

Консультаційний висновок від експертної групи Всеукраїнської рекламної коаліції у відповідь на звернення компанії МХП (ПрАТ «МХП») з приводу ситуації з агенцією Vandog (ТОВ «Вандог Едженси»)

Компанією МХП (МХП) у 2024 році було оголошено та проведено публічний тендер на створення креативної ідеї для рекламного ролика бренду «Наша Ряба» (реклами курячої гомілки).

За результатами проведеного публічного тендеру МХП було отримано декілька пропозицій від інших учасників тендеру, а також отримано від агенції Vandog (Vandog) слайд (Пропозиція) з рекламними ескізами та ідеєю щодо реклами курячої гомілки.

В подальшому МХП було надано відповідь для Vandog щодо поданої Пропозиції. У відповіді МХП зазначено, що Пропозицію Vandog відхилено, оскільки така Пропозиція не була оригінальною. Також у відповіді повідомлено Vandog, що МХП обрано «більш оригінальні ідеї» інших конкурсантів тендеру.

Через короткий час після завершення тендеру та отримання Пропозиції Vandog МХП було створено рекламний ролик, в якому викладено власну ідею для рекламного ролика бренду «Наша Ряба» (реклами курячої гомілки).

За думкою Vandog, МХП було запозичено креативну ідею рекламного ролику для бренду «Наша Ряба».

Експертна група уважно ознайомились із наданими ВРК матеріалами та детально проаналізували створений рекламний ролик МХП, а також матеріали наданої Vandog Пропозиції (слайд) за результатами участі у тендері, проведеному МХП.

Статтею 7 Закону України «Про авторське право та суміжні права» визначено, що охороні підлягають усі оригінальні твори - оприлюднені та неоприлюднені, завершені та незавершені, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, а також способу вираження. Частина твору, яка може використовуватися самостійно, зокрема оригінальна назва твору, оригінальний персонаж твору, у разі її використання окремо від твору, у складі якого вона створена, розглядається як твір та охороняється відповідно до цього Закону.

Водночас, відповідно до частини третьої цитованої статті, **охорона не поширюється на ідеї, навіть якщо вони у творі виражені, описані, пояснені, проілюстровані.**

Як приклад можна навести ідею «Мадонна з дитиною», яка знайшла і продовжує знаходити втілення у тисячах робіт різних митців. При цьому правовому захисту підлягає саме кожен твір (втілення), а не сама ідея, наскільки інноваційною чи традиційною вона не була б.

Щодо зображення «часової лінії» в рекламах.

Дуже часто реклама має на меті показати плинність часу, в якому кожному епоху рекламований продукт був затребуваним. Часовий простір у рекламі — це ефективний інструмент для створення глибоких асоціацій і контрастів, який дозволяє брендам підкреслити універсальність, довговічність чи інноваційність своїх продуктів для споживання. Таким чином, покупець підсвідомо робить вибір цієї

продукції, адже вона стає історією, в якій рекламований продукт – герой в минулому, теперішньому та, іноді, майбутньому.

На нашу думку, **тендерна пропозиція Vandog із зображенням епох не є новою у світі реклами, а тому не можна стверджувати, що МХП створили ролик виключно на основі ідеї, запропонованої Vandog.**

Потенційна можливість захисту учасників тендеру з боку цивільного права

Публічні тендери почасти мають ознаки конкурсу у розумінні статті 1150 Цивільного кодексу України. Відповідно до частини другої статті 1156 Цивільного кодексу України, якщо предметом конкурсу був результат інтелектуальної, творчої діяльності, **засновник конкурсу має право подальшого їх використання лише за згодою переможця конкурсу.** З огляду на те, що поняття результату інтелектуальної, творчої діяльності у цитованій статті не обмежується творами як об'єктами авторського права, такі результати цілком можуть включати й ідеї. З огляду на це, для використання ідей, запропонованих на конкурсі, необхідно отримувати згоду креативної агенції, яка її запропонувала.

Аналіз наданої інформації вказує на ознаки некоректного оголошення та проведення МХП публічного тендеру на створення креативної ідеї для рекламного ролику (таких як, не виключно: неповідомлення учасників тендеру про те, що в тендері бере участь «внутрішня команда»; присутність «внутрішньої команди» при презентації інших учасників тендеру; комунікація з учасниками тендеру з затримкою і нечіткими поясненнями та відповідями і т. ін.).

Для уникнення подібних ситуацій в майбутньому, рекомендується розробити чіткі, загальнодоступні та прозорі тендерні умови, на підставі яких рекламні агенції братимуть участь в оголошених МХП тендерах та подаватимуть МХП креативні ідеї (пропозиції) щодо рекламних роликів чи реклами в цілому.

Зі свого боку, ВРК надає можливість користуватися Умовами проведення тендеру, викладеними за посиланням https://vrk.org.ua/images/VRK_tenders.pdf

Також рекомендуємо розробити та укласти договори з кожним учасником тендеру (сторонньою рекламною агенцією), який братиме участь в оголошених МХП тендерах.

Такі договори допоможуть мінімізувати ймовірність подібних ситуацій. Рекомендовано, щоб вказані договори включали умови про нерозголошення (конфіденційність) пропозицій учасників тендерів, а також винагороду, яка буде сплачена МХП учасникам тендеру незалежно від того, відхилить або прийме МХП в майбутньому створену учасником тендеру рекламну ідею (пропозицію).

Загалом, наведений аналіз вказує на **істотну проблему, яка існує на рекламному ринку. Предметом тендерів/ конкурсу пропозицій на створення креативних ідей (надалі – креативні тендери) є саме ідеї, які не охороняються авторським правом** як в Україні, так і в багатьох інших державах. Пропонуючи відповідну ідею, креативна агенція робить вибір з мільйонів потенційних ідей (і витрачає на такий вибір чимало ресурсів), пропонуючи саме ті кілька ідей, які – за фаховою оцінкою такої агенції – потенційно можуть бути найбільш ефективними для рекламування та просування на ринку конкретного продукту для конкретної цільової аудиторії в конкретний період часу на конкретній території. Іншими словами, **креативність у цьому випадку багато в чому означає здатність знайти та обрати ідеї, найбільш релевантні (корисні) для вказаних рекламодавцем умов та досягнення заявлених ним цілей.**

Такі ідеї первинно втілюються й презентуються рекламодавцю у скриптах та сторібордах, котрі, власне, і вважаються з точки зору авторського права творами, що підлягають охороні як твори. Ескізний характер таких творів дозволяє несумлінним гравцям ринку досить легко модифікувати спосіб втілення

запропонованої ідеї, змінюючи персонажів, антураж, послідовність подій тощо, й формально доводячи, що новостворений твір є оригінальним й не порушує права відповідної креативної агенції.

Це призводить до правової незахищеності креативної агенції.

У свою чергу, це означає, що законодавство про авторське право не може (принаймні станом на сьогодні) ефективно врегулювати в цій частині відносини між рекламодавцем та креативною агенцією.

Водночас, іще одним напрямком, у якому можуть виникати колізії і який потребує ефективного врегулювання у взаєминах між рекламодавцем та креативною агенцією, є заборона імітувати або копіювати текст, зображення, музичні чи звукові ефекти, що використовуються в рекламі інших товарів, передбачена пунктом 10 частини 1 статті 8 Закону України «Про рекламу».

Як відомо, подібні до описаних проблем (колізій) не можуть бути вирішені на тому ж рівні, на якому вони виникли – тобто на рівні авторського права чи законодавства про рекламу без переходу у соціально-економічну царину, а також від жорсткого регулювання до механізмів м'якого права (soft law).

Саме тому у цьому випадку, основне, на що можуть покладатися учасники креативного тендеру, – це піклування рекламодавцем про власну ділову репутацію шляхом дотримання норм бізнес-етики, або того, що відповідно до статті 7 Цивільного кодексу України називається звичаями, зокрема звичаями ділового обороту.

З огляду на це, нагальним є формування в Україні галузевої культури проведення креативних тендерів виключно на платній основі для всіх учасників тендерів включно з тими, чії ідеї (пропозиції) не було прийнято.

Це спільна справа всіх учасників ринку: рекламодавців, рекламних агенцій, галузевих об'єднань та бізнес-асоціацій. Вказана культура може втілюватися у стандартах та рекомендаціях, розроблених зазначеними суб'єктами у порядку саморегулювання.

При цьому навіть до моменту оприлюднення таких рекомендацій та стандартів кожен рекламодавець та кожна креативна агенція має можливість зафіксувати відповідний підхід у своїх корпоративних документах (наприклад, Положенні про порядок проведення публічних тендерів/ конкурсів пропозицій, Положенні про порядку участі у вказаних тендерах/ конкурсах тощо) й у подальшому приймати усвідомлене рішення, наскільки коректною з точки зору бізнес-етики є участь у креативних тендерах без підписання відповідних договорів та оплати справедливої ціни всім учасникам, які надали свої пропозиції, незалежно від факту визнання їх переможцями.

Окремо слід зазначити, що ВРК вітає результати медіації між МХП та агенцією Vandog, яка стосувалася тендеру щодо проекту «Нова комунікація для гомілки» та вважає цей кейс важливим для розвитку культури проведення креативних тендерів на рекламному ринку України. Такий розвиток є необхідним з огляду на неповноту правового захисту учасників таких тендерів. Відкритість до переговорів та пошуку креативних рішень навіть у конфліктних ситуаціях безумовно вказує на зростання правової культури відповідних учасників ринку.

Експертна група ВРК у складі:

Максим Лазебник, генеральний директор ВРК, магістр права, PhD in economics

Олена Андрієнко, членкиня Наглядової Ради ВРК, заступниця директора з правових питань Publicis Groupe Ukraine

Ернест Грамацький, президент адвокатської фірми «Грамацький і партнери», к.ю.н., доцент Навчально-наукового інституту права КНУ імені Тараса Шевченка