

УДК 347.136(477)

О. Р. Шишка,
*ад'юнкт кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету внутрішніх справ
МВС України (Харків)*

ЛОКОМОТИВ БЕЗ ДВИГУНА, А ДВИГУН — БЕЗ ІСКРИ (РЕКЛАМА БЕЗ ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСУ)

*Якщо торгівля — двигун пашої скопоміки,
то рекламувачка — іскра...*

Брайан Філкокс

Перехід до ринкової економіки в Україні призвів не тільки до значного зростання ролі комерційної реклами, але й одночасно до стихії рекламної діяльності та, як наслідок, до необхідності подальшого удосконалення правового регулювання рекламної діяльності. Без цього рекламна діяльність, що не обмежена правовими та етичними нормами, здатна не тільки принести користь підприємництву, скільки шкоду суспільним та державним інтересам і, зокрема, в силу своєї спрямованості, правам споживачів. Все-таки за своєю суттю реклама переслідує мету впевнити потенційного споживача у тому, що заплативши за рекламований товар він значно виграє від того, що придбав інший товар. Іншими словами реклама — правовий і вельми ефективний засіб боротьби власника товару за гаманець споживача. Звідси й дихотомічний аспект проблеми регулювання рекламної діяльності: надати можливість рекламувати свій товар, але одночасно захистити нерозбірливого споживача від необдуманого споживацтва¹ та порушення його прав. За таких умов виникає проблема теоретичної основи моделювання законодавства про рекламну діяльність. Її можна вирішити, й вирішують [1], на основі доктрини господарського права, чи права цивільного як більш загального і універсального регулятора особистих немайнових та майнових відносин. Комплексність другого нас більше приваблює. Головне в тому, що регулювання правовідносин з рекламної діяльності спрямоване на запобігання порушення прав споживачів і перш за все фізичних осіб, припинення недобросовісної реклами, що здатна нанести шкоду як майновим, так і немайновим правам, суспільним інтересам.

Сьогодні таке регулювання має декілька рівнів. З прийняттям Господарського кодексу України [2], що визначає засади господарювання в Україні і регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин здавалось повинна б появитись цілісна нормативна база, що усестороннє охоплює усі прояви цієї діяльності, по крайній мірі основні. Але цього не сталося. Здебільше ГК не несе регулятивного навантаження, а є генеральним актом для поточного законодавства у сфері

господарування. Тобто виходячи із зазначеного у назві ГК — локомотив господарської діяльності. Тож локомотив повинен мати функціональність. Але відповідь на запитання чи матиме її новий ГК в урегулюванні тих же господарських відносин за умови, що при існуванні загального і спеціального закону застосовується саме останній напрошується сама собою.

Очевидно, що при збереженні сталого в доктрині права підходу щодо співвідношення загального та спеціального законодавства ГК України виконує роль «весільного генерала», а все нормативне навантаження регулювання суспільних відносин, а наразі, рекламної діяльності припадає на поточне законодавство. За таких обставин, коли на сьогодні до 80% відносин, що охоплюються новим ГК України врегульовано спеціальними нормативними актами знімається проблема протистояння цивілістів та господарників, а питання про його необхідність вирішується однозначно. Таким чином регулювання рекламної діяльності на рівні спеціального нормативного акту є виправданим на даному етапі розвитку вітчизняного права, підприємництва і не може стати камінням спотикання ні для інтеграційних процесів, ні для визначення співвідношення між окремими нормативними актами, на кінець — «війни» цивілістичної з господарськими доктринами.

Ми повинні собі чітко усвідомити, що побудова відносин у сфері господарування повинна бути підкорена меркантильній ідеї — отримання прибутку, а прибуток отримується через реалізацію товару його споживачам. За умови домінування споживачів і відсутності розподільчої системи шлях до споживача повинен торувати власник товару. Саме він повинен організувати торгівлю у широкому сенсі цього слова і саме йому повинна бути віддана ініціатива. Але за ГК це не так, бо господарські зобов'язання виникають безпосередньо із закону або іншого нормативно-правового акта (? — *О. Ш.*), що регулює господарську діяльність, акта управління господарською діяльністю (? — *О. Ш.*), господарського договору, тощо (ст. 174 ГК). Ретроградність цієї статті очевидна. А де ж тоді встановлена Конституцією України та проведена до поточного законодавства свобода власності, свобода підприємництва, а й кінець кінцем, свобода ринку? Звідси висновок, що на основі ГК України ми повертаємось до регульованої, а ще гірше — планової економіки, що само по собі є нонсенсом.

Стало аксіоматичним, що в розвинутих економіках основне навантаження в організації збуту товару належить рекламі. Інститут реклами є багатофункціональним і має інформаційну, комерційну, регулятивну, превентивну, виховну та інші функції. Це зумовлює різні підходи до її регулювання. Але домінуючим є регулювання рекламної діяльності спеціальним законодавством. Навіть у країнах дуалістичної системи права у їх кодифікованих актах не виділяється регулювання. Втім більшість з них прийняті в ті часи, коли реклама не мала такого домінуючого значення. Наш ГК — результат новітньої кодифікації і здавалось би, повинен враховувати всі етапи господарської діяльності. На жаль, навіть предметний аналіз ГК не дав нам і натяку на засади використання у господарській діяльності реклами. Виключення складає те, що рекламна діяльність сама є господарською. Але за новим визначенням в Законі України «Про

рекламу» від 11.07.2003 р. в рекламі не має ніякого натяку на те, що рекламна діяльність є господарською, на відміну від останньої редакції закону. Це дає підстави говорити про те, що діяльність рекламіста відносно рекламодавця є благодійністю, тобто діяльністю, що не ставить перед собою мету — отримання прибутку. Але це є нонсенсом! Більш того, за визначенням реклами, реклама підпадає під будь-яку статтю в газеті чи журналі, більш того, таке визначення взагалі підмінює поняття «журналістика», оскільки метою всього журналістського процесу в суспільстві є привертання уваги громадськості до конкретної особи, процесу, предмета, у тому числі і товару, політичної партії чи будь-якого іншого суспільного органу, і формування чи підтримка знання й інтересу глядачів (слухачів, читачів) щодо цього об'єкта.

Більш прогресивним, з ракурсу нашого аналізу, є Цивільний кодекс України [3]. Він містить інститут інформації (ст. 177, 200 ЦК), інститут реклами (ч. 2 ст. 641 ЦК). У перших встановлюється правовий статус реклами — інформація як об'єкт цивільних правовідносин, а у третій — її значення у організації договірних зв'язків — запрошення робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях. Цим підкреслюється організуюча роль реклами у виборі найбільш доцільних варіантів споживання. Ми підкреслюємо, саме споживання.

Але і тут не все так просто. Справа у тому, що реклама моделювалась як різновид публічної оферти, а значить рекламодавець уже міг бути зв'язаний рекламою. Це давало можливість навести порядок у рекламній діяльності. На жаль така можливість втрачена. Добре це чи погано — покаже майбутнє. Розуміння реклами як публічної оферти має більше виграшних позицій ніж недоліків. Тим більше, що це підтверджується практикою рекламної діяльності і її логікою. Але це предмет спеціального дослідження.

З огляду на прихильність прийнятого нами цивілістичного підходу до дослідження інституту реклами ми впевнені у правильності обраного напрямку, як і одночасно жалкуємо, що у ГК України не віднайшлося місця щодо врегулювання основного у досягненні успіху в господарській діяльності, а саме — у рекламі. Ігнорування реклами «господарниками» є мабуть що тимчасовим. Але на нинішньому етапі розвитку доктрини реклами у національній науці і практиці це дає декілька висновків: рекламна діяльність — предмет регулювання господарським, а відчасти цивільним правом, а сама реклама — чисто цивілістична категорія. Крім цього, попри те що логічним було б рекомендувати окремо урегулювати в ГК рекламну діяльність, а з другого боку на теперішньому її етапі розвитку доцільно це робити на рівні поточного законодавства.

Законом України «Про рекламу» від 11.07.2003 р. [4] реклама визначена як інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтереси щодо таких осіб чи товару. Таким чином реклама відноситься до сфери інформаційних відносин і відповідно до ст. 177 Цивільного кодексу і є об'єктом цивільних правовідносин. В такій своїй якості вона повинна функціонувати на ринку і моделюватися у чинному законодавстві:

на загальному рівні в ЦК України, а на спеціальному — в спеціальному законодавстві (інформаційне законодавство взагалі) і рекламне — зокрема. Але з огляду на призначення ГК специфіка такої діяльності повинна регулюватися й ГК України. Наведене підтверджується й введенням нової наукової спеціалізації — інформаційне право.

Очевидно, що реклама як об'єкт цивільного права має свої ознаки та прояви. У той же час реклама, перш за все, — інформація, що поширюється до того на договірній основі. Звідси виключного права на рекламу бути не може. Тим реклама відрізняється від інших видів інформації, на які можуть бути виключні права. Реклама — виключно регулюється у сфері відносних правовідносин: створюється на договірній (професійній) основі, поширюється переважно теж на договірній основі. В разі введення споживача в оману стосовно товару та його споживчих властивостей права потерпілих підлягають захисту на основі конструкції генерального цивільного делікту.

Ще один не менш важливий аспект вибору напрямку правової регламентації рекламної діяльності полягає у можливості її зв'язку з особистими немайновими правами. Реклама може порушувати етичні, особисті права фізичних та юридичних осіб, особливо недобросовісна реклама. Рекламна діяльність до того зв'язана із інститутами договірної права та деліктами, про що вже говорилося вище.

Таким чином реклама й рекламна діяльність штучно відірвані у своєму правовому регулюванні одне від одного. Тому у подальшому варто з'єднати ці правові явища в один інститут в одному кодифікованому акті.

Примітки

1. Особливо це агресивно проявляється в рекламі лікарських препаратів.

Література

1. Сапіахметова П. А., Черемнова А. И. Законодательство Украины о коммерческой рекламе. — Х.: Одиссей, 1999.
2. Господарський кодекс України.
3. Цивільний кодекс України.
4. Про рекламу: Закон України № 178 від 24.09.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003.