

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.73.35>

КВАЛІФІКАЦІЯ ІНФОРМАЦІЇ ТА ЗОБРАЖЕНЬ ЯК РЕКЛАМИ: КРИТЕРІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА СУДОВОЮ ПРАКТИКОЮ

Єрохіна Н.А.,

*здобувач кафедри адміністративного,
кримінального права і процесу Інституту права*

Заклад вищої освіти

«Міжнародний університет бізнесу і права»

ORCID: 0000-0001-9793-5213

Єрохіна Н.А. Кваліфікація інформації та зображень як реклами: критерії за законодавством України та судовою практикою.

Дослідивши критерії кваліфікації інформації та зображень як реклами, встановлені законодавством та судовою практикою, автор доходить висновку, що спрямованість певного зображення або інформації на привертання уваги споживачів до конкретних економічних благ чи суб'єкта господарювання, який може їх надати на комерційній основі (зв'язок з підприємницькою діяльністю відповідного суб'єкта господарювання), є визначальним сутнісним та нормативно-правовим критерієм розмежування реклами та інформації та зображень, які не є рекламою. Реклама має вказувати на конкретного, індивідуально визначеного суб'єкта господарювання, або на конкретний, індивідуально визначений товар (послугу) із зазначенням найменування, якісних показників, країну походження, виробника або інших ідентифікуючих ознак. Натомість, наприклад, зображення певного предмета з винятково родовими ознаками, у тому числі як частини дизайнерського оформлення інтер'єру приміщення, рекламою не визнається. Більше того, рекламою не вважається інформація про виробника товару чи послугу та/або товар чи послугу у місцях, де цей товар чи послуга реалізується чи надається споживачеві, а також безпосередньо на самому товарі та/або його упаковці. Разом з тим, рішення про визнання інформації або зображення рекламним може бути прийняте, зокрема, якщо вони або популяризують товар або його виробника поза місцями торгівлі ним. Також, слід враховувати й те, що незважаючи на те, що вивіска чи табличка з інформацією про зареєстроване найменування особи, знаки для товарів і послуг, що належать цій особі, вид її діяльності та час роботи мають призначення знайомити чи підвищити обізнаність споживачів з суб'єктом підприємницької діяльності, ця інформація рекламою не вважається, з-поміж іншого, через те, що вона не містить заклик придбавати товари або послуги у нього.

Ключові слова: інформація та зображення, які не є рекламними; критерії кваліфікації реклами; реклама; судова практика у справах, що впливають з правовідносин, пов'язаних зі створенням та розповсюдженням реклами.

Yerokhina N. A. Qualification of information and images as advertising: criteria according to the legislation of Ukraine and judicial practice.

Having studied the criteria for the classification of information and images as advertising, established by the law of Ukraine and its judicial case-law, the author comes to the conclusion that the purpose of a certain image or information to attract attention of consumers to specific economic benefits or a business entity that can provide them on a commercial basis (relation to the business activity) is the determinative criterion for distinguishing between advertising and information and images that are not of advertising nature. Advertising must indicate a specific, individually defined business entity, or a specific, individually defined product (service) with an indication of the name, quality properties, country of origin, manufacturer or other identifying features. Instead, for example, the image of a certain object with exclusively generic features, including as part of the design of the interior of the room, is not recognized as advertising. Moreover, information about the manufacturer of the product or service and/or about the very the product or service in places where this product or service is sold or provided to the consumer, as well as directly on the product itself and/or its packaging, is not considered to be advertisement as well. At the same time, the decision

to recognize information or images as advertising could be made, in particular, if they either promote the product or its manufacturer outside the places of trade. Also, it should be taken into account that despite the fact that a sign or a plate with information about the registered name of a person, signs for goods and services belonging to this person, the type of his activity and working hours have the purpose of introducing or increasing the awareness of consumers about a business entity, this information is not considered advertising due to the fact that, among other things, it does not reflect an invitation to purchase goods or services from it.

Key words: advertising; advertising classification criteria; information and images that are not of advertising nature; judicial case-law in matters arising from legal relations related to the creation and distribution of advertising.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Дослідження питань адміністративно-правового регулювання питань виробництва, розповсюдження та споживання реклами є нагальним завданням наукового співтовариства, від якості виконання якого залежить вдосконалення шляхів законодавчого вирішення фундаментальних питань організації та забезпечення належного функціонування ринку рекламних послуг. Однак, для оптимізації регуляторних моделей, які є явно застарілими з точки зору їх відповідності тенденціям та результатам розвитку права та публічного адміністрування, а також для усунення неприпустимого рівня внутрішньої неузгодженості законодавчих положень й незавершеністю правового регулювання найбільш важливих аспектів рекламної діяльності, перш за все, має бути досягнута абсолютна визначеність щодо розуміння сутності реклами, що дозволить відмежувати її від суміжних зображень та інформації, які мають інший правовий режим формування та розповсюдження. Основним інструментом виконання цього завдання є судова практика, у якій кристалізувались критерії кваліфікації певних зображень та інформації як реклами.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою дослідження є визначення критеріїв кваліфікації реклами, звернувшись до положень законодавства України про рекламу та матеріалів практики адміністративних судів у справах, що впливають з відповідних правовідносин.

Виклад основного матеріалу дослідження. Наступним кроком звернемося до законодавства України, яке визначає кваліфікаційні ознаки для окреслення предмету правового регулювання, а також викладає засади рекламної діяльності.

Так, за визначенням, викладеним у абз. 12 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про рекламу», зазначимо, що рекламою є інформація про особу чи товар, яка розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару [1]. Витлумачивши це законодавче положення, Верховний Суд підсумував, що метою реклами є привертання уваги споживачів реклами до продукту, який рекламується; формування у споживача певного рівня знань про відповідний товар, послугу; створення у споживача певного образу продавця; формування потреби у відповідному товарі, послугі; спонукання до придбання саме цього товару у відповідного продавця; підтримка обізнаності, утримання в пам'яті споживачів інформації про товар в проміжках між купівлями; нагадування, де можна купити відповідний товар тощо (Постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2021 р. у справі № 480/85/19) [2].

Вищевикладене розуміння цілком узгоджується з уявленнями, яких дотримується Ю.О. Громенко та згідно з якими поняття «реклама» з урахуванням попередніх досліджень і сучасних умов розвитку має визначатись як інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару, а також сприяти реалізації товарів або досягненню іншого результату, бажаного для рекламодавця. На погляд вченої, доповнення дефініції реклами такою ознакою як «сприяє реалізації товарів або досягненню іншого результату, бажаного для рекламодавця», дозволить відмежувати рекламу від інших видів інформації [3, с. 4].

Законодавче визначення реклами з урахуванням її тлумачення під час судового правозастосування відбиває й характеристики цього соціально-економічного явища, викладені у напрацюваннях А.В. Стрельникова та Дж. Бернета. За міркуваннями цих дослідників реклама – оплачена форма комунікації, хоча деякі види реклами, наприклад, суспільна, мають безкоштовні рекламні площини і час у засобах масової інформації. Інформація, що повідомляється в рекламі, не тільки оплачується, але ще й ідентифікує спонсора. У деяких випадках метою рекламного повідомлення є просте прагнення ознайомити покупця з продукцією чи компанією, хоча більшість рекламних звернень

намагаються ще і схилити покупця до чого-небудь чи вплинути на нього, тобто переконати щось почати. Рекламна звітка може проходити відразу по декількох засобах масової інформації з метою охопити якомога більш широке коло потенційних клієнтів. Оскільки реклама є однією з форм масової комунікації, вона не персоніфікована [4]. Значний інтерес представляють й роздуми О.А. Леськіва щодо цілей та властивостей реклами. За твердженням вченого, однією з ключових рис реклами є її комерційне спрямування, тобто направленість на отримання прибутку рекламодавцем. Окремо автор зазначає, що сама по собі реклама має на меті лише поширення інформації про той чи інший товар, послугу чи особу, а прибуток є вже метою фізичної чи юридичної особи, що її замовляє. Таким чином, може йтися про дві цілі, які переслідує рекламне звернення – проміжну (інформування споживачів) та кінцеву (отримання прибутку роботодавцем). Зважаючи на це, обґрунтовується думка про те, що законодавцю необхідно обов'язково зазначити як проміжну, так і кінцеву мету реклами, це дасть змогу значно зменшити кількість порушень в рекламній сфері. Адже саме комерційна спрямованість відрізняє звичайну рекламу від реклами соціальної, яка спрямована на досягнення суспільно корисних цілей, популяризацію загальнолюдських цінностей і розповсюдження якої не має на меті отримання прибутку. Відсутність чіткого розмежування цих понять вже довгий час призводить до численних маніпулювань з боку недобросовісних рекламодавців, які під виглядом соціальної реклами поширюють рекламні матеріали з чіткою комерційною та пропагандистською направленістю [5, с. 50].

Отже, з вищезазначеного випливає те, що спрямованість інформації або зображення на привертання уваги споживачів до конкретних економічних благ чи суб'єкта господарювання, який може їх надати, є визначальним сутнісним та нормативно-правовим критерієм розмежування реклами та тих інформаційних оголошень та зображень, які не є рекламою. Крім того, навіть за формальних збігів з ознаками реклами, деякі зображення та інформація згідно з положеннями Закону України «Про рекламу» не вважаються рекламою. Цими винятками є:

- оголошення фізичних осіб, не пов'язані з підприємницькою діяльністю (ч. 3 ст. 2 Закону України «Про рекламу»);
- інформація про виробника товару та/або товар у місцях, де цей товар реалізується чи надається споживачеві, у тому числі на елементах обладнання та/або оформлення місць торгівлі, а також безпосередньо на самому товарі та/або його упаковці, не вважається рекламою (ч. 8 ст. 8 Закону України «Про рекламу»);
- вивіска чи табличка з інформацією про зареєстроване найменування особи, знаки для товарів і послуг, що належать цій особі, вид її діяльності (якщо це не впливає із зареєстрованого найменування особи), час роботи, що розміщена на внутрішній поверхні власного чи наданого у користування особі приміщення, на зовнішній поверхні будинку чи споруди не вище першого поверху або на поверсі, де знаходиться власне чи надане у користування особі приміщення, біля входу в таке приміщення, не вважається рекламою (ч. 6 ст. 9 Закону України «Про рекламу») [1].

Зокрема, звернувшись до практики тлумачення цих законодавчих положень адміністративними судами, зазначимо, що за їх правовими позиціями певна інформація може бути визнана рекламою тоді, коли вона вказує на конкретну, індивідуально визначену особу, або на конкретний, індивідуально визначений товар, із зазначенням найменування, якісних показників, країну походження, виробника тощо. Неналежність певного носія інформації та зображень до рекламних засобів або охоплення її вищенаведеними винятками суди обґрунтовують таким чином:

- не є рекламою інформація, розміщена на зовнішній поверхні будинку чи споруди не вище першого поверху або на поверсі, де знаходиться власне чи надане у користування особі приміщення, біля входу у таке приміщення, яка не містить закликів придбавати товар або послугу, що реалізується суб'єктом (Постанова Верховного Суду від 25 березня 2020 р. у справі № 461/4489/16-а) [6];
- вивіска з написом «ВИНА МИРА», напис «Фирменный магазин» та зображення мапи світу з написом «прямые поставки со всего мира» не містять закликів до придбання конкретного товару чи отримання послуг позивача, вона не є інформацією, призначеною сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтересу щодо юридичної особи чи конкретного товару (послуг), що поставляється/надається підприємством, а відтак не є рекламою і не потребує спеціального дозволу на розміщення зовнішньої реклами (Постанова Верховного Суду від 30 квітня 2020 р. у справі № 323/3491/16-а) [7];
- розміщена на фасаді будівлі вивіска з написом «ІНФОРМАЦІЯ_1» є не рекламним засобом, а зареєстрованим знаком для товарів та послуг, право на яке належить ососі за ліцензійним договором з

Товариством з обмеженою відповідальністю «Вайн-Арт» (Постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2021 р. у справі № 280/1330/19) [8];

– тоді як забороняються будь-яка реклама та стимулювання продажу тютюнових виробів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, реклама або упаковка яких містить напис, малюнок чи будь-яке інше зображення, повідомлення, які повністю або в частині ідентифікуються чи асоціюються з тютюновим виробом, знаком для тютюнових товарів і послуг чи з виробником тютюнових виробів, як встановлено судами попередніх інстанцій та не заперечується сторонами, ТОВ «БОН ПАРІ» не здійснює продажу тютюну, а зображення, яке інтерпретується як стимулювання продажу тютюну, є виключно елементом інтер'єру ресторану та не спрямоване на здобуття комерційної вигоди (Постанова Верховного Суду від 3 квітня 2018 р. у справі № 815/87/17) [9];

– вивіска з написом «інформація_1», зображення мапи світу та Ейфелевої вежі не містять закликів до придбання конкретного товару чи формування інтересу щодо конкретної особи, не є інформацією, призначеною сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтересу щодо юридичної особи чи конкретного товару (послуг), що поставляється/надається підприємством, з огляду на що ці вивіски не є рекламою у розумінні Закону України «Про рекламу» та не потребують спеціального дозволу на розміщення зовнішньої реклами (Постанова Верховного Суду від 11 серпня 2021 р. у справі № 323/809/17) [10].

Натомість, показовими зразками правового й фактичного обґрунтування висновку суду щодо того, що певна інформація чи зображення мають рекламну спрямованість, можуть бути наступні:

– як встановлено судами попередніх інстанцій та підтверджено наявними у матеріалах справи доказами, спірна конструкція має наступні ознаки реклами: про особу – наявний у сюжеті торгівельної марки KotenGym, посилання на веб-сторінку Інтернет www.kotengym.com через яку можна отримати інформацію про власника торгівельної марки, мережу та послуги фітнес центрів «KotenGym»; про товар – «кроссфіт» (брендова система підготовки), час та місце проведення заходу, що також підтверджується експертним висновком № 04-03/17 експертної комісії при Всеукраїнській громадській організації «Всеукраїнська рекламна коаліція» (Постанова Верховного Суду від 14 липня 2020 р. у справі № 808/353/17) [11];

– колегія суддів погоджується з висновками апеляційного суду про доведеність висновків щодо порушення позивачем законодавства про рекламу в частині розміщення зонти з логотипом ТМ «Чернігівське» поза місцем торгівлі, а саме на пляжі, адже, як встановлено апеляційним судом, зонти з логотипом «Чернігівське», тобто з назвою торгівельної марки пива, розміщений на пляжі серед лежаків для прийняття сонячних ванн, тобто у місці, яке не призначено для реалізації чи надання відповідного товару споживачу та яке не є місцем торгівлі алкогольними напоями (Постанова Верховного Суду від 23 вересня 2021 року у справі № 826/24133/15) [12].

Висновки з дослідження. Таким чином, спрямованість певного зображення або інформації на привертання уваги споживачів до конкретних економічних благ чи суб'єкта господарювання, який може їх надати на комерційній основі (зв'язок з підприємницькою діяльністю відповідного суб'єкта господарювання), є визначальним сутнісним та нормативно-правовим критерієм розмежування реклами та інформації та зображень, які не є рекламою. Реклама має вказувати на конкретного, індивідуально визначеного суб'єкта господарювання, або на конкретний, індивідуально визначений товар (послугу) із зазначенням найменування, якісних показників, країну походження, виробника або інших ідентифікуючих ознак. Натомість, наприклад, зображення певного предмета з винятково родовими ознаками, у тому числі як частини дизайнерського оформлення інтер'єру приміщення, рекламою не визнається. Більше того, рекламою не вважається інформація про виробника товару чи послугу та/або товар чи послугу у місцях, де цей товар чи послуга реалізується чи надається споживачеві, а також безпосередньо на самому товарі та/або його упаковці. Разом з тим, рішення про визнання інформації або зображення рекламним може бути прийняте, зокрема, якщо вони або популяризують товар або його виробника поза місцями торгівлі ним. Також, слід враховувати й те, що незважаючи на те, що вивіска чи табличка з інформацією про зареєстроване найменування особи, знаки для товарів і послуг, що належать цій особі, вид її діяльності та час роботи мають призначення знайомити чи підвищити обізнаність споживачів з суб'єктом підприємницької діяльності, ця інформація рекламою не вважається, з-поміж іншого, через те, що вона не містить заклик придбавати товари або послуги у нього.

Список використаних джерел:

1. Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 року № 270/96-ВР. Дата оновлення: 3 серпня 2022 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2021 року у справі № 480/85/19 за позовом фізичної особи-підприємця до Головного управління Держспоживслужби в Сумській області про визнання протиправним та скасування рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100722852>.
3. Громенко Ю.О. Державний контроль рекламної діяльності як правова форма державного регулювання рекламної діяльності. *Правовий часопис Донбасу*. 2018. № 4. С. 98–104.
4. Стрельников А.В. Адміністративна відповідальність за порушення законодавства про рекламу: канд. юрид. наук (уривок): 12.00.07 – теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Одеська національна юридична академія, 2004. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/1360>.
5. Леськів О.А. Актуальні проблеми державно-правового регулювання рекламної діяльності в Україні. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*. 2015. Вип. 12. С. 50–53.
6. Постанова Верховного Суду від 25 березня 2020 року у справі № 461/4489/16-а про визнання протиправним та скасування наказу та зобов'язання вчинити дії. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88430847>.
7. Постанова Верховного Суду від 30 квітня 2020 року у справі № 323/3491/16-а за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «ШАТО 2013» до Управління реклами Одеської міської ради про скасування припису. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89012757>.
8. Постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2021 року у справі № 280/1330/19 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Вайн-Арт» до Управління з питань реклами виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації) про визнання протиправною та скасування вимоги. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100722981>.
9. Постанова Верховного Суду від 3 квітня 2018 року у справі № 815/87/17 про скасування постанови про накладення штрафу. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73194568>.
10. Постанова Верховного Суду від 11 серпня 2021 року у справі № 323/809/17 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Шато 2013» до Управління реклами Одеської міської ради про скасування припису та усунення порушень законодавства про зовнішню рекламу. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98921391>.
11. Постанова Верховного Суду від 14 липня 2020 року у справі № 808/353/17 про визнання незаконним та скасування рішення. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90396901>.
12. Постанова Верховного Суду від 23 вересня 2021 року у справі № 826/24133/15 про визнання протиправним та скасування рішення. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99860883>.