

СУДОВИЙ ЗАХИСТ РЕКЛАМНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК РІЗНОВИДУ ДОЗВІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

JUDICIAL PROTECTION OF ADVERTISING ACTIVITIES AS A TYPE OF LICENSING ACTIVITY

Волкова Ю.А., д.ю.н., професор,
професор кафедри права

ВНЗ «Київський університет ринкових відносин»

У статті досліджено судову практику щодо питань захисту рекламної діяльності як різновиду дозвільної діяльності в Україні. Вказано, що у спеціальній літературі з рекламної діяльності існує достатня кількість визначень реклами. Зокрема реклама – це будь-яка платна форма неособистого представлення і просування ідей або послуг від імені відомого спонсора; це форма комунікації, яка прагне перевести якості товарів і послуг, а також ідеї на мову потреб і запитів споживача; це неособиста форма комунікації, що здійснюється за допомогою платних засобів поширення інформації з чітко зазначеним джерелом фінансування.

Констатовано, що реклама існує для того, щоб інформувати, переконувати та спонукати споживача до покупки товару. Варто вказати, що більшість суб'єктів господарювання у своїй діяльності дотримуються кількох ключових правил для просування своїх товарів та послуг, які унормовані чинним законодавством у сфері реклами, а саме: реклама повинна бути правдивою і не повинна вводити в оману споживачів; наводити твердження та/або зображення, які є дискримінаційними та/або розпалюють ненависть, ворожнечу чи жорстокість до окремих осіб чи груп осіб за ознакою походження людини, її соціального чи майнового стану, віку, расової, етнічної чи національної належності, статі, сексуальної орієнтації, освіти, інвалідності, політичних поглядів, ставлення до релігії, за мовною ознакою, родом і характером занять, місцем проживання, за іншими ознаками, а також такими, що дискредитують товари інших осіб; реклама не повинна шкодити споживачам, тобто реклама не може завдати шкоди здоров'ю або життю людини та/або довкіллю, а також спонукати до нехтування засобами безпеки тощо.

Зроблено висновок, що аналізуючи сучасний стан законодавства про рекламу та судову практику, яка вже є усталеною, варто вказати на доцільність усунення недоліків та удосконалення чинної нормативно-правової бази. Нові ініціативи мають враховувати тенденції розвитку та сучасний стан рекламної діяльності в Україні та бути спрямовані на збалансування публічних і приватних інтересів суб'єктів господарювання, споживачів та держави, а також відповідати на сучасні виклики, які перевіряються на відповідність правового регулювання реклами до сучасних реалій життя.

Ключові слова: реклама, рекламна діяльність, дозвільна діяльність, захист прав споживачів, дозвіл.

The article examines the judicial practice on the protection of advertising activities as a type of licensing activity in Ukraine. It is indicated that in the special literature on advertising there is a sufficient number of definitions of advertising. In particular, advertising is any paid form of non-personal presentation and promotion of ideas or services on behalf of a well-known sponsor; it is a form of communication that seeks to translate the qualities of goods and services, as well as ideas, into the language of consumer needs and demands; It is a non-personal form of communication carried out through paid means of disseminating information with a clearly defined source of funding.

It is stated that advertising exists in order to inform, persuade and encourage the consumer to buy a product. It is worth pointing out that most business entities in their activities adhere to several key rules for promoting their goods and services, which are regulated by the current legislation in the field of advertising, namely: advertising must be truthful and must not mislead Consumers; provide statements and/or images that are discriminatory and/or incite hatred, hostility or cruelty towards individuals or groups of persons on the basis of a person's origin, social or property status, age, race, ethnicity or nationality, gender, sexual orientation, education, disability, political views, attitude to religion, language, type and nature of occupation, place of residence, other characteristics, as well as those that discredit the goods of other persons; Advertising must not harm consumers, i.e. advertising cannot harm human health or life and/or the environment, as well as encourage neglect of safety measures, etc.

It is concluded that analyzing the current state of legislation on advertising and judicial practice, which is still established, it is worth pointing out the expediency of eliminating shortcomings and improving the current regulatory framework. New initiatives should take into account the development trends and the current state of advertising activities in Ukraine and be aimed at balancing public and private interests of business entities, consumers and the state, as well as respond to modern challenges, which are checked for compliance of the legal regulation of advertising with modern realities of life.

Key words: advertising, advertising activity, permitting activity, consumer protection, permission.

Постановка проблеми. Реклама – це інформація про особу, ідею та/або товар, розповсюджена за грошову чи іншу винагороду або з метою самореклами в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена, щоб сформулювати або підтримати у прямий (пряма реклама, телепродаж) або непрямої (спонсорство, розміщення товару (продакт-плейсмент) спосіб обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес щодо таких особи, ідеї та/або товару. Зокрема саме так визначено це поняття у Законі України від 03.07.1996 № 270/96-ВР «Про рекламу» [1].

У спеціальній літературі з рекламної діяльності існує достатня кількість визначень реклами. Зокрема реклама – це будь-яка платна форма неособистого представлення і просування ідей або послуг від імені відомого спонсора; це форма комунікації, яка прагне перевести якості товарів і послуг, а також ідеї на мову потреб і запитів споживача; це неособиста форма комунікації, що здійснюється за допомогою платних засобів поширення інформації з чітко зазначеним джерелом фінансування [2].

Традиційно найбільш важливими характеристиками реклами визначають: неособистий характер; одностороння спрямованість рекламного звернення від продавця до покупця; невизначеність з позиції визначення ефекту реклами; суспільний характер; наявність спонсора [2].

Отже, реклама існує для того, щоб інформувати, переконувати та спонукати споживача до покупки товару. Варто вказати, що більшість суб'єктів господарювання у своїй діяльності дотримуються кількох ключових правил для просування своїх товарів та послуг, які унормовані чинним законодавством у сфері реклами, а саме: реклама повинна бути правдивою і не повинна вводити в оману споживачів; наводити твердження та/або зображення, які є дискримінаційними та/або розпалюють ненависть, ворожнечу чи жорстокість до окремих осіб чи груп осіб за ознакою походження людини, її соціального чи майнового стану, віку, расової, етнічної чи національної належності, статі, сексуальної орієнтації, освіти, інвалідності, політичних поглядів, ставлення до релігії, за мовною ознакою,

родом і характером занять, місцем проживання, за іншими ознаками, а також такими, що дискредитують товари інших осіб; реклама не повинна шкодити споживачам, тобто реклама не може завдати шкоди здоров'ю або життю людини та/або довкіллю, а також спонукати до нехтування засобами безпеки тощо.

Метою статті є дослідження судової практики щодо питань захисту рекламної діяльності як різновиду дозвільної діяльності.

Виклад основного матеріалу. У європейській доктрині найбільш поширене визначення реклами говорить про те, що «реклама безособова, платна і адресована масмаркет формі комунікації» [3]. За визначенням Інституту практиків реклами, реклама – це інформація, що впливає на майбутніх споживачів (спонукає їх до покупки) і представляє товар або послугу в перспективі, зазначаючи, що ці товари або послуги пропонуються за мінімально можливими цінами» [4]. Характеристики реклами такі: ця інформація спрямована на цільову групу людей, виконується організаціями, як прибутковими, так і некомерційними організаціями, вони можуть бути державним і приватним; велика частина реклами платна і транслюється через телебачення, радіо, плакати, білборди або канали, що відображають тільки рекламні оголошення, що знаходяться у власності організації, які не є рекламодавцями; незважаючи на те, що рекламуватися може все, переважна більшість сьогоденної реклами орієнтується на рекламу товарів або послуг; велика частина реклами використовується для просування компаній і брендів продукції. Отже, реклама – це своєрідний мікс, що складається з рекламних кампаній, PR, публічного та особистого процесу продажу [5].

У Законі України від 03.07.1996 № 270/96-ВР «Про рекламу» надано вичерпний перелік видів реклами, одним з яких є зовнішня реклама. Доцільно зазначити, що розміщення зовнішньої реклами у населених пунктах проводиться на підставі дозволів, що надаються виконавчими органами сільських, селищних, міських рад, а поза межами населених пунктів – на підставі дозволів, що надаються обласними державними адміністраціями, а на території Автономної Республіки Крим – Радою міністрів Автономної Республіки Крим, в порядку, встановленому цими органами на підставі типових правил, що затверджуються Кабінетом Міністрів України (п. 1 ст. 16 Закону України «Про рекламу») [1].

Згідно п. 2 ст. 16 Закону України «Про рекламу» зовнішня реклама повинна відповідати таким вимогам: розміщуватися із дотриманням вимог техніки безпеки та із забезпеченням видимості дорожніх знаків, світлофорів, перехресть, пішохідних переходів, зупинок транспорту загального користування та не відтворювати зображення дорожніх знаків; освітлення зовнішньої реклами не повинно засліплювати учасників дорожнього руху, а також не повинно освітлювати квартири житлових будинків; фундаменти наземної зовнішньої реклами, що виступають над поверхнею землі, можуть бути декоративно оформлені; опори наземної зовнішньої реклами, що розташована вздовж проїжджої частини вулиць і доріг, повинні мати вертикальну дорожню розмітку, нанесену світлоповерхтовими матеріалами, заввишки до 2 метрів від поверхні землі; нижній край зовнішньої реклами, що розміщується над проїжджою частиною, у тому числі на мостах, естакадах тощо, повинен розташовуватися на висоті не менше ніж 5 метрів від поверхні дорожнього покриття; у місцях, де проїжджа частина вулиці межує з цоколями будівель або огорожами, зовнішня реклама може розміщуватися в одну з фасадів будівель або огорожами лінійно.

У правозастосовній практиці існує низка питань, які постійно зумовлюють питання, які роз'яснюються та вирішуються, зокрема й судовою практикою. Наприклад, ч. 6 ст. 9 Закону України «Про рекламу» закріплює,

що вивіска чи табличка з інформацією про зареєстроване найменування особи, комерційне (фірмове) найменування, торговельну марку, що правомірно використовується цією особою, належать цій особі, вид її діяльності (якщо це не впливає із зареєстрованого найменування особи), час роботи, що розміщена на внутрішній поверхні власного чи наданого у користування особі приміщення, на зовнішній поверхні будинку чи споруди не вище першого поверху або на поверсі, на якому розміщено власне чи надане у користування особі приміщення, біля входу до такого приміщення, не вважається рекламою [1].

Саме ця законодавча дефініція викликає безліч спорів, зокрема варто вказати, що у Постанові ВС від 02.09.2018 у справі № 814/2539/14 зазначено, що що реклама – це інформація, а вивіска (табличка), спосіб розміщення інформації. Вивіска (табличка) може мати як рекламний характер, так і інформаційний. Різниця полягає у змісті інформації, а не способі її представлення [6].

У Постанові ВС від 21.10.2021 у справі № 815/7483/16 [7] відповідно до статті 16 Закону України «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення» (далі – Закон № 2899-IV) [8], в редакції чинній на час виникнення спірних правовідносин, забороняються будь-яка реклама та стимулювання продажу тютюнових виробів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, в тому числі, розміщення інформації про виробника тютюнових виробів та/або тютюнові вироби у місцях, де ці вироби реалізуються чи надаються споживачеві, у тому числі на елементах обладнання та/або оформлення місць торгівлі, за виключенням одного плаката розміром не більше 40x30 см на одне місце торгівлі, в якому надається текстова інформація про наявні в продажу тютюнові вироби та ціни на них.

Під час розгляду справи судами встановлено, що позивача притягнуто до відповідальності за порушення вимог статті 16 Закону № 2899-IV за розміщення заходів стимулювання продажу тютюнових виробів та вживання тютюну шляхом розміщення у приміщенні бару інформації про тютюнові вироби та виробника тютюнових виробів.

При цьому, як встановлено судами попередніх інстанцій ні в Акті перевірки, ні в постанові про накладення стягнення відповідачем не зазначено, яку саме інформацію про виробника тютюнових виробів та тютюнові вироби розміщено у місці їх реалізації з метою реклами чи стимулювання продажу тютюнових виробів.

Посилання відповідача в цій частині на розміщення знаку «&» (амперсанд) є безпідставним, оскільки такий знак є загальнозживаним графічним скороченням латинського сполучника і інформації безпосередньо про виробника тютюнових виробів не містить. Саме по собі використання такого ж знаку в назві окремих тютюнових виробів не може свідчити, що розмістивши його у приміщенні бару, в т.ч. на елементах обладнання бару, позивач вчинив дії, спрямовані на рекламу чи стимулювання продажу тютюнових виробів.

За таких обставин суд першої інстанції обґрунтовано дійшов висновку про відсутність з боку позивача порушень вимог статті 16 Закону № 2899-IV та прийняв рішення про відмову в задоволенні позову, яке судом апеляційної інстанції скасовано помилково.

Відповідно до статті 352 КАС України суд касаційної інстанції скасовує постанову суду апеляційної інстанції повністю або частково і залишає в силі судові рішення суду першої інстанції у відповідній частині, якщо встановить, що судом апеляційної інстанції скасовано судові рішення, яке відповідає закону.

Також наголошує суд у Постанові ВС від 29.10.2021 у справі № 280/1330/19 [9], а також у Постанові від 06.10.2021 у справі № 1.380.2019.000656 [10], що

«важливим є індивідуалізований характер реклами, коли «вона вказує на конкретну, індивідуально визначену особу або на конкретний, індивідуально визначений товар, із зазначенням найменування, якісні показники, країни походження, виробника».

У справі № 641/4163/17 Верховний Суд у своїй Постанові від 22 вересня 2021 року щодо питання про визнання протиправним та скасування рішення про накладення штрафу за порушення законодавства про рекламу вказав, що суд першої інстанції, задовольняючи позовні вимоги, виходив із того, що назва кіоску «ІНФОРМАЦІЯ_1» є вивіскою, а не рекламою, оскільки будь яких товарів з такою назвою не існує. Однак такий висновок суду є передчасним з огляду на те, що вивіска згідно Закону № 270/96-ВР та Типових правил має мати такі ознаки: містить інформацію про зареєстроване найменування особи, знаки для товарів і послуг, що належать цій особі, вид її діяльності (якщо це не впливає із зареєстрованого найменування особи), час роботи. Проте саму вивіску чи її зображення суд першої інстанції не досліджував, оскільки констатував, що така демонтована на час, зазначений відповідачем у протоколі про порушення законодавства про рекламу. При цьому у судовому рішенні суд першої інстанції не зазначив, за якими саме ознаками, визначеними Законом № 270/96-ВР та Типовими правилами, він відніс назву торгового кіоску до вивіски [11].

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у постанові від 22.09.2021 року вказав на обставини того, що суди попередніх інстанцій у межах судового контролю, з урахуванням вимог статті 2 КАС України, повинні були перевірити обґрунтованість всіх підстав, які зазначені у позовній заяві, апеляційній скарзі та заявах по суті справи та дослідити надані з цього приводу докази, а у разі їх недостатності, витребувати такі з власної ініціативи на виконання вимог статті 9 КАС України. Між тим, суди попередніх інстанцій зазначені вимоги КАС України не виконали. Зокрема, спірні правовідносини регулюються Законом № 270/96-ВР та Типовими правилами. Також, Верховним Судом у зазначеному судовому рішенні вказано, що суди попередніх інстанцій повинні були на підставі належних і допустимих доказів встановити, чи є назва кіоску «ІНФОРМАЦІЯ_1», який розташований за адресою: АДРЕСА_1, у якому здійснює підприємницьку діяльність позивач, рекламою або вивіскою. Також, Верховним Судом вказано, що суди попередніх інстанцій не надали будь-якої оцінки доводам позивача щодо застосування до спірних правовідносин КУпАП, хоч це було доводами позовної заяви, заперечень проти апеляційної скарги, що не відповідає вимогам частини третьої статті 242 КАС України в частині обов'язку суду надати оцінку всім аргументам учасників справи. Отже, Верховний Суд зазначив, що для правильного вирішення цього спору суду необхідно встановити всі обставини, покладені в основу оскарженого позивачем рішення. З цього приводу належним чином дослідити наявні докази, а у разі потреби, витребувати додаткові, надати

оцінку всім аргументам, які учасники справи наводять в обґрунтування своїх вимог та заперечень. За наслідками встановлених обставин і перевірки їх доказами зробити висновок про відповідність або невідповідність оскарженого рішення відповідача вимогам Закону № 270/96-ВР, Типовим правилам, іншим нормативним актам.

У Постанові ВС від 29 жовтня 2021 року у справі № 280/1330/19 [12] Судом вказано, що за приписами ч. 7 ст. 8 та ч. 6 ст. 9 Закону України «Про рекламу» не вважається рекламою: розміщення інформації про виробника товару та/або товар у місцях, де цей товар реалізується чи надається споживачеві, у тому числі на елементах обладнання та/або оформлення місць торгівлі, а також безпосередньо на самому товарі та/або його упакуванні; вивіска чи табличка з інформацією про зареєстроване найменування особи, знаки для товарів і послуг, що належать цій особі, вид її діяльності (якщо це не впливає із зареєстрованого найменування особи), час роботи, що розміщена на внутрішній поверхні власного чи наданого у користування особи приміщення, на зовнішній поверхні будинку чи споруди не вище першого поверху або на поверсі, де знаходиться власне чи надане у користування особі приміщення, біля входу в таке приміщення.

Колегія суддів у цій справі зазначила, що подібні правовідносини вже були предметом розгляду Верховного Суду. Зокрема, у постанові Верховного Суду від 30 квітня 2020 року у справі № 323/3491/16-а зроблено висновок про те, що інформація про виробника товару та/або товар у місцях, де цей товар реалізується чи надається споживачеві, а також інформація, розміщена на зовнішній поверхні будинку чи споруди не вище першого поверху або на поверсі, де знаходиться власне чи надане у користування особі приміщення, біля входу у таке приміщення, яка не містить закликів придбавати товар або послугу, що реалізується суб'єктом, не є рекламою у розумінні ч. 7 ст. 8 та ч. 6 ст. 9 Закону України «Про рекламу» [12].

Верховний Суд погодився з висновками судів попередніх інстанцій про те, що вивіска з написом «ВИНА МИРА», напис «Фирменный магазин» та зображення мапи світу з написом «прямые поставки со всего мира» не містять закликів до придбання конкретного товару чи отримання послуг позивача, вона не є інформацією, призначеною сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтересу щодо юридичної особи чи конкретного товару (послуг), що поставляється/надається підприємством, а відтак не є рекламою і не потребує спеціального дозволу на розміщення зовнішньої реклами [12].

Висновки. Аналізуючи сучасний стан законодавства про рекламу та судову практику, яка все є усталеною, варто вказати на доцільність усунення недоліків та удосконалення чинної нормативно-правової бази. Нові ініціативи мають враховувати тенденції розвитку та сучасний стан рекламної діяльності в Україні та бути спрямовані на збалансування публічних і приватних інтересів суб'єктів господарювання та держави, а також відповідати на сучасні виклики, які перевіряються на відповідність правового регулювання реклами до сучасних реалій життя.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про рекламу: Законі України від 03.07.1996 № 270/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text>
2. Голда Н.М. Реклама і рекламна діяльність. Конспект лекцій. Тернопіль. 2018, 173 с.
3. Sutherland M. Advertising and the mind of the consumer Allen&Unwin, Crows Nest 2008, s. 56.
4. Kubicka H., Taranek O. Kody kultury. Interakcja, transformacja, synergia *Towarzystwo Przyjaciół Polonistyki Wrocławskiej*, Wrocław 2009, s. 234.
5. Walker Laid P. Advertising Progress. The John Hopkins University Press, NY 2001, s. 67.
6. Постанова ВС від 02.09.2018 у справі №814/2539/14 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75673507>
7. Постанова ВС від 21.10.2021 у справі №815/7483/16 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100470801>
8. Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення: Закон України від 22.09.2005 № 2899-IV URL: https://ips.ligazakon.net/document/T052899?an=360&ed=2020_12_02
9. Постанова Верховного Суду № 280/1330/19 від 29.10.2021. URL: <https://iPLEX360.com.ua/sud/doc?regnum=100722981&d=10>
10. Постанова Верховного Суду №1.380.2019.000656 від 06.10.2021. URL: <http://iPLEX.com.ua/doc.php?regnum=100155759&red=10000305fb7b8b148a5cf3547e87d0ad0f64ac&d=5>
11. Постанова ВС від 22 вересня 2021 року у справі № 641/4163/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99834494>
12. Постанова ВС від 29 жовтня 2021 року у справі № 280/1330/19 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100722981>