

РОЛЬ ПОРІВНЯЛЬНОЇ РЕКЛАМИ В УМОВАХ ДИНАМІЧНОГО РОЗВИТКУ КОНКУРЕНТНОГО РИНКУ

ROLE OF COMPARATIVE ADVERTISING UNDER CONDITIONS OF DYNAMIC DEVELOPMENT OF COMPETING MARKET

Ваксман Р.В., к.ю.н.,
асистент кафедри господарського права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Сучасні умови конкурентного ринку детермінують жорсткі вимоги до рекламного продукту, рекламної кампанії та до формування і оптимізації цінової політики. Сьогодні все більше реклама потребує здійснення певного комплексу заходів щодо: проектування, створення, медіапланування та зокрема схвалення. Схвалення означає перевірка рекламного продукту на предмет відповідності чинним вимогам національного та міжнародному законодавства в умовах Європейського Союзу. Процес схвалення реклами є досить важливим адже мова йде про такі критерії реклами як: відповідність принципам реклами, кваліфікація, розмежування від споріднених понять, добросовісність та диференціація правової оцінки явності та прихованості охоплюючи питання використання маніпуляційних технологій у рекламі.

В умовах впровадження нових технологій, розробки креативних підходів до виробництва товарів та послуг єдиним, наймогутнішим способом просування об'єктів виробництва та інформування споживачів – є реклама. Оскільки, реклама завжди була й буде – “двигуном прогресу”, то вкрай необхідним є чітка регламентація критеріїв такої реклами та меж її добросовісності. На підставі аналізу чинного законодавства та практики здійснення рекламної діяльності в статті з'ясовуються особливості та роль правового регулювання порівняльної реклами в сучасних умовах конкурентного середовища. Автор обґрунтовує необхідність більш детальної регламентації критеріїв рекламного продукту, в якому використано метод порівняння, з метою запобігання порушенням норм законодавства та введення в оману споживачів. До того ж, оскільки в Україні, відсутні напрацьовані прецеденти, чіткі межі тлумачення оціночних понять, на практиці можуть поставати проблеми в доведенні того, що порівняльна реклама була саме добросовісною навіть з урахуванням гармонізації та адаптації вітчизняного законодавства з правом Європейського Союзу.

Ключові слова: рекламна діяльність, порівняльна реклама, недобросовісність, Продакт Плейсмент (product placement), конкуренція.

Current conditions of the competitive market determine the demanding requirements for an advertised product, an advertising campaign and for a price formation and optimization. Nowadays, advertising requires the implementation of certain measures linked to design, creation, media planning and, in particular, approval. Approval means checking the advertised product for its conformity with applicable national and international law in the European Union. The process of advertising approval is important, because it concerns such advertising criteria as: compliance with the principles of advertising, qualification, distinction from related concepts, integrity and differentiation of the legal assessment of manifestation and secrecy of the manipulation technologies in advertising use.

With modern technology and creative approaches to production of goods and services, advertising is the only, most powerful way to promote goods and services and inform consumers. Given the modern arsenal of manufacturers' capabilities, it is not so much important that the advantages of one product over another are really prominent, but the latter's advertising campaign is properly planned. The issue of healthy competition is quite relevant in the context of the production of not only new goods and services, but also existing ones on the market or those that were the subject of rebranding.

On the basis of the analysis of current legislation and practice of advertising activity in the article the peculiarities and role of legal regulation of comparative advertising in the current conditions of competitive environment are revealed. The author substantiates the need for a more detailed regulation of the qualification criteria of an advertising product in which the comparison method is used to prevent law violation and misleading consumers. Moreover, since in Ukraine there are no established precedents, clear boundaries of the interpretation of valuation concepts, in practice, there can be problems to prove that comparative advertising was just bona fide even taking into account the harmonization and adaptation of domestic legislation with European Union law.

Key words: advertising, comparative advertising, dishonesty, Product placement, competition.

Постановка проблеми. В умовах пропозиції великої кількості однорідної продукції реклама стає наймогутнішим засобом просування товарів та послуг в умовах жорсткої конкуренції. Оскільки, реклама завжди була й буде – “двигуном прогресу”, то вкрай необхідним є чітка регламентація критеріїв такої реклами та меж її добросовісності. Враховуючи сучасний арсенал можливостей виробників та розповсюджувачів не стільки важливим є дійсна наявність переваг одного товару над іншим, скільки належним чином спланована тактика проведення рекламної кампанії останнього. Питання здорової конкуренції є достатньо актуальними в контексті виробництва не тільки нових товарів та послуг, а й вже тих, що існують на ринку або які стали об'єктом ребрендингу.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питанням створенням та розповсюдженням порівняльної реклами не приділялось достатньо уваги вченими господарниками, лише окремі на його основі на науковому рівні займалися такі фахівці як: Н. Журавльова, Є. Ромат, Л. Микитенко та напрацювання інших науковців-господарників у сфері рекламної діяльності як Н. Саніахметової, А.Черемнової тощо. Але, так чи інакше, окремі напрями дослідження залишаються поза увагою.

Метою цієї статті є визначення суті порівняльної реклами, з'ясування проблем пов'язаних із створенням

та розповсюдженням такої реклами в умовах динамічного розвитку конкурентних відносин в Україні.

Виклад основного матеріалу. В реаліях ринкової економіки та розповсюдження різних форм власності, конкурентоспроможність суб'єктів господарювання є запорукою стабільної економіки країни. Захист конкурентного середовища є одним із ключових питань, які знайшли закріплення як гарантії в Конституції України. З метою забезпечення захисту конкурентного середовища прийнято систему законодавчих актів, запроваджено правовий механізм їх реалізації задля забезпечення здорового розвитку конкурентного ринку в Україні. Це вимагається також низкою зобов'язань, які взяла на себе Україна, ставши учасником Міжнародних угод, зокрема для того, щоб гарантувати рівні можливості як для громадян України, так і для іноземців. Такий підхід впливає із Паризької конвенції про охорону промислової власності, принципам угоди TRIPS. До того ж Україна взяла на себе обов'язок зведення норм національного законодавства із законодавством ЄС. Це стосується різних галузей права, в тому числі господарського.

Звертаючись до поняття “недобросовісної конкуренції” ми акцентуємо увагу на її проявах, зокрема на критеріях кваліфікації реклами як недобросовісної. Так,

в ст. 10 Закону України “Про рекламу” передбачено заборону недобросовісної реклами та наголошено, що суб’єктом відповідальності за порушення законодавства є винна особа [2]. Натомість в спеціалізованому нормативно-правовому акті – Законі України “Про захист від недобросовісної конкуренції” містяться положення, які детально окреслюють межі недобросовісності здійснення рекламної діяльності в Україні, зокрема він регулює відносини, які виникають у зв’язку з порівняльною рекламою. В главі 2 зазначеного закону вказано одним із проявів недобросовісної конкуренції є неправомірне використання ділової репутації суб’єкта господарювання. Неправомірність використання ділової репутації охоплює: неправомірне використання позначень; неправомірне використання товару іншого виробника; неправомірне копіювання зовнішнього вигляду виробу та порівняльна реклама. Так, під порівняльною рекламою слід розуміти - рекламу, яка містить порівняння з іншими особами та/або товарами іншої особи [1]. Також в Законі України «Про рекламу» закріплено, відсилочну норму щодо регулювання відносин у зв’язку з порівняльною рекламою законодавством України про захист від недобросовісної конкуренції та окреслено, що у випадку неправомірного порівняння в рекламі відповідальність несе саме рекламодавець, що вважається некоректним, адже рекламодавець є саме замовником рекламного продукту, а не виробником ідеї-проекту рекламного продукту [2].

В ст. 7 Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції» вказано, що порівняльною є реклама, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого суб’єкта господарювання. Не визнається неправомірним порівняння в рекламі, якщо наведені відомості про товари, роботи, послуги підтверджені фактичними даними, є достовірними, об’єктивними, корисними для інформування споживачів [1]. Отже, кваліфікація добросовісності такої реклами має суб’єктивний і оціночний характер та характеризується відсутністю чіткої деталізації дій які є правомірними у порівняльній рекламі. Саме тому, на практиці рекламодавці дуже рідко вдаються до виробництва рекламного продукту з використанням методу порівняння. Адже реалізація креативних підходів та творчих здібностей при виробництві рекламного продукту може призвести до негативних наслідків для самого рекламодавця та усіх винних осіб.

Яскравим прикладом неправомірної порівняльної реклами є справа ТОВ «Фарби Колорит», яке у 8-ми гіпермаркетах мережі «Еліцентр» поширювали листівки, що містять порівняльну рекламу антикорозійного покриття власного виробництва з продукцією п’яти інших суб’єктів господарювання. Зазначені листівки містять посилання на результати випробувань, опубліковані в журналі «Приватний дім» за червень 2015 року, разом з тим, як було встановлено Відділенням, не відповідають оригіналу вказаної статті та закликають покупців придбавати продукцію ТОВ «Фарби Колорит». А висновки у листівках, які виділені в окремий блок, говорять про її переваги над іншими. При цьому, під час розслідування у справі було встановлено, що зазначена стаття в журналі «Приватний дім» за червень 2015 року була створена та опублікована на замовлення ТОВ «Фарби Колорит». Крім того, листівки не мають позначки «На правах реклами», що сприяє створенню у споживачів хибного уявлення про те, що їм пропонувався не рекламний, а інформаційний матеріал, а отже сприймали його з більшою довірою, що могло вплинути на їх вибір, оскільки інформація щодо вказаного сегменту продукції поширювалась безпосередньо у місці його придбання. [5]

Разом із тим, внаслідок підписання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом Україна намагається адаптувати вітчизняне законодавство до європейських стандартів. В цьому сенсі важливим кроком на шляху

гармонізації є схвалення у листопаді 2019 року законопроекту №0953 у сфері рекламної діяльності. Цей законопроект фактично імплементує положення Директиви ЄС 2006/114/ЄС «Про введення в оману та порівняльну рекламу» та Директиви щодо несправедливих торгівельних практик 2005/29/ЄС і має на меті приведення у відповідність норм у сфері порівняльної реклами вимогам права Європейського Союзу. Порівняльна реклама може містити зображення, посилання на товар, торговельні марки чи інші позначення, під якими випускається товар, з яким здійснюється порівняння, комерційне (фірмове) найменування конкурента, діяльність чи товар якого порівнюється. Відповідно до зазначених Директив ЄС використання порівняльної реклами дозволяється лише при дотриманні всіх наступних умов:

- не є такою, що вводить в оману;
- порівнює товари та послуги, що задовольняють одні й ті ж самі потреби або використовуються за одним і тим самим призначенням;
- об’єктивно порівнює одну або більше істотних, важливих для споживача при виборі товару репрезентативних характеристик таких товарів або послуг, які можуть включати ціну;
- не дискредитує і не поширює недостовірну інформацію про торгові марки, торгові найменування, товари, роботи та послуги учасників конкурентного ринку;
- для товарів із зазначенням місця походження це відноситься до кожного товару з одним і тим же місцем походження;
- не зображувати товари, роботи і послуги як імітації або репродукції товарів, робіт і послуг, що виробляються під захищеними торговими марками або торговими найменуваннями;
- не повинна призводити до створення плутанини між виробниками (постачальниками), між споживачами та конкурентами, між торговими марками, торговими найменуваннями та іншими відмінними особливостями рекламодавця та його конкурента [3; 4].

Таким чином, відповідні зміни в законі передбачають більш розширений спектр можливостей для виробників рекламного продукту із використанням методу порівняння. Отже, порівняльна реклама без згоди власника може містити зображення, посилання на товар, торговельні марки чи інші позначення, під якими випускається товар, з яким здійснюється порівняння, комерційне (фірмове) найменування конкурента, діяльність чи товар якого порівнюється, але з урахуванням певних обмежень, які зазначені як критерії правомірності реклами. Впровадження торгівельних марок потенційного конкурента допускається у зв’язку з внесенням відповідних змін і до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» [5]. Таким чином, презюмована заборона на використання зареєстрованої торгового знаку без згоди власника свідчення не поширюється на відносини використання такого знака у порівняльній рекламі і не повинна кваліфікуватися як нечесна підприємницька практика. Натомість раніше на доктринальному рівні, зокрема Громенко Ю.О. у своїх роботах пропонувала визначати порівняльну рекламу, як таку, що прямим або опосередкованим способом ідентифікує конкурента, його діяльність, товари чи послуги, запропоновані ним. Такий підхід на відміну від чинного в законодавстві не вимагатиме для кваліфікації реклами як порівняльної обов’язкового згадування в рекламі конкретного найменування конкуренту або його товару [8;с.99]. Але ж сьогодні законодавець пішов іншим шляхом відповідно до вимог Європейського Союзу. Слід зазначити, що правомірність такої реклами має доволі оціночний характер і може трактуватися суб’єктами рекламних правовідносин неоднаково, що характеризується ризиковістю таких дій. В цьому сенсі виникає велика кількість питань: чи готовий український ринок до таких проти-

стоянь? Чи зможуть наші підприємці використовувати достовірну інформацію в рекламі та не дискредитувати конкретного конкурента, адже процес доказування правдивості інформації в рекламі дуже складний? Чи не будуть «маневрені» бізнесмени виробляти рекламний продукт, попри норми законодавства, оцінюючи можливість сплати незначного штрафу? Ці всі питання сьогодні залишаються відкритими, адже зараз ми тільки зможемо спостерігати і напрацьовувати певні прецеденти, також формувати певні правила на ринку за допомогою, яких органи контролю будуть визнавати таку рекламу цілком правомірною. Наразі рекламна діяльність в Україні дуже активно використовується суб'єктами господарювання в силу жорсткої конкурентної боротьби з метою створення у споживачів чіткого уявлення про певний бренд, підвищення інтересу до нього та, як наслідок підвищення попиту на цю продукцію. Це обумовлюється не тільки появою нових підприємців та товарів, а й стрімким розвитком ринку інформаційних та комунікаційних послуг, що нерозривно пов'язано з новими можливостями самих суб'єктів рекламної діяльності. Природним є той факт, що в європейських країнах вже сформувалися певні практика здійснення рекламної діяльності в межах добросовісності, тобто ринок вже пристосований для запровадження великої кількості креативних прийомів та методів, що ймовірно не завдають шкоду, а ні свідомості споживачів, а ні державі в цілому. Якщо подивитися, яка ситуація склалася в нашій країні, то можна говорити про бажання кожного бізнесмена створити більш витончений рекламний продукт, незважаючи на можливі наслідки. До того ж, питання маніпулювання свідомістю споживача, введення в оману, продакт плейсмент ще й досі належним чином не врегульовані і не мають дієвого механізму протидії.

Висновки. Регулювання порівняльної реклами є важливим кроком для безперешкодного функціонування внутріш-

нього ринку та підтримання здорової конкуренції в країні. Питання створення та розповсюдження рекламного продукту наразі є актуальними, виходячи з того, що потребує детальної правової регламентації, що і стало предметом внесення змін до положень національного законодавства з метою його гармонізації та адаптації із правом Європейського Союзу. Але ж розширюючи спектр можливостей замовників та виробників реклами ми стикаємося з іншими проблемами, кваліфікація яких має суто суб'єктивний, оціночний характер. Найвдаліша приманка – гіпотеза про можливість використання у порівняльній рекламі торгової марки конкурента без його згоди та доведення до споживчої аудиторії переваг щодо якості, зручності або інших властивостей саме його продукту над конкретним продуктом конкурента, тобто без будь-яких експертних досліджень, що підтверджують наголошуємо на наявності суттєвих переваг. При цьому відповідальність за неправомірне порівняння в рекламі та недотримання встановлених законодавством вимог щодо змісту порівняльної реклами несе тільки рекламодавець. Рухаючись вперед ми намагаємося адаптувати та гармонізувати законодавство до європейських стандартів - це є цілком виправданим, адже цього вимагає сучасний бізнес, іншим питання є, а як це буде працювати в Україні? Чи готові ми дотримуватися меж добросовісності, зокрема у порівняльній рекламі? В цьому сенсі ні для кого не є секретом приклад іноземних “рекламних боїв”, зокрема Burger King проти McDonald's, BMW проти Mercedes, Samsung проти Apple, Coca-Cola проти Pepsi – які вже давно стали класикою.

Цікавим залишається, а які українські бренди першими наважаться на відкрите “порівняльне” протистояння в рекламі? Хто першим звернеться із заявою до органів Антимонопольного Комітету України про недобросовісність порівняльної реклами і як буде вирішена справа по суті?

ЛІТЕРАТУРА

1. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 07.06.1996 № 236/96 - ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 36. Ст. 165.
2. Про рекламу: Закон України від 03.07.1996 № 270. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 39. Ст. 381.
3. Про недобросовісну комерційну практику по відношенню до споживачів на внутрішньому ринку/ Директива № 2005/29/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 11.05.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b43 (дата звернення: 15.05.2020)
4. Про ведення в оману та порівняльну рекламу (кодифікована версія)/ Директива № 2006/114/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 12.12.2006./ Офіційний вісник Європейського Союзу. 2006. L 376/21.
5. Про охорону прав на знаки для товарів та послуг: Закону України від 15.12.1993 № 3689-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 7. Ст. 36.
6. ТОВ "Фарби колорит" оштрафовано за використання неправомірної порівняльної реклами/ Київське обласне територіальне відділення Антимонопольного комітету України. 2017. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/kyivr/uk/publish/article/87636.jsessionid=5708531B0770B8D06BC76E4DEC4CBD10.app1> (дата звернення: 15.05.2020)
7. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку накладення штрафів за порушення законодавства про рекламу» від 25.05.2004 № 693. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/693-2004-%D0%BF>. (дата звернення: 15.05.2020)
8. Громенко Ю. О. Форми недобросовісної конкуренції у сфері реклами: *Порівняльно-аналітичне право*: Ужгород. №1, 2017. URL: http://www.pap.in.ua/1_2017/30.pdf (дата звернення: 15.05.2020).
9. Швидка Т. І. Конкурентне право: навч. посіб. – Харків: Право, 2019 – 96 с.