проведенні пошуку користувачами Інтернету на основі певних слів/фраз, Інтернет провайдери складають перелік сайтів, які найкраще відповідають ключовим словам у порядку убавання релевантності. Отже, для залучення більшої кількості клієнтів, власники певних веб-сайтів почали купувати ключові слова, які є ідентичними з назвами відомих брендів у найпопулярніших Інтернет провайдерів. Ці випадки призвели до ситуації, коли власники торгових марок почали скаржитися на порушення їх прав.

Питанням аналізу використання торгової марки в рекламі через мережу Інтернет присвячені деякі наукові роботи західноєвропейських і американських вчених, зокрема, їх розглядали М. Хорак, А. Мюррей, Л. Едвардз, Ш. Вальде, Ш. Отт, К. Севілле, М. Шуберт та ін. Проте наукові розроблення з цієї теми мають невичерпний характер і розглядалися фрагментарно. Вітчизняними вченими взагалі не було приділено уваги дослідженню проблеми продажу ключових слів, що відповідають або ідентичні відомим торговим маркам, третім особам через провайдерів Інтернет послуг.

Мета статті полягає в дослідженні правової бази, а саме тенденції розвитку законодавства й судової практики країн Європейського Союзу й України у сфері порушення прав інтелектуальності власності при використанні торгової марки без дозволу її власника в рекламі через мережу Інтернет.

Популярність Google серед користувачів всесвітньої мережі призвела до ситуації, коли рекламодавці бажають розміщуватись серед перших посилань на задану тематику на сторінці результатів пошуку. Купуючи ключові слова у Інтернет сервіс провайдерів, деякі рекламодавці схильні копіювати знак/слоган торгової марки відомого конкурента для того, щоб створити уявний зв'язок з офіційним сайтом бренду або таким, що тісно пов'язаний з ним. Можливість бути розміщеним у перших посиланнях на відповідний запит на веб-сторінці має значний вплив на прибуток компанії. Ця ситуація призвела до низки позовів, що пред'являлися Інтернет-провайдером по всьому світу.

Для кращого зрозуміння полеміки з приводу реклами за допомогою ключових слів, здається необхідним спочатку проаналізувати нормативно-правове підґрунтя використання торгової марки й основні характеристики її використання як ключових слів у рекламі через мережу Інтернет. Необхідно зробити наголос на існу-

ванні двох різних теоретичних напрямків у вирішенні цього питання, якщо порівнювати країни Європейського Союзу й Україну.

Починаючи з аналізу правової бази країн Західної Європи, необхідно підкреслити, що в 1990 р. уперше Суд Європейського Союзу в справі *HAG II (Case C-10/89)* постановив, що "система досконалої конкуренції вимагає надання можливостей компаніям для створення й підтримки відносин зі своїми клієнтами завдяки якості їх товарів" [6, 50]. Передусім, характерні знаки мають важливе значення для впізнання товару клієнтами, тоді як вони також надають можливість встановити зв'язок між товарами/послугами й підприємствами, відповідальними за їх реалізацію й якість. Іншим найзначущим положенням у рішенні було те, що "торгові марки повинні гарантувати справжність походження товарів, які ними позначені" [6, 50]. Як було зазначено Е. Мюррей, "брендинг є гаслом маркетологів" [7, 289]. Захист торгової марки повинен гарантувати, що всі продукти були вироблені й випущені на ринок під контролем єдиного підприємства. Це є основоположним принципом для пояснення ідеї "використання товарного знака" й "використання знака для товарів" відповідно до ст. 5 (1) (а) Директиви Ради Європи про торгові марки 89/104/ЄЕС і ст. 9 (1) Регламенту ЄС щодо торгових марок № 1027/2006 р. [11, 2].

Юридичне обґрунтування принципу досконалої конкуренції засноване на прецедентному праві, створеному Європейським судом. Тим не менш, не існує судових рішень з приводу тлумачення використання торгових марок "у ході торгівлі", або іншому "використанні торгової марки". Необхідно, однак, мати на увазі, що слід розмежовувати поняття "використання товарного знака" й інші форми використання. Існує ряд рішень Європейського суду щодо поняття знака, який використовується "як торгова марка" (наприклад, (*C-63/97) Bayerische Motorenwerke AG V Deenik* [1999] ECR I-905, пункти 34-38; (*C-2/00) Holterhoff V Freiesleben* [2002] ECR I-4187, п. 17; (*C-228/03) Gillette Co V LA-Laboratories Ltd Oy* [2005] ECR I-2337, п. 28) [12, 13, 14].

Стаття 5 (1) (а) Директиви про торгові марки визначає, що власник має право не допускати використання в процесі торгівлі будь-якою третьою стороною, яка не отримала згоди від нього, "будь-якого знака, який є тождним до такої торгової марки, у зв'язку з товарами або послугами, тождними до тих, стосовно яких було зареєстровано цю торгову марку" [11]. На думку Ш. Вальде, "80 % інтернет-користувачів, які шукають певний сайт, починають свій пошук за допомогою пошукової системи", вважаючи, що "повноцінне використання Інтернету без пошукових систем є практично неможливим" [4, 227].

Українські положення про ексклюзивні права власника торгової марки в цілому відповідають положенням права ЄС про товарні знаки. Між тим згідно з ч. 4 ст. 16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" наступні дії є використанням товарного знака:

- нанесення його на будь-який товар, для якого знак зареєстровано, упаковку, в якій міститься такий товар,

**ПІВДЕННОУКРАЇНСЬКИЙ  
ПРАВНИЧИЙ ЧАСОПИС**

вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару із зазначенням нанесенням знака з метою пропонування для продажу, продаж, імпорт (ввезення) й експорт (вивезення);

- застосування його під час пропонування й надання будь-якої послуги, для якої знак зареєстровано;

- застосування його в діловій документації чи в рекламі й мережі Інтернет.

Знак визнається використаним, якщо його застосовано у формі зареєстрованого знака, а також у формі, що відрізняється від зареєстрованого знака лише окремими елементами, якщо це не змінює в цілому відмінності знака [1]. Можливо припустити, що використання товарного знака на веб-сайтах вважається таким, що задовольняє меті такого використання. Якщо мета зазначення на сторінках просування продажу відповідних товарів, це є використанням товарного знака. Знову ж таки, всі ці питання вимагають конкретного тлумачення в українському законодавстві й судовій практиці. Збільшення числа позовів проти рекламодавців та Інтернет-провайдерів викликане занепокоєнням власників брендів і бажанням запобігти негативному впливу на їх репутацію й прибуток, внаслідок оманливої реклами й пропонування товарів помітно нижчої якості.

Судова практика серед держав-членів ЄС суттєво відрізняється через специфічність постанов у кожній країні, що регулюють відповідальність за порушення закону в галузі права інтелектуальної власності. Більшість судів беруть як критерій використання знака саме в ході торгівлі. З приводу замішання споживачів, викликаного використанням символу бренду, думки суддів також розходяться. Основне прецедентне право у випадках реклами за допомогою ключових слів через Інтернет сервіс провайдер сформоване в об'єднаній справі *Google France Sarl v Louis Vuitton SA Malletier* [15]. До цієї справи європейські національні суди не мали єдиної політики щодо застосування відповідальності Інтернет провайдерів і рекламодавців за використання торгових марок як ключових слів. Як наслідок, Європейський суд виступив з чітким і послідовним твердженням у *Google France*, де текст оголошення містив назву бренду Louis Vuitton. Факти справи засновані на положеннях першої Директиви Ради Європи 89/104/ЄС, яка була замінена Директивою 2008/95/ЄС без яких-небудь змін у положеннях, що розглядаються в цій роботі [3]. Отже, існує невизначеність навколо питань використання торгових марок як ключових слів у рекламі, яка створює враження, що аналізована тема залишиться назавжди нерозв'язаною проблемою.

Європейський Суд надіслав ряд питань для вирішення в національні суди держав-членів Європейського Союзу і, як наслідок, відкрив шлях для безлічі інтерпретацій щодо нових позовів до національних судів з досліджуваної справи. Хоча в цілому вирішено, що рішення було винесено на користь Google, необхідно припустити, що результати нових справ залежатимуть від здатності адвокатів представити справу з вигідної для них сторони. Для порівняння, станом на початок 2012 р. ані українське законодавство, ані судова практика не пояснили чи є використання товарного знака й згадування його як ключового слова в рекламі порушенням прав інтелектуальної власності. Сьогодні чинне законодавство й судова практика обмежуються тільки дуже загальними положеннями про те, що вказівка

на товарний знак в Інтернеті є використанням товарного знака. Це дуже широке визначення призводить до аргументу, що будь-яке посилання на торгову марку, також у ключових словах, може потенційно розглядатися як використання товарного знака [5, 470]. Знову ж таки, всі ці питання чекають конкретної інтерпретації в українському законодавстві й судовій практиці.

Цікавим є факт, що тільки один з трьох користувачів всесвітньої мережі бачить відмінність між рекламою й результатами пошуку, тільки один з шести визнає різкі відмінності, а один з десяти припускає наявність фінансового зв'язку між рекламою й пошуковою системою [8, 3]. Убачається, що існує велика ймовірність того, що при відображенні рекламних оголошень аналізованого типу, для користувачів буде важко розрізнити посилання на сайт ексклюзивного власника торгової марки.

За даними досліджень австрійської компанії, реклама, розташована над результатами пошуку, привертає увагу 94 % користувачів [8, 7]. Між тим, якщо веб-сайт власника торгової марки не знаходиться на перших двох позиціях, користувачами буде приділено більше уваги сторінкам рекламодавців. Тільки кожен третій користувач звертає увагу на восьмий і дев'ятий веб-сайт. Вагомим є той факт, що Європейський суд ухвалив рішення тільки в тих випадках, коли власник товарного знака мав пріоритетне розміщення серед представлених результатів. Дані свідчать про те, що лише невелика кількість користувачів звертає увагу на результати пошуку, які розташовані на правій стороні екрану. Отже, тільки дві верхні позиції можуть гарантувати видимість, в іншому випадку існує ймовірність того, що сайт буде не помічено [8, 7].

У німецькій юридичній практиці суди припускають, що користувачі пошукових систем усвідомляють зв'язок між ключовими словами рекламодавців і Інтернет-провайдерів, як само собою зрозуміле, тоді як, для порівняння, за даними французької практики, це припущення було спростовано. У результаті цього, Європейський суд дав можливість національним судам самостійно вирішувати для себе це питання. Європейський суд розглядає поняття відомих і шанованих торгових марок, як пов'язані "споріднені поняття" [6, 93]. Загальновідомі знаки повинні відповідати насамперед положенням ст. 4 (4) (a), 5 (2) Директиви про торгові марки й ст. 8 (5), 9 (1) (c) Регламенту ЄС щодо торгових марок [11, 2]. Варто підкреслити, що товарні знаки, які відповідають вимогам репутації держав-членів ЄС, миттєво визнаються добре відомими [6, 61] відповідно до ст. 6<sup>bis</sup> Паризької конвенції про охорону промислової власності [9].

Реклама, яка вводить в оману, може негативно вплинути на економічний добробут споживача. Автор згоден з К. Севіллем, що відсутність загальновідомого товарного знака може дезорієнтувати покупців, якщо бренд є дуже важливим елементом у прийнятті ними рішення [10, 284].

Можна зробити висновок, що популяризація Інтернету супроводжується різними проблемами, які повинні вирішуватися на законодавчому рівні. На нашу думку, проблема використання товарного знака в рекламі намагається бути вирішеною західноєвропейськими вченими, тоді як в Україні, навпаки, їй як і раніше не приділяється належної уваги. Збільшення кількості Інтернет послуг з однієї сторони сприяє здійсненню різних операцій, але водночас призвело до появи правових питань, які не можуть бути вирішені в рамках існуючої законодавчої бази. Як наслідок цієї проблемної ситуації, з'явилася багато прогалин у сфері регулювання торгових марок

в європейському праві інтелектуальної власності.

На нашу думку, існує ряд положень, які рекламодавцю слід мати на увазі при купівлі ключових слів у Інтернет-провайдерів. По-перше, вкрай важливою є перевірка на відповідність ключових слів вже зареєстрованим торговим маркам. У разі підтвердження ідентичності чи схожості згаданих знаків, їх придбання є порушенням прав інтелектуальної власності. По-друге, он-лайн реклама не повинна містити інформації, яка шкодить репутації торгової марки конкурента. По-третє, бажано, щоб ключові знаки відповідали напрямку бізнесової діяльності рекламодавця, для уникнення ситуації надання інформації, що суперечить дійсності. Все зазначене зможе допомогти в зниженні ризику відповідальності в разі порушення прав інтелектуальної власності.

На жаль, неможливо дати більш детальну характеристику теоретичному й практичному підходам щодо використання торгової марки, однак питання відповідальності сторін за неправомірне використання торгової марки в рекламі через мережу Інтернет як ключових слів і основні умови, при настанні яких можливо говорити про порушення прав інтелектуальної власності у цій сфері, будуть проаналізовані й обговорені в наступних статтях.

### Література

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

2. Community Trade Mark Regulations. - 2006. - № 1027. - [Електронний ресурс]: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/1027/body/made>.

3. Directive 2008/95/EC to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. - [Електронний ресурс]: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0095:EN:NOT>.

4. Edwards L., Waelde C. Law and the Internet. - London: Hart Publishing, 2009. - 713 p.

5. Horak M. Trademark Law in Central Eastern Europe. - Vienna: Lexis Nexis, 2011. - 485 p.

6. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law. Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark Law System (European Commission). - 2011. - P. 50. - [Електронний ресурс]: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/tm/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/tm/index_en.htm).

7. Murray A. Information Technology Law: Monograph. - Oxford: Oxford University Press, 2010. - 289 p.

8. Ott S., Schubert M. It's the Ad Text, Stupid: Cryptic Answers Won't Establish Legal Certainty for Online Advertisers // Journal of Intellectual Property Law & Practice. - 2011. - № 6 (1). - P. 1-9.

9. Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883. - [Електронний ресурс]: [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs\\_wo020.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html).

10. Seville C. EU Intellectual Property Law and Policy: Monograph. - Chentelham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. - 488 p.

11. Trade Marks Directive 89/104/EEC. - [Електронний ресурс]: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0104:en:HTML>.

12. (C-63/97) Bayerische Motorenwerke AG v Deenik [1999] E.C.R. I-905, paras 34-38.

13. (C-2/00) Holterhoff v Freiesleben [2002] E.C.R. I-4187, para 17.

14. (C-228/03) Gillette Co v LA-Laboratories Ltd Oy [2005] ECR I-2337, para 28.

15. (C 236/08 - C 238/08) Google France Sarl v Louis Vuitton Malletier SA [2011] ECR I-2417.

Михайлюк Г.О.

кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри міжнародного права та спеціально-правових наук Національного університету "Києво-Могилянська академія"  
Надійшла до редакції 27.08.2012

УДК 347.634

## ПІДСТАВИ ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ

Одним із завдань, що сьогодні стоять перед нашою державою, є забезпечення зміцнення сім'ї як соціального інституту й забезпечення правового й соціального захисту дітей. Це питання є не тільки актуальним, а й, звичайно ж, проблемним. Сім'я є природним середовищем для фізичного, психічного, соціального й духовного розвитку дитини, її матеріального забезпечення й несе відповідальність за створення належних умов для цього. Вона повинна бути основним джерелом матеріальної й емоційної підтримки, психологічного захисту, засобом збереження й передачі національно-культурних і загальнолюдських цінностей прийдешнім поколінням. Насамперед сім'я повинна залучати дітей до освіти, культури й прищеплювати загальнолюдські норми суспільного життя [1, 2].

Метою статті є встановлення підстав, а також проблем, що виникають у разі позбавлення батьківських прав.

У сучасних правових системах дитина однозначно вважається суб'єктом права й має значний обсяг прав. На міжнародному рівні розробляються й приймаються міжнародно-правові акти, присвячені правам дитини та їх належній реалізації, і Україна є учасницею низки таких договорів. Однак безперечним залишається той факт, що дитина є найвразливішою стороною в будь-яких кон-

© С.В. Резніченко, І.В. Кирилюк, 2012

фліктних сімейних правовідносинах, і саме на її частку припадає більше страждань і втрат.

Якщо говорити про позбавлення батьківських прав як інституту цивільного права України, то варто звернути увагу на те, що еволюція наукової думки й законодавчого регулювання цього питання стали предметом досліджень таких відомих представників науки, як З.В. Ромовська, Ю.С. Червоний, Я.М. Шевченко, І.В. Жилінкова, В.С. Гопанчук, Н.О. Міненкова, О.В. Дзера, Ю.В. Самборська, Є.О. Харитонов.

Під особливою увагою й турботою держави повинні бути діти, які з тих чи інших причин перебувають у скрутних умовах існування, тобто діти-сироти й діти, позбавлені батьківського піклування. Державна опіка над цими дітьми має стати одним з пріоритетних напрямів соціальної політики. Тому вважається за необхідне розглянути питання про те, що ж може призвести до такої міри, як позбавлення батьківських прав?

Передусім необхідно відзначити, що позбавлення батьківських прав є санкцією, яка застосовується тоді, коли здоров'я, фізичний, психічний, духовний і моральний розвиток дитини наражається на небезпеку внаслідок застосування батьками неправомірних способів здій-

**ПІВДЕННОУКРАЇНСЬКИЙ  
ПРАВНИЧИЙ ЧАСОПИС**