

Науковий висновок

щодо доцільності та обґрунтованості прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо імплементатії вимог Директиви ЄС про недобросовісну комерційну практику» (реєстраційний № 1197-І від 26.12.2014 р.)

Науковцями НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України проведено наукову експертизу проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо імплементатії вимог Директиви ЄС про недобросовісну комерційну практику).

Імплементатію можна розглянути як реалізацію міжнародних засобів на внутрішньодержавному рівні, яка здійснюється шляхом трансформації норм міжнародного права в національне законодавство і підзаконні акти.

До пріоритетних належать ті сфери законодавства, від зближення яких залежить зміцнення економічних зв'язків України та держав - членів ЄС, а також довіра до України як до економічного та політичного партнера.

У пояснювальній записці до законопроекту зазначено, що метою прийняття Закону є підвищення ефективності національної системи захисту прав споживачів та приведення її у відповідність до вимог Європейського Союзу в частині законодавчого визначення форм, видів та ознак забороненої недобросовісної комерційної практики.

Проектом пропонується внести до законів України «Про захист прав споживачів» (доповнення до переліку форм підприємницької практики, що вводить в оману та ін.), «Про рекламу» (питання відповідальності за зміст порівняльної реклами та ін.), «Про захист від недобросовісної економічної конкуренції» (питання вимог, яким має відповідати порівняльна реклама), «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» (особливості використання знаку у порівняльній рекламі), Господарського кодексу України (окремі питання неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання) зміни, спрямовані на імплементатію в їх текст положень

Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС № 2005/29/ЄС про недобросовісну комерційну практику щодо споживачів на внутрішньому ринку (Директива про недобросовісну комерційну практику) (надалі - Директиви).

До переваг проаналізованого проекту закону слід віднести те, що він є першою спробою більш змістовно визначити на законодавчому рівні ознаки нечесної підприємницької практики, що забороняється. Це дозволить підвищити правовий захист як споживачів, так і підприємців, шляхом детального нормативного закріплення переліку дій, що кваліфікуються як нечесна підприємницька практика.

Погоджуючись з доцільністю та обґрунтованістю прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо імплементації вимог Директиви ЄС про недобросовісну комерційну практику», реєстраційний № 1197-І від 26.12.2014 р. слід зазначити, що до нього є ряд істотних зауважень.

1. Діюче законодавство України не містить визначення «недобросовісна комерційна практика». Зі змісту проаналізованого проекту закону неможливо зробити висновок стосовно співвідношення поняття «недобросовісна комерційна практика», що застосовується у Директиві, та поняття «нечесна підприємницька практика», визначення якої наведено у підпункті 14 статті 1 Закону України «Про захист прав споживачів» № 1023-ХІІ від 12.05.1991 р. (Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, №30, ст. 379) . Вважаємо за необхідне доповнити підпункт 14 статті 1 Закону України «Про захист прав споживачів» після слів «нечесна підприємницька практика» словосполученням «недобросовісна комерційна практика», у дужках.

2. Із змісту пункту 4 частини 2 нової редакції статті 19 є не зовсім зрозумілим, що мається на увазі під терміном «спосіб продажу». На нашу думку, слід конкретизувати, яка інформація має надаватися споживачу стосовно способу продажу.

3. У пункті 9, яким автори проекту закону пропонують доповнити частину 3 статті 19 Закону України «Про захист прав споживачів», слід уточнити, що мається на увазі під терміном «знак довіри», яким забороняється

маркувати товар без отримання на це відповідного дозволу уповноваженої особи чи власника таких знаків. Слід підкреслити, що поняття «знак довіри» у діючому законодавстві України відсутнє. Також не зовсім зрозумілим є питання стосовно терміну «уповноважена особа» (її правовий статус та повноваження). У пункті 2 Додатку 1 Директиви зафіксовано, що використання маркування товару знаком довіри, знаком якості або знаком відповідності без отримання спеціального дозволу є недобросовісною комерційною діяльністю. Тобто, взагалі не вказано суб'єкта, що надає дозвіл.

4. Законодавством України, а також законопроектом розрізняють діяльність та бездіяльність щодо надання інформації з приводу товару.

Дуже важливо закріпити в законодавстві поняття «суттєва інформація», ненадання якої буде вважатися бездіяльністю. До суттєвої інформації слід відносити: а) основні характеристики товару; б) місцезоташування та повне найменування продавця, в тому числі фірмове найменування, а за необхідності місцезоташування та повне найменування особи, від імені якої виступає продавець; в) ціна товару; г) умови оплати, доставки, виконання договору; д) право відмовитися від товару чи послуги.

5. У ч. 3 законопроекту зазначено, що у ч.1 статті 7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» слова «роботами, послугами» необхідно виключити. Така пропозиція є необґрунтовано, адже робота або послуги підприємства є результатами діяльності підприємства. Такий підхід авторів законопроекту позбавляє можливості виникнення правової охорони на окремі об'єкти — роботи, послуги, які згідно з чинним законодавством є самостійними видами товару. Крім того, ця зміна здатна викликати нову серію практичних спорів тлумачення нової редакції закону. Тому вважаємо за доцільне залишити без змін зміст ст. 7 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції».

6. Запозичені норми Додатку 1 Директиви, якими у проекті закону доповнена частина 3 статті 19 Закону України «Про захист прав споживачів», є переліком видів недобросовісної комерційної діяльності, про що зазначено у

частині 5 статті 5 Директиви. У частині 3 статті 19 чинної редакції Закону України «Про захист прав споживачів» (і у запропонованому проекті закону також) закріплено, що перелік форм підприємницької практики, що вводить в оману, не є вичерпним. На нашу думку, слід привести у відповідність поняття «вид недобросовісної комерційної діяльності» та «форма підприємницької практики, що вводить в оману», оскільки виникають певні розбіжності при тлумаченні змісту закону, виходячи із національної правозастосовної практики.

7. У проекті пропонується доповнити частину 1 статті 8 Закону України «Про рекламу» № 270/96-ВР від 03.07.1996 р. абзацом сьомим наступного змісту: «наводити інформацію, що містить визначені законодавством про захист прав споживачів ознаки нечесної підприємницької практики та введення споживачів в оману або ознаки недобросовісної конкуренції, визначені законодавством про захист від недобросовісної конкуренції». Потрібно зауважити, що авторами проекту не зроблено посилання на відповідні положення законодавства про захист прав споживачів. Окрім цього, навіть у запропонованих змінах до Закону України «Про захист прав споживачів» не визначені саме ознаки нечесної підприємницької практики, а наведений лише перелік видів такої практики. Тобто ознаки нечесної підприємницької практики не закріплені, а, відповідно, перевірити рекламу на наявність інформації, що містить зазначені ознаки, буде неможливим.

8. Авторами законопроекту запропоновано виключити абзац восьмий частини 6 статті 21 Закону України «Про рекламу», у якому зафіксовано заборону розміщення у рекламі лікарських засобів, медичних виробів та методів профілактики, діагностики, лікування і реабілітації порівнянь з іншими лікарськими засобами, медичними виробами, методами профілактики, діагностики, лікування і реабілітації з метою посилення рекламного ефекту.

Слід підкреслити, що Директива ЄС про недобросовісну комерційну практику № 2005/29/ЄС, з метою імплементації положень якої розроблений проект закону, розповсюджується на відносини, що виникають виключно перед, під час та після здійснення правочину між покупцем та продавцем у сфері недобросовісної комерційної діяльності (частина 1 статті 3 Директиви), та

не регулює відносини, пов'язані із порівняльною рекламою. **Питання порівняльної реклами регулюються нормами Директиви 2006/114/ЄС від 12 грудня 2006 р.** Основні вимоги до реклами лікарських засобів в Україні прирівняні до правил ЄС і регулюються **Директивою 92/28 / ЕЕС «Про рекламу лікарських засобів, призначених для людини».**

Проведення будь-яких аналогій між різними лікарськими засобами необхідно в обов'язковому порядку здійснювати на підставі порівняння відповідних та зіставних характеристик лікарських засобів. Порівнюючи лікарські засоби, потрібно спиратися на факти, робити це об'єктивно та за можливістю надання відповідних доказів та проведених клінічних досліджень відповідно до діючого законодавства України.

Пропонуємо викласти абзац восьмий частини 6 статті 21 Закону України «Про рекламу» у наступній редакції з урахуванням положень статті 5 пункт в Директиви 92/28 / ЕЕС «Про рекламу лікарських засобів, призначених для людини» від 31.03.1992 р.: «тверджень що рекламований продукт кращий ніж, або еквівалентний порівняно з іншими лікарськими засобами, медичними виробами, методами профілактики, діагностики, лікування і реабілітації».

Але слід наголосити, що пунктом 4.4. статті 4 розділу XVI Коаліційної угоди, підписаної 21.11.2014 р., передбачено повну заборону будь-якої реклами лікарських засобів. На виконання положень вказаної Коаліційної угоди Міністерством охорони здоров'я України був розроблений План заходів Міністерства охорони здоров'я України з виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України та Коаліційної угоди у 2015 році. Пунктом 6 вказаного плану передбачено створення робочої групи по внесенню змін до законодавства України щодо реклами, зокрема реклами лікарських засобів (повна заборона реклами лікарських засобів у ЗМІ).

9. Недостатньо обґрунтованою є пропозиція розглядуваного проекту закону щодо доповнення частинами 2 та 3 статті 7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР (Відомості Верховної Ради України (ВВР) 1996, № 36, ст.. 164). Питання порівняльної реклами регулюються положеннями Директиви 2006/114/ЄС від 12.12.2006 р.

«Про введення в оману та порівняльну рекламу», норми якої були введені авторами проекту закону у якості частин 2 та 3 статті 7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». З урахуванням викладеного, вважаємо доцільним внести уточнення до преамбули проекту закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», що відбиватиме його направленість на імплементацію вимог Директиви ЄС про недобросовісну комерційну практику та Директиви ЄС про введення в оману та порівняльну рекламу. Також слід відзначити, що у пункті 1 частини 3, яким доповнюється стаття 7 «Про захист від недобросовісної конкуренції», наводиться посилання на ознаки нечесної комерційної практики, визначення яких відсутнє у чинному законодавстві та у розглянутому проекті закону. Окрім цього визначення нечесної підприємницької практики містить таку ознаку, як введення в оману, тому є недоцільним дублювання змісту при формулюванні норми «Використання порівняльної реклами дозволяється якщо...вона не містить визначених законодавством про захист прав споживачів ознак нечесної підприємницької практики та введення споживачів в оману».

Узагальнюючий висновок: За результатами аналізу зроблено висновок, що зазначений законопроект № 1197-І від 02.12.2014 р. доцільно прийняти за основу для доопрацювання з урахуванням висловлених пропозицій та зауважень.

Директор Інституту

Ю.Є.Атаманова