УДК: 347.777

П. Г. Харченко, аспірант

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та підприємницького права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

КРИТЕРІЇ ДОБРОСОВІСНОСТІ ПОРІВНЯЛЬНОЇ РЕКЛАМИ

Стаття присвяченна дослідженню правового інституту *порівняльна реклама*. Аналізується термін *порівняльна реклама*, визначення якого міститься в статті 7 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції". Висвітлюється один із можливих способів порівняння — підтримка прихильників.

За результатами здійсненого аналізу сформульовано основні критерії добросовісності порівняльної реклами.

Ключові слова: недобросовісна реклама, порівняльна реклама, конкуренція, торгові та інші чесні звичаї, органи Антимонопольного комітету України, підприємницька діяльність.

В умовах становлення та розвитку в Україні рекламних технологій, які все частіше використовуються в рекламних кампаніях суб'єктів господарювання для просування та реалізації товарів та послуг, питання створення системи захисту суб'єктів господарювання та споживачів від недобросовісної реклами стало займати одне із центральних місць у забезпеченні розвитку конкуренції в нашій державі, оскільки становлення конкуренції як фундаментального елемента ринкової економіки, який ґрунтується на припущенні, що ефективна конкуренція є найкращий відомий важіль для досягнення найбільш стабільного функціонування економіки, що неможливо без формування цивілізованих правил, торгових та інших чесних звичаїв у рекламній сфері. У зв'язку з цим протягом останнього десятиліття в Україні, як і в країнах колишнього СРСР, активно обговорюється та дискутується *питання правового регулювання недобросовісної реклами*, зокрема, її поширеної форми — *недобросовісної порівняльної реклами*. Підтвердженням сказаного можуть служити чимало публікацій у друкованих засобах масової інформації, а також семінари, що систематично проводяться в рамках міжнародних програм. Так, останнім часом зазначені питання піднімались та обговорювались у рамках програми Європейського Союзу Tacis, на семінарах, що організовувались під керівництвом Федеральної торгової комісії Сполучених штатів Америки тощо [1]. В друкованих засобах масової інформації ця проблема висвітлювалась у статтях кандидата юридичних наук В. Еременка "Неприпустимість некоректного порівняння товарів"[2, 37-39], кандидата юридичних наук О. Кузнецова "Недобросовісна конкуренція в рекламі (законодавство і практика застосування)" [3, 54-58; 4, 54-63], в книзі Семенової Л. Н. "Антимонопольне і конкурентне право" (1999 р.) [5] тощо.

Загальний аналіз наявних точок зору щодо зазначеного питання свідчить про *відсутність єдиної наукової думки щодо визначення критеріїв до порівняльної реклами*, при наявності яких порівняльна реклама може вважатися добросовісним або недобросовісним, неправомірним способом рекламування при конкурентній боротьбі. Це створює дискусійне теоретичне поле для викладу та визначенні інших точок зору про досліджувану проблему.

© П. Г. Харченко, 2003

З оглядом на сказане, враховуючи сьогоднішню актуальність даної проблеми, хочемо подати і нашу думку про основні критерії, які слід враховувати при визначенні добросовісності порівняльної реклами.

За своєю суттю порівняльна реклама в неспотвореному вигляді несе позитивний ефект, оскільки інформує споживачів про переваги одного товару (послуг) над іншим, менш якісним та корисним. Порівняльне рекламування створює ефективний механізм для ознайомлення з новими виробами і товарами. Якщо реклама зроблена правильно, вона служить переконливим запрошенням споживачу випробувати, спробувати новий товар. На нашу думку, така конкуренція повинна знижувати ціни і підвищувати якість, а також створювати тенденцію до зростання числа різноманітних товарів, що стають доступними споживачу.

Порівняльна реклама правдивого і неоманливого характеру, будучи джерелом інформації для споживачів, допомагає їм у прийнятті обґрунтованих рішень з приводу здійснюваних ними покупок. Порівняльна реклама сприяє поліпшенню технічного рівня виготовлення продукції. Порівняльна реклама з стратегічної точки зору є корисним засобом у багатьох ситуаціях, що складаються при веденні маркетингу. Цілком імовірно, що порівняльна реклама може знижувати бар'єри на шляху входу на ринки нових конкурентів і сприяти посиленню конкуренції в різних сферах підприємницької діяльності.

Відповідно до статті 7 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" [7, ст. 164] *порівняльною є реклама, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (підприємця)*. Не визнається неправомірним порівняння в рекламі, якщо наведені відомості про товари, роботи, послуги, підтверджені фактичними даними, є достовірними, об'єктивними, корисними для інформування споживачів.

Виходячи з наведеного визначення, предметом порівняння є товари, роботи чи практика будь-якої економічної одиниці підприємця. Виробництво порівнянь у рекламі не є незаконним, якщо інформація, що стосується товарів, робіт чи послуг спирається на факти, є точною, безсторонньою та корисною з погляду забезпечення споживача потрібною інформацією. І навпаки, якщо порівняння в рекламі будуть містити в собі порівняльні характеристики, які були непідтверджені фактичними даними до випуску реклами, то така порівняльна реклама за законодавством повинна вважатися недобросовісною порівняльною рекламою. Наприклад, зроблена компанією заява про те, що її продукція була випробувана і виявилася кращою за іншу продукцію, повинна, на наш погляд, вважатися недобросовісною, якщо випробування не проводилися і компанія не має у своєму розпорядженні розумних підстав щодо заявлених порівняльних характеристик.

Таким чином, на наш погляд, будь-який суб'єкт господарювання, який з метою реклами свого товару наводить під час ведення підприємницької діяльності стосовно товарів, робіт чи практики будь-якої економічної одиниці свого конкурента, неправдивий опис фактів, що дезорієнтують та які:

1) імовірно, призведуть до плутанини чи помилкового висновку щодо контактів, зв'язків чи співробітництва певної особи з будь-якою іншою особою, так і щодо походження товарів, послуг;

2) або неправильно представляють у комерційній рекламі чи оголошенні суть, характеристики, якості чи географічне походження вироблених даною чи іншою особою товарів або послуг, повинні нести відповідальність перед суб'єктом господарювання — конкурентом, що вважає себе потерпілим у результаті подібних дій.

Рекламодавці, виходячи зі змісту частини 2 статті 7 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції", повинні обґрунтовувати прямі і непрямі заяви, що містять об'єктивні твердження про рекламований товар чи послуги. Об'єктивні заяви щодо продукції і послуг недвозначно (прямо) чи за змістом (побічно) представляють

доказ, що рекламодавець має розумне обґрунтування на підтримку цих заяв. Це означає, що споживачі з меншою ймовірністю покладалися б на заяви щодо продукції і послуг, якби вони знали, що рекламодавець не має розумного обґрунтування вважати свої заяви справедливими. З цієї причини, якщо об'єктивна порівняльна рекламна заява суб'єкта господарювання не має розумного обґрунтування, то вона повинна розглядатися як *недобросовісний акт*, що вводить в оману, передбачений статями 1 і 7 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції". І навпаки, при наявності розумного обґрунтування порівняльних характеристик, які використовуються у заяві, дії суб'єкта господарювання — рекламодавця слід вважати, на наш погляд, правомірними та добросовісними з точки зору правил, торгових та інших чесних звичаїв у підприємницькій діяльності, навіть якщо рекламодавець згадує в порівняльній рекламі фірмове найменування конкурента[1] (Див. *примітки*), товари якого порівнюються в рекламі.

Згадування в порівняльній рекламі фірмового найменування конкурента за наявності в рекламі вищенаведених умов є, на наш погляд, цілком правомірним, оскільки:

1) стаття 7 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" не забороняє використовувати в порівняльній рекламі фірмове найменування конкурента;

2) це не являє собою дію, спрямовану на формування неправильних уявлень про власні товари чи товари конкурента;

3) це є ефективним засобом для стимулювання конкурента підвищувати рівень якості його товарів та створює умови для посилення конкуренції на ринку, наслідком чого повинно бути зниження цін на порівнювані товари тощо. Зазначені тенденції будуть корисними як для споживача, так і для розвитку конкуренції в цілому.

Багато рекламних порівняльних оголошень містять явні і непрямі твердження щодо обсягу підтримки[2] (Див. *примітки*), яку рекламодавець має в заяві про товар. У випадках, коли обґрунтування підтримки заяви є явним (наприклад, "випробування доводять" чи "лікарі рекомендують"), то органи Антимонопольного комітету України вправі очікувати від рекламодавця доказів в обсязі рекламованого рівня обґрунтування. Рекламне оголошення може також побічно виражати більш широке обґрунтування, ніж це явно заявлено, або може побічно інформувати споживачів, що фірма має визначений тип підтримки. У таких випадках рекламодавець повинен мати у своєму розпорядженні доказову базу в такому обсязі і такого типу, як про це фактично повідомляють споживачам. Іншими словами, при порівняльному рекламуванні економічної одиниці суб'єкт господарювання повинен мати "розумне обґрунтування" використанню в рекламі порівняльних характеристик економічної одиниці свого конкурента.

Зміст розумного обґрунтування змінюється від випадку до випадку і залежить від обсягу обґрунтувань, яке б очікували споживачі на підставі заяв, зроблених у рекламному оголошенні. На наш погляд, можна виділити такі ключові фактори визначення для перевірки, чи володіє рекламодавець адекватним (розумним) обґґрунтуванням: вигоди правдивої заяви; наслідки брехливої заяви; вартість розробки обґрунтування заяви, а також обсяг обґрунтування, що, на думку фахівців, є доцільним. Зовнішні свідчення, такі, як твердження фахівців чи опитування споживачів, є корисними для визначення того, який рівень обґрунтування очікується споживачами при підтримці заяви про конкретний вид продукції, і адекватності свідчення, яким володіє рекламодавець.

Акти підтримки завжди повинні відображати чесні думки, погляди, висновки чи досвід прихильника (спеціалістів, відомих людей тощо). Вони не можуть містити уявлення, які могли б ввести в оману чи не могли б бути обґрунтованими, якщо вони були зроблені безпосередньо рекламодавцем.

Підтримка не обов'язково повинна бути сформульована з дослівним використанням висловлень прихильника, за винятком тих випадків, коли рекламне оголошення інформує, що висловлення наведено дослівно. Однак підтримка не може бути представлена поза контекстом, а також не може бути перефразована таким чином, що буде перекручена думка чи досвід прихильника. Рекламодавець може використовувати підтримку фахівця чи популярного ведучого тільки в тому випадку, якщо в нього є надійна підстава думати, що прихильник продовжує дотримуватися представленої точки зору. Рекламодавець може визначити це шляхом звертання до прихильника з відповідним питанням через розумні інтервали часу. Розумність при цьому, на наш погляд, повинна визначатися такими факторами, як виникнення нової інформації про ефективність дії виробу, про матеріальну зміну виробу і зміну характеристик виробів конкурента.

Якщо рекламне оголошення заявляє, що прихильник користується даним виробом, то на момент, коли підтримка була зроблена, він повинен бути дійсним користувачем цього виробу. Рекламодавець може поширювати такого роду рекламу тільки протягом такого періоду, коли в нього є надійна підстава думати, що прихильник залишається фактичним користувачем даного виробу.

Якщо рекламне оголошення заявляє прямо чи принагідно, що прихильник є фахівцем в галузі, до якої відноситься повідомлення про підтримку, то кваліфікація прихильника повинна підтверджувати його компетентність, про наявність якої він заявляє.

При підтримці виробу фахівець може враховувати фактори, що виходять за межі його компетентності, як, наприклад, питання особистого смаку. Однак його підтримка повинна ґрунтуватися на фактичному використанні його компетентності в оцінці властивостей виробу, в галузі яких він є фахівцем. Крім того, ці властивості повинні і стосуватися використання виробу звичайними споживачами і бути доступними для звичайного споживача. В оцінку повинне бути включене вивчення виробу, яке, принаймні, повинне мати такий же ступінь повноти, який потрібен був би іншому фахівцю з таким же рівнем компетентності для обґрунтування висновків, представлених у матеріалах підтримки. Якщо рекламне оголошення припускає, що підтримка була заснована на порівнянні, то це порівняння повинне бути включене в оцінку фахівця. У результаті порівняння він повинен прийти до висновку, що підтримуваний виріб, принаймні, дорівнює виробам конкурента. Якщо рекламне оголошення припускає, що рекламований виріб у будь-чому перевершує інші вироби, то фахівець повинен фактично знайти цю перевагу.

З огляду на вищесказане, наприкінці можна навести у короткій формі *основні критерії до порівняльної реклами*, при наявності яких порівняльна реклама може вважатися добросовісною:

1. У добросовісній порівняльній рекламі повинні міститися ті порівняльні характеристики товарів, які рекламодавець зможе розумно обґрунтувати. Ключовими факторами визначення, чи володіє рекламодавець розумним обґрунтуванням, є: вигоди правдивої заяви; наслідки брехливої заяви; вартість розробки обґрунтування заяви, а також обсяг обґрунтування, що, на думку фахівців, є доцільним.

2. При можливості розумного обґрунтування порівняльних характеристик, вказівка в порівняльній рекламі фірмового найменування конкурента не є підставою для визначення порівняльної реклами актом недобросовісного рекламування.

3. Розумне обґрунтування підтримки повинне відповідати рекламованому рівню обґрунтування. Іншими словами, рекламодавець повинен мати у своєму розпорядженні докази в такому обсязі і такого типу, як про це фактично інформують споживачів шляхом використання підтримки.

4. У добросовісній порівняльній рекламі акти підтримки завжди повинні відображати чесні думки, погляди, висновки чи досвід прихильника.

На нашу думку, закріплення в Україні на законодавчому рівні вищенаведених критеріїв повинне відіграти вирішальну роль в розвитку та удосконалені правового регулювання рекламної діяльності та створити певні умови для уніфікованого розуміння та застосування правових норм, на підставі яких здійснюється захист суб'єктів господарювання та споживачів від недобросовісної порівняльної реклами.

Примітки

[1] В. Кулішенко в статті "Правове регулювання порівняльної реклами" висловлює протилежну точку зору і зазначає, що посилання в порівняльній рекламі на персональні характеристики конкурента є неправомірним [6, 26].

[2] Під терміном "підтримка" слід розуміти рекламне оголошення, яке, як споживач, імовірніше всього, думає, відображає думки, погляди, висновки або досвід спеціалістів, відомих людей, організацій тощо (надалі — прихильники).

Література

1. Архів Антимонопольного комітету України.

2. Еременко В. Недопустимость некорректного сравнения товаров // Интеллектуальная собственность. — 2000. — № 9. — С. 37-39.

3. Кузнецова О. Б. Недобросовестная конкуренция в рекламе // Юридический мир. — 2000. — № 3. — С. 54-58.

4. Кузнецова О. Б. Недобросовестная конкуренция в рекламе // Юридический мир. — 2000. — № 4. — С. 54-63.

5. Семенова Л. Н. Антимонопольне і конкурентне право: Курс лекцій. — К.: Видавництво Європейського університету фінансів, інформ. систем, менеджменту і бізнесу, 1999. — 136 с.

6. Кулишенко В. Правовое регулирование сравнительной рекламы // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 9. — С. 24-26.

7. Закон України "Про захист від недобросовісної конкуренції" // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 36. — Ст. 164.

П. Г. Харченко

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова,
кафедра административного и предпринимательского права,
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

КРИТЕРИИ ДОБРОСОВЕСТНОСТИ СРАВНИТЕЛЬНОЙ РЕКЛАМЫ

РЕЗЮМЕ

Согласно статье 7 Закона Украины "О защите от недобросовестной конкуренции" *под сравнительной рекламой следует понимать рекламу, которая содержит сравнение с товарами, работами, услугами или деятельностью другого хозяйствующего субъекта (предпринимателя)*. Чтобы оценить ту или иную сравнительную рекламу как добросовестную или недобросовестную, необходимо выработать четко определенные критерии оценки. В частности, приведенные в рекламе сравнения должны быть разумно обоснованы, т. е. содержаться в рекламе сведения о товарах, работах, услугах и должны быть подтверждены фактическими данными, которые являются достоверными, объективными и полезными для информирования потребителей.

Ключевые слова: недобросовестная реклама, сравнительная реклама, конкуренция, торговые и иные честные обычаи, органы Антимонопольного комитета Украины, предпринимательская деятельность.