

Київський національний торговельно-економічний університет
Кафедра міжнародного приватного, комерційного та цивільного
права

ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на тему:

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ ВІД ПРОЯВІВ ОМАНЛИВОЇ РЕКЛАМИ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Студентки 2 курсу, 5м групи,
спеціальності 081 право
спеціалізації
«Комерційне право»

Карпович Дар'ї
Олександрівни

*підпис
студента*

Науковий керівник
Кандидат юридичних наук,
Старший викладач

Гладка-Батюк
Вікторія Володимирівна

*підпис
керівника*

Керівник освітньої програми
доктор юридичних наук,
доцент

Мазаракі Наталія
Анатоліївна

*підпис
керівника*

Київ 2019

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗАХИСТУ ВІД ПРОЯВІВ ОМАНЛИВОЇ РЕКЛАМИ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ	
1.1. Еволюція світової практики захисту від недобросовісної конкуренції в господарській діяльності.....	7
1.2. Поняття «оманливої реклами» як предмета правового регулювання.....	16
1.3. Нормативно-правове регулювання захисту від проявів оманливої реклами в Україні.....	26
РОЗДІЛ 2. ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ ВІД ПРОЯВІВ ОМАНЛИВОЇ РЕКЛАМИ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ	
2.1. Організаційно-правові проблеми державного регулювання недобросовісної реклами в Україні.....	33
2.2. Шляхи удосконалення вітчизняної практики захисту від проявів оманливої реклами в господарській діяльності.....	48
ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ	57
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	62

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Розвиток ринкових відносин зумовлює необхідність такого соціально-економічного явища, як реклама. Постаючи важливим механізмом ринкових відносин, реклама уможлиблює розвиток вільної конкуренції. Проте разом із прогресивними впливом реклами на економічні відносини маємо врахувати і її негативні аспекти. Використовувана для ведення недобросовісної конкурентної боротьби реклама може завдати шкоди не лише інтересам суб'єктів господарювання, але і існуванню власне конкуренції, а відповідно й усій економіці загалом.

Поняття добросовісності має центральне значення не тільки для економічного та правового регулювання, але і для захисту від недобросовісної конкуренції. Варто зазначити, що чесна конкуренція є необхідною умовою розвитку не лише конкурентного середовища, а й усієї країни в цілому. У разі недобросовісної конкуренції правила конкурентної гри, які ведуть бізнес до перемоги чи поразки, абсолютно протилежні правилам чесної конкуренції. Добросовісна, чесна конкуренція означає використання в якості основного засобу впливу суб'єкта господарювання на споживача новизну товару та його відповідність інтересам споживача, якості, ступеня універсальності, зовнішнього вигляду товару, упаковки тощо. Недобросовісна конкуренція означає використання як основного засобу конкуренції різноманітні форми порушення правил конкуренції, торгівлі та інших чесних ділових практик.

На відміну від чесної конкуренції, недобросовісна конкуренція не може відігравати позитивної ролі, вона перешкоджає затвердженню ефективних та конкурентних умов виробництва та обігу. Якщо у чесній конкуренції перемагає той, хто створює високоякісну продукцію з найнижчою вартістю за рахунок використання науково-технічних досягнень та інноваційної організації праці, то в недобросовісній конкуренції ці досягнення не мають значення, оскільки суб'єкт господарювання не прагне досягти стратегічних цілей сталого та успішного задоволення потреб своїх споживачів. Тому, недобросовісна конкуренція, на відміну від чесної конкуренції не приносить користь суспільству

шляхом стимулювання економії матеріальних, фінансових та трудових ресурсів, не закликає до постійного оновлення асортименту продукції та використання досягнень науково-технічного прогресу.

Важливість інформації для всіх сфер життя суспільства є беззаперечною, позаяк дії окремих індивідів залежать від одержуваних ззовні відомостей про ті чи інші факти, процеси та явища. Розглядаючи систему досконалої конкуренції, важливо відзначити той факт, що інформація для всіх учасників ринку повинна бути симетричною, достовірною та однаково доступною. Реальна господарська практика значною мірою відрізняється від цього припущення, а численні форми недобросовісної конкуренції ґрунтуються саме на інформаційному або дезінформаційному базисі. Ця тема є дуже актуальною особливо на сучасному етапі розвитку України, адже в умовах вибору покупцем великої кількості однорідних товарів реклама стає чи не найпотужнішим фактором просування на конкурентному ринку та засобом створення добре відомого і впізнаваного бренду. Так, питання регулювання правових відносин у рекламній сфері, і особливо її недобросовісних проявів, до яких належить недобросовісна реклама, набувають все більшого резонансу.

Сьогодні у багатьох сферах бізнесу реклама вважається найефективнішим засобом конкуренції. Однак, якщо ця сфера не буде чітко врегульована, підприємці матимуть сильні стимули до недобросовісної конкуренції, вводячи в оману споживачів, замість того, щоб пропонувати продукти більш високої якості. Інформуючи споживачів, будучи засобом контролінгу за якістю продукції й забезпечуючи стимули для підвищення рівня життя, реклама в той же час може надавати таку інформацію, що здатна вводити в оману споживача.

Проблема використання заборонених засобів у сфері рекламних відносин, до яких належить недобросовісна реклама, є досить гострою. Справедливо вважати, що реклама, вироблена або розміщена з порушенням закону, становить серйозну загрозу для фізичних осіб та громадського інтересу та підриває основи чесної конкуренції між підприємцями на товарних ринках.

Серед відомих зарубіжних дослідників, які присвятили свої роботи висвітленню цих питань, можна відзначити: Р. Брентона, Х. Брукнера, Р. Лукаса, М. Портера, А. Сміта, Р. Солоу, Дж. Стігліца, С. Фішера, А. Шюллера. Серед вітчизняних науковців, які аналізували законодавство в сфері захисту від недобросовісної конкуренції, слід відзначити праці О. Бакалінської, Б. Воеводіна, В. Гладкої-Батюк, Г. Андрощука, С. Шкляра, Н. Корчака, О. Безуха та інших.

Метою дослідження є аналіз правових засобів захисту від проявів оманливої реклами в господарській діяльності.

Реалізація зазначеної мети обумовила необхідність виконання наступних **завдань**:

- проаналізувати еволюцію світової практики захисту від недобросовісної конкуренції в господарській діяльності;
- оцінити поняття «оманливої реклами» як предмета правового регулювання;
- систематизувати нормативно-правове регулювання захисту від проявів оманливої реклами в Україні;
- розкрити організаційно-правові проблеми державного регулювання недобросовісної конкуренції в Україні;
- визначити шляхи удосконалення вітчизняної практики захисту від проявів оманливої реклами в господарській діяльності.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини у сфері захисту від проявів недобросовісної конкуренції.

Предметом дослідження є правові засади захисту від проявів оманливої реклами в господарській діяльності.

Методами дослідження послужило використання статистичного, структурно-функціонального методів, індукції та дедукції, факторного та порівняльного аналізу.

Практична цінність випускної кваліфікаційної роботи полягає у комплексному дослідженні правових засад захисту від проявів оманливої

реклами, проблем державного регулювання недобросовісної реклами і наведенні пропозицій щодо удосконалення українського законодавства щодо захисту від проявів оманливої реклами. Одержані результати можуть бути використані для подальшого вдосконалення теоретичних засад розвитку конкурентного законодавства у сфері недобросовісної конкуренції та розробки концептуальних засад вдосконалення правового забезпечення захисту від проявів оманливої реклами в господарській діяльності.

За підсумками випускної кваліфікаційної роботи опубліковано таку наукову статтю:

Карпович Д.О. Світова практика захисту від проявів недобросовісної конкуренції в господарюванні: зб. наук. ст. студ. / відп. ред. О.О. Бакалінська, О.М. Гончаренко, Ю.В. Тищенко. Київ: Київ. Нац. Торг-екон. ун-т, 2019. – Ч. 1. – 196 с. С. 92-100.

Структура дипломної роботи обумовлена метою і предметом дослідження та авторським підходом до розгляду обраної теми. Випускна кваліфікаційна робота складається із вступу, двох розділів, які включають в себе 5 підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Повний обсяг роботи становить 68 сторінок комп'ютерного тексту. Список використаної джерел налічує 79 джерел.

РОЗДІЛ 1

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗАХИСТУ ВІД ПРОЯВІВ ОМАНЛИВОЇ РЕКЛАМИ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

1.1. Еволюція світової практики захисту від недобросовісної конкуренції в господарській діяльності

Вперше поняття «недобросовісна конкуренція» з'явилося у правових актах Франції у XIX ст., хоча саме явище виникло з моменту формування ринку. Декларація прав людини і громадянина 1789 року проголосила та на конституційному рівні закріпила свободу конкуренції як індивідуальну свободу кожного займатися підприємництвом, яка протягом першої половини XIX ст. переросла в безмежне зловживання [62].

У 1883 році була прийнята Паризька конвенція про охорону промислової власності (далі – Конвенція)[56]. Відповідно до ст. 10-bis Конвенції актом недобросовісної конкуренції вважався будь-який акт конкуренції, що суперечив чесним звичаям у промислових і торговельних справах. Посилання на «чесні звичаї» дає можливість державі виконувати зобов'язання за міжнародними угодами, а також забезпечити захист суб'єктів господарювання у відносинах між собою та іноземними суб'єктами господарювання, для яких поняття «чесні звичаї», «чесні правила поведінки» є традиційними правовими категоріями [38]. Таким чином, Конвенція офіційно надала визначення недобросовісній конкуренції і стала першим нормативно-правовим актом, що поклав початок протидії цьому ганебному явищу.

Значний вплив на формування системи захисту від недобросовісної конкуренції в національних законодавствах окремих країн справила міжнародно-правова регламентація захисту від недобросовісної конкуренції. Ще у 1900 році на Брюссельській дипломатичній конференції з перегляду Паризької конвенції про охорону промислової власності 1883 року текст конвенції був доповнений ст. 10 bis, яка зобов'язувала країни-учасниці Конвенції забезпечити ефективний

захист від недобросовісної конкуренції. Пізніше текст конвенції неодноразово переглядався і сьогодні ст. 10 bis діє в наступній редакції: «Країни Союзу зобов'язані забезпечити громадянам країн-учасниць Союзу ефективний захист від недобросовісної конкуренції»[73]. Вважаючи, що правдивість та доступність інформації є одним з основних принципів добросовісної конкурентної практики, існує загальне правило, закріплене в ч. 3 ст. 10bis Паризької конвенції, відповідно до якої поширення будь-якої інформації, що вводить в оману, є несумісним з добрими звичаями в конкуренції. Не може бути визначено недобросовісною конкуренцією поширення інформації, що відповідає дійсності [23].

Крім того, ст. 10-ter Паризької конвенції покладає на країни-учасниці обов'язок забезпечити засоби, які би дозволили підприємцям із метою захисту комерційних інтересів діяти через суд або через адміністративні органи [56]. Варто зазначити, що в законодавстві країн Європи встановлена абсолютна заборона на будь-які прояви недобросовісної конкуренції, тоді як діяльність монопольних утворень не заборонялася, а лише підлягала контролю з боку держави[13].

Концепція закону про недобросовісну конкуренцію вперше виникла у Франції у 1850 році. Хоча на той час не існувало конкретних заборон щодо нечесного підприємництва, французькі суди мали змогу створити всеохоплюючу і дієву систему законодавства про недобросовісну конкуренцію, яке містилося у ст. 1382 Цивільного Кодексу Франції (Кодексу Наполеона), згідно з яким незаконні дії передбачали зобов'язання сплачувати компенсацію за нанесення збитків. Що стосується захисту конкурентів, то принципи, вироблені під час судових засідань на основі ст.1382 Цивільного Кодексу Франції, у цій країні і надалі залишаються основною підставою задоволення позову щодо недобросовісної конкуренції. Ще у 1905 році було введено в дію закон про боротьбу з шахрайством, який стосувався захисту товарів для споживачів. З того часу він доповнювався багатьма законами і указами, включно з так званим «Loi Royer» у 1973 р., який забороняє недостовірну рекламу, та Законом про інформування споживачів у редакціях 1978 і 1980 роках [12].

Основним нормативним актом, що містить положення про недобросовісну конкуренцію є Ордонанс №86-1243 «Про волю встановлення цін і вільної конкуренції» від 1 грудня 1986 року, що регулює питання, пов'язані з: принципом вільного встановлення цін; порядком створення і функціонування Ради по справах конкуренції; діяльністю, що порушує принципи конкурентної боротьби; обмежувальною практикою; концентрацією виробництва; відповідальністю за порушення законодавства про конкуренцію. Ордонанс не містить визначення недобросовісної конкуренції, у ньому лише наводиться перелік конкретних видів недобросовісних конкурентних дій [76]. Відповідно до французького законодавства недобросовісна конкуренція вважається правопорушенням, яке посягає на правопорядок у сфері підприємництва. З його допомогою описується склад забороненого правопорушення. Встановлення в поведінці всіх ознак такого складу дозволяє притягнути винну особу до юридичної відповідальності.

Французьке законодавство досить чітко розмежовує незаконну і недобросовісну конкуренцію. Поняття «недобросовісна конкуренція» тут використовується для опису меж свободи конкуренції і контролю над їх дотриманням. Тому специфіка засобів захисту від цього явища найбільш яскраво проявляється при зіставленні зазначеного обмеження з іншими рамками свободи конкуренції, встановленими або в законі, або в договорі. У цьому сенсі у Франції недобросовісну конкуренцію відрізняють від незаконної конкуренції (*la concurrence illegale*) і від конкуренції, забороненої договором (*la concurrence anticontractuelle*)[13]. Разом з тим, у законодавстві Франції проводиться чітка межа між нормами про недобросовісну конкуренцію і нормами антимонопольного характеру. Так, у відношенні конкурентного права в першу чергу підкреслюється правова регламентація економічної конкуренції у формі запобігання недобросовісної конкуренції. При цьому економіка розуміється в самому широкому сенсі, включаючи крім торгівлі і промисловості сільськогосподарське виробництво і видобувну промисловість, як це визначено у ст.1(3) Паризької конвенції.

Французьке законодавство розглядає недобросовісну конкуренцію як сукупність засобів конкуренції, які:

- 1) суперечать закону або чесним звичаям;
- 2) здійснюються винно (навмисно або ненавмисно);
- 3) здатні заподіяти шкоду конкурентам[29].

Французька судова практика виходить з того, що змістом обов'язку, що обмежує свободу конкуренції, служить дотримання звичаїв професійної діяльності (*les usages professionnels*), тобто етичних вимог сумлінності і чесності. Звичаї такого роду широко використовуються не тільки для виявлення недобросовісної конкуренції, а й для визначення антиконкурентної обмежувальної практики. У Франції сформульовано більш широкий погляд на обов'язок не здійснювати недобросовісну конкуренцію. В рамках даного підходу такий обов'язок передбачає дотримання цілого ряду різних публічно-правових вимог (зокрема, дотримання вимоги ефективного функціонування ринку). Ця концепція відповідає сучасній тенденції загальноєвропейського законодавства проти недобросовісної конкуренції, що погоджує між собою захист інтересів споживачів і боротьбу з недобросовісною конкуренцією[37].

У судовій практиці Франції підкреслюється, що для реалізації позову проти недобросовісної конкуренції не повинно враховуватися наявність умислу (*l'intention*) в діях недобросовісного конкурента. Суб'єктивними елементами складу даного порушення можуть бути (крім умислу) також недбалість (*la negligence*) або необережність (*l'imprudence*). Виходячи з такого підходу до суб'єктивної сторони недобросовісної конкуренції, французькі фахівці стверджують, що всупереч своїй назві недобросовісна конкуренція не потребує доказування несумлінності. Отже, у Франції добросовісні конкуренти не тільки не можуть навмисне використовувати методи конкуренції, вважаються в судовій практиці нечесними, але зобов'язані здійснювати спеціальні заходи обережності при виборі і використанні тих чи інших способів конкурентної боротьби[22].

В Італії правове регулювання відносин, пов'язаних з недобросовісною конкуренцією, ґрунтується на положеннях ст.2598-2601 Цивільного кодексу

Італії і судовій практиці. Загального визначення недобросовісної конкуренції кодексом не визначено. Відповідне поняття в законі розкривається шляхом перерахування конкретних видів недобросовісних конкурентних дій. Відповідно до п.3 ст. 2598 кодексу правопорушником вважається кожний, хто прямо чи побічно використовує будь-який засіб, що не сумісний з принципами професійної етики і здатний нанести шкоду підприємству іншої особи. Відповідно до законів Італії сторони зобов'язані дотримуватися добросовісності не тільки при виконанні контракту, але і під час ведення переддоговірних переговорів. Добросовісність розглядається в Італії як етичний обов'язок, що є невід'ємною частиною громадського ладу. У судовій практиці Італії поняття добросовісності визначається як «відкритість, належна чесність і почуття соціальної солідарності»[21].

У Німеччині ситуація розвивалася дещо іншим шляхом. Оскільки суди відмовилися поширювати положення цивільного законодавства чи Цивільного кодексу на нечесне підприємництво, то з'явилася необхідність запровадити окремий закон стосовно цього питання. Так з'явився Закон про недобросовісну конкуренцію 1909 року і з того часу залишився основою для стримування проявів недобросовісної конкуренції[26].

Згідно ч. 9 ст. 4 Закону актом недобросовісної конкуренції є пропозиція товарів або послуг, які є імітацією товарів або послуг, пропонованих конкурентом, за умови, що особа:

- вводить в оману щодо походження імітованого товару або послуги серед споживачів;
- необґрунтовано експлуатує репутацію імітованого товару або послуги;
- отримало інформацію (знання) або документи, необхідні для імітації недобросовісним способом [19].

Зазначений закон став фундаментом правової охорони від недобросовісної конкуренції у Німеччині із подальшими змінами, останні з яких були внесені законами від 15 травня і 25 липня 1986 року. Проте у 2004 році було прийнято новий Закон «Проти недобросовісної конкуренції» (сьогодні діє в редакції 2008

року). Його прийняття було пов'язане з необхідністю уніфікації положень чинного законодавства з вимогами 2005/29/ЄС[36]. Мета закону про недобросовісну конкуренцію полягає в забезпеченні лояльних прийомів і способів здійснення конкурентної боротьби [20].

Однією із найпоширеніших недобросовісних, конкурентних дій є порівняльна реклама, що поділяється у Німеччині на так звану «особисту» і власне порівняльну. «Особиста» реклама носить більш суб'єктивний характер і стосується порівняльних даних щодо положення двох конкурентів, один із яких за допомогою такої реклами пробиває свої товари на ринку. У порівняльній рекламі протиставляються товари особи, яка робить рекламу, і товари її конкурента з метою дискримінації. В той же час заборона порівняльної реклами супроводжується деякими виключеннями: захисне порівняння, порівняння, необхідне з метою науково-технічного прогресу, порівняння, яке надається за вимогою споживача [12].

У законодавстві Великобританії, яке складають різноманітні системи судочинства, обрали інший підхід щодо недобросовісної конкуренції, беручи за основу загальне право та право справедливості, і не стали створювати окремого правового режиму захисту від недобросовісної конкуренції. Традиційно ліберальним підходом пояснюється небажання вводити в дію загальні правила, які принесуть суб'єктивність у вирішення, що справедливо, а що ні. Положення стосовно захисту споживачів від дій, що вводять в оману, то вони були запроваджені ще у 1862 році і з часом були доповнені низкою окремих законів про захист споживачів, серед яких Закон про торгівлю (Trade Description Act 1968р.)[77], Закон про добросовісну торгівлю (Fair trading Act 1973р.)[74], Закони про недоброякісні товари і послуги (Unsolicited Goods and Services Acts 1971 і 1975 pp.)[78, 79] і Закон про захист споживачів (Consumer Protection Act 1987 р.)[72]. У 1988 було введено в дію Положення про контроль за недостовірною рекламою на виконання директиви ЄС 1984 року. Крім того, загальне визнання і схвалення отримали ряд статутів саморегулювання рекламної діяльності [12]. Поняття недобросовісна конкуренція в англійському

праві є частиною більш загального поняття порушення інтересів бізнесу. У Великобританії до порушень інтересів бізнесу відносять: обман, зловмисне введення в оману, зазіхання на майно, спонукання до порушення договору, розголошення комерційної таємниці, втручання в договірні відносини, очорнення репутації, таємна змова тощо. Зловмисне введення в оману, на відміну від обману, називається надання помилкової інформації третім особам, унаслідок чого вони своїми діями, заснованими на такій інформації, завдають шкоди позивачу. Інформація, що повідомляється третім особам, має бути завідомо помилковою, її повідомлення має бути зловмисним і вона має стосуватися або особистості, або майна позивача [37].

Питання недобросовісної конкуренції в США регулюються федеральним антитрестівським законодавством. Сама проблема недобросовісної конкуренції в законодавстві США розглядається як один із аспектів діяльності, спрямованої на обмеження конкуренції на ринку і захоплення монопольного становища в будь-якій галузі комерційної діяльності чи будь-якому регіоні. Самостійного законодавства про недобросовісну конкуренцію, як у країнах Європи, в США не існує. Норми, що регулюють відносини в зв'язку з недобросовісною конкуренцією, розкидані по цілому рядку законів, що діють у визначених сферах підприємницької діяльності. Для федерального законодавства характерна відсутність загального визначення недобросовісної конкуренції. Нечесні методи ведення конкуренції законодавчо розділяються на недобросовісну практику і недобросовісні дії. Поняття недобросовісної практики має досить широке тлумачення, до якого включається діяльність, спрямована на дискредитацію підприємця, його виробника чи якості продукції, послуг, псування маркування і упаковки товарів, знищення торгової марки, фірмового знака на товарах, рекламних щитах та інші подібні дії [35].

Недобросовісні дії - це разове втручання в договірні відносини, підбурювання до невиконання договірних зобов'язань, вивідування комерційної таємниці, переманювання фахівців конкурента, образливі висловлювання на адресу конкурента і його діяльності, тощо. Недобросовісні дії є такими, якщо

вони носять разовий характер чи повторюються, але через достатній проміжок часу. Якщо конкурент здійснює діяльність, що кваліфікується як недобросовісна конкуренція, протягом визначеного часу відносно як одного конкурента, так і різних, подібна поведінка вважається практикою з використанням нечесних методів конкуренції [39].

Питання відповідальності за недобросовісну конкуренцію в США вирішується двома способами. Перший – це застосування встановлених у законодавстві кримінальних і адміністративних санкцій у вигляді штрафу і тюремного ув'язнення, а другий – застосування деліктної відповідальності. Для контролю і припинення дій, що порушують антитрестівське законодавство, у 1914 році була створена Федеральна комісія з торгівлі [75]. У компетенцію Комісії входить контроль за всіма суб'єктами комерційної діяльності з метою не допустити застосування ними недобросовісних методів конкуренції. Якщо в комісії є серйозні підстави вважати, що будь-яка особа, товариство чи корпорація допускає дії, визначені як недобросовісна конкуренція, вона може призначити слухання з даного питання. Суб'єкт, проти якого порушене подібне розслідування, зобов'язаний представити в Комісію письмові пояснення. Розглянувши всі обставини, Комісія виносить розпорядження, що зобов'язує припинити практику, кваліфіковану як недобросовісна конкуренція [20].

Правопорушення в галузі припинення недобросовісної конкуренції в Японії регулюються низкою нормативних актів. Основний із них – Закон «Про припинення недобросовісної конкуренції» № 140 від 1934 року [9]. Разом з тим законодавство в даній галузі в широкому розумінні цього слова складається із декількох нормативних актів. Насамперед необхідно відзначити Закон «Про товарні знаки» № 127 від 13 квітня 1959 року, який відіграє велику роль у регулюванні цієї категорії відносин. Далі – ряд положень Патентного закону, Закону «Про корисні моделі» і Закон «Про промислові зразки», що передбачає засоби судового захисту проти деяких актів недобросовісної конкуренції. Стаття 1(1) Закону Японії №14 про запобігання недобросовісній конкуренції від 1934 року (із наступними змінами) серед шести видів дій, що підпадають під

недобросовісну конкуренцію, називає, по-перше, використання позначення, ідентичного або подібного з ім'ям, фірмовим найменуванням, товарним знаком, контейнером або упаковкою товарів, або іншого позначення, що ідентифікують товари іншої особи, загальновідомі в межах території, на яку поширюється дія цього Закону, або продаж, поширення чи експорт товарів, на яких розміщене і таке позначення, унаслідок чого відбувається змішування з товарами цієї особи[37]. У п. 2 цієї статті мова йде про недобросовісне використання позначення, ідентичного або подібного до імені, фірмового найменування, знака або іншого позначення, що ідентифікує ділові операції іншої особи, загальновідомі на території дії Закону, унаслідок чого публіка вводиться в оману щодо місця ділових операцій або діяльності згаданої особи.

Отже, історія розвитку економік кран світу вміщує великий досвід вирішення проблеми регулювання конкурентних відносин. У країнах з ринковою економікою гарантом «добросовісної конкуренції» та самостійності підприємництва виступає держава, котра ініціює розвиток систем правової підтримки конкурентного середовища та захисту від проявів недобросовісної конкуренції. Незалежно від особливостей національних моделей конкурентної політики в усіх країнах заборонені будь-який дії в конкуренції, що суперечать чесним звичаям у промислових і торговельних справах, як зазначається у Паризькій конвенції про охорону промислової власності. Досвід розвинених країн показує, що ефективність конкурентної політики не завжди відповідала тим задумам, які були в основі її розробки. Дієвість конкурентної політики багато в чому залежала від тієї рішучості, з якою уряд впроваджував їх у життя, і від інтерпретації їх судами.

1.2. Поняття «оманливої реклами» як предмета правового регулювання

Реклама здійснювалася ще в давнину, приймаючи різні форми. Вона виникла з появою товарних відносин як сполучна ланка між виробником і споживачем. У процесі розвитку виробничих і соціальних відносин вже в древніх цивілізаціях виникає необхідність передачі такої інформації, призначеної для груп людей. Саме ці послання несли в собі сутнісні риси сучасної реклами та інших засобів просування товару[55].

Реклама (франц. *reclame*, від лат. *reclamare* - вигукувати, кликати) - інформація про певну подію, особу чи товар, яка поширюється у будь-якій формі та будь-яким способом і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо такої події, особи чи товару [70]. Реклама завжди звертається до людини, реклама впливає на її свідомість, на прийняття того або іншого рішення, тому без знання психології людини реклама не може бути ефективною та за її допомогою формується визначене уявлення покупця про особливості товару чи послуги[31].

«Реклама - двигун торгівлі» - визначення підприємця Людвіга Метцеля, яке підтверджує факт того, що вміння подати товар - це теж ремесло, адже щоб щось продати, продавцю потрібно донести до свідомості покупця, що його товар найкращий, зокрема з погляду співвідношенні ціни та якості. Тобто реклама - теж продукт, що містить у собі первинну інформацію про товар чи послугу, яку споживач має придбати, і допомагає йому зробити правильний, свідомий вибір. Реклама - один зі способів конкуренції між товаровиробниками, що в результаті сприяє поліпшенню якості товару, послуги, зниженню їх собівартості, появі інноваційних видів товарів з кардинально новими характеристиками та властивостями. Таким чином, реклама суспільно-корисний інструмент, що спрямований на розвиток економіки і задоволення потреб як товаровиробників, так і споживачів[61].

Мета реклами - привернути увагу, викликати інтерес, передати споживачеві інформацію і змусити його діяти певним чином. Виробити товар ще

недостатньо, важливо, щоб він знайшов свого споживача. Тому рекламне звернення має повідомити дещо важливе і цікаве для споживача, про щось виключне, особливе, чого нема в інших товарах. Звернення в рекламі повинно бути правдивим, доказовим і виголошеним доступно, вчасно, щоб покупець звернув увагу на рекламований товар (послугу) і придбав його [41].

Для успішного виходу на ринок підприємство, орієнтуючись на обраний цільовий ринок, а точніше, кращий для нього сегмент цільового ринку (у рекламній практиці - контактна аудиторія), має запропонувати своїм потенційним покупцям (споживачам) привабливий для них товар ринкової новизни. Відповідно до цього планується проведення заходів з метою формування попиту на товар, основним з яких є реклама[33].

Застосування реклами на території України регламентується Законом України «Про рекламу». Так, згідно ст.1 зазначеного закону реклама - це спеціальна інформація про осіб чи продукцію, яка розповсюджується в будь-якій формі та в будь-який спосіб з метою прямого або опосередкованого одержання прибутку. Проте існує суттєва розбіжність у законодавчому та маркетинговому трактуваннях реклами. В маркетинговій літературі поширені такі визначення реклами[8].

Реклама - це поширювана в будь-якій в знеособленій формі, за допомогою будь-яких засобів інформація про фізичну чи юридичну особу, товари, ідеї й починання (рекламна інформація), що призначена для невизначеного чи визначеного кола осіб, відкрито виходить і оплачується рекламодавцем і покликана формувати чи підтримувати інтерес до фізичних, юридичних осіб, ідей і починань і сприяти реалізації товарів, ідей, починань. Рекламою також можна охарактеризувати будь-яку оплачену конкретною особою форму комунікацій, призначену для просування товарів, послуг чи ідей[66]. Хоча деякі види реклами орієнтовані на конкретного індивідуума, усе-таки більшість рекламних послань призначені для великих груп споживачів, і поширюються такими засобами масової інформації, як радіо, телебачення, газети і журнали.

Реклама сприяє розвитку масового ринку збуту товарів і послуг, і, в решті-решт, вкладення підприємців у виробництво стають виправданими. Доходи від реклами починають забезпечувати життєдіяльність газет і журналів, що прагнуть охопити велику аудиторію. Таким чином, мільйони людей одержують свіжі новини, а також і рекламні повідомлення[20].

В умовах сьогодення реклама носить не тільки суто інформативний характер, але й активно застосовується суб'єктами господарювання у якості одного з найпоширеніших та найефективніших методів ведення конкурентної боротьби. Насиченість інформаційного простору різноманітною як за змістом так і за формою інформацією змушує конкурентів вдаватись до якомога більш креативних, а іноді й агресивних засобів рекламування[35]. В гонитві за попитом споживачів рекламодавці не рідко порушують принципи чесної та добросовісної конкуренції: неправомірно використовують найменування та торгівельні марки інших виробників, застосовують недостовірну, необ'єктивну порівняльну рекламу, прибігають до дискредитації конкурентів. Проте найбільш поширеним серед методів досягнення неправомірних переваг у конкуренції залишається поширення інформації, що вводить в оману[59].

Згідно ст.15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» поширення інформації, що вводить в оману, може виражатись у повідомленні суб'єктом господарювання, у тому числі у рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри споживачів щодо придбання (замовлення), реалізації, (виконання, надання) рекламованих товарів, робіт, послуг[5].

Введення в оману можна розглядати як створення в особи недостовірного та такого враження щодо товару, послуги, які рекламуються, що не відповідає дійсності у зв'язку з наданням неточної, неправдивої інформації у рекламному повідомленні [54]. Таке визначення поняття «введення в оману» є досить обґрунтованим, однак, на нашу думку, перш за все, акцентувати увагу на тому,

що за допомогою введення в оману споживача підсвідомо спонукають до придбання конкретного товару чи послуги.

Згідно ст.15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» інформацією, що вводить в оману, є, зокрема, відомості, які:

- містять неповні, неточні або неправдиві дані про походження товару, виробника, продавця, спосіб виготовлення, джерела та спосіб придбання, реалізації, кількість, споживчі властивості, якість, комплектність, придатність до застосування, стандарти, характеристики, особливості реалізації товарів, робіт, послуг, ціну і знижки на них, а також про істотні умови договору;
- містять неповні, неточні або неправдиві дані про фінансовий стан чи господарську діяльність суб'єкта господарювання;
- приписують повноваження та права, яких не мають, або відносини, в яких не перебувають;
- містять посилання на обсяги виробництва, придбання, продажу чи поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, яких фактично не було на день поширення інформації [5].

У контексті вищезазначеного визначення розкривається основне завдання введення в оману, а саме психологічний вплив на споживача з метою привернення його уваги, адже поза цим завдання введення в оману в контексті рекламування не має сенсу.

Поширення інформації, що вводить в оману, визначається порушенням законодавства у сфері захисту від недобросовісної конкуренції, так само, як і недобросовісна реклама є порушенням законодавства у сфері реклами. У той момент, коли конкурент включить до змісту реклами оманливу інформацію та почне її поширення, він одночасно порушить приписи двох окремих законодавчих актів - ст. 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та ст. 10 Закону України «Про рекламу».

Визначення того, вводить чи може ввести реклама в оману споживачів реклами, залежить від тлумачення цієї інформації потенційними споживачами,

яким її адресовано. Отже, навіть об'єктивно правдиві твердження можуть вводити в оману, якщо потенційні споживачі, яким цю рекламу адресовано, тлумачать її неправильно. Однак забороненою є тільки така реклама, яка внаслідок недостовірності або інших порушень законодавства здатна ввести в оману, тобто негативно впливати на рішення споживача про придбання товару.

Законом не передбачено, що до недобросовісної реклами слід відносити лише таку рекламу, яка навмисно вводить чи спрямована на введення в оману споживачів реклами. Ця обставина накладає на рекламодавців, виробників та розповсюджувачів реклами підвищену відповідальність і відповідно змушує таких учасників рекламних відносин здійснювати внутрішній контроль за достовірністю рекламної інформації, яку вони замовляють, виготовляють та розповсюджують [32].

Завдання шкоди споживачам реклами, окремим особам, державі чи суспільству в цілому визначається другою обов'язковою ознакою недобросовісної реклами. При цьому для віднесення реклами до розряду недобросовісної, достатнім є факт завдання шкоди хоча б одній категорії суб'єктів, зазначених у наведеному визначенні [35].

Шкода, що завдається окремим особам внаслідок її недобросовісності, може мати матеріальний чи моральний характер. Матеріальна шкода може полягати у завданні матеріальних збитків особам, нанесених шляхом поширення неправдивої інформації про таку особу, чи товар, який нею виробляється, або неправомірної порівняльної інформації, якщо внаслідок таких дій особа зазнає збитків, спричинених зниженням попиту на пропоновані такою особою товари [30].

Нанесена особі шкода може носити моральний характер, якщо внаслідок аналогічних неправомірних дій суб'єктів рекламного ринку, честі, гідності чи діловій репутації особи наноситься шкода [58].

Введення в оману та завдання шкоди може відбуватися внаслідок неточності, недостовірності змісту реклами, двозначності висловлювань і тверджень, що подаються у ній, перебільшення переваг рекламованого об'єкта,

а також замовчування його недоліків. Всі перераховані критерії недобросовісності реклами полягають у прямому чи прихованому обмані, що однозначно є порушенням загальнолюдських моральних норм, так само як і норм права. Проте слід мати на увазі, що визнання реклами, що містить неточність, недостовірність, двозначність, перебільшення чи замовчування недобросовісною може мати місце лише у випадку, коли наявність таких факторів спричиняє нанесення шкоди[60].

Порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження реклами є підставою для віднесення її до розряду недобросовісної виключно у разі нормативного закріплення відповідних вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження реклами. Наявність прямої шкоди від порушення зазначених вимог не є обов'язковою вимогою для визнання реклами недобросовісною, оскільки недотримання визначених вимог спричиняє порушення принципів чесної економічної конкуренції. Тому законом передбачена безпосередня відповідальність винних у порушенні вимог щодо часу, місця та способу розповсюдження реклами, поза залежністю з нанесення шкоди[32].

Недобросовісною є реклама, що порушує загальні вимоги до неї, зокрема:

- поширює інформацію щодо продукції, виробництво або реалізацію якої заборонено законодавством України;
- вміщує твердження, які є дискримінаційними за ознаками походження, соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, освіти, ставлення до релігії, за мовними ознаками, за родом і характером занять, місцем проживання, за інших обставин або такі, що дискредитують продукцію інших осіб;
- подає відомості або закликає до дій, які можуть спричинити порушення законодавства, завдають чи можуть завдати шкоди здоров'ю або життю людей та навколишньому природному середовищу, а також спонукають до нехтування засобами безпеки;
- використовує засоби і технології, які безпосередньо діють на підсвідомість споживача;

- наводить твердження, що дискримінують осіб, які не користуються продукцією, що рекламується;
- використовує або імітує зображення Державного Герба України, Державного Прапора України та звучання Державного Гімну України, зображення державних символів інших держав та міжнародних організацій, а також офіційні назви державних органів України, крім випадків, передбачених законодавством;
- рекламує продукцію, яка підлягає обов'язковій сертифікації або виробництво чи реалізація якої вимагає наявності спеціального дозволу (ліцензії) у разі відсутності відповідного сертифіката, ліцензії;
- вміщує зображення фізичної особи або використовує її ім'я без згоди останньої;
- імітує (копіює або наслідує) загальне вирішення, текст, зображення, музичні чи звукові ефекти, що застосовуються в рекламі іншої продукції, якщо інше не передбачено законодавством України про авторське право і суміжні права[62].

Для недобросовісної реклами характерна наявність двох складових. Перша – це змістова компонента реклами як такої, що, своєю чергою, розподілена на рекламне наповнення (неточність, недостовірність, двозначність, перебільшення, умовчання, наявність чи відсутність тих чи інших відомостей, передбачених законодавством) та рекламне розповсюдження[59]. Другою складовою є негативний наслідок, який така реклама спричиняє для осіб, держави. При цьому для віднесення реклами до недобросовісної достатнім є факт завдання шкоди хоча б одній категорії суб'єктів, зазначених у наведеному визначенні[52].

Недобросовісною може бути також визнана реклама, що порушує спеціальні вимоги, викладені у Законі України «Про рекламу», зокрема ті, що стосуються реклами лікарських засобів, медичних виробів та методів профілактики, діагностики, лікування і реабілітації забороняється розміщення, пов'язаних із інформацією, що може вводити споживача в оману щодо складу,

походження, ефективності, патентної захищеності товару, що рекламується (Ст.21).

Прикладів поширення неправдивої інформації з метою введення в оману споживачів дуже багато. Зазвичай способом такого поширення є реклама продукту або послуги на листівках, засобах зовнішньої реклами, телебаченні, радіо тощо. Перелік джерел поширення оманливої інформації не встановлено законодавцем, а отже, це може бути будь-який носій інформації[54].

В той же час недобросовісна реклама може бути кваліфікована за наявності таких ознак:

- прихована: не ідентифікується споживачем, діє на підсвідомість людини;
- недостовірна: реклама, яка вводить або може ввести в оману, неправдива;
- неточна: вміщує перебільшення та недомовки для створення враження у споживача, що товар наділений позитивними рисами;
- дифамація: рекламне повідомлення прямо чи побічно недобросовісно атакує інші товари, рекламодавців чи інші рекламні повідомлення, очорнює конкурентів;
- непристойна: не коректна; негуманна; аморальна;
- яка впливає на емоційний стан людини, грає на почуттях та може викликати фобії, негативні переживання;
- яка використовує незаконні рекламні засоби (агресивні технології)[36].

У Законі України «Про рекламу» міститься ряд видів реклами, які є забороненими. Слід звернути увагу на співвідношення недобросовісної реклами з іншими видами забороненої реклами, передбаченої Законом України «Про рекламу», такими як прихована та порівняльна реклама. Перш за все варто зазначити про те, що законодавцем ці види забороненої реклами винесені за межі однієї логічної площини. Однак, на мою думку, між вищезазначеними видами реклами існують тісні логічні зв'язки. Так, на мою думку, недобросовісна

реклама – це широке поняття, що включає у себе два інших, оскільки будь-яка прихована або порівняльна реклама є недобросовісною.

Прихована реклама є видом реклами, яка, в силу свого негативного впливу на споживача, є забороненою в Україні. Однак можна стверджувати, що визначення прихованої реклами, яке запропоноване у Законі України «Про рекламу», не передбачає всіх форм цього виду реклами, що є результатом інформаційного розвитку. Саме тому багато видів прихованої реклами, наприклад «product placement» (розміщення продукції), та такі його методи розміщення, як «cross-promotion» (перехресне розміщення продукції) та «talent relations» (реклама із залученням відомих людей), за вищезгаданим визначенням взагалі не є прихованою рекламою [69]. Поняття прихованої реклами повністю підпадає під визначення недобросовісної реклами, тому у визначенні недобросовісної реклами необхідно зазначити приховану рекламу як її вид. Прихована реклама зокрема, як і недобросовісна реклама в цілому, не має належного правового регулювання, тому наразі можна побачити її активне застосування у кінофільмах та телепередачах без застосування санкцій за порушення рекламного законодавства. Ще одним видом недобросовісної реклами є порівняльна реклама. Як зазначено у ст. 7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», 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 [17]. До цього виду реклами також відносяться загальні ознаки, притаманні недобросовісній рекламі. Наприклад, порівняльна реклама може завдати шкоди особам у контексті недобросовісної конкуренції, якщо змістом реклами є висвітлення шляхом порівняння негативних сторін конкурента.

Отже, в гонитві за попитом споживачів рекламодавці часто порушують принципи чесної та добросовісної конкуренції: неправомірно використовують найменування та торгівельні марки інших виробників, застосовують

недостовірну, необ'єктивну порівняльну рекламу, прибігають до дискредитації конкурентів. Проте найбільш поширеним серед методів досягнення неправомірних переваг у конкуренції залишається поширення інформації, що вводить в оману. Введення в оману можна розглядати як створення в особи недостовірного та такого враження щодо товару, послуги, які рекламуються, що не відповідає дійсності у зв'язку з наданням неточної, неправдивої інформації у рекламному повідомленні.

1.3. Нормативно-правове регулювання захисту від проявів оманливої реклами в Україні

Реклама – це один із способів конкуренції між товаровиробниками. А конкуренція, як відомо, сприяє поліпшенню якості товару, послуги, зниженню їх собівартості, появі інноваційних видів товарів з кардинально новими характеристиками та властивостями. Таким чином, реклама – це суспільно корисна річ, що сприяє розвитку економіки і яка направлена на задоволення потреб як товаровиробників, так і споживачів. Разом з тим, первинне бажання товаровиробника отримати прибуток від реалізації товару, не зрідка змушує іти на компроміс із своєю совістю та вимогами закону. Скажімо, товаровиробник розуміє, що його товар не найкращий, тобто його конкурент на сьогодні виробляє та реалізує товар за нижчою ціною та по окремим характеристикам ліпшої якості. Найпростіший вихід – за допомогою рекламної компанії приписати своєму товару такі привабливі якості, замовчуючи при цьому про недоліки, щоб споживач піймався на гачок реклами та придбав товар[66].

Забезпечуючи споживачів інформацією, будучи засобом контролю за якістю товарів, сприяючи збільшенню, підтримці або стабілізації попиту й забезпечуючи стимули для підвищення рівня життя, реклама в той же час дає непотрібну, марну інформацію або ж таку, що вводить споживача в оману [33]. На сьогодні досить гостро постає проблема використання у сфері рекламних відносин заборонених засобів, до числа яких відноситься недобросовісна реклама. Справедливо вважати, що реклама, виготовлена або розміщена з порушенням вимог законодавства, представляє серйозну загрозу для приватних осіб і публічних інтересів, а також підриває основи добросовісної конкуренції між підприємцем на товарних та інших ринках.

Раніше питання стосовно недобросовісної реклами регулювалися Указом Президента України «Про заходи щодо запобігання недобросовісній рекламі та її припинення» від 5 грудня 1994 року[10]. Нині поняття «реклама», «недобросовісна реклама» та «введення в оману» регулюються Конституцією

України, Законом України «Про рекламу» та Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

У статті 42 Конституції України визначається: «Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція[1].

В Україні рекламна діяльність регулюється Законом України «Про рекламу». Закон визначає засади рекламної діяльності в Україні, а також регулює відносини, що виникають у процесі виробництва, розповсюдження та споживання реклами. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про рекламу», Закон регулює відносини, пов'язані з виробництвом, розповсюдженням та споживанням реклами на території України. Дія Закону не поширюється на відносини, пов'язані з розповсюдженням інформації, обов'язковість розміщення та оприлюднення якої визначено іншими законами України[8]. Важливо зазначити, що дія вищевказаного Закону не поширюється на оголошення фізичних осіб, що не пов'язані з підприємницькою діяльністю.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про рекламу», основними її принципами є: законність, точність, достовірність, використання форм та засобів, які не завдають споживачеві реклами шкоди. Реклама не повинна підривати довіру суспільства до себе, а також містити інформацію або зображення, які порушують етичні, гуманістичні, моральні норми, нехтують правилами пристойності. Реклама повинна відповідати принципам добросовісної конкуренції, враховувати особливу чутливість дітей і не завдавати їм шкоди.

Одним із її видів, які регулюються Законом України «Про рекламу», є порівняльна реклама – реклама, яка містить порівняння з іншими особами та/або товарами іншої особи. Згідно із Законом, відносини, які виникають у зв'язку з порівняльною рекламою, регулюються законодавством України про захист від недобросовісної конкуренції.

Недобросовісна реклама визначається Законом України «Про рекламу» як реклама, що внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, умовчання, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження та інших вимог, передбачених законодавством України, вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам та державі. Недобросовісну рекламу заборонено (ст. 10). Недобросовісну рекламу у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» не включено до складів правопорушень, що визнаються недобросовісною конкуренцією, проте, враховуючи її визначення і невичерпний перелік видів правопорушень, що визнаються недобросовісною конкуренцією, вважаємо, що недобросовісна реклама підпадає під загальне поняття недобросовісної конкуренції[5]. Різниця в законодавчому формулюванні полягає в тому, що ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» не пов'язує недобросовісну конкуренцію з можливістю завдати або завданням збитків конкурентам, у той час як ст. 10 Закону України «Про рекламу» передбачає можливість заподіяння шкоди особам або державі як необхідний елемент складу правопорушення, що визнається недобросовісною рекламою.

Визначення того, вводить чи може ввести реклама в оману споживачів реклами, залежить від двох аспектів:

- тлумачення цієї інформації потенційними споживачами, яким її адресовано;
- результату тлумачення поширеної інформації.

Щодо тлумачення інформації, то на законодавчому рівні визначення «введення в оману» зазначається лише у ст. 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», а саме: поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо

придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання. Тобто навіть об'єктивно правдиві твердження можуть вводити в оману, якщо потенційні споживачі, яким цю рекламу адресовано, тлумачать її неправильно.

Також введення в оману залежить і від результату поширення такої інформації, адже якщо споживач прийняв рішення про купівлю саме на основі оманливої інформації, то дана реклама вводить в оману споживача.

Відповідно до преамбули Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» Закон визначає правові засади захисту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції та спрямований на встановлення, розвиток і забезпечення торгових та інших чесних звичаїв ведення конкуренції при здійсненні господарської діяльності в умовах ринкових відносин. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 28 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» особи, права яких порушено діями, визначеними як недобросовісна конкуренція, можуть звернутися до Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень із заявою про захист своїх прав. Зазначимо, що право на звернення надається лише особам, чиї права порушені або можуть бути порушені внаслідок недобросовісних дій. При цьому особа має право самостійно обрати форму і спосіб захисту порушеного права або інтересу. Зокрема, саме це відрізняє механізм захисту прав суб'єктів господарювання від недобросовісної конкуренції від механізму виявлення і припинення інших порушень законодавства про захист економічної конкуренції. Згідно зі ст. 36 Закону України «Про захист економічної конкуренції» органи Антимонопольного комітету України розпочинають розгляд справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції за: заявами суб'єктів господарювання, громадян, об'єднань, установ, організацій про порушення їх прав внаслідок дій чи бездіяльності; поданнями органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю; власною ініціативою органів Антимонопольного комітету України[70].

Важливими засобами забезпечення передбаченої у законодавстві заборони недобросовісної реклами є санкції за його порушення, які включають примусові засоби правового запобігання і відповідальності.

Відповідно до ст. 27 Закону України «Про рекламу» з метою захисту інтересів суспільства, держави, споживачів і учасників рекламного процесу державний орган, визначений законом, а саме Антимонопольний комітет України, може забороняти рекламу, що порушує вимоги законодавства про рекламу, та вимагати її публічного спростування. Рішення про порушення законодавства про рекламу надсилається рекламодавцеві, виробнику або розповсюджувачеві реклами і є обов'язковим для виконання.

Однією із санкцій за недобросовісну рекламу є штрафи у розмірі п'ятикратної вартості розповсюдження такої реклами за недодержання вимог законодавства щодо змісту та достовірності реклами (ст. 27). Цивільно-правовою мірою відповідальності за недобросовісну рекламу є відшкодування шкоди, завданої потерпілому відповідно до цивільного законодавства України.

Спеціальною санкцією запобіжного характеру, передбаченою ст. 28 Закону України «Про рекламу», є публічне спростування недобросовісної реклами добровільно або за рішенням суду, здійснюване за рахунок винної особи через той самий рекламний засіб з використанням тих же простору, часу, місця і в тому ж порядку, в якому здійснювалася реклама. Метою її є ліквідація несприятливих наслідків, спричинених розповсюдженням недобросовісної реклами. Виходячи зі змісту закону, ця санкція не може застосовуватися до реклами, підготовленої до опублікування, але ще не розповсюдженої, а стосується лише вже розповсюдженої або реклами, що розповсюджується.

У разі визнання реклами недобросовісною здійснюється її публічне спростування, яке у свою чергу виконується добровільно або за рішенням суду і за рахунок винної особи. Добровільне спростування недобросовісної реклами може бути здійснене за зверненням чи вимогою осіб, права яких порушено внаслідок розповсюдження недобросовісної та неправомірної порівняльної реклами, органів державної влади, визначених у ст. 26 Закону України «Про

рекламу», за зверненням об'єднань громадян і підприємств у галузі реклами. Публічне спростування такої реклами здійснюється в такому ж порядку, в якому вона була розміщена. Аналогічний порядок передбачає розповсюдження спростування за допомогою засобів реклами, якими було здійснено розповсюдження недобросовісної та неправомірної порівняльної реклами, та у тих самих обсягах, в яких це розповсюдження було реалізовано.

Спеціальні норми, що передбачають застосування заходів адміністративної відповідальності, містяться у Кодексі про адміністративні правопорушення України (далі – КпАП України) [2]. Відповідно до ст. 164³ КпАП до порушників конкурентного змагання можуть бути застосовані адміністративні штрафи. Згідно зазначеної вище статті Умисне поширення неправдивих або неточних відомостей, які можуть завдати шкоди діловій репутації або майновим інтересам іншого підприємця тягне за собою накладення штрафу від п'яти до дев'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У Кримінальному кодексі України (далі – КК України) передбачено кримінальну відповідальність за недобросовісну конкуренцію у формі незаконного використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару (ст. 229), незаконного збирання з метою використання відомостей або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю (ст. 231), розголошення комерційної або банківської таємниці (ст. 232) [3].

Отже, реклама, виготовлена або розміщена з порушенням вимог законодавства, представляє серйозну загрозу для приватних осіб і публічних інтересів, а також підриває основи добросовісної конкуренції між підприємцем на товарних та інших ринках. Питання стосовно недобросовісної реклами регулюються Конституцією України, Законом України «Про рекламу» та Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Недобросовісна реклама визначається Законом України «Про рекламу» як реклама, що внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, умовчання, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження та інших вимог,

передбачених законодавством України, вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам та державі. Важливими засобами забезпечення передбаченої у законодавстві заборони недобросовісної реклами є санкції за його порушення, які включають примусові засоби правового запобігання і відповідальності.

Відповідно до ст. 27 Закону України «Про рекламу» з метою захисту інтересів суспільства, держави, споживачів і учасників рекламного процесу державні органи, визначені законом, можуть забороняти рекламу, що порушує вимоги законодавства про рекламу, та вимагати її публічного спростування. Санкціями за недобросовісну рекламу є: штрафи у розмірі п'ятикратної вартості розповсюдження такої реклами за недодержання вимог законодавства щодо змісту та достовірності реклами, відшкодування шкоди, завданої потерпілому відповідно до цивільного законодавства України та публічне спростування недобросовісної реклами добровільно або за рішенням суду, здійснюване за рахунок винної особи через той самий рекламний засіб в якому здійснювалася реклама.

РОЗДІЛ 2

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ ВІД ПРОЯВІВ ОМАНЛИВОЇ РЕКЛАМИ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

2.1. Організаційно-правові проблеми державного регулювання недобросовісної реклами в Україні

Забезпечуючи споживачів інформацією, будучи засобом контролю за якістю товарів, сприяючи збільшенню, підтримці або стабілізації попиту й забезпечуючи стимули для підвищення рівня життя, реклама в той же час дає непотрібну, марну інформацію або ж таку, що вводить споживача в оману. На сьогодні досить гостро постає проблема використання у сфері рекламних відносин заборонених засобів, до числа яких відноситься недобросовісна реклама[51].

У Звіті Антимонопольного Комітету України за 2018 рік наводиться структура порушень Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у розрізі кваліфікації (рис.2.1.).



Рис.2.1. Структура порушень у розрізі кваліфікації

Органами Антимонопольного комітету було припинено 168 порушень Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Із них - 53

порушення у вигляді недобросовісної конкуренції, стосовно яких Комітетом прийнято рішення про накладення штрафних санкцій, та 115 - дій, що містили ознаки таких порушень, які було припинено відповідно до наданих органами Комітету рекомендацій суб'єктам господарювання [40].

З наведеної діаграми можемо зробити висновок, що найбільше порушень законодавства у цій сфері за 2018 рік займають саме зловживання у вигляді поширення інформації, що вводить в оману, так як із 168 порушень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції 132 порушення саме шляхом поширення інформації, що вводить в оману. Саме тому питання захисту від проявів оманливої реклами є досить актуальним.

За проаналізованими даними звітів АМКУ за 2016-2019 роки можна виділити найбільші справи і як наслідок найбільші штрафні санкції, розглянуті Комітетом за ознаками порушень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у частині поширення інформації, що вводить в оману:

1. **21,3 млн.** гривень - справа № 27-26.4/90-15/41-11/42-11 про порушення приватним акціонерним товариством «Київстар» законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. У тарифному плані «Курортний», який у 2011 році пропонувало ПрАТ «Київстар», на офіційному сайті Товариства розміщено інформацію про вартість дзвінків (вихідних викликів) і тарифікацію міжнародних дзвінків. Вищезазначений тарифний план містить примітку такого змісту: «...Тарифікація послуг мобільного зв'язку посекундна й здійснюється з першої секунди розмови. При цьому тарифікується кожна перша секунда кожної хвилини розмови, інші секунди (із другої по шістдесятю) кожної хвилини розмови не тарифікуються». У примітці тарифного плану «Курортний» зазначено, що «...тарифікація послуг мобільного зв'язку посекундна й здійснюється з першої секунди розмови...» тобто, у споживача/абонента може скластися враження, що при розрахунку за вихідні дзвінки оплата здійснюється безпосередньо за використані секунди розмови. Водночас, у примітці вищезазначеного тарифного

плану вказано: «...Тарифікується кожна перша секунда кожної хвилини розмови, інші секунди (із другої по шістдесятю) кожної хвилини розмови не тарифікуються». Отже, у споживача/абонента може скластися враження, що, оскільки Оператор не тарифікує секунди з другої по шістдесятю, то це безкоштовні секунди і плата за ці секунди не стягується.

При цьому вартість вихідного виклику на номери інших операторів у тарифних планах «Тримайте зв'язок», «25 мільйонів» та «Спілкуйся без меж» становила 0,70 грн/хв. без ПДВ, якщо розмова триває, наприклад:

- 1 сек. - споживач/абонент сплачує 0,74 грн;
- 1 хв. - споживач/абонент сплачує 0,74 грн;
- 1 хв. 28 сек. - споживач/абонент сплачує 1 грн 49 коп.;
- 1 хв. 00 сек. - споживач/абонент сплачує 1 грн 49 коп.

У тарифному плані «Курортний» вартість кожної першої секунди розмови по Україні (після вичерпання обсягу тарифних хвилин) становила 0,67 грн. Якщо розмова триває, наприклад:

- 1 сек. - споживач/абонент сплачує 0,67 грн;
- 1 хв. - споживач/абонент сплачує 0,67 грн;
- 1 хв. 28 сек. - споживач/абонент сплачує 1 грн 34 коп.;
- 1 хв. 00 сек. - споживач/абонент сплачує 1 грн 34 коп.

Отже, виходячи з наведеного можна зробити висновок, що при кінцевому розрахунку за використані хвилини та секунди розмови Оператор стягує кошти за вихідні дзвінки в повному обсязі незалежно від того, що споживач/абонент може проговорити 1 секунду або 1 хвилину, 1 хвилину 28 секунд чи дві хвилини.

Комітет постановив визнати дії приватного акціонерного товариства «Київстар» з поширення інформації, що вводить в оману, шляхом повідомлення невизначеному колу осіб неправдивих, неповних, неточних відомостей щодо тарифікації вихідних дзвінків, що можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання послуг ПрАТ «Київстар», порушенням, передбаченим статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». За порушення,

зазначене в пункті 1 резолютивної частини цього рішення, відповідно до частини першої статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», накласти на приватне акціонерне товариство «Київстар» штраф у розмірі 21 307 597 (двадцять один мільйон триста сім тисяч п'ятсот дев'яносто сім) гривень[11].

2. **19,5** млн. гривень – справа № 27-26.4/47-11 про порушення товариством з обмеженою відповідальністю «Астеліт» (з 02.02.2016 – товариство з обмеженою відповідальністю «Лайфселл») Комітетом у січні 2011 року на сайті Відповідача в тарифному плані «Оптимальний Life:»), який пропонувало ТОВ «Лайфселл», було виявлено таку інформацію про вартість дзвінків (вихідних викликів) і тарифікацію міжнародних дзвінків: «Дзвінки на всі номери life:), грн./хв. - 0.; Дзвінки на номери мереж фіксованого зв'язку та номери інших операторів мобільного зв'язку України, грн./хв. – 1,00». Водночас вищезазначений тарифний план містить примітку такого змісту: «Для тарифікації дзвінків по Україні застосовується повна тарифна одиниця часу – 30 секунд, починаючи з першої секунди. Для тарифікації дзвінків до 30 секунд застосовується повна тарифна одиниця часу – 30 секунд...». При цьому в тарифному плані «Шалений день» вартість вихідного виклику на номери інших операторів становить 0,86 грн/хв. без ПФ та ПДВ. Так, наприклад, якщо розмова триває:

- 1 сек. - споживач/абонент сплачує 0,86 грн без ПФ та ПДВ;
- 1 хв. - споживач/абонент сплачує 0,86 грн без ПФ та ПДВ.

Отже, виходячи з наведеного можна зробити висновок, що при кінцевому розрахунку за використанні хвилини та секунди розмови Відповідач стягує кошти за вихідні дзвінки в повному обсязі незалежно від того, чи споживач/абонент проговорить 1 секунду чи 1 хвилину. Тобто, кошти стягуються за повну хвилину, і навіть якщо споживач/абонент проговорив декілька секунд, Відповідач ці секунди рахує як хвилину розмови. Тому Комітет постановив визнати дії товариства з обмеженою відповідальністю «Лайфселл» з поширення інформації, що вводить в оману, шляхом повідомлення невизначеному колу осіб

неправдивих, неповних, неточних відомостей щодо тарифікації вихідних дзвінків, що можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання послуг ТОВ «Лайфселл», порушенням, передбаченим статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та накласти на товариство з обмеженою відповідальністю «Лайфселл» штраф у розмірі 19 466 840 (дев'ятнадцять мільйонів чотириста шістьдесят шість тисяч вісімсот сорок) гривень[9].

3. 7 млн. гривень – справа № 127-26.4/55-17 (далі – Справа), яка стосується ознак вчинення товариством з обмеженою відповідальністю «Камянка Глобал Вайн» (далі – ТОВ «Камянка Глобал Вайн», Товариство) порушення, передбаченого статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». ТОВ «Камянка Глобал Вайн» здійснює, зокрема, виробництво виноградних вин, виготовлених з грузинських виноматеріалів та з європейських виноматеріалів, і реалізацію цих вин на ринку України. Інформація, поширена на етикетках, контретикетках, упаковках «Грузинських вин» у вигляді відомостей: «100 % GEORGIAN WINE», «Грузія», «грузинський», «грузинские традиции», слів та словосполучень грузинською мовою, прапора Республіки Грузії, що окремо або в поєднанні з іншою інформацією, зображеною на етикетках, контретикетках, упаковках «Грузинських вин», може сприйматися споживачами як інформація про те, що ці вина є грузинськими.

Проте Комітет виявив, що обсяги поставленого (закупленого) ТОВ «Камянка Глобал Вайн» грузинського виноматеріалу як для виробництва білого вина, так і для виробництва червоного вина є меншими за обсяги виноматеріалу, необхідного для виготовлення «Грузинських вин», що свідчить про неможливість використання Товариства у господарській діяльності більшої кількості грузинського виноматеріалу для виготовлення «Грузинських вин» та у складі «Грузинських вин» містяться вітчизняні виноматеріали та/або іноземні виноматеріали, які не є грузинськими.

Тому Комітет визнав дії товариства з обмеженою відповідальністю «Камянка Глобал Вайн» з поширення на упаковках, етикетках, контретикетках

вин власного виробництва інформації, що вводить в оману, шляхом повідомлення 19 невизначеному колу осіб неправдивих відомостей: позначень грузинською мовою, прапора Республіки Грузії, позначень «100 % GEORGIAN WINE», «Грузія», «грузинский», «грузинские традиции», «Грузинские вина» (мовою оригіналу) тощо, яка може вплинути на наміри цих осіб щодо придбання вин товариства з обмеженою відповідальністю «Камянка Глобал Вайн» як грузинських вин, та дії з поширення на інтернет-сайті фірмових бланках товариства з обмеженою відповідальністю «Камянка Глобал Вайн» інформації, що вводить в оману, шляхом повідомлення невизначеному колу осіб неправдивих відомостей: «Вина со всего мира» (мовою оригіналу), що можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання вин товариства з обмеженою відповідальністю «Камянка Глобал Вайн», порушенням, передбаченим статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». За порушення накласти штраф у розмірі 7 010 000 (сім мільйонів десять тисяч) гривень[10].

У Законі України «Про рекламу» зазначається, що недобросовісна реклама – це реклама, яка вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам, державі чи суспільству внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, замовчування, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження [8].

Погоджуюсь з думкою Лук'янець Д., що таке визначення є недосконалим та неточним, адже не формує уявлення суб'єкта застосування про конкретні форми прояву цього виду реклами, складається в основному з оціночних понять, що на практиці створює перешкоди в процесі відмежування недобросовісної реклами від інших видів. Тобто основні ознаки недобросовісної реклами виражені у формі понять, які не закріплені на законодавчому рівні, що призводить до різноманітних підходів до їх тлумачення. У результаті з'являються труднощі в процесі віднесення конкретної інформації до забороненої, недобросовісної[52].

Наведене визначення недобросовісної реклами є досить широким і містить у собі ознаки різного роду порушень законодавчих вимог до реклами. Таке

визначення розкриває явище реклами, яке не відповідає закріпленим законодавством принципам реклами, а також основним вимогам до реклами, порушуючи встановлені обмеження[52]. З огляду на таке визначення виникає питання щодо:

- Існування критеріїв оцінки інформації в рекламі, що вводять в оману;
- Існування критеріїв неточності, недостовірності, двозначності інформації в рекламі[65].

Фактично наведення переліку ознак недобросовісної реклами без розкриття їх змісту на законодавчому рівні ускладнює на практиці ідентифікацію тієї чи іншої реклами як недобросовісної.

Разом з тим недосконале визначення такого суттєвого та досить важливого поняття як недобросовісна реклама призводить до існування ряду проблем та необхідності у їх подальшому усуненні для ефективної роботи контролюючих органів та справедливої поведінки учасників ринку[43].

Основними недоліками тлумачення та розуміння поняття недобросовісної реклами є наступні:

1. Немає чітких критеріїв. Дане твердження в першу чергу стосується діяльності Антимонопольного комітету України (надалі – АМК України, АМКУ, Комітет) щодо оцінки інформації в рекламі на оманливість. Розмитість визначення понять та відсутності чітких об'єктивних критеріїв оцінки призводить до того, що фактично будь-яке перебільшення в рекламі викликає ризик інтерпретації такого повідомлення як те, що вводить в оману. Фактично, АМКУ за своїм суб'єктивним переконанням вирішує яким твердженням бути, а яким – ні[25]. Більше того, результат такої оцінки щодо однорідного товару може відрізнятись залежно від регіону розповсюдження, цільової аудиторії та формату рекламного повідомлення. Так, для тих товарів, які орієнтовані на широку аудиторію, наприклад, лікарські засоби, розробка рекламного повідомлення (ролику, листівки, оголошення і т.д.) вимагає ретельного семантичного аналізу термінів та правової оцінки ефекту, який справлятиме таке повідомлення. Закон не вимагає, щоб недобросовісна реклама дійсно ввела в оману споживачів[47].

Достатньо, щоб реклама була здатна ввести споживачів реклами в оману. Рекламу слід вважати такою, що вводить в обман, якщо вона викликає у споживачів очікування, які рекламований товар не здатний задовольнити.

2. Немає критичної інформації. Вимога щодо зазначення повних даних про товар (роботу, послугу) зумовлює необхідність обов'язкового зазначення критичної інформації, що значною мірою ускладнює викладення рекламного повідомлення для певних видів продукції. Яскравим прикладом постраждалої від такої вимоги продукції є реклама лікарських засобів[45]. Адже, об'єктивно необхідна інформація для споживачів міститься в інструкції для застосування лікарського засобу. Таке формулювання фактично вимагає зазначення в рекламі лікарського засобу майже всього тексту інструкції, що, з огляду на формат реклами, є неможливим. Крім того, у разі скорочення об'єму необхідної інформації, можливо порушити принцип об'єктивності необхідної інформації, адже у різних категорій людей, існують власні критерії. Незрозумілим також залишається можливість посилання на таку інформацію (інструкцію, договір) в тексті рекламного повідомлення та наскільки дане посилання буде виправдано принципом об'єктивності інформації [64]. Лише передбачено, що таке посилання має здійснюватися таким чином як і загальне повідомлення (розмір шрифту, колір, гучність, швидкість звуку та зображення).

У Законі України «Про рекламу» міститься ряд видів реклами, які є забороненими. Слід звернути увагу на співвідношення недобросовісної реклами з іншими видами забороненої реклами, передбаченої Законом України «Про рекламу», такими як прихована та порівняльна реклама. Перш за все варто зазначити про те, що законодавцем ці види забороненої реклами винесені за межі однієї логічної площини. Однак, на мою думку, між вищезазначеними видами реклами існують тісні логічні зв'язки. Так, ми вважаємо, що недобросовісна реклама – це широке поняття, що включає у себе два інших, оскільки будь-яка прихована або порівняльна реклама є недобросовісною. У цьому контексті слід співвіднести загальні ознаки, передбачені у визначенні недобросовісної реклами, із ознаками прихованої та порівняльної реклами.

Окремим видом недобросовісної реклами, яка не підпадає під визначення прихованої та порівняльної реклами, є гіперболізована реклама, тобто така, яка містить перебільшення з приводу якісних та кількісних властивостей товару чи послуги. Однак для ідентифікації цього виду реклами як недобросовісної потрібно визначити чіткі ознаки, притаманні такому виду недобросовісної реклами:

- Наявність інформації, що містить перебільшення щодо якісних та/або кількісних властивостей конкретного товару чи послуги;
- Таке перебільшення вміщене у змістовне наповнення реклами з метою безпосереднього психологічного впливу на споживача та спонукання останнього до придбання певного товару чи послуги;
- Перебільшення якісних та/або кількісних властивостей повинне сприйматися споживачем як реальні характеристики товару чи послуги, тобто повинне бути завуальованим, а не явним [62].

У такому випадку не є гіперболізованою реклама, в якій перебільшення сприймається як явне та не тлумачиться споживачем як правдиве, не змінюючи загального уявлення про товар[69].

Також серед видів недобросовісної реклами можна виділити рекламу з обмеженим інформаційним наповненням, тобто таку, яка містить неповну та неточну інформацію про товар чи послугу[40].

Для чіткої ідентифікації цієї реклами серед інших слід визначити її основні ознаки:

- Така реклама формує хибне уявлення про товар чи послугу за рахунок надання споживачеві інформації у неповному обсязі;
- Обмеження інформаційного змісту реклами направлене на спонукання особи до придбання товару чи послуги;
- За рахунок неповноти наданої інформації товар чи послуга виступають в явно іншому світлі.

Хочеться особливо звернути увагу на те, що недобросовісна реклама не включена до числа правопорушень, які визнаються недобросовісною

конкуренцією відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [46]. Відповідно до ст. 1 вказаного Закону недобросовісною вважаються будь-які дії в конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Але враховуючи це визначення і перелік правопорушень, що вважаються недобросовісною конкуренцією відповідно до Закону України «Про рекламу» можна стверджувати про помилковість ототожнення понять «недобросовісна конкуренція» та «недобросовісна реклами». Так, ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» не пов'язує недобросовісну конкуренцію з можливістю завдання збитків або збитками конкурентів. Навпаки, кваліфікуючим елементом недобросовісної реклами відповідно до ст.1 Закону України «Про рекламу» є можливість завдання шкоди особі, державі або суспільству[5].

Рекламна діяльність може визнаватися як недобросовісна конкуренція в розумінні Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у випадках існування:

- порівняльної реклами (ст.7);
- досягнення неправомірних переваг у конкуренції (ст.15);
- поширення інформації, що вводить в оману (ст.15¹).

Використання рекламних матеріалів може також слугувати юридичною підставою для кваліфікації поведінки суб'єкта господарювання як неправомірне використання позначень (ст.4), як дискредитація суб'єкта господарювання шляхом поширення неправдивих та неточних відомостей, наведених у рекламному оголошенні (ст.8) та спонукання до його бойкоту (ст.10), яка відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» є різновидом недобросовісної конкуренції[24].

У п. 2 цієї ж статті слід звернути увагу на те, що у законодавстві України у сфері конкуренції взагалі не міститься визначення добросовісної конкуренції, таким чином вважаємо недоцільним використовувати цей термін у принципах, які проголошують основоположні засади зайняття таким видом діяльності. Отже, пропонуємо у цьому контексті вжити термін «недобросовісна конкуренція» та

відзначити, що реклама не повинна підривати довіру суспільства до реклами та не повинна здійснюватися на засадах недобросовісної конкуренції [14].

Недобросовісну рекламу у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» не включено до складів правопорушень, що визнаються недобросовісною конкуренцією, проте, враховуючи її визначення і невичерпний перелік видів правопорушень, що визнаються недобросовісною конкуренцією, вважаємо, що недобросовісна реклама підпадає під загальне поняття недобросовісної конкуренції[66]. Різниця в законодавчому формулюванні полягає в тому, що ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» не пов'язує недобросовісну конкуренцію з можливістю завдати або завданням збитків конкурентам, у той час як ст. 10 Закону України «Про рекламу» передбачає можливість заподіяння шкоди особам або державі як необхідний елемент складу правопорушення, що визнається недобросовісною рекламою[45].

Ще одна проблема, пов'язана з термінологією, криється у Законі України «Про рекламу» у визначенні прихованої реклами. Прихована реклама в Україні, відповідно до ст. 9 згаданого Закону, є забороненою. Законодавство трактує приховану рекламу як інформацію про особу чи товар у програмі, передачі, публікації, якщо така інформація слугує рекламним цілям і може вводити в оману осіб щодо дійсної мети таких програм, передач, публікацій. Наведене визначення важко назвати точним та вичерпним. По-перше, воно фактично ототожнює приховану рекламу з недобросовісною рекламою. По-друге, не бере до уваги приховану рекламу у формі Product Placement, тобто представлення торгової марки у художньому творі (фільмі, серіалі, тощо), без супровідної інформації та будь-яких коментарів [70].

Поширення інформації, що вводить в оману - це констатація фактів, які неможливо довести (або спростувати). Простий заклик на покупку - не вводить в оману споживача. Це ж стосується і суто суб'єктивних суджень. Питання про те, чи містить реклама твердження про факти чи лише суб'єктивні судження, може бути вирішене лише за обставин конкретної справи. Оманливість може

розглядатися як прямий обман, який зазвичай розуміють як навмисне введення в оману іншої людини, або підтримання вже оманливої уяви шляхом передачі неправдивої інформації або приховування різних фактів, речей, явищ тощо. щоб змусити цю людину до певної поведінки[44]. Однак поняття «омана» не обмежується явними неправдивими твердженнями або твердженнями, які можуть ввести споживача в оману. Зокрема, в деяких випадках правдиві твердження можуть також вводити споживачів в оману щодо більш високих споживчих властивостей товару, наприклад, підкреслюється, що продукція цього конкретного виробника відрізняється такими параметрами, хоча відповідно до прийнятих стандартів ці параметри відповідають аналогічним продуктам будь-яких виробників[27]. Як результат, у споживача може скластися помилкове враження, що лише товари цього виробника відповідають таким споживчим властивостям, тоді як насправді такі ж споживчі властивості притаманні аналогічній продукції інших виробників. Таким чином, проаналізована норма забороняє повідомляти не об'єктивно неправильну (неточну) інформацію, а суб'єктивно неправильну, тобто здатну вводити в оману. Оманливі висловлювання можуть приймати будь-яку форму - письмову, усну чи ілюстративну[19]. Використання агентів, що викликають певні асоціації, такі як якість, вік чи звичка, також може ввести в оману. Прикладом оманливого твердження є використання зображення старого диплома в рекламі пива, якщо рекламодавець не мав давніх традицій виробництва пива. Просте мовчання також може вводити в оману, хоча ніхто принципово не зобов'язаний відкрито говорити про недоліки товарів, які він виробляє. Однак, якщо позитивні твердження щодо товару поширюються, вони вводять в оману, якщо негативні сторони замовчуються[24].

Публікація в рекламі інформації, що може ввести в оману, як правило, здійснюється у тому випадку, якщо очевидно, що споживач не придбав би товар, знаючи про те, інформація в рекламі є неточною або недостовірною. Те саме стосується ситуації, коли рекламодавець викликає у певних споживачів почуття очікування, яких продукт не задовольняє[35]. Так, очевидним було б сподівання

споживачів, що конкретний товар - це нова, не дефектна модель. Якщо це неправда, то це слід зазначити в рекламі. Це означає, що для встановлення оманливого сенсу статті до ст. 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» єдиним критерієм повинно бути лише суб'єктивне сприйняття реклами. Тут вирішальним є не те, на що посилався рекламодавець чи інший розповсюджувач, а не в тому, наскільки правдива інформація, як повідомляється, а лише у сприйнятті їх споживачами[69].

За кваліфікацію порушення ст. 15¹ У Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» повинно бути зазначено, що поширення оманливої інформації відбувалося в конкурентних відносинах, ці дії впливали або можуть впливати на наміри певних осіб придбавати (замовити) або продати (продати, поставити, виконати, надати) товари, роботи, послуги відповідної організації. Перелік інформації, яку можна кваліфікувати як оманливу інформацію в статті, не є вичерпним. Слід мати на увазі, що згідно із Законом України «Про рекламу» поняття недобросовісної реклами охоплює не лише рекламу, яка вводить в оману споживачів реклами, але й рекламу, яка шкодить особам, державі чи суспільству, порушуючи вимоги часу, місце та спосіб розповсюдження. тобто це, як правило, не вводить споживачів в оману[8].

Під час доведення неправомірної поведінки у формі оманливої інформації слід використовувати спеціальні засоби доказування, які допоможуть визначити вплив на певні категорії споживачів (опитування споживачів, соціологічні опитування, маркетингові дослідження (фокус-групи), правила професійної етики, але процесуальні засади їх застосування чинним законодавством не визначено.

Щодо правил професійної етики, то відповідно до ст. 33 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» суб'єкти господарювання за сприяння Торгово-промислової палати України та інших заінтересованих організацій можуть розробляти правила професійної етики у конкуренції для відповідних сфер господарської діяльності, а також для певних галузей економіки. Правила професійної етики у конкуренції погоджуються АМКУ в

установленому ним порядку. Зазначена норма передбачає встановлення АМКУ порядку погодження Правил професійної етики у конкуренції, який наразі відсутній в АМКУ, та погодження правил професійної етики здійснюється за процедурою, визначеною відповідним структурним підрозділом АМКУ. Наразі відсутній нормативний акт, який встановлював би порядок погодження АМКУ Правил професійної етики у конкуренції, що має наслідком правову невизначеність у цьому питанні. У зв'язку із цим виникла необхідність розроблення проекту розпорядження, яким встановлюється чітка процедура погодження АМКУ Правил професійної етики у конкуренції, розроблених суб'єктами господарювання для відповідних сфер господарської діяльності та для певних галузей економіки[5].

Аналізуючи специфіку відповідальності за виготовлення та розповсюдження недобросовісної реклами, слід зазначити про центрального суб'єкта цієї відповідальності, а саме рекламодавця та виробника реклами, адже саме вони використовують заборонені засоби рекламування, переслідуючи корисні мотиви. Однак не можна ігнорувати і відповідальність розповсюджувача реклами, оскільки він повинен перевіряти рекламу на предмет відповідності її законодавству з метою попередження порушення прав споживачів.

По суті, всі визначення, вміщені у Законі України «Про рекламу», містять оціночні поняття, що не дозволяють не те що встановити певне порушення, а відрізнити один вид реклами від іншого. Інститут недобросовісної реклами потребує значного дослідження та регламентування на законодавчому рівні, адже від ступеня деталізованості понять, визначення видів та відповідальності залежить рівень правопорядку у сфері рекламування.

Отже, серед недоліків державного регулювання недобросовісної реклами в Україні можна виділити наступні: відсутність єдиних критеріїв оцінки інформації; ускладнення ідентифікації тієї чи іншої реклами як недобросовісної; недосконале визначення поняття «недобросовісна реклама», що не формує уявлення суб'єкта застосування про конкретні форми прояву цього виду реклами, складається в основному з оціночних понять, що на практиці створює

перешкоди в процесі відмежування недобросовісної реклами від інших видів; обмежена доказова база для доказування фактів поширення інформації, що вводить в оману; відсутність у законодавстві визначення поняття «добросовісна реклама»; не включення недобросовісної реклами у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» до складів правопорушень.

2.2. Шляхи удосконалення вітчизняної практики захисту від проявів оманливої реклами в господарській діяльності

Безперечно, легше запобігти проблемі, ніж потім пожинати її наслідки. Саме тому питання розуміння суті законодавчої заборони на розповсюдження оманливої інформації та проведення ефективного попереднього аналізу змісту створеної реклами є дуже актуальним. Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції» встановлено, що поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання.

Враховуючи наведене вище визначення та загальні положення Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», можна говорити про наступні складові поширення інформації, що вводить в оману, через спричинене поширення недобросовісної реклами:

- Бути активним учасником конкурентної боротьби;
- Наявність у рекламі неповної, неправдивої чи неправдивої інформації;
- Формування у споживачів реклами неправильного сприйняття рекламованого товару, роботи, послуги;
- Фактичний або потенційний вплив реклами на намір споживача придбати або продати рекламодавця продукт, роботу чи послугу;
- Досягнення неправомірної конкурентної переваги для рекламодавця.

Щоб уникнути ризику введення споживачів в оману слід проводити комплексний аналіз реклами, включаючи:

- аналіз кожного компонента змісту реклами на предмет наявності неповної, недостовірної та неправдивої інформації;
- аналіз сприйняття кожної складової змісту реклами в заданому контексті;
- аналіз загального враження від реклами.

У будь-якому випадку, перед впровадженням реклами в обіг, необхідний ретельний аналіз всієї інформації, яка зазначається в рекламі на відповідність конкурентного законодавства та даних, що можуть ввести споживача в оману, а саме:

- Аналіз усіх складових реклами на предмет неточних та неправильно сформульованих, неправдивих відомостей. Крім того, у телевізійній рекламі слід окремо виділяти та аналізувати такі складові, як текстові файли з використанням зображень, звукових ефектів, включаючи гучність та стиль позакадрового озвучування. На практиці не до кінця сформований аналіз зібраних деталей (наприклад, присутність в рекламі явно сухого кашлю при рекламі лікарського засобу при мокрому кашлі) може створювати оманливе враження на споживачів від реклами.
- Аналіз сприйняття кожних конкретних складових частин реклами у контексті. Після розгляду та вивчення окремих складових в рекламі потрібно проаналізувати всі складові реклами у зв'язці. Буває так, що окрема інформація, яка може ввести в оману або містить неточні дані може нівелюватись у загальному контексті реклами.
- Аналіз загального враження від реклами. Рекламу з усіма її складовими доцільно проаналізувати на загальне враження, яке виникне після реклами у споживача. Так, один «неточний компонент» (інформація, що може ввести в оману) може бути незначним в контексті усього рекламного ролику, які не мають можливості ввести споживачів в оману.
- Використання незначних тверджень, допустимі перебільшення. На практиці не кожне перебільшення може ввести споживача в оману. Перебільшеннями можуть бути такі відомості, що в силу своєї

незначущості та що не стосуються стану здоров'я, безпеки чи ціни товару не можуть вплинути на рішення споживача купити або використати прорекламований товар.

Так, наприклад, можна вважати допустимим перебільшення в рекламі на використання лікарських засобів, де в людини після використання рекламного продукту вирости «крила».

- Чіткість тверджень у рекламі. З метою розуміння ступені оманливості реклами і чи взагалі зазначені твердження в рекламі є неточними або недостовірними, потрібно встановлювати ступінь чіткості безпосередньо наданих тверджень. Наприклад, твердження «термін зберігання 5 років» або «у препарат додають активну речовину парацетамол», за рахунок однозначної чіткості висловлення або відповідає дійсності або ні. Прикладом допустимих перебільшень також можуть бути твердження, які неможливо об'єктивно виміряти та яким не завжди повірить споживач: «Молоко смачне», «Це найкращий чай у світі» тощо. За відсутності належного підтвердження наведених даних рекламу можна вважати недобросовісною.
- Поширення неповної інформації. Незаконною можна вважати рекламу, в якій не зазначена вся важлива інформація. Прикладом даного порушення можна вважати рекламу лікарського засобу, в якому зазначається, що препарат безпечний і не показано водночас, що є спектр протипоказань та можливі побічні реакції від його прийому. В результаті споживач отримує оманливе враження, використовуючи даний медикамент, що препарат не може нашкодити стану здоров'я або викликати алергію, що не відповідає дійсності.
- Приховування інформації. Не можна вважати добросовісною рекламу, в якій хоч і зазначено правдиві відомості, але є й прихована інформація, що може бути досить суттєвою. Прикладом такої реклами може бути реклама лікарського засобу із зазначенням того, що препарат не містить конкретних шкідливих речей, які і так не використовуються та

забороняються на ринку лікарських засобів. Така реклама створює гібридне враження у споживачів, що дані ліки менш шкідливі за інші лікарські засоби, тим самим надаючи рекламодавцю несправедливих переваг конкурентів.

- Розкриття уточнюючої інформації. Недобросовісною є реклама, яка містить нечітку уточнюючу інформацію, яка вводить в оману або може ввести споживача в оману. Метою відображення такої інформації в рекламі є роз'яснення або обмеження змісту основної складової інформації, що її зрозуміли та помітили. Однак на практиці уточнююча інформація, як правило, зазначається рекламодавцями або з невеликими і іноді незрозумілими буквами і навіть там, де споживач її не побачить[32].

Окремо слід виділити питання отримання рекомендаційних роз'яснень АМКУ. Окрім самостійного проведення попереднього комплексного аналізу вмісту реклами з метою попередження поширення інформації, що вводить в оману, суб'єкти господарювання також можуть використовувати й механізм отримання рекомендаційних роз'яснень Комітету.

Так в результаті законодавчих змін, що були внесені до Закону України «Про захист економічної конкуренції», суб'єкти господарювання отримали можливість звертатись до Комітету за висновками (у формі рекомендаційних роз'яснень) і отримувати роз'яснення чи вводить споживачів в оману реклама, яка перебуває на стадії розробки, або вже знаходиться в інформаційному обігу.

Згідно ст. 14 Закону України «Про захист економічної конкуренції» Антимонопольним комітетом України чи адміністративною колегією Антимонопольного комітету України суб'єктами господарювання на підставі наданої ними інформації надаються висновки у формі рекомендаційних роз'яснень щодо відповідності дій суб'єктів господарювання положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Заява про надання висновків щодо відповідності дій суб'єктів господарювання положенням норм відповідних Законів України «Про захист економічної

конкуренції», «Про захист від недобросовісної конкуренції» складається заявником (суб'єктом господарювання) у довільній формі та подаються у письмовому вигляді до Антимонопольного комітету України.

За результатами розгляду заяви АМКУ чи його адміністративною колегією робляться такі висновки:

- Дії суб'єкта господарювання, описані у Заяві, містять або можуть містити ознаки порушення законодавства, передбачені статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»;
- Дії суб'єкта господарювання, описані у Заяві, не містять або не можуть містити ознак порушення законодавства, передбачених статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»;
- Наданої заявником інформації недостатньо для надання однозначного висновку щодо наявності/відсутності у діях суб'єкта господарювання, описаних у Заяві, ознак порушення законодавства, передбачених статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Такий висновок може бути наданий, зокрема, у разі відсутності у Заяві інформації:

- яка підтверджує повноту, точність та правдивість відповідних відомостей (зокрема, висновки експертів, науковців, результати проведених досліджень, маркетингові дослідження тощо);
- яка дозволяє зробити висновок про можливий вплив відповідних відомостей на наміри споживачів щодо придбання чи реалізації певних товарів, робіт, послуг суб'єкта господарювання (зокрема, якісні характеристики, цінові показники тощо).

Заява залишається без розгляду в разі надходження від заявника клопотання про відкликання заяви, кошти за здійснений розгляд не повертаються

Наведені нововведення, безумовно, мають позитивні аспекти, проте й не позбавлені окремих недоліків у практичному застосуванні. Однозначним

плюсом є поява такої можливості в цілому, що теоретично може знизити ризик поширення суб'єктом господарювання інформації, що вводить в оману.

Однак на практиці є деякі недоліки цієї процедури, зокрема:

- Рекомендаційний (не обов'язковий до виконання) характер висновків Комітету щодо кваліфікації дій;
- Тривалий перегляд заявок на предмет кваліфікації дій;
- У разі зміни або уточнення реклами, заявник повинен подати нову заявку.

Наведемо приклади рекомендаційних роз'яснень Комітету. Рекомендації №1-рр від 18 січня 2018 року щодо відповідності дій заявника положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», а саме: випуск рибної снекової продукції ТМ (інформація з обмеженим доступом) «палочки лососевые солёно-сушеные» (мовою оригіналу), положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». До Комітету надійшла заява ТОВ (інформація з обмеженим доступом) від 31.10.2017 № 31-10/17 (zareestrovana в Комітеті 07.11.2017 за № 8-01/28-рр) про надання висновку у формі рекомендаційних роз'яснень щодо відповідності дій заявника положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», а саме: випуск рибної снекової продукції ТМ (інформація з обмеженим доступом) «палочки лососевые солёно-сушеные» (мовою оригіналу), положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» (далі – Продукція). До Заяви додано макет упаковки Продукції, що є предметом аналізу щодо відповідності дій Заявника статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Керуючись Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції», враховуючи викладене, а також документи, додані до заяви, дії ТОВ (інформація з обмеженим доступом) щодо випуску рибної снекової продукції ТМ (інформація з обмеженим доступом) «палочки лососевые солёно-сушеные» (мовою оригіналу) в упаковці, макет якої додано до Заяви, не будуть містити ознаки порушення, передбаченого статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» Тому Комітет постановив, що дії товариства з обмеженою відповідальністю (інформація з

обмеженим доступом) з випуску рибної снекової продукції ТМ (інформація з обмеженим доступом) «палочки лососевые солёно-сушеные» (мовою оригіналу) в упаковці, макет якої додано до Заяви, не будуть містити ознаки порушення, передбаченого статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Ще одним наведеним прикладом рекомендаційних роз'яснень є рекомендації № 16-рр. від 28 грудня 2017 року товариству з обмеженою відповідальністю «Медичний центр «Добробут-Поліклініка» щодо відповідності дій заявника положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», а саме: щодо відповідності наданих рекламних матеріалів положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». До Комітету надійшла заява ТОВ «Медичний центр «Добробут-Поліклініка» від 13.12.2017 № 13/12/17 (zareєстрована в Комітеті 20.12.2017 за № 8-01/32-рр) про надання висновків у формі рекомендаційних роз'яснень щодо відповідності дій Заявника, що полягають у проведенні рекламної компанії щодо надання медичних послуг Товариства, шляхом розміщення рекламних матеріалів, положенням статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». До Заяви додано макет проекту реклами «ПЕДІАТР ПРИЙМАЄ ДО ОБІДУ. ДИТИНОЛОГ ДОСТУПНИЙ 24/7», що є предметом аналізу щодо відповідності дій Заявника статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Відповідно до частини першої статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання. Враховуючи наведене, керуючись статтею 7 Закону

України «Про Антимонопольний комітет України» та статтею 14 Закону України «Про захист економічної конкуренції», Антимонопольний комітет України надає ТОВ «Медичний центр «Добробут-Поліклініка» (м. Київ) такі висновки: Комітет прийняв рішення, що дії ТОВ «Медичний центр «Добробут-Поліклініка» у проведенні рекламної компанії щодо надання медичних послуг Товариства, шляхом розміщення рекламних матеріалів, не будуть містити ознак порушення, передбаченого статтею 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у вигляді поширення інформації, яка є неправдивою через спосіб її викладення, що може ввести в оману споживачів. Висновки надані виключно в межах і на підставі наданої у заяві інформації та доданих до неї документів[40].

Щоб належним чином захистити свої інтереси як добросовісного виробника або зобов'язати нечесного конкурента думати в першу чергу про споживачів, можна звертатись до юридичних компаній, які можуть надавати послуги для захисту від недобросовісної конкуренції, а саме:

- попередня оцінка ризику встановлення наявності (відсутності) недобросовісної конкуренції на основі матеріалів клієнта;
- юридичні консультації та розробка стратегії протидії зловживань у вигляді введення в оману шляхом розміщення реклами;
- розробка та впровадження правового механізму припинення порушення у формі :
 - ведення переговорів, відправлення позовного листа з вимогою припинення порушення прав, посередництво;
 - підготовки або подання заяви про захист прав в Антимонопольний комітет України та подальше представництво інтересів заявника в Антимонопольному комітеті України; оскарження рішень Антимонопольного комітету України в суді;
 - підготовка та подання до суду позову про захист прав суб'єкта господарювання, щодо якого існує недобросовісна конкуренція, відшкодування збитків, завданих недобросовісною конкуренцією, представництво інтересів суб'єкта господарювання в суді;

- підготовка правового представництва підсудного у справах про припинення правопорушення у вигляді поширення інформації, що вводить в оману.

Отже, для уникнення можливого введення споживачів в оману та розповсюдження недобросовісної реклами суб'єктам господарювання перед публікуванням реклами слід проводити комплексний аналіз реклами, включаючи: аналіз кожної складової змісту реклами на наявність неповних, неточних та неправдивих відомостей; аналіз сприйняття кожної складової змісту реклами у наведеному контексті; аналіз загального враження від реклами; аналіз сприйняття кожних конкретних складових частин реклами; аналіз уточнюючої інформації; отримання рекомендаційних роз'яснень від АМКУ.

ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

Здійснивши дослідження правових засад захисту від проявів оманливої реклами в господарській діяльності на підставі викладеного в випускній кваліфікаційній роботі матеріалу можна зробити наступні висновки:

1. Історія розвитку економік кран світу вміщує великий досвід вирішення проблеми регулювання конкурентних відносин. У країнах з ринковою економікою гарантом «добросовісної конкуренції» та самостійності підприємництва виступає держава, котра ініціює розвиток систем правової підтримки конкурентного середовища та захисту від проявів недобросовісної конкуренції. Незалежно від особливостей національних моделей конкурентної політики в усіх країнах заборонені будь-який дії в конкуренції, що суперечать чесним звичаям у промислових і торговельних справах, як зазначається у Паризькій конвенції про охорону промислової власності. Досвід розвинених країн показує, що ефективність конкурентної політики не завжди відповідала тим задумам, які були в основі її розробки. Дієвість конкурентної політики багато в чому залежала від тієї рішучості, з якою уряд впроваджував їх у життя, і від інтерпретації їх судами.

2. Насиченість інформаційного простору різноманітною як за змістом так і за формою інформації змушує конкурентів вдаватись до якомога більш креативних, а іноді й агресивних засобів рекламування. В гонитві за попитом споживачів українські рекламодавці часто порушують принципи чесної та добросовісної конкуренції: неправомірно використовують найменування та торговельні марки інших виробників, застосовують недостовірну, необ'єктивну порівняльну рекламу, прибігають до дискредитації конкурентів. Проте найбільш поширеним серед методів досягнення неправомірних переваг у конкуренції залишається поширення інформації, що вводить в оману. Введення в оману можна розглядати як створення в особи недостовірного та такого враження щодо товару, послуги, які рекламуються, що не відповідає дійсності у зв'язку з наданням неточної, неправдивої інформації у рекламному повідомленні.

3. Реклама, виготовлена або розміщена з порушенням вимог законодавства, представляє серйозну загрозу для приватних осіб і публічних інтересів, а також підриває основи добросовісної конкуренції між підприємцем на товарних та інших ринках. Питання стосовно недобросовісної реклами регулюються Конституцією України, Законом України «Про рекламу» та Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Відповідно до ст. 27 Закону України «Про рекламу» з метою захисту інтересів суспільства, держави, споживачів і учасників рекламного процесу державні органи, визначені законом, можуть забороняти рекламу, що порушує вимоги законодавства про рекламу, та вимагати її публічного спростування. Санкціями за недобросовісну рекламу є: штрафи у розмірі п'ятикратної вартості розповсюдження такої реклами за недодержання вимог законодавства щодо змісту та достовірності реклами, відшкодування шкоди, завданої потерпілому відповідно до цивільного законодавства України та публічне спростування недобросовісної реклами добровільно або за рішенням суду, здійснюване за рахунок винної особи через той самий рекламний засіб в тому ж порядку, в якому здійснювалася реклама.

4. Серед недоліків державного регулювання недобросовісної реклами в Україні можна виділити наступні: відсутність єдиних критеріїв оцінки інформації; ускладнення ідентифікації тієї чи іншої реклами як недобросовісної; недосконале визначення поняття «недобросовісна реклама», що не формує уявлення суб'єкта застосування про конкретні форми прояву цього виду реклами, складається в основному з оціночних понять, що на практиці створює перешкоди в процесі відмежування недобросовісної реклами від інших видів; обмежена доказова база для доказування фактів поширення інформації, що вводить в оману; відсутність у законодавстві визначення поняття «добросовісна реклама»; не включення недобросовісної реклами у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» до складів правопорушень.

5. Для уникнення можливого введення споживачів в оману та розповсюдження недобросовісної реклами суб'єктам господарювання запропонуємо такий алгоритм дій щодо захисту від проявів оманливої реклами:

- 1) Перший етап - комплексний аналіз реклами самими суб'єктами господарювання, що має включати: аналіз кожної складової змісту реклами на наявність неповних, неточних та неправдивих відомостей; аналіз сприйняття кожної складової змісту реклами у наведеному контексті; ухилення від використання незначних тверджень у рекламі; аналіз загального враження від реклами; аналіз сприйняття кожних конкретних складових частин реклами; аналіз уточнюючої інформації;
- 2) Другий етап - консультація по рекламі та наведеного у ньому тексті у юридичних компаній, що надають послуги по захисту від недобросовісної конкуренції, а саме попередньо оцінити ризик встановлення наявності (відсутності) недобросовісної конкуренції на основі матеріалів суб'єкта господарювання, розробити стратегію протидії зловживань у вигляді введення в оману шляхом розміщення реклами та впровадити правовий механізм припинення порушення.
- 3) Третій етап - отримання рекомендаційних роз'яснень від АМКУ чи вводить / може ввести споживачів в оману реклама, яка перебуває на стадії розробки, або вже знаходиться в інформаційному обігу.

Разом з тим, на основі проведеного аналізу порушень законодавства у сфері захисту від проявів оманливої реклами пропонуємо:

- доповнити ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» дефініцією «недобросовісна реклама» і включити до виду порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- доповнити ст. 1 ч. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» ознаками недобросовісної реклами та викласти у наступній редакції: *«Недобросовісною є реклама, що порушує загальні вимоги до неї, зокрема: поширює інформацію щодо продукції, виробництво або реалізацію якої заборонено законодавством України; вміщує твердження, що дискредитують продукцію інших осіб; подає відомості або закликає до дій, які можуть спричинити порушення законодавства, завдають чи можуть завдати шкоди здоров'ю або життю людей та навколишньому*

природному середовищу, а також спонукають до нехтування засобами безпеки; використовує засоби і технології, які безпосередньо діють на підсвідомість споживача; наводить твердження, що дискримінують осіб, які не користуються продукцією, що рекламується; вміщує зображення фізичної особи або використовує її ім'я без згоди останньої; імітує (копіює або наслідує) загальне вирішення, текст, зображення, музичні чи звукові ефекти, що застосовуються в рекламі іншої продукції, якщо інше не передбачено законодавством України про авторське право і суміжні права».

- включити до ст. 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» дефініцію «ведення в оману» та викласти у наступній редакції: *«ведення в оману – це протиправні дії виробника реклами із використанням заборонених засобів рекламування, що призводять до формування хибного уявлення у споживачів про товар чи послугу, однак вигідного для виробників з метою стимулювання споживача до придбання товару чи послуги, що рекламується».*
- доповнити Розділ II ст. 7 ч. 1 Закону України «Про рекламу» дефініцією «добросовісна реклама» та викласти у наступній редакції: *«добросовісною є правдива, аргументована реклама, що відповідає принципам добросовісної конкуренції, правилам професійної етики».*
- доповнити Розділ II ст. 7 ч. 1 Закону України «Про рекламу» поняття «ознаки добросовісної реклами» та викласти у наступній редакції:
«Ознаками добросовісної реклами є: реклама заснована на позитивних почуттях, переконливих аргументах; достовірність - відповідність рекламної інформації в цілому та окремих її елементів дійсним фактам, а саме: характеристик товарів їх призначенню та походженню; законність - відповідність вимогам та принципам законодавства про рекламну діяльність; точність - відсутність перебільшень, за рахунок яких рекламодавцям вдавалося б створити у споживачів враження, що рекламований товар наділений позитивними рисами чи ознаками;

пристойність - реклама, яка не вміщує інформацію або зображення, які порушують етичні, гуманістичні чи моральні норми; реклама, яка використовує засоби та форми, які не завдають споживачеві реклами шкоди, реклама, яка не завдає моральної, фізичної чи матеріальної шкоди споживачу.»

Вважаємо, що реалізація запропонованого комплексного аналізу дозволить підвищити ефективність антимонопольного регулювання, покращить конкурентне середовище в національній економіці, мінімізує негативні наслідки від проявів оманливої реклами в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: Закон від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
3. Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
4. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659- XII. . URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
5. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7 червня 1996 р. № 236/96- ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
6. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210- 111. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
7. Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності : Закон України від 18 лютого 1992 р. №2132- XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2132-12> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
8. Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. № 270/96-вр. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80> Дата звернення 18 жовтня 2019 року.
9. Рішення Антимонопольного Комітету України №546-р від 18 вересня 2017 року за матеріалами справи №27-26.4/47-11.

URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=137370&schema=main> Дата звернення 10 листопада 2019 року

10. Рішення Антимонопольного Комітету України №705-р від 14 грудня 2017 року за матеріалами справи №27-26.4/90-15/41-11/42-11.

URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=138529&schema=main> Дата звернення 10 листопада 2019 року

11. Рішення Антимонопольного Комітету України №670-р від 01 грудня 2017 року за матеріалами справи №127-26.4/55-11.

URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=138755&schema=main> Дата звернення 10 листопада 2019 року

12. Андрощук Г.О., Шкляр С.В. Конкурентне право : захист від недобросовісної конкуренції. Науково-практичне видання. К. Юстиніан, 2012. 472с.

13. Антимонопольна діяльність : підруч. / В. Д. Лагутін, Л. С. Головка, Ю. І. Крегул та ін. ; за ред. проф. В. Д. Лагутіна. К. : КНТЕУ, 2005. 580 с.

14. Бакалінська О. О. Адміністративно–правове регулювання і державне управління у сфері захисту економічної конкуренції / О. О. Бакалінська / Адміністративне право України : академіч. курс: Т. 2 : Особлива частина. К., 2005. С. 99–120

15. Бакалінська О. О. Добросовісність, розумність, справедливість судового розсуду / О. О. Бакалінська / Вісник господарського судочинства. 2012. № 3. С. 93–97.

16. Бакалінська О. О. Правове регулювання добросовісної конкуренції в Україні: монографія / О. О. Бакалінська. К.: НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2014. 374 с.

17. Бакалінська О. О. Правові засади застосування «чесних звичаїв» при кваліфікації фактів недобросовісної конкуренції / О.О. Бакалінська / Конкуренція : вісн. Антимонопольного комітету України. 2007. № 1. С. 52–56.

18. Бакалінська О.О. Доктринальні підходи до визначення поняття «недобросовісна конкуренція» / Юридична Україна. 2015. №10-12. С. 83-90.
19. Бакалінська О.О. Категорія «добросовісність у цивільному праві» / Часопис Київського університету права. К. 2011 №4. С. 200-203
20. Бакалінська О.О. Конкурентне право: Навчальний посіб. / - К. : Київ. Нац. Торг.-екон. Ун-т, 2009.- 480 с.
21. Бакалінська О.О. Концептуальні підходи до визначення змісту поняття добросовісність у західній правовій доктрині / Часопис Київського університету права. 2012. №2. С. 150-154.
22. Бакалінська О.О. Правове забезпечення добросовісної конкуренції в Україні: проблеми теорії і практики дис. ...д-ра юрид.наук: 12.00.03. К.: НАПН України Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака, 2015. 537 с.
23. Бакалінська О.О. Проблеми та тенденції доказування фактів недобросовісної конкуренції в господарській діяльності // Часопис Київського університету права. 2015. №4. С. 148-153
24. Безух О.В. Захист від недобросовісної конкуренції як інститут конкурентного права / Підприємництво, господарство і право. 2001. № 7. С. 3-8
25. Борисенко З. Перше десятиріччя конкурентної політики в Україні / Економіка України. 2003. № 11
26. Борисенко З. Основи конкурентної політики. К.: Консум, 2004. 704 с.
27. Борисенко З. Система відповідальності за порушення конкурентного законодавства / Економіка України. 2003. № 6.
28. Борисенко З. Умови економічної конкуренції в Україні / Економіка України. 2002. № 10.
29. Валітов С.С. Конкурентне право України Навчальний посібник. К.: Юрінком Інтер, 2006. 432 с.

30. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. 5-те вид. К. ; Ірпінь : Перун, 2005.
31. Воеводін Б.В. Інститут реклами : цивільно-правовий аспект : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Б.В. Воеводін. К., 2014. 20 с.
32. Воеводін Б.В. Прихована реклама : правове регулювання та практичні проблеми існування в Україні / Б.В. Воеводін URL:http://law.univ.kiev.ua/images/abook_file/conf2008_civil_voyevodin.pdf. Дата звернення 18.10.2019
33. Воеводін Б.В. Щодо визначення реклами і рекламної діяльності та позиціонування їх в системі права України / Б.В. Воеводін / Наукові праці цивілістичного студентського гуртка : зб. наук. статей магістрів права юридичного факультету КНУ ім. Т.Г. Шевченка. Вип. 4 : збірник наукових праць магістрів спеціалізації «Цивільне право» КНУ ім. Т.Г. Шевченка (2007–2009) / відп. ред. проф. Р.А. Майданик. К., 2009. С. 9–27
34. Грицюта Н.М. Порівняльна реклама – етично некоректна технологія конкурентного середовища / Н.М. Грицюта / Вісник ХДАК. 2014. Вип. 42 URL: <http://www.ic.ac.kharkov.ua/RIO/v42/26.pdf>. Дата звернення 18.10.2019
35. Громенко Ю. О. Господарсько-правова відповідальність за порушення законодавства про рекламу / Ю. О. Громенко / Наука і правоохорона. 2013. № 1. С. 240-246
36. Громенко Ю.О. Форми недобросовісної конкуренції в сфері реклами URL: http://www.par.in.ua/1_2017/30.pdf Дата звернення 18.10.2019
37. Дахно І.І. Антимонопольне право. Курс лекцій. К.: “Четверта хвиля” 1998. – С. 54.
38. Журик Ю. В. Антимонопольно-конкурентне право України. Навчальний посібник. К.: Центр учбової літератури, 2011. 272 с.
39. Закон про недобросовісну конкуренцію, 1909. (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb(UWG)), URL: https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BJNR141400004.html Дата звернення 18.10.2019

40. Звіти Антимонопольного Комітету України за 2016-2018 роки, URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/doccatalog/list?currDir=95113>
Дата звернення: 01.11.2019
41. Карцева Я. Недобросовісна реклама. Правовий аналіз крізь призму «оманливості» / Юридична газета 2010. №26 (247) С.12
42. Корінев В. Л. Нормативно-правове регулювання рекламної діяльності підприємства / В. Л. Корінев, І. В. Олійник / Держава та регіони. Сер. : Економіка та підприємництво. 2013. № 2. С. 136-139
43. Корчак Н. Соціально – правова природа відповідальності в інституті антимонопольного регулювання // Підприємництво, господарство і право. – 2003.– № 11.
44. Корчак Н. Матеріально–правове значення презумпцій в інституті антимонопольного регулювання / Підприємництво, господарство і право. 2003. № 1.
45. Корчак Н. Співвідношення норм та оціночних понять в інституті антимонопольного регулювання / Конкуренція. Вісник Антимонопольного комітету України. 2004. № 3.
46. Корчак Н.М. Правові питання антимонопольного регулювання підприємницької діяльності: Автореф. дис.канд. юр.наук: 12.00.04 / Київський університет ім. Тараса Шевченка. К.: 1996.
47. Костусев О. Захист економічної конкуренції в Україні: стан і проблеми / Економіка України. 2003. № 7 та № 8.
48. Кузьміна С.А. Проблеми запобігання недобросовісної практики в конкуренції / Право України 2000, № 3, с. 91-92.
49. Кукіна З. О. Окремі аспекти правового регулювання рекламної діяльності в різних юрисдикціях / З. О. Кукіна / Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2012. Вип. 111(1). С. 258-265
50. Леськів О. А. Актуальні проблеми державно-правового регулювання рекламної діяльності в Україні / О. А. Леськів / Науковий вісник

- Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Економіка і менеджмент. 2015. Вип. 12. С. 50-53
51. Лисенко О. О. До проблеми правового регулювання "неналежної" реклами в Україні / О. О. Лисенко / Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2010. № 2. С. 219- 228.
 52. Лук'янець Д. Правова природа і особливості відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Підприємництво, господарство і право. 2001. - № 8. - С. 78 -80.
 53. Недобросовісна реклама / Юридична енциклопедія : [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2002. Т. 4 720 с.
 54. Оманлива реклама – один із видів недобросовісної конкуренції URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/sum/uk/publish/article/80369> Дата звернення 18.10.2019
 55. Основи реклами: Навч. посіб. Ромат Є. В. Х.: Студцентр, 2006. 288 с.
 56. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20.03.1883р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_123. Дата звернення 18.10.19
 57. Правове забезпечення підприємницької діяльності : зб. наук. ст. студ./ відп. Ред. О.О.Бакалінська, О.М. Гончаренко, Ю.В. Тищенко. Київ. нац. торг.-екон. ун-т., 2019. Ч.1 196 с.
 58. Правове регулювання недобросовісної конкуренції в рекламі / Ю. Зоріна / Вісн. Акад. прав. наук України. 2004. № 4 (39). Х. : Право, 2004. С. 214–224.
 59. Примак Т. О. Рекламний креатив: навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисц. К. : КНЕУ, 2005. 168 с.
 60. Психологія реклами: навчальний посібник / В. А. Гупаловська. Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010. 384 с.
 61. Реклама / Українська мала енциклопедія : 16 кн. : у 8 т. / проф. Є. Онацький. Накладом Адміністрації УАПЦ в Аргентині. Буенос-Айрес, 1963. Т. 6. С. 1573-1574

62. Слободчикова Ю.В. Форми недобросовісної конкуренції і методи її регулювання / Економіка та держава 2010. №2. С. 92-94.
63. Стандарти недискримінаційної реклами: українська практика та міжнародний досвід. Монографія / О. Грей, О. Давліканова, С. Лерке, І. Лилик, М. Лилик, Л. Магдюк, Т. Примак, Є. Ромат, О. Сусллова, за заг ред. І. Лилик К.: ТОВ Видавничий Будинок «Аванпост-прим», 2011. 88 с.
64. Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності в цивільному праві : дис. канд. юрид. наук / Ю. А. Тобота. Х.: Юрид. академія ім. Ярослава Мудрого, 2011. – 235 с.
65. Удалов Г. Конкурентне право. Навчальний посібник. К., Вища школа. 2004. 354 с.
66. Ульянова Г.О. Недобросовісні методи реклами / Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. 2008. С. 313-314
67. Харченко П. Г. Адміністративно–правові заходи забезпечення захисту від недобросовісної конкуренції в діяльності органів Антимонопольного комітету України / П. Г. Харченко. О.: ОНУ ім. І.І. Мечникова, 2004 203 с.
68. Цебак І. Реклама і недобросовісна конкуренція / І. Цебак. URL: <http://juryst.lviv.ua/articles/category/3/message/68/> Дата звернення 18.10.2019
69. Шимко А. Недобросовісна реклама – чи особливості торгових звичаїв у конкуренції (ч.1) / А. Шимко. URL: <http://pharma.net.ua/publications/articles/18274-nedobrosovisna-reklama-chiosoblivosti-torgovix-zvichayiv-u-konkurenciyi-chastina-1/> Дата звернення 18.10.2019
70. Шуміло І.А Відповідальність за порушення законодавства про захист економічної конкуренції Дис...канд. юр.наук: 12.00.04. Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2001. 212 арк.
71. Юридична енциклопедія : [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.] К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5 : 736 с.
72. Consumer Protection Act 1987, URL:<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43/contents> Дата звернення 18.10.2019

73. Convention of Paris for the protection of industrial property of March 20, 1883 //United Nations - Treaty Series.- New York .1977. Volume 828. - P. 138-140
Дата звернення 18 жовтня 2019 року
74. Fare trading Act, 1973 URL:http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41/pdfs/ukpga_19730041_en.pdf Дата звернення 18 жовтня 2019 року
75. Federal trade commission Act, 1914 URL:<https://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act> Дата звернення 18 жовтня 2019 року
76. Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, URL:<http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rap-info/i2072-302.pdf> Дата звернення 18 жовтня 2019 року
77. Trade Descriptoin Act, 1986 URL:http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/29/pdfs/ukpga_19680029_en.pdf Дата звернення 18 жовтня 2019 року
78. Unsolicited goods and services act 1971, URL:<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/30/enacted> Дата звернення 18 жовтня 2019 року
79. Unsolicited goods and services act 1975,URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/13> Дата звернення 18 жовтня 2019 року