

Министерство образования и науки Российской Федерации
Федеральное государственное автономное образовательное учреждение
высшего образования
«Южно-Уральский государственный университет
(национальный исследовательский университет)»
Юридический институт
Кафедра «Гражданское право и гражданское судопроизводство»

ДОПУСТИТЬ К ЗАЩИТЕ
Заведующий кафедрой
к.ю.н., доцент
_____ Г.С. Демидова
_____ 2018 г.

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА

**СКРЫТАЯ РЕКЛАМА – ПОНЯТИЕ, ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ,
СООТНОШЕНИЕ СО СМЕЖНЫМИ КАТЕГОРИЯМИ**
ЮУрГУ – 40.03.01.2018.429.Ю

Руководитель работы,
Старший преподаватель
Ряполова Ольга Андреевна

_____ 2018 г.

Автор работы
студент группы Ю-429
Серебренникова Елена Юрьевна

_____ 2018 г.

Нормоконтролер
Куклин Сергей Вадимович,
преподаватель

_____ 2018 г.

Челябинск 2018

АННОТАЦИЯ

Серебренникова Е.Ю. «Скрытая реклама – понятие, правовое регулирование, соотношение со смежными категориями».

ЮУрГУ, Ю – 429, 78с., библиограф. список –47 наим.

Работа выполнена с целью анализа правовой сущности скрытой рекламы, рассмотрения особенностей ее правового регулирования.

Для достижения указанной цели исследованы понятие и признаки рекламы; проанализированы общие и специальные законодательные требования к рекламе; рассмотрено правовое регулирование использования скрытой рекламы; выявлено соотношение скрытой рекламы и продакт плейсмент; рассмотрена ответственность за нарушение законодательства о скрытой рекламе.

Научная новизна работы заключается в том, что в ней большое внимание уделяется особенностям правового регулирования скрытой рекламы в международном сравнительно–правовом аспекте.

Практическая значимость исследования проявляется в том, что сделанные в работе выводы могут быть использованы при решении вопроса о разработке специального нормативно–правового акта по регулированию скрытой рекламы, определении его содержания.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	6
Глава 1. ПОНЯТИЕ И ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РЕКЛАМЫ	
1.1 Понятие и признаки рекламы	9
1.2 Общие и специальные законодательные требования к рекламе.....	18
Глава 2. ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ СКРЫТОЙ РЕКЛАМЫ	
2.1 Правовое регулирование использования скрытой рекламы.....	37
2.2 Соотношение скрытой рекламы и продакт плейсмент.....	42
2.3 Ответственность за нарушение законодательства о рекламе	47
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	64
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	69

ВВЕДЕНИЕ

Рекламный рынок России сравнительно молод, и, несмотря на это, у большинства людей уже сформировался негативный образ рекламы. Это подтверждено многочисленными исследованиями, направленными на изучение отношения к рекламе. Российский потребитель сегодня стал более привычным к рекламе и более разборчивым, что привело к повышению уровня критичности в отношении рекламы и, как следствие, снижению ее эффективности. Именно поэтому рекламодатели ищут более изощренные способы привлечения внимания к своей продукции, новые каналы коммуникации, позволяющие миновать «рекламный фильтр» потребителей. Прежде всего, к таким способам следует отнести скрытую рекламу.

По мнению М.В. Барановой¹, скрытая реклама – в значительной мере психологический феномен. Она функционирует в психологической сфере: рекламодатели и производители скрытой рекламы знают ее возможности, концентрируют их, учитывают психо–физиологические потребности потенциального рекламопотребителя и нацеливают на него этот особый вид рекламы в расчете на субъективно–эмоциональный эффект.

Некоторые проблемы скрытой рекламы получают освещение в отечественной гуманитарной литературе, но юридический аспект данного феномена пока остается без внимания и является существенным пробелом в системе научно–практического знания о правовых основах рекламной деятельности.

Сама природа скрытой рекламы, механизм ее функционирования (это, по всей видимости, не учитывают в полной мере не только законодатель, но и многие правоприменители) «выводят» нас в сложнейшую сферу социально–

¹ Баранова, М.В. Правовая природа и социальная опасность скрытой рекламы/М.В. Баранова // Философия права. 2009. №2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-priroda-i-sotsialnaya-opasnost-skrytoy-reklamy> (дата обращения: 23.03.2018).

психологических проблем правового регулирования и, если иметь в виду более широкий контекст, юридического воздействия.

Анализ проблемы усложняется тем, что нередко используемые в рекламе термины, понятия, символы в силу своей коммуникативной природы несут скрытые смыслы. И порой объективно происходит «удвоение» механизмов скрытого воздействия рекламы. Этот фактор также необходимо учитывать в юридической регламентации рекламы и своевременно вводить методы организационно–правового противодействия вышеозначенной опасности. Механизм «скрытого управления» посредством рекламы нельзя недооценивать – вредные последствия его активного функционирования могут быть весьма ощутимы, что объясняет актуальность выбранной темы исследования.

Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся в связи с распространением скрытой рекламы. Предметом исследования являются нормы законодательства и правоприменительная практика в сфере скрытой рекламы.

Цель исследования – изучить понятие, правовое регулирование и особенности скрытой рекламы. Достижение поставленной цели обусловлено решением следующих задач:

- 1) Дать понятие и характеристику признаков рекламы;
- 2) Изучить общие и специальные законодательные требования к рекламе;
- 3) Проанализировать правовое регулирование использования скрытой рекламы;
- 4) Выявить соотношение скрытой рекламы и продакт плейсмент;
- 5) Рассмотреть ответственность за нарушение законодательства о скрытой рекламе.

Методологической основой работы являются сравнительно–правовой, формально–логический и системно–структурный методы.

Нормативной основой является федеральное законодательство в сфере рекламной деятельности и информации.

Теоретической основой послужили работы таких ученых, как И.Л. Викентьева, С.В. Алексеева, В.Л. Музыканта, С.Э. Жилинского, И.В. Ермаковой, М.В. Барановой и др.

Научная новизна работы проявляется в том, что в ней большое внимание уделяется особенностям правового регулирования скрытой рекламы в международном сравнительно–правовом аспекте.

Работа может быть использована при решении вопроса о разработке специального нормативно–правового акта по регулированию скрытой рекламы, определении его содержания.

Глава 1. ПОНЯТИЕ И ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РЕКЛАМЫ

1.1. Понятие и признаки рекламы

Традиционно реклама (от лат. Reclamare – «утверждать, выкрикивать, протестовать») понимается как информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке¹.

С момента появления первой рекламы прошло около ста лет, и в настоящее время количество видов рекламы и ее направлений огромно. Реклама является публичным способом распространения информации, поэтому должна соответствовать требованиям законности и стандартов.

Законодательное регулирование рекламной деятельности осуществляется системой нормативно–правовых актов, фундаментальным из которых является Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 №38–ФЗ² (далее–Закон о рекламе). Необходимость регулировать рекламу со стороны государства вызвана тем, что рекламу видит неопределенный состав лиц, она не адресована в личном канале конкретному получателю, в результате чего она должна уважать честь, достоинство и деловую репутацию всех потенциальных получателей рекламного сообщения.

Легальное определение понятию рекламы дано в ст. 3 ФЗ «О рекламе», согласно которой под рекламой понимается «информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение

¹ Викентьев, И.Л. Приемы рекламы./И.Л. Викентьев– Новосибирск: ЦЭРИС, 2013.– С.38.

² Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38–ФЗ (ред.31.12.17)//СЗ РФ.–№12.– ст.1232

внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке».

Исходя из законодательного определения рекламы можно выделить следующие ее признаки.

Во-первых, реклама – это всегда информация, изготовленная в виде отдельного рекламного продукта.

Во-вторых, реклама адресована не конкретным лицам – адресатам, а неопределенному кругу лиц. Согласно Письму ФНС России от 5 апреля 2007 г. «О понятии «неопределенный круг лиц»¹ под неопределенным кругом лиц понимаются «те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования».

По данному вопросу существует постановление Арбитражного суда, согласно которому распространением рекламной информации среди неопределенного круга лиц было признано размещение листовок с рекламой в почтовых ящиках жильцов, т.к.:

во-первых, в листовках не было указано информации о лицах, которым такая реклама адресована,

во-вторых, при таком способе распространения рекламной информации заранее невозможно определить тех лиц, до которых реклама будет доведена².

В-третьих, нет ограничений в способах, формах и средствах распространения рекламы.

В-четвертых, основной признак рекламы как информации в том, что она имеет цель – привлечение внимания к физическому или юридическому лицу, его товарам и услугам, средствах индивидуализации.

¹ Письмо Федеральной налоговой службы России от 5 апреля 2007 г. №АЦ/4624 «О понятии «неопределенный круг лиц» // Экономика и жизнь. № 19. 2007.

² Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 30 мая 2011 г. № Ф09–2746/11 по делу № А50–26562/2010 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

Конечная цель рекламы – оказывать влияние на потребителей – граждан и юридических лиц. В связи с этим реклама является одним из самых распространенных и эффективных инструментов по реализации товаров и услуг в условиях рыночной экономики.

На практике достаточно часто встречаются ситуации, когда необходимо проводить разграничение между понятиями реклама и оферта. Согласно ст. 437 Гражданского кодекса¹ публичной офертой является «содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется».

На данном основании реклама может быть признана публичной офертой только в тех случаях, когда она содержит все существенные условия договора, однозначно выражает готовность рекламодателя к заключению договора с любым лицом, которое отзовется. Несмотря на то, что реклама хоть и направлена на неопределенный круг лиц, в случае реклама, признанная публичной офертой, обязывает рекламодателя заключать договор с обратившимся с этим потребителем. В силу ст. 11 ФЗ «О рекламе» срок действия рекламы как публичной оферты составляет два месяца со дня распространения такой рекламы.

Однако рекламодателем может быть установлен иной срок. Так, например, если в рекламе сказано, что цены на какой-либо товар действуют в течение определенного времени, то цена может измениться только на следующий день после указанного срока.

Если же реклама не содержит существенных условий договора, то она не может являться публичной офертой, а по общему правилу является предложением делать оферты. Разница заключается в последствиях: в случае рекламы как оферты рекламодатель обязуется заключать договоры с любыми откликнувшимися на оферту лицами, а в случае рекламы как предложении

¹ Гражданский кодекс РФ от 30.11.1994 №51 (ред.29.12.17) // СЗ РФ.–1994.–№32.–ст.3301.

делать оферты оферентом обычно является потребитель, рекламодатель выступает в роли акцептанта, т.е. не обязан, но имеет право заключать договор.

Во избежание соответствующих обязанностей заключать договор рекламодатели нередко используют в рекламе оборот «рекламное предложение не является публичной офертой», что может являться существенным доказательством. Так, в одном из дел суд оставил иск гражданина о понуждении организации–рекламодателя к заключению договора на условиях, размещенных на сайте, без удовлетворения на том основании, что на сайте было указано, что вся информация о товаре не является публичной офертой¹.

Кроме этого, важное значение имеет разграничение рекламы от информации, не являющейся рекламой.

Согласно ст. 2 ФЗ «О рекламе» данный Федеральный закон не распространяется на:

- 1) политическую рекламу, в том числе предвыборную агитацию и агитацию по вопросам референдума;
- 2) информацию, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом;
- 3) справочно–информационные и аналитические материалы (обзоры внутреннего и внешнего рынков, результаты научных исследований и испытаний), не имеющие в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой;
- 4) сообщения органов государственной власти, иных государственных органов, сообщения органов местного самоуправления, сообщения муниципальных органов, которые не входят в структуру органов местного самоуправления, если такие сообщения не содержат сведений рекламного характера и не являются социальной рекламой;

¹ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 октября 2011 г. № 17АП–9876/2011– ГК по делу № А60–97292011 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

- 5) вывески и указатели, не содержащие сведений рекламного характера;
- 6) объявления физических лиц или юридических лиц, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности;
- 7) информацию о товаре, его изготовителе, об импортере или экспортере, размещенную на товаре или его упаковке;
- 8) любые элементы оформления товара, помещенные на товаре или его упаковке и не относящиеся к другому товару;
- 9) упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

Так, например, баннер, содержащий информацию о наименовании организации, виде ее деятельности, номера офиса и контактного телефона, не содержит ни конкретных данных о товаре, ни об условиях его приобретения или использования и носит информационный характер¹.

Как уже отмечалось выше, реклама является атрибутом рыночных отношений. Следовательно, реклама наиболее тесно соприкасается именно с предпринимательством.

Рекламная деятельность – это деятельность субъектов рекламы (рекламодателей, рекламораспространителей и рекламопроизводителей) по производству, размещению и распространению любыми способами рекламной информации, направленной в конечном счете на потребителей.

Рекламная деятельность является деятельностью предпринимательской, следовательно, ей присущи те же признаки, что и предпринимательской деятельности, а именно:

- самостоятельность субъектов рекламной деятельности;
- наличие риска в деятельности, т.е. возможности наступления неблагоприятных имущественных последствий;

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16 апреля 2013 г. № 15567/12 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7.

– направленность на систематическое извлечение прибыли;
– регистрация субъектов рекламы в качестве субъектов предпринимательской деятельности.

Согласно ст. 2 ФЗ «О рекламе» данный федеральный закон не распространяется на объявления физических лиц или юридических лиц, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности.

Таким образом, рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

История формирования отечественного законодательства о рекламе формально начинается в 1991 году с принятием закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»¹. В качестве формы недобросовестной конкуренции статья 10 закона в первый раз обозначила введение в заблуждение и некорректное сравнение².

Следующий важный для регулирования рекламной деятельности правовой акт был принят 27 декабря 1991 года. Это Закон «О средствах массовой информации»³ (далее – закон о СМИ).

Дальнейшее развитие правового регулирования рекламных отношений в России связано с вступлением в силу Закона РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.92⁴, который установил требования к информации о товарах, услугах для потребителя, и ввел ответственность за нарушения права потребителя на информацию.

¹ Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948–1 (ред. от 26.07.2006) «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»// СЗ РФ.–1991.–№16.–ст.499.

² Алексеев, С.В. Правовое регулирование маркетинговой деятельности: учебное пособие для вузов./С.В. Алексеев.– М.: ЮНИТИ–ДАНА, Закон и право, 2013.– С.21.

³ Закон РФ от 27.12.1991 N 2124–1 (ред. от 18.04.2018) «О средствах массовой информации»// Ведомости съезда народных депутатов РФ и ВС РФ.–1991.–№7.–ст.300.

⁴ Закон РФ от 07.02.1992 № 300–1 (ред. от 03.07.2016) «О защите прав потребителей» // Собрание законодательства РФ – 1996– № 3. – Ст. 140.

18 июня 1995 года был принят первый закон РФ «О рекламе», являющимся основным нормативно–правовым актом, регулирующим рекламную деятельность в РФ. 13 марта 2006 года был принят новый закон о рекламе, который вступил в действие 1 июля 2006 года и на сегодняшний день уже претерпел несколько изменений¹.

В настоящее время в узком смысле законодательство РФ о рекламе состоит из Федерального закона «О рекламе» и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов.

К ним следует отнести отдельные нормы федеральных законов:

–«Об обращении лекарственных средств»² (№ 61–ФЗ от 12.04.10 г.),

–«О рынке ценных бумаг» (№ 39–ФЗ от 22.04.96 г.) и некоторых других, посвященных рекламе.

Кроме того, на регулирование отношений в области рекламы влияют и другие нормативно–правовые акты, содержащие общие положения, регулирующие рекламную деятельность как вид предпринимательской деятельности.

На уровне субъектов Российской Федерации, распространение наружной рекламы регулируется дополнительными подзаконными актами, к примеру, в Челябинске:

1. Решением Челябинской городской Думы от 10 декабря 2013 года № 46/27 «Об утверждении Положения о порядке распространения наружной рекламы и информации в городе Челябинске»³;

2. Постановление Администрации г. Челябинска № 52–п от 12.05.2014 «Об утверждении схемы размещения рекламных конструкций на территории города Челябинска»¹.

¹ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38–ФЗ (ред. от 31.12.2017) «О рекламе» // Собрание законодательства РФ – 2006– № 12. – Ст. 1232.

² Федеральный закон от 12.04.2010 № 61–ФЗ (ред. 28.12.17) «Об обращении лекарственных средств» // Собрание законодательства РФ.–2010–№16.–ст.1815.

³ <http://www.chelduma.ru/npa/ob-utverzhdenii-polozeniya-o-poryadke-rasprostraneniya-naruzhnoy-reklamy-i-informacii-v-gorode>

Таким образом, в России (в отличие от некоторых европейских государств и США), сложился так называемый «смешанный» способ правового регулирования рекламных отношений: наряду с федеральным правовым актом (Закон «О рекламе») существуют и другие источники регулирования.

Законодательство о рекламе прежде всего выделяет основных участников рекламной деятельности. В договорных отношениях, как правило, участвуют:

1. Рекламодаватель. В легальном представлении рекламодаватель – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

2. Рекламопроизводитель. С точки зрения нормативного определения – это лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

3. Рекламораспространитель. Это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, к примеру, коммуникационные каналы².

Следует отметить, что со статусом рекламораспространителя связываются налоговые последствия. Так, при размещении рекламы на поверхности транспортного средства плательщиком единого налога не вмененный доход признается организация осуществляющие размещение рекламы, а не организация, предоставляющее транспортное средство.

Важнейшим элементом регулирования рекламных отношений в Российской Федерации, является договор, заключаемый между рекламодателем, с одной стороны, и рекламораспространителем или рекламным агентством – с другой. Это договор на распространение рекламы или договор на возмездное оказание рекламных услуг.

¹ <https://cheladmin.ru/resolution/postanovlenie-administracii-g-chelyabinska-no-52-p-ot-12052014>

² Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. 31.12.2017) «О рекламе» // Собрание законодательства РФ – 2006– № 12. – Ст. 1232.

Договоры на оказания рекламных услуг отличаются разнообразием, определяемым, прежде всего, предметом договора. В зависимости от предмета договора выделяют:

- на размещение рекламной информации в эфире телеканалов и радиостанций;
- на размещение рекламной информации в прессе;
- на размещение рекламы на объектах наружной рекламы;
- на распространении рекламы а метрополитене;
- на распространении рекламы в сети Интернет и иными способами.

Можно резюмировать, что отношения, складывающиеся в рекламной сфере, являются гражданско–правовыми, и, соответственно, договорные отношения, связанные с осуществлением рекламной деятельности, регламентируются гражданским законодательством, и, следовательно на них распространяются нормы соответствующих подразделов ГК РФ.

Ответственность за нарушение рекламного законодательства реализуется в соответствии с Федеральным законом «О рекламе», Кодексом об административных правонарушениях и Гражданским кодексом РФ, при этом ответственность несут как физические лица, так и юридические, в том числе рекламодатели и рекламораспространители.

В соответствии с законом «О рекламе», нарушение субъектами законодательства о рекламе влечет за собой ответственность, в соответствии с административным и гражданским законодательством. Так, лица, чьи права были нарушены при распространении ненадлежащей рекламы, могут обратиться в суд с иском о возмещении убытков, о возмещении вреда и о компенсации морального вреда в порядке гражданского судопроизводства.

Одной из основных тенденций совершенствования современного российского законодательства является развитие его в рамках институтов саморегулирования.

Саморегулирование в области рекламы юридически регламентируется 4 главой ФЗ « О рекламе» и ФЗ «О саморегулируемых организациях» (№ 315– ФЗ от 1.12.2007 г.)¹.

В свою очередь Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» закрепил основные единые требования, определяющие порядок создания и функционирования указанных организаций в России.

Таким образом, были рассмотрены общие положения о понятии рекламы и основы ее правового регулирования в Российской Федерации.

1.2. Общие и специальные законодательные требования к рекламе

Разнообразие проявлений рекламы обуславливает наличие множества законодательных требований к содержанию и распространению рекламы. Право потребителей на получение достоверной и добросовестной рекламы, предупреждение нарушений рекламного законодательства и иные цели реализуются через установление правовых требований к рекламе, которые призваны отражать существующие потребности развития товарного, рекламного и других рынков, а, следовательно, и всей экономики страны. При регулировании данного аспекта рекламы необходимо учитывать динамику, происходящую на рынке рекламы. Федеральный закон «О рекламе» содержит систему законодательных требований к содержанию и распространению рекламы.

Система требований структурно состоит из общих и специальных требований. Общие требования предъявляются к рекламе всех видов независимо от объекта рекламирования, форм выражения, содержания, способа, места распространения рекламы и иных факторов. Их целью является регулирование не только существующих средств и методов осуществления рекламы, но и влияние на появление новых способов ее проявления.

¹ Федеральный закон от 01.12.2007 № 315–ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О саморегулируемых организациях» // Собрание законодательства РФ – 2007– № 49. – Ст. 6076.

Как пишет Музыкант В.Л., «любая реклама, не соответствующая требованиям закона, является ненадлежащей»¹. Данная мысль находит свое отражение в ФЗ «О рекламе», который содержит нормы, делающие более четкими и структурированными данные требования. При этом очевидно прослеживается следующее правило: ненадлежащей является реклама, не соответствующая требованиям закона.

Общие требования к рекламе установлены главным образом в ст. 5 ФЗ «О рекламе».

Наиболее значимыми требованиями, предъявляемыми к рекламе, ФЗ «О рекламе» признает ее добросовестность и достоверность. При этом законодательно не установлены определения данных критериев рекламы, они раскрываются через серию признаков.

Как отмечает Жилинский С.Э., «проведение в жизнь постулатов о добросовестной и достоверной рекламе Федеральный закон «О рекламе» нормативно обеспечивает двумя путями: во-первых, установкой на то, что недобросовестная и недостоверная реклама не допускается, и во-вторых, введением исчерпывающего перечня того, что конкретно признается недобросовестной, а что недостоверной рекламой»².

Закон наделил недобросовестную рекламу четырьмя признаками, наличие хотя бы одного из которых является основанием для отнесения рекламы к недобросовестной.

Во-первых, согласно закону недобросовестной признается реклама, которая «содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами».

Данное положение содержится также в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами

¹ Музыкант, В.Л. Теория и практика современной рекламы./В.Л. Музыкант– М., 2008.– С. 98.

² Жилинский, С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник. 9-е изд., пересмотр. и доп.–С.Э. Жилинский– М.: Норма, 2008.– С. 804.

Федерального закона «О рекламе»¹, который закрепил, что реклама должна признаваться недостоверной в случае несоответствия фактическим обстоятельствам сведений, относящихся как к деятельности (товару) рекламодателя (объекту рекламирования), так и относящихся к деятельности (товару) конкурентов (не являющейся объектом рекламирования).

Кроме того, согласно тому же пункту Постановления Пленума ВАС РФ при сравнении товаров рекламодателя с товарами его конкурентов судам нельзя допускать «сравнение, основанное на несопоставимых критериях, или неполное сравнение товаров, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства».

Законодательство не содержит разъяснений, что можно считать некорректным сравнением, нет и критериев «корректности». По мнению Ермаковой И.В., «некорректным является сравнение, которое вводит потребителей в заблуждение, сравнение, которое осуществлялось по различным качественным характеристикам товаров, если реклама относится к распространению информации, содержащей неточные, искаженные сведения, сравнение в пользу рекламируемого товара без предоставления документального обоснования. Некорректным является также сравнение, при котором вывод о преимуществе рекламируемого товара сделан на основе лишь одного критерия, в то время как для объективности такого вывода необходимо сравнение по совокупности критериев»².

При этом необходимо подчеркнуть запрет на некорректность сравнения, а не общий его запрет. При сравнении собственной деятельности или товара с деятельностью или товаром конкурента рекламодателю необходимо учитывать, что такая реклама должна сопровождаться объективным подтверждением критерия, по которому производится сравнение.

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ.– № 12.– 2012.

² Ермакова, И.В. К вопросу о запрете некорректного сравнения в рекламе/И.В. Ермакова // Адвокат. –2014.– № 11.– С. 59.

Во-вторых, недобросовестной признается реклама, которая «порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента». Данная форма ненадлежащей рекламы заключается, как правило, в рекламе, которая так или иначе содержит суждения, высказывания, мысли, идеи, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию лица. Понятия чести, достоинства и репутации связаны с нематериальным благом и являются категориями этики.

Честь означает моральное отношение человека к самому себе и со стороны общества, когда моральная ценность личности связывается с моральными заслугами человека, с его конкретным общественным положением, родом деятельности и признаваемыми за ним моральными заслугами, достоинство есть самооценка лицом своих моральных и профессиональных и иных качеств, а репутация – сложившееся общественное мнение о достоинствах и недостатках лица.

Честь, достоинство и деловая репутация принадлежат физическим лицам от рождения, а деловая репутация юридического лица появляется в момент его создания (регистрации). Право граждан на защиту чести, достоинства и деловой репутации является их конституционным правом, а деловая репутация юридических лиц – одним из условий их успешной деятельности.

Как отмечается в п. 7 Постановления Пленума ВС РФ «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»¹, порочащими, в частности, являются «сведения, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности,

¹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 2 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Российская газета. № 50. 2005.

нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица». Согласно тому же документу порочащие сведения должны соответствовать трем критериям: наличие факта их распространения, порочащий характер и несоответствие этих сведений действительности.

Из текста закона очевидно, что недобросовестная реклама в данном случае может порочить честь, достоинство и деловую репутацию как конкурента, так и обычного человека или юридического лица, не являющихся таковыми и никак не связанного с рекламодателем.

В-третьих, недобросовестной признается реклама, которая «представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, если она осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождественен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания, в отношении рекламы которого установлены соответствующие требования и ограничения, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара».

На практике данное нарушение имеет место, когда реклама товара (имеющего ограничения по месту и времени размещения рекламы) подменяется рекламой товара, который таких ограничений не имеет. Такая реклама в литературе называется суррогатным рекламированием, завуалированной, или зонтичной рекламой.

Наибольшее распространение данное явление получило в связи с рекламой алкогольной продукции, в отношении которой статьей 21 ФЗ «О рекламе» установлен достаточно широкий перечень ограничений на рекламирование. Недобросовестные лица зачастую с целью избежать установленные ограничения под видом безалкогольных напитков или иной продукции, вызывающей у потребителей ассоциации с алкогольной

продукцией, рекламируют товары, реклама которых запрещена данным способом, в данном месте или в данное время¹.

В–четвертых, недобросовестной признается реклама, которая «является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством».

Согласно ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» недобросовестная конкуренция – это «любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации».

Глава 2.1 ФЗ «О защите конкуренции» относит к актам недобросовестной конкуренции дискредитацию, введение в заблуждение, незаконное использование результатов интеллектуальной деятельности и ряд других оснований. Данный перечень является открытым, что предусматривает поиск и устранение нарушений антимонопольного законодательства по усмотрению антимонопольных органов.

Таким образом, отсылочный характер данной нормы говорит о том, что в целях избежания негативных последствий нарушения рекламного законодательства субъектам рекламной деятельности при создании той или иной рекламы необходимо убедиться в том, что содержащаяся в ней информация не является отражением недобросовестной конкуренции.

Следующим после добросовестности признаком, которым должна обладать всякая надлежащая реклама, является достоверность. Аналогично недобросовестной рекламе ФЗ «О рекламе» не содержит легального

¹ Решение Федеральной антимонопольной службы России от 8 июня 2015 г. по делу № 4–14.3–283/00–08–15 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

определения недостоверной рекламы. Законодатель квалифицирует недостоверность посредством перечисления в ч. 3 ст. 5 ФЗ «О рекламе» двадцати критериев, перечень которых является исчерпывающим.

П. 29 Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»¹ закрепил требование достоверности, предъявляемое к информации, содержащейся к рекламе. Кроме того, согласно тому же пункту Постановления Пленума в целях формирования у потребителей истинного представления о товаре, его качестве и потребительских свойствах определено правило, согласно которому использование в рекламе сравнений (через слова «лучший», «первый», «номер один» и пр.) объекта рекламирования с иными товарами (услугами) должно производиться с указанием критерия, по которому производится сравнение и который имеет объективное подтверждение. В случае отсутствия такого подтверждения реклама считается недостоверной, а рекламоделец несет предусмотренные этим неблагоприятные последствия.

В качестве примера, когда данное положение соблюдено рекламоделем, можно привести дело, в котором реклама, содержащая фразу «Завод номер один...», была признана судом надлежащей, т.к. означает не самостоятельное утверждение о первенстве, а означает «первое» по времени создания производство².

Кроме признаков добросовестности и достоверности рекламы ФЗ о рекламе закрепляет и другие требования к надлежащей рекламе, также обязательные при рекламировании товаров (услуг) любых видов, а именно запреты на содержание слов, призывов, побуждений и других смысловых номинаций, перечисленных в ч.ч. 4, 5 ст. 5 ФЗ «О рекламе».

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ. № 12. 2012.

² Апелляционное определение Брянского областного суда от 20 января 2015 г. № 33–4667/2014 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

Сформулированные запреты направлены на поддержание безопасности, а также на недопущение подрыва нравственных основ в обществе.

Согласно ч. 7 ст. 5 ФЗ «О рекламе» не допускается реклама, «в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы». В данном случае речь, как правило, идет не о содержащейся в рекламе недостоверной информации, а об умалчивании рекламодателем тех сведений, которые имеют существенное значение в рекламе конкретного товара или услуги и отсутствие которых приводит к неправильному восприятию рекламы потребителем, т.е. потребитель вводится в заблуждение относительно характеристик, цен, назначения и иных свойств объекта рекламирования.

Кроме того, согласно п. 28 Постановления Пленума ВАС РФ¹ существенная информация о рекламируемом товаре считается отсутствующей при ее фактическом наличии в рекламе в случае, если она не воспринимается (плохо воспринимается) потребителем в силу ненадлежащего способа изображения (мелкий шрифт, неправильная цветовая гамма и т.д.) и это приводит к искажению смысла рекламы и вводит потребителей в искажение. Оценка рекламы осуществляется также не обладающим специальными познаниями среднестатистическим потребителем. При споре о степени воспринимаемости рекламной информации суд может назначить экспертизу.

В соответствии с ч. 7.1 ст. 5 ФЗ «О рекламе» стоимость товаров и иных объектов рекламирования надлежит указывать в рублях. При необходимости стоимостные показатели могут быть дополнены указанием в иностранной валюте.

В силу ч. 8 ст. 5 ФЗ «О рекламе» «в рекламе товаров, в отношении которых в установленном порядке утверждены правила использования,

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ. № 12. 2012.

хранения или транспортировки либо регламенты применения, не должны содержать сведения, не соответствующие таким правилам или регламентам».

Ч. 9 ст. 5 ФЗ «О рекламе» содержит запрет на скрытую рекламу. Скрытой является реклама, оказывающая «не осознаваемое потребителями рекламы воздействие на их сознание, в том числе такое воздействие путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами». Особо подчеркивается недопущение скрытой рекламы в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции – наиболее популярных средствах ее распространения. Вред скрытой рекламы заключается в том, что она не воспринимается осознанно как реклама, и, как следствие, рекламопотребитель вынужден подвергаться психоинформационному воздействию¹.

В соответствии с ч. 10 ст. 5 ФЗ «О рекламе» устанавливается запрет на распространение рекламы на учебной литературе (учебниках, учебных пособиях и т.д.), предназначенных для обучения детей по основным образовательным программам начального общего, основного общего, среднего общего образования, а также на рекламу на школьных дневниках и школьных тетрадях.

Данная норма призвана не отвлекать детей от занятий в школе, а также оградить от влияния рекламы лиц, отличающихся несформировавшейся психикой, недостатком жизненного опыта и повышенной легковерностью.

Следует отметить, что норма содержит закрытый перечень объектов, на которых не допускается размещение рекламы. В данном контексте запрет не касается учебной литературы, предназначенной для дошкольного образования, для всех видов профессионального образования, а также для дополнительного образования, установленных ст. 2, 4 ФЗ от 29 декабря 2012 г. № 273–ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»².

¹ Баранова, М.В. Правовая природа и социальная опасность скрытой рекламы/М.В. Баранова // Философия права. –2009.– № 2.– С. 43.

² Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273–ФЗ (ред. от 1 мая 2017 г.) «Об образовании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ.– 2012.– № 53 (ч. 1). –ст. 7598.

В силу ч. 10.1 ст. 5 «не допускается размещение рекламы информационной продукции, подлежащей классификации в соответствии с требованиями Федерального закона от 29 декабря 2010 года № 436–ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»¹, без указания категории данной информационной продукции».

Согласно ч. 10.2 ст. 5 ФЗ «не допускается распространение рекламы, содержащей информацию, запрещенную для распространения среди детей в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2010 года № 436–ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», в предназначенных для детей образовательных организациях, детских медицинских, санаторно–курортных, физкультурно–спортивных организациях, организациях культуры, организациях отдыха и оздоровления детей или на расстоянии менее чем сто метров от границ территорий указанных организаций».

Ч. 11 ст. 5 ФЗ «О рекламе» гласит следующее: «при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации».

По смыслу данной нормы к рекламным правоотношениям применяется все законодательство РФ, включающее Конституцию России, Федеральные конституционные законы, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ, Федеральные законы и иные правовые акты.

Согласно Письму ФАС России от 28 мая 2015 г. № АД/26584/15 «О разъяснении отдельных положений Федерального закона «О рекламе»²

¹ Федеральный закон от 29.12.2010 №436–ФЗ (ред. 01.05.17) // Собрание законодательства.– 2011–№1.–ст.48.

² Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 28 мая 2015 г. № АД/26584/15 (с изм. от 18 августа 2016 г.) «О разъяснении отдельных положений Федерального закона «О

указанная норма носит отсылочный характер к общим положениям законодательства РФ, ответственность за нарушение ч. 11 ст. 5 ФЗ «О рекламе» не наступает. Если же нарушены положения ГК РФ, то защита прав осуществляется в соответствии с общим порядком, предусмотренным гражданским законодательством.

Если общие требования предъявляются к любой рекламе независимо от конкретных форм, средств и видов рекламных объектов, то специальные правовые требования к рекламе направлены на регулирование отдельных видов рекламируемых товаров или рекламируемых услуг, а также способов распространения рекламной информации.

Среди отдельных способов распространения рекламы ФЗ «О рекламе» выделяет семь способов. Кроме особых требований к виду рекламы по способу распространения, ФЗ о рекламе содержит также особенности рекламы отдельных видов товаров и услуг.

Так, специальные требования установлены:

- 1) к рекламе алкогольной продукции;
- 2) к рекламе лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг, методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, методов народной медицины;
- 3) к рекламе биологически активных добавок и пищевых добавок, продуктов детского питания;
- 4) к рекламе продукции военного назначения и оружия;
- 5) к рекламе ценных бумаг.

К отдельным видам услуг, рекламирование которых подчиняется специальным правовым требованиям, относятся:

- 1) основанные на риске игры, пари;
- 2) финансовые услуги и финансовая деятельность;

3) услуги по заключению договоров аренды, в том числе договора пожизненного содержания с иждивением;

4) деятельность медиаторов по обеспечению проведения процедуры медиации.

Каждому из данных способов распространения рекламы, а также видов рекламируемых объектов присущи свои особенности, что и обуславливает необходимость специального правового регулирования рекламы.

Особое внимание также следует уделить способам размещения рекламы, относящимся к средствам массовой информации, – теле- и радиопрограммам, теле- и радиопередачам, и периодическим печатным изданиям. Несмотря на различие в способах распространения рекламы данные СМИ обладают некоторыми общими особенностями.

Во-первых, реклама должна сопровождаться или ей должно предшествовать предупреждение о рекламе. Так, прерывание телепрограммы или телепередачи, радиопрограммы или радиопередачи должно предваряться сообщением о последующей трансляции рекламы (кроме спонсорской рекламы), а реклама в печатном СМИ должна сопровождаться пометкой «реклама» или «на правах рекламы».

Во-вторых, установлены ограничения продолжительности и объема рекламы, распространяемой данными СМИ:

– реклама в телепрограммах не должна занимать более семи процентов площади кадра и ее продолжительность не может превышать пятнадцать процентов времени вещания в течение часа;

– продолжительность рекламы в радиопрограммах (не зарегистрированных в качестве СМИ и специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера) не может превышать двадцать процентов времени вещания в течение суток;

– объем рекламы в печатных изданиях, не специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера, должен составлять не более

сорока пяти процентов объема одного номера периодических печатных изданий.

Регламентирование распространения рекламы в телепрограммах, телепередачах, радиопрограммах, радиопередачах и периодических печатных изданиях направлено на защиту интересов граждан в противовес и за счет интересов субъектов противоположной стороны рекламы – главным образом, рекламодателей и рекламораспространителей.

Еще большую актуальность в связи с развитием и широким распространением данного способа распространения рекламы на сегодняшний день вызывает правовое регулирование рекламы, распространяемой по сетям электросвязи.

В силу ст. 2 ФЗ от 7 июля 2003 г. № 126–ФЗ «О связи»¹ под электросвязью понимаются «любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам».

В соответствии со статьей 18 Федерального закона «О рекламе» к сетям электросвязи относятся телефонная, факсимильная, подвижная радиотелефонная связь. Согласно Письму Федеральной антимонопольной службы России от 19 мая 2006 г. № АК/7654 «Об особенностях отдельных способов распространения рекламы»² установленные ст. 18 ФЗ «О рекламе» требования распространяются также на рекламу, распространяемую через «Интернет». При этом данное положение не применяется к случаям обращения пользователей сети «Интернет» к сайтам по адресам их доменов, на которых владельцами (администраторами) сайтов размещена реклама.

¹ Федеральный закон от 07.07.2003 г. № 126–ФЗ (ред. от 17.04.2017 г.) «О связи» // Собрание законодательства РФ.– 2003.– № 28.– ст. 2895.

² Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 19 мая 2006 г. № АК/7654 «Об особенностях отдельных способов распространения рекламы» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

Ст. 18 ФЗ «О рекламе» закрепляет следующие положения о данном способе распространения рекламы.

Во-первых, необходимым условием для такого способа распространения рекламы является предварительное согласие абонента или адресата на получение рекламы. Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» абонентом или адресатом является владелец электронной почты или номера телефона, на которые поступило рекламное сообщение. При этом законодательно не определены порядок и форма получения предварительного согласия на получение рекламы данным способом, из чего следует вывод, о том, что необходимое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для подтверждения волеизъявления абонента или адресата. Как отмечается в вышеупомянутом Постановлении, согласие на получение информации справочного характера (прогноза погоды, курсов обмена валют) не может означать согласия на получение рекламы.

Кроме того, презюмируется отсутствие согласия абонента или адресата на получение рекламы, т.е. рекламораспространитель обязан доказать получение согласия. Распространитель рекламы обязан немедленно прекратить распространение рекламы при обращении к нему с таким требованием адресата.

Во-вторых, запрещается распространение рекламы через сети электросвязи путем автоматического дозвонивания или автоматической рассылки, т.е. с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

В-третьих, при справочном телефонном обслуживании (как платном, так и бесплатном), в том числе осуществляемом посредством подвижной радиотелефонной связи, реклама может предоставляться только после сообщения справки, запрашиваемой абонентом.

В–четвертых, при определении стоимости услуг по предоставлению телефонных соединений на условиях повременной оплаты не должно учитываться время распространения рекламы.

Как отмечает ФАС России в Письме от 31 октября 2013 г. № АК/43077/13 «О рекламе посредством смс–сообщений»¹, в настоящее время наблюдается увеличение количества обращений абонентов о поступлении СМС–рекламы. В отношении данного положения важное значение имеет разграничение понятий рекламы и иных видов информации, распространяемых посредством СМС–сообщений, отправляемых операторами своим абонентам. Так, согласно Письму ФАС России от 13 июня 2013 г. № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе СМС–сообщений оператора связи»² к рекламе не относится, в частности, следующая информация:

- об изменении стоимости данных услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана;
- об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами;
- о нахождении абонента в роуминге;
- об изменении порядка оплаты данных услуг, в том числе о возможности изменения порядка оплаты данных услуг по выбору абонента, не связанного с подключением дополнительной услуги за дополнительную плату.

С развитием интернет–технологий распространение получило такое явление, как рекламный спам, т.е. рекламные сообщения о товарах и услугах, рассылаемые на почтовые адреса без согласия адресатов.

¹ Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 31 октября 2013 г. № АК/43077/13 «О рекламе посредством смс–сообщений» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

² Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 13 июня 2013 г. № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе СМС–сообщений оператора связи» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

Согласно Правилам оказания телематических услуг¹ спамом является «телематическое электронное сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя».

Факт распространения спама был установлен антимонопольным органом, а затем подтвержден Постановлением ФАС Уральского округа, согласно которому ненадлежащей была признана реклама деятельности ООО «Директ Студио», отправляемая на электронный ящик ООО «Рубин» без его предварительного согласия².

Согласно Письму ФАС России от 28 августа 2015 г. № АК/45828/15 «О рекламе в сети «Интернет»³ не является рекламой:

– информация о производимых или реализуемых товарах, распространенная на сайте производителя или продавца, если она предназначена для информирования о товарах, ассортименте, правилах пользования и т.д.;

– информация о хозяйственной деятельности организации, о проводимых ей акциях и мероприятиях;

– информация о скидках и акциях, размещенная на сайтах, специализирующихся на реализации купонов, билетов, предоставляющих скидку на товары;

¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 10 сентября 2007 г. № 575 (ред. от 3 февраля 2016 г.) «Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 38. Ст. 4552.

² Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 15 февраля 2011 г. № Ф-09-113-11-С1 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

³ Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 28 августа 2015 г. № АК/45828/15 «О рекламе в сети «Интернет» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

– гиперссылки на различные сайты, форумы, выданные поисковой системой по результатам обработки запроса (кроме использования систем контекстной рекламы).

При этом рекламой будет являться информация, направленная главным образом не на информирование потребителей о характере реализуемых товаров, услуг или о деятельности компании, а на выделение их среди однородных товаров или компаний.

Вместе с тем, нельзя не отметить, что развитие отношений, складывающихся в сети «Интернет», в том числе по поводу распространения рекламы, существенно опережает правовое регулирование. Одна из проблем заключается в том, что рекламное законодательство хоть и признает свое распространение на интернет–рекламу, но «не учитывает всех ее особенностей и специфик»¹.

Так, например, отсутствуют какие–либо требования к видеорекламе в «Интернете». Если в отношении рекламы в телепрограммах и телепередач установлены определенные законодательные требования, то в отношении интернет–видеорекламы таких требований нет, а применению подлежат лишь общие требования к рекламе. В связи с этим целесообразным было бы закрепить некоторые требования к такой рекламе, например, ее продолжительность, громкость звука и пр.

Другая проблема нередко возникает на практике при разрешении вопроса о привлечении к ответственности того или иного лица в качестве нарушителя рекламного законодательства на просторах сети «Интернет».

Так, например, требует правового регулирования вопрос о том, кому должно быть выдано предписание о прекращении нарушения в форме распространение ненадлежащей рекламы на сайте: рекламораспространителю (владельцу сайта, создавшему его, обеспечивающему доступ к нему других лиц и размещающему на нем информацию) или рекламодателю (пользователю

¹ Федосеева, Н.Н. Правовые аспекты Интернет–рекламы/Н.Н. Федосеева // Туризм: право и экономика.– 2006.№5– С. 1.

сайта, устанавливающему объект рекламирования и содержание рекламы)¹. Думается, что, в данном случае необходимо законодательно закрепить исключения из общих правил о разграничении ответственности между субъектами хотя бы исходя из того факта, что более целесообразно было бы выдать предписание о прекращении нарушения субъекту, способному прекратить распространение ненадлежащей рекламы.

Еще одна значимая проблема связана с отсутствием должного правового регулирования киберпространства и юрисдикции государств в этой сфере. Согласно одной из точек зрения суверенитет над национальным сегментом «Интернета» принадлежит тому государству, на территории которого соответствующий сегмент размещается. Так, например, домен «.ru» позволяет говорить о так называемом «Рунете» – российском сегменте киберпространства.

Согласно ст. 2 ФЗ «О рекламе» законодательство о рекламе применяется к случаям распространения рекламы на территории Российской Федерации, но будет ли он распространяться на Интернет–ресурсы с доменами, не относящимися с юрисдикцией Российской Федерации: «.net» «.com» «.org»? Очевидно, данный вопрос требует не только национального правового регламентирования, но и международного.

Наконец, необходимость включения специальных норм о рекламе в сети «Интернет» в Федеральный закон «О рекламе» подтверждается значительным количеством подзаконных актов ФАС РФ по вопросам регулирования распространения рекламы данным способом, что, очевидно, призвано заполнить имеющиеся пробелы, связанные со спецификой сети «Интернет».

Таким образом, на сегодняшний день, правовое регулирование рекламы в сети «Интернет» представлено лишь общими требованиями к рекламе и заключениями относительно распространения рекламы по сетям электросвязи, которые должным образом не отражают особенностей данного способа ее

¹ Балахметова, Д. Реклама в Интернете/Д. Балахметова // Юридическая газета.– 2011.– № 14.– С. 6.

распространения. В связи с этим применение норм ФЗ «О рекламе» на практике нередко является затруднительным. Отсутствие специальных норм, закрепляющих особенности распространения рекламы в сети «Интернет» является предпосылкой для злоупотребления правом как со стороны рекламодателя, так и со стороны рекламодателя, что негативно сказывается на потребителях рекламы.

В результате проведенного в настоящей главе анализа понятия и признаков рекламы необходимо заключить, что законодательно закреплено определение только определения рекламы, понятия рекламной деятельности нет. Реклама обладает рядом признаков, среди которых информационная сущность рекламы, адресация неограниченному кругу лиц, отсутствие ограничений по способу разграничения. Важно различать понятия реклама и оферта: в случае рекламы как оферты рекламодатель обязуется заключать договоры с любыми откликнувшимися на оферту лицами, а в случае рекламы как предложения делать оферты оферентом обычно является потребитель, рекламодатель выступает в роли акцептанта, т.е. не обязан, но имеет право заключать договор.

В Российской Федерации отношения по поводу рекламы регулируются комплексом нормативно-правовых актов: полномочия по регулированию осуществляются как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов и органов местного самоуправления.

Установление общих и специальных требований к рекламе обусловлено множеством проявлений рекламы. Такие требования направлены обеспечение потребителям права на получение достоверной и добросовестной рекламы, предупреждение нарушений рекламного законодательства. В числе специальных требований ФЗ «О рекламе» содержится прямой запрет на скрытую рекламу и дается определение этой категории. Однако, особенности регулирования и распространения скрытой рекламы будут более подробно рассмотрены в следующей главе.

Глава 2. ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ СКРЫТОЙ РЕКЛАМЫ

2.1 Правовое регулирование использования скрытой рекламы

В эпоху новых технологий, постоянного технического прогресса и инноваций реклама стала неотъемлемой частью маркетинга, ведь именно она помогает увеличить продажи, а также сформировать предпочтения покупателей на определенное время. Так, реклама окружает человека повсюду: от огромных билбордов на главных улицах города, до совсем, казалось бы, абсурдных мест, таких как стены жилых домов, остановки, деревья и даже обычные дорожки для пешеходов.

Реклама оказывает большое влияние на наше восприятие и поэтому размещение её должно быть умеренным. Большой проблемой является незаконное размещение рекламы, как на улицах, так и на просторах интернета, а также размещение таких видов рекламы, которые законодательно еще не рассмотрены в РФ. В связи с этим представляется необходимым рассмотреть понятие скрытой рекламы.

Скрытая реклама – реклама, которая оказывает не осознаваемое потребителем воздействие на его восприятие. Такая информация может присутствовать в передачах, изданиях, которые официально рекламными не являются. Скрытая реклама может распространяться путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами.

Основной целью скрытой рекламы является создание перспективного имиджа рекламируемого продукта или предоставляемой услуги.

С целью наиболее полного уяснения сущности скрытой рекламы следует выделить её признаки. Самым первым является завуалированность, которая может проявляться в виде упоминания о товарном знаке, названии фирмы, бренда или быть рекламным текстом в виде статьи в печатных СМИ. Следующий признак скрытой рекламы — её неидентифицированность,

нераспознаваемость, например, при размещении рекламного материала без определения рубрики «реклама» или «на правах рекламы». В этом случае в журналистском материале скрывается реклама товара, фирмы, банка. Скрытая реклама в виде заказных материалов свидетельствует о заангажированности канала коммуникации, утрату объективности, честности, социальной ответственности.

В контексте этики манипулятивных рекламных технологий понятие «скрытая реклама» в отдельных случаях подменяется понятием «недобросовестная», однако эта подмена некорректна, поскольку этическая сущность рекламного сообщения является нравственной, а неэтичным является способ представления информации или использования средства коммуникации.

В этой связи правы исследователи, в частности В. Музыкант, который утверждает, что такая форма рекламы является позитивной, так же, как и её сущность¹. Скрытая реклама не вводит в заблуждение, не искажает, не гиперболизирует, не предоставляет недостоверной или неполной информации, но подаётся она несколько тайно, используя не прямые методы, предоставляя определённое сообщение как будто неумышленно, вопреки главному содержанию информационного потока, находясь на периферии массива сообщений. Она малозаметна, не бросается в глаза, не обременя зрение или слух. Её недостаток не в этической сущности, а в использовании скрытых средств влияния на сознание и подсознание.

Активное функционирование скрытой рекламы стало возможным в связи с развитием традиционных и новейших технологий передачи информации, данный вид рекламы как сущность — явление времени высоких технологий.

Главным средством распространения скрытой рекламы является телевидение. Но также такую рекламу можно обнаружить и в других источниках, например, в печатных СМИ, художественной литературе,

¹ Музыкант, В.Л. Формирование бренда средствами PR и рекламы // В.Л. Музыкант – М.: Экономист, 2002. – С. 287.

компьютерных играх и интернете, немаловажную роль играют также советы влиятельных и авторитетных участников социальных сетей, форумов, владельцев блогов. В отличие от обычной рекламы, скрытая реклама привлекает внимание потребителя новизной своих идей, а также отсутствием формального указателя на принадлежность к рекламе.

Такая реклама оказывает очень сильное воздействие на восприятие человека и гораздо действеннее обычной рекламы, именно поэтому она является ненадлежащей.

Рекламный рынок быстро развивается. Индустрию развития скрытой рекламы можно проследить на таких товарах как алкоголь и табак. После запрета на телерекламу алкогольных напитков в 1996 году заинтересованные лица стали использовать завуалированные способы рекламирования своих товаров, например, вместо открытой рекламы алкогольной или табачной продукции стали рекламировать марку или организацию–производителя.

Также ФАС РФ было доказано, что под видом вспомогательных товаров рекламируются – запрещенные. Это было доказано путем социологических опросов и фокус–групп.

Примером этому может служить вода «Ять», под видом которой рекламировалась одноименная водка. 11 ноября 2004 года на заседании Государственной Думы были внесены поправки о бренде, связанном с алкоголем или табаком, который не может быть использован в рекламе других товаров.

Первая попытка оспорить в судебном порядке именно скрытую рекламу была произведена в 2009 году. Тогда объектом судебного спора была реклама, используемая в фильме “Тариф Новогодний”. Однако тогда суд отказал в удовлетворении иска, аргументируя свое решение тем, что «использование

части фильма в качестве рекламного ролика, не является основанием для исключения данной части фильма, как рекламы¹».

Исходя из положений ФЗ «О рекламе», можно сделать вывод, что реклама в обязательном порядке должна быть идентифицирована, в противном случае она может быть признана скрытой, а, следовательно, будет запрещена к распространению.

Представляется нужным рассмотреть следующий пример из судебной практики. Так, согласно материалам дела № А40–29532/10–51–214 ОАО «Жировой комбинат» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском заявлением к ООО «Централ Партнершип» с требованием о взыскании средств, уплаченных по договору, и процентов за пользование чужими денежными средствами в размере 770,9 тыс. руб.

В обоснование своих требований представитель истца ссылался на то, что между сторонами был заключен договор, в соответствии с которым комбинат обязывался сделать спонсорский вклад в производство художественного фильма под рабочим названием «Ермоловы. Яблоки из райского сада», а общество в свою очередь брало на себя обязательства оказать комбинату услуги по размещению информации о нем и использовать в фильме продукцию, предоставляемую спонсором. В целях исполнения данного договора комбинатом был уплачен спонсорский взнос. Договор был заключен в 2007 году. Съемки закончились в 2008 году, и сериал был перекуплен «Первым каналом», но к 2010 году в эфир так и не вышел.

Ссылаясь на условия договора, согласно которым в случае необнародования или неразмещения фильма на одном из телеканалов в течение 12 месяцев со дня окончания его производства ответчик должен был вернуть спонсорский взнос, комбинат обратился с иском в суд.

¹ Решение Арбитражного суда города Москвы по Делу № А40–168251/09–26–1216 от 11.06.10. [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

В приложениях к договору стороны, в частности, был согласован порядок размещения спонсорской информации с описанием примерных сцен, где может быть использован продукт ОАО «Жировой комбинат» – «Московский провансаль». Основываясь на этих приложениях, суд постановил, что информация должна быть размещена в сериале в форме скрытой рекламы. Судом вышеупомянутый договор был признан недействительным, поскольку он не соответствует условиям ч. 9 ст. 5 ФЗ «О рекламе», в которой содержится прямой запрет на использование в кинопродукции скрытой рекламы. Кроме того в удовлетворении исковых требований было отказано в связи с фактическим оказанием услуги.

Апелляционной инстанцией данное решение было оставлено без изменения.

Однако ФАС Московского округа дело было направлено на новое рассмотрение со ссылкой на п. 9 ст. 2 ФЗ «О рекламе», согласно которому упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

На основании указанной нормы судом кассационной инстанции в ранее принятых решениях были выявлены следующие недостатки:

1. Не было установлено, что оговоренный сторонами способ размещения информации о комбинате и использования его продукции в фильме имел своей целью именно оказание неосознаваемого воздействия на потребителя.

2. Не указано, что договор содержит условие об использовании технических средств.

3. Не решен вопрос, органично ли интегрирована в фильм информация о комбинате и его продукции. Примечательно, что понятие «органично интегрированы» в указанной статье законодательно не определено, следовательно, данное понятие является оценочным критерием, поэтому

правоприменитель может сам конкретизировать данную норму исходя из обстоятельств.

Подобное неоднозначное позиционирование, и при этом отсутствие отчётливо сформулированного понятия в законе, как видно на рассматриваемом примере, вызывает трудности правоприменения..

Кроме того ФАС Московского округа был сделан вывод о том, что в качестве скрытой рекламы может также рассматриваться размещение информации о таких продуктах, непосредственная реклама которых находится под запретом или ограничена. Интегрирование информации о таком продукте в радио-, теле-, видео-, аудио- и кино- или другую продукцию будет иметь своей целью обход установленных в законодательстве ограничений или запретов в отношении «прямой» рекламы.

С. П. Гришаев также отмечает существование так называемого «суррогатного рекламирования», которое осуществляется с целью обойти законодательный запрет на рекламу определенных товаров путем рекламирования указанного товара под видом другого, реклама которого разрешена¹.

Таким образом, было рассмотрено правовое регулирование скрытой рекламы, а также был проведен краткий анализ правоприменительной практики, касающейся рассматриваемого вопроса.

2.2. Соотношение скрытой рекламы и продакт плейсмент

Product Placement – это бартерный или оплаченный рекламодателем рекламный прием, заключающийся в том, что реквизит в аудиовизуальных произведениях имеет реальный коммерческий аналог. Органичное сочетание произведения и рекламируемого объекта применяется для демонстрации логотипа или качества продукта.

¹ Гришаев, С. П. Реклама: правовое регулирование/С.П. Гришаев // СПС Консультант Плюс

История PR уходит корнями в Америку начала XX века, где product placement как технология управления потребительским поведением зародился и сформировался на киностудиях. Воодушевленный доказательством эффективности этой технологии Голливуд превратил ее в самостоятельную индустрию, которая со временем стала формировать массовое потребительское поведение. Именно с 80-х годов XX века все крупнейшие западные киностудии, издательства и СМИ организовали службы, специализирующиеся исключительно на product placement.

История развития product placement в Советском Союзе началась, так же как и в США, довольно давно.

Советские кинорежиссеры прибегали и активно использовали приемы скрытой рекламы, хотя (на тот момент) государственные товары и услуги не нуждались в активном рекламировании, так как в большинстве своем они не имели аналогов и были практически монополистами на рынке. Так, в музыкальной комедии Л. Гайдая «Иван Васильевич меняет профессию» (1973 г.) обращение к зрителям Л. Куравлева в роли Жоржа Милославского: «Граждане, храните деньги в сберегательной кассе!», как и в комедийной картине того же режиссера «Спортлото–82» (1982 г.) настойчивый призыв: «Покупайте билеты Спортлото!».

Также можно сказать, что для СССР был характерен больше идеологический, чем коммерческий product placement. Советское кино продвигало не бренды, а идеологические и государственные ценности.

С одной стороны продакт–плейсмент можно рассматривать как вид скрытой рекламы. Однако с другой стороны в России продакт–плейсмент имеет характерную особенность: он редко является действительно скрытой рекламой. Зачастую актёры просто произносят слоганы, а сам товар или бренд показывается крупным планом.

Сравнение скрытой рекламы и Product Placement представлено Рис.3.

Критерии сравнения	Скрытая реклама	Product Placement
Определение	реклама, которая оказывает не осознаваемое потребителями рекламы воздействие на их сознание, в том числе такое воздействие путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами	оплаченный рекламодателем рекламный прием, заключающийся в том, что реквизит в аудиовизуальных произведениях имеет реальный коммерческий аналог
Правовое регулирование в РФ	п. 5 ст. 9 Федерального закона от 13.03.2006 №38–ФЗ (ред. от 31.12.2017) «О рекламе»	Отсутствует

Рис.3. Сравнение скрытой рекламы и Product Placement

Признанный теоретик маркетинга – Филип Котлер упрощенно описывает Product Placement как технологию размещения рекламы, которая применяется продюсерами в кинофильмах для продвижения товара. Он называет 2 способа:

1) товар или товарный знак просто демонстрируется в кадре

(В «Ночном дозоре» излишне часто и долго держали в кадре рекламные щиты с логотипами «МТС» и Nescafe)¹

¹ Product placement в средствах массовой информации // Под ред. Мэри–Лу Галисиан / пер. с англ. М.: «Эт Сеттера Паблицинг», 2004.

2) кинозвезды используют товар по назначению (рекламы водки «Хортиця» в художественном фильме «Вий»)¹

Кроме того, Product Placement подразделяют на несколько видов:

- 1) визуальный (показ логотипа)
- 2) аудиальный–невербальный (мелодия мобильного телефона)
- 3) аудиальный – вербальный (герой фильма читает рекламный текст)
- 4) кинестетический (автомобиль едет по горящей крыше).

Ассоциация национальных телерадиовещателей уже заявила о необходимости организации и регулирования Product Placement на территории РФ.

Индустрия PP масштабно развивается, однако проблемы в основном возникают из-за отсутствия четкой регламентации такого вида скрытой рекламы в законодательстве. Исключительно важно законодательно закрепить права и ответственность всех сторон этого процесса, начиная от автора, производителя (как правообладателя), заканчивая вещателем (т.е. каналом передачи рекламы).

Рассмотреть нужно не только закон «О рекламе», но также 4 части ГК РФ, касающиеся авторских прав и другие НПА. Открытым, нерешенным, а главное важным вопросом в правовом регулировании является правильная трактовка формулировок, заключенных в НПА.

Так, например, большую сложность представляет разграничить степень оказываемого регулирования, содержащееся в ФЗ № 38 « О рекламе», в п.9 ч.6 ст.5, где законодатель не допускает использования в радио–, теле–, видео–, аудио – и кинопродукции или другой продукции и распространение скрытой рекламы, которое оказывает неосознаваемое воздействие на сознание потребителя рекламы, в том числе воздействие путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами.

¹ Иванова, А.А. Правовые основы применения Product placement на территории РФ/А.А. Иванова //URL: <http://www.mediascope.ru/node/831>(дата обращения: 03.03.2018)

С другой стороны в ч.9 п.2 ст.2 закон разрешает «упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.» Много неточностей можно увидеть при сопоставлении таких понятий как «скрытая реклама» и «органично интегрированное упоминание». Все это приводит к путанице, устранение которой можно осуществить путем обновления существующего ФЗ № 38 «О рекламе».

В связи со сложившейся в России ситуацией отсутствия правового контроля за данным маркетинговым инструментом интересным представляется то, как данный вопрос регулируется в других странах. Например, в США продакт плейсмент официально разрешен, помимо этого существуют достаточно унифицированные внутриотраслевые соглашения, касающиеся применения данного инструмента, выработанные посредством определённого консенсуса между непосредственными участниками рынка.

В большинстве стран Европейского союза до недавнего времени продакт плейсмент находился под запретом. Исключение составляла, например, Австрия. Этим фактом объясняются достаточно скромные, например по сравнению с США, объемы европейского рынка продакт плейсмент. Во многих странах Европейского союза скрытая реклама либо запрещена в принципе, либо допускается с большими оговорками, предостерегающими производителей товаров о невозможности манипулирования общественным потребительским сознанием через скрытую рекламу.

Таким образом, было рассмотрено понятие продакт–плейсмент, которое на данный момент в отличие от скрытой рекламы не имеет никакой правовой регламентации в отечественном законодательстве. При этом данное явление уже давно имеет широкое распространение в российской киноиндустрии, что обуславливает необходимость его надлежащего правового регулирования.

2.3. Ответственность за нарушение законодательства о рекламе

Юридическая ответственность является одной из составляющих механизма правового регулирования общественных отношений. Ни одно правило, определенное законодателем в качестве нормы поведения, не может считаться жизнеспособным, если не установлена ответственность за отступление от него.

Под юридической ответственностью в сфере рекламы следует понимать установленную в особом процессуальном порядке обязанность субъекта, совершившего нарушение законодательства о рекламе, претерпевать лишения личного, имущественного или организационного характера.

Ответственность за нарушение рекламного законодательства реализуется в соответствии с Федеральным законом «О рекламе», Кодексом об Административных правонарушениях РФ и Гражданским кодексом РФ, при этом ответственность за нарушения несут как физические лица, так и юридические, в том числе рекламодатели и рекламодраспространители.

В соответствии с законом «О рекламе», нарушение субъектами законодательства о рекламе влечет за собой ответственность, в соответствии с административным и гражданским законодательством.

В ФЗ «О рекламе» ст. 38 устанавливает, что нарушение физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с гражданским законодательством.

В соответствии со ст. 393 ГК РФ в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения субъектами рекламной деятельности взятого на себя обязательства они обязаны возместить контрагенту убытки, причиненные таким неисполнением или ненадлежащим исполнением.

Возмещение убытков является одним из способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ). В силу ст. 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено,

может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере.

Под убытками гражданское законодательство понимает расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, а также утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб) и неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). (Рис.1)

Лица, права и интересы, которых нарушены в результате ненадлежащей рекламы, вправе обратиться в установленном порядке в суд, в арбитражный суд с исками, в том числе с исками			
о возмещении убытков, включая упущенную выгоду	о возмещении вреда причиненного здоровью и имуществу	о компенсации морального вреда	о публичном опровержении не надлежащей рекламы

Рис.1. Виды исковых заявлений

Одним из оснований гражданско–правовой ответственности является нарушение авторского права, относящегося к соотношению интеллектуальной собственности и рекламы: авторство на рекламу, использование в рекламе чужого произведения, интересы третьих лиц при распространении рекламы, содержащей объект интеллектуальной собственности.

Последний аспект представляется особо интересным, поскольку, замыкаясь только на выяснении отношений между авторами произведений и рекламодателями, игнорируют спорные ситуации с потребителями рекламы и

лицами, использованными в содержании рекламы (имя лица, его облик, голос). Так, гражданин, чье изображение неправомерно использовано в рекламе, вправе требовать в судебном порядке запретить использовать его изображение, изъять кадры с изображением из рекламного ролика и тираж рекламных листовок, плакатов, требовать защиты чести и достоинства при искажении изображения или включении образа в непристойную, компрометирующую ситуацию, компенсации морального вреда и т.п.

Например, в рекламе пива «ПИТ» использовался образ К.Э. Циолковского, употребляющего пиво за рабочим столом. По ФЗ «О рекламе» 1995 г. до изменений от 20 августа 2004 г. запрет на использование в рекламе пива образов людей отсутствовал.

Однако эта реклама была расценена его родственниками как ненадлежащая по другому основанию – как порочащая память и умаляющая образ ученого. ФАС России направила предупредительное письмо рекламодателю о дальнейшем нераспространении данной рекламы¹.

В первую очередь нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях. Невыполнение в установленный срок законного предписания, решения ФАС (его территориального органа) образует самостоятельный состав административного правонарушения, предусмотренный п. 2.4 ст. 19.5 КоАП РФ².

В качестве яркого примера нарушения законодательства можно привести рекламный ролик энергетического напитка «Adrenalin Rush», который производится компанией «Пепси Ко Холдингс».

¹ Спектор, Е.И. Комментарий к Федеральному закону «О рекламе»./Е.И. Спектор– М., 2007.– С.159.

² Кодекс об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195–ФЗ (ред. 31.12.2017) // Собрание законодательства РФ.–2002.–№ 1.(часть 1.)–ст. 1.

В рекламе говорится, что «Вася Иванов обладает безграничной природной энергией. Сейчас ему только 15, а он уже защитил докторскую диссертацию, выиграл чемпионат мира по шахматам, говорит на 15 языках. Да бог с ним, с Васей! Для реальных людей есть энергия «Adrenalin Rush». Пей энергию, достигни большего!»

По мнению председателей правления Международной конференции обществ потребителей ¹, здесь налицо сразу несколько нарушений законодательства о рекламе. В этом ролике, который явно рассчитан на несовершеннолетних, подросткам внушается, что употребление энергетического напитка дает преимущество над теми сверстниками, которые его не пьют, в достижении успехов. В данном случае потребителя вводят в заблуждение.

Это подтверждает даже фраза, построенная следующим образом: «...достичь большего можно, не прилагая никаких усилий, а лишь употребляя «Adrenalin Rush». К тому же этот напиток не рекомендуется пить людям в возрасте до 18 лет, и это указано на упаковке. Но телереклама при этом ориентирована прежде всего на подростковую аудиторию.

Административная ответственность за нарушение рекламного законодательства предусмотрена статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее по тексту – КоАП РФ), которая звучит как «нарушение законодательства о рекламе». Диспозиция данной статьи носит бланкетный характер, называя лишь субъектов ответственности – рекламоделателя, рекламораспространителя и рекламопроизводителя и отсылая нас к нормам Федерального закона от 13.03.2006 N 38–ФЗ «О рекламе» (далее по тексту – Закон о рекламе), поскольку последний и составляет основу рекламного законодательства, предъявляя к рекламе общие и специальные требования, нарушение или несоблюдение которых влечет для конкретных субъектов рекламной деятельности административное наказание в виде

¹ Янин, Д. Реклама. Новые правила игры/Д. Янин // Спрос.– 2006.– № 5.– С. 4– 5.

административного штрафа, размер которого зависит как от вида правонарушения, так и от его субъекта.

В правовой доктрине существует заблуждение о наличии конкретных критериев деяния рекламоделателя и рекламодателя¹.

Практика применения законодательства о рекламе антимонопольными органами показывает, что правоприменителю не составляет труда установить имя изготовителя или продавца ввиду того, что данная информация в силу законодательства о защите прав потребителей обязательно доводится до граждан. Однако ряд сложностей могут породить случаи распространения рекламы крупными компаниями, которые под общим коммерческим обозначением включают в себя множество мелких компаний, осуществляющих деятельность в отдельных направлениях.

Это могут быть компании, занимающиеся розничной торговлей («Связной», «Евросеть»), крупные банковские группы (ВТБ). Имеют место случаи, когда лицо, оплатившее и согласовавшее текст рекламы, и лицо, которое оказывает услуги или продаёт товары, представляют собой совершенно разные организации.

С доктринальной точки зрения, установление рекламоделателя должно происходить следующим образом. Распространение рекламы сопряжено с созданием множества рекламных материалов, к которым можно отнести договор с рекламодателем (рекламным агентством или иным профессиональным участником рекламного рынка), содержащий сведения о заказчике, требования, предъявляемые заказчиком к содержанию рекламы, объект рекламы. Именно заказчик договора должен признаваться рекламоделателем, поскольку именно он определяет содержание рекламного материала.

¹ Догадин, А.О. К вопросу об административной ответственности за нарушения избирательного законодательства /А.О. Догадин// Административное право и процесс.– 2014. –№ 6.– С. 73.

Эта позиция подкрепляется тем фактом, что антимонопольные органы анализируют договор на оказание рекламных услуг именно со стороны заказчика рекламы. Однако практика правоприменения порождает ряд трудностей. Часто на этапе возбуждения дела у антимонопольного органа отсутствуют какие-либо сведения о рекламодателе. В этом случае в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, выступает лицо, товар (или услуга) которого является объектом рекламирования.

Представитель общества в таких случаях обычно заявляет о том, что его доверитель не имеет отношения к рассматриваемой рекламе, поскольку не определял объект рекламирования, не финансировал распространение и создание рекламы. В такой ситуации антимонопольный орган прибегает к формальному применению закона. Рекламодателем признаётся продавец товара.

Одновременно уполномоченное должностное лицо уведомлением вызывает законного представителя общества для составления протокола об административном правонарушении за нарушение срока хранения рекламных материалов (ст. 19.31 КоАП РФ) и непредставление документов по запросу антимонопольного органа (ч. 6 ст. 19.8 КоАП РФ)¹.

Ст. 12 Закона «О рекламе», которая содержит обязанность субъектов по хранению рекламных материалов (их копий), договоров на размещение, производство, распространение рекламы в течение одного календарного года с даты окончания сроков действия этих договоров или со дня последнего распространения рекламы. Ввод данной нормы продиктован практической необходимостью, поскольку нехранение рекламных материалов хозяйствующим субъектом в ряде случаев лишает антимонопольный орган возможности собрать достаточное количество доказательств для привлечения правонарушителя к ответственности. Срок хранения рекламных материалов

¹ Старостин С.А. Проблемы государственного управления при создании публичной инфраструктуры // Административное право и процесс. – 2016.– № 7.– С. 31–33.

один год тождествен сроку давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе (статья 4.5 КоАП РФ). Рекламные материалы и договоры помогают не только собрать достаточное количество доказательств для привлечения к ответственности, но и установить конкретных должностных лиц, которые ответственны за производство и распространение рекламы.

Закон «О рекламе» не обязывает хозяйствующих субъектов предоставлять документы антимонопольному органу. Однако п. 28 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, содержит право антимонопольного органа запрашивать необходимые документы в ходе рассмотрения дела.

Рекламное законодательство предоставляет Федеральной антимонопольной службе и ее территориальным органам право истребовать документы у хозяйствующих субъектов и не содержит пределов по объему, срокам, содержанию запрашиваемой информации. Кроме того, частью 6 статьи 19.8 КоАП РФ предусматривается ответственность субъектов рекламной деятельности за непредоставление информации, которая была запрошена антимонопольным органом. Эта норма содержит более мягкую санкцию, нежели та, что предусмотрена за непредоставление информации, запрошенной в ходе рассмотрения дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства.

Таким образом, объективная невозможность достоверно установить рекламоделателя в ряде случаев обуславливает необходимость привлечения к ответственности продавца товара или лица, оказывающего услуги. Данный пробел в законодательстве позволяет антимонопольному органу признавать рекламоделателем то лицо, которое логически и доктринально им не является.

С одной стороны, это создаёт возможность вынесения незаконных решений антимонопольным органом, с другой – позволяет привлечь к ответственности субъектов рекламной деятельности, которые недобросовестно

скрывают сведения о своих правоотношениях с контрагентами. Актуальным вопросом в применении права является определение рекламодателя в случае, если реклама содержит комплексный объект рекламирования.

В надзорной практике возникают ситуации, когда в рекламе одного продукта одновременно предлагается услуга по предоставлению кредита на его покупку, а также услуги, каким-либо образом связанные с объектом рекламирования. Примером может служить реклама, в которой предлагается приобрести автомобиль в кредит и осуществить комплексное автомобильное страхование.

Подобная реклама содержит три различных объекта рекламирования. Безусловно, они связаны между собой. Однако каждый из участников распространяемой рекламы самостоятельно определяет свою часть рекламы; комплектация автомобиля, условия предоставления кредита, страхового продукта определяются отдельными субъектами.

Судебная практика и практика надзорных органов позволяют сделать вывод о том, что для установления рекламодателя при комплексной рекламе используется толкование возникающих между участниками договорных отношений. В большинстве случаев договорные отношения с рекламораспространителем осуществляет продавец товара, при этом участие кредитной или страховой организации в правоотношениях ограничиваются соглашением с продавцом товара о заключении с покупателем договора кредита или страхования на определённых условиях.

Вопрос разграничения ответственности в таком случае становится спорным: исключительно лицо, определившее объект рекламирования, признаётся рекламодателем и несёт административную ответственность. В данном случае правильность правоприменительной практики не вызывает сомнения, ибо кто согласовал рекламные тексты, тот и должен нести за них ответственность. При этом у антимонопольного органа имеется возможность

установить комплексный характер согласования рекламного текста и привлечь к ответственности всех лиц, определивших объект рекламирования.

Ещё одним субъектом рекламной деятельности является рекламопроизводитель. Законодатель точно и в полной мере описал признаки данного субъекта – это лицо, которое частично или полностью привело рекламу в готовую форму для распространения.

Особенностью данного участника является предусмотренная ст. 39 Закона «О рекламе» ответственность рекламопроизводителя исключительно в том случае, когда нарушение произошло по его вине. В практике крайне редки случаи привлечения к административной ответственности рекламопроизводителя. Как правило, это лицо занимается приданием рекламе формы, удобной для восприятия потребителем. При этом участие в формировании рекламы им не осуществляется. Лицо, в отношении одной и той же рекламы выступающее одновременно в качестве рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя, за административное правонарушение подлежит привлечению к ответственности однократно¹.

Крайне актуальным остаётся вопрос о профессиональных участниках рекламного рынка – рекламных агентствах, предпринимательская деятельность которых заключается в формировании содержания рекламы, приведение её в удобную форму и доведении до потребителей.

В ряде случаев рекламное агентство может выступать в качестве любого из участников триады. Законодательно не установлен запрет на право быть рекламодателем и рекламораспространителем одновременно. Однако услуги рекламных агентств не ограничиваются непосредственным участием в формировании и распространении рекламы. В частности, данные организации оказывают консультативные услуги по разработке стратегии, концепции

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ. –2012.– № 12.

рекламной кампании. В этом случае ответственность ложится на рекламоателя, рекламодателя, рекламодателя, но не на рекламное агентство.

Рекламное агентство имеет возможность формировать макет, текст рекламы, ответственность же будет нести контрагент. Именно это привело к появлению в договорах с рекламными агентствами положения об ответственности исполнителя за административные штрафы или иные убытки, возникающие у заказчика по вине рекламного агентства.

Юрисдикционным органом, уполномоченным выдавать обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе, а также рассматривать дела об административном правонарушении, предусмотренном вышеуказанной статьей 14.3 КоАП РФ, является федеральный антимонопольный орган и его территориальные подразделения. Все иные правоприменительные органы вправе (а иногда и обязаны) лишь оказывать содействие антимонопольному органу в предупреждении и пресечении фактов ненадлежащей рекламы (рис.2).



Рис. 2. Полномочия Федеральной антимонопольной службы в области рекламы

Представляется, что для повышения эффективности противодействия незаконной рекламе необходимо дать возможность другим правоохранительным органам непосредственно привлекать рекламодателей, рекламопроизводителей и рекламораспространителей к административной ответственности.

То есть закрепить в КоАП РФ в качестве органов, уполномоченных рассматривать дела о нарушении законодательства о рекламе и привлекать нарушителей к административной ответственности, наряду с антимонопольным органом такие правоохранительные органы, как органы полиции, органы национальной гвардии, налоговые органы, органы здравоохранения, органы

связи и массовых коммуникаций, органы, осуществляющие контроль и надзор в сфере транспорта, органы экономического развития, финансовые органы и все иные органы исполнительной власти Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, которые так или иначе связаны с созданием и распространением рекламной информации либо сама их деятельность и объекты надзора могут выступать в качестве объектов рекламирования.

В связи с данным предложением следует обратить внимание на то, что это не должно повлечь негативных последствий в части повторного привлечения к ответственности за одно и то же правонарушение. В качестве гарантий выступает ст. 24.5 КоАП РФ, в которой определены обстоятельства, исключающие производство по делу об административном правонарушении. В том числе согласно положениям п. 7 к ним относятся следующие: наличие по одному и тому же факту совершения противоправных действий (бездействия) лицом, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, постановления о назначении административного наказания, либо постановления о прекращении производства по делу об административном правонарушении, предусмотренном той же статьей или той же частью статьи КоАП РФ.

Так же следует отметить, что ограничение свободы предпринимательской деятельности, исходя из единых принципов права, должно соответствовать условиям справедливости, быть адекватным, соразмерным, пропорциональным и необходимым для охраны прав и законных интересов иных лиц.

Что касается соблюдения прав малого и среднего предпринимательства, нужно обратить внимание на изменения в КоАП РФ от 03.07.2016 года, согласно которым наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение. Применение данной нормы возможно при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и

культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба. Указанное относится и к правонарушениям в области рекламной деятельности.

Как справедливо отмечает Р.М. Лисецкий: «Прокуратура РФ может привлекать специалистов Федеральной антимонопольной службы для проведения совместных проверок, а прокурор может являться заявителем по делам о нарушении законодательства о рекламе. Прокурор также имеет право возбудить дело об административном правонарушении и передать его на рассмотрение в Федеральную антимонопольную службу, и наоборот, если при рассмотрении дел Федеральной антимонопольной службой усматриваются нарушения уголовного законодательства, то материалы дела направляются в Прокуратуру РФ»¹.

Органы прокуратуры в рамках своих полномочий в сфере контроля законодательства о рекламе имеют право:

- запрашивать материалы дел по признакам нарушения Федерального закона «О рекламе»;
- рассматривать дела по признакам нарушения рекламного законодательства; обращаться с исками в суд;
- осуществлять проверки исполнения предписаний о прекращении нарушений норм рекламного законодательства;
- осуществлять контроль за деятельностью Федеральной антимонопольной службы².

Таким образом, прокуратура, осуществляя общий надзор за соблюдением законодательства при проведении соответствующих мероприятий, должна не упускать такую важную и обширную сферу деятельности, как реклама. Во взаимодействии с антимонопольным органом прокуратура должна проводить

¹ Лисецкий, Р.М. Административно-юрисдикционная защита рекламной деятельности: Монография./Р.М. Лисецкий– М.: ФГКУ "ВНИИ МВД России", 2013. –С. 96.

² Лисецкий, Р.М. Административно-юрисдикционная защита рекламной деятельности: Монография./Р.М. Лисецкий– М.: ФГКУ "ВНИИ МВД России", 2013.– С. 98.

систематические проверки соблюдения субъектами рекламной деятельности законодательства о рекламе как планового, так и внепланового характера.

Представляется, что государственный контроль за рекламной деятельностью должны осуществлять все органы исполнительной власти и органы местного самоуправления, причем как на федеральном уровне, так и на региональном и местном уровнях, поскольку ненадлежащая реклама, как известно, не всегда имеет границы распространения (например, телевизионная реклама, реклама в Интернете, радиореклама распространяются на всей территории РФ и могут причинить ущерб правам и законным интересам потребителей вне зависимости от их местонахождения).

К основным направлениям государственного контроля в сфере производства, размещения и распространения рекламы относятся:

- предотвращение и пресечение ненадлежащей рекламы, способной ввести потребителей рекламы в заблуждение или нанести вред здоровью граждан;

- защита от недобросовестной конкуренции в области рекламы;

- привлечение субъектов рекламной деятельности к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе; – взаимодействие с органами саморегулирования рекламы¹.

Другой немаловажной и актуальной проблемой эффективности применения административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе является само административное наказание в виде только штрафа вне зависимости от характера правонарушения. Для крупных юридических лиц платить штрафы за ненадлежащую рекламу становится выгоднее соблюдения рекламного законодательства, зачастую рекламопроизводители предупреждают рекламодателей о возможных штрафах, а иногда даже включают их в стоимость ненадлежащего рекламного продукта. Поэтому установленная законодателем в статье 3.1 КоАП РФ цель

¹ Авдеев, В.В. Антимонопольное право: нарушение законодательства о рекламе/В.В. Авдеев // Бухгалтерский учет в издательстве и полиграфии. –2013.– № 3.– С. 32.

административного наказания – предупреждение совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами – в данном случае достигнута не будет, поскольку само наказание в виде штрафа носит всего лишь имущественный характер и незначительно по сравнению с прибылью хозяйствующего субъекта, полученной во многом благодаря ненадлежащей рекламе.

Представляется, что единственный способ решения данной проблемы – включение в санкции статьи 14.3 КоАП РФ иных существующих административных наказаний помимо административного штрафа. Для достижения вышеуказанной цели административное наказание должно носить не только имущественный, но и личный характер, быть направленным на негативные последствия для деловой репутации субъектов рекламных отношений, нарушающих предписания и запреты, установленные Законом о рекламе.

Среди имеющегося перечня административных наказаний наиболее эффективными здесь, на наш взгляд, будут такие наказания, как конфискация предмета административного правонарушения, дисквалификация и административное приостановление деятельности. Имеет смысл также повысить административные штрафы для таких субъектов, как юридические лица.

Следующей проблемой эффективности применения административной ответственности за незаконную рекламу является отсутствие уголовной ответственности за систематическое изготовление и размещение ненадлежащей рекламы.

В 2006 году утратила силу статья 182 УК РФ, предусматривавшая уголовную ответственность за заведомо ложную рекламу, в связи с чем любое нарушение законодательства о рекламе перешло в разряд административных проступков, что является серьезным просчетом законодателя, поскольку административная ответственность не предусматривает таких эффективных, на

наш взгляд, видов наказания, как ограничение или лишение свободы и не влечет для нарушителей такого негативного последствия, как судимость.

Несмотря на то, что юридические лица никогда не были субъектами преступлений (хотя дискуссия об этом в научных кругах уже давно ведется), к уголовной ответственности вполне эффективно привлекать учредителей и руководителей юридических лиц, чья вина в совершении рекламных правонарушений будет доказана следствием и судом.

В результате проведенного анализа данной главы можно сделать вывод, что скрытая реклама – реклама, которая оказывает не осознаваемое потребителем воздействие на его восприятие. Скрытой рекламой не будет считаться та информация о товаре или конкретном производителе, которая органично интегрирована в произведение литературы, науки или искусства и к которой не привлекается значительное внимание.

При этом понятие «органично интегрированы» законодательно не определено, следовательно, данное оно является оценочным критерием, поэтому правоприменитель может сам конкретизировать данную норму исходя из обстоятельств. Подобное неоднозначное позиционирование, и при этом отсутствие отчётливо сформулированного понятия в законе, приводит к нарушениям запретов и ограничений по использованию скрытой рекламы, а также неоднозначной правоприменительной практике.

При анализе рассматриваемого вопроса становится очевидно, что правовому регулированию скрытой рекламы в действующем российском законодательстве уделено очень мало внимания. А понятие продакт плейсмент и вовсе не никак не упомянуто в законе. Между тем данное явление уже давно имеет место в правовой действительности, а, следовательно, должно иметь нормативное закрепление и правовую оценку. Это поможет преодолеть возникающие коллизии и обеспечит единство правоприменительной практики.

Кроме того, понятие «органично интегрированы» также должны быть четко обозначено в ФЗ «О рекламе».

Под юридической ответственностью в сфере рекламы следует понимать установленную в особом процессуальном порядке обязанность субъекта, совершившего нарушение законодательства о рекламе, претерпевать лишения личного, имущественного или организационного характера. В соответствии с действующим законодательством, нарушение субъектами законодательства о рекламе влечет за собой ответственность, в соответствии с административным и гражданским законодательством.

Юрисдикционным органом, уполномоченным выдавать обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе, а также рассматривать дела об административном правонарушении, предусмотренном вышеуказанной статьей 14.3 КоАП РФ, является федеральный антимонопольный орган и его территориальные подразделения. Все иные правоприменительные органы вправе лишь оказывать содействие антимонопольному органу в предупреждении и пресечении фактов ненадлежащей рекламы.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

По результатам проведенного исследования можно сделать следующие выводы.

На сегодняшний день реклама занимает значительное место в повседневной жизни. Так как отношения в сфере рекламы являются распространенными и многообразными, они урегулированы законодательно.

Нормативное содержание понятия «реклама» раскрывается в Федеральном законе от 13.03.2006 № 38–ФЗ «О рекламе», согласно которому реклама представляет собой информацию, распространенную любым способом, адресованную неограниченному кругу лиц, которая направлена на привлечение внимания и поддержание интереса к объекту рекламирования.

Законодательство достаточно полно регулирует отношения в сфере рекламы, определяет субъектов рекламных отношений, основные требования к рекламе, устанавливает способы распространения рекламы, а также особенности рекламирования отдельных видов товаров.

Требования к рекламе можно разделить на общие и специальные. Если общие требования предъявляются к любой рекламе независимо от конкретных форм, средств и видов рекламных объектов, то специальные правовые требования к рекламе направлены на регулирование отдельных видов рекламируемых товаров или рекламируемых услуг, а также способов распространения рекламной информации.

Большое внимание уделяется вопросам предотвращения размещения и распространения ненадлежащей рекламы, а также защите от недобросовестной конкуренции на рекламном рынке. Это обусловлено тем, что реклама выполняет не только функцию информирования потребителя о свойствах объекта рекламирования (товара, работы, услуги, средств индивидуализации и т.д.), но, что более важно, экономическую функцию продвижения товара.

Таким образом, реклама является мощным инструментом для стимулирования спроса и потребления. Соответственно, распространены попытки недобросовестных лиц–участников рекламных правоотношений за счет создания, распространения или размещения ненадлежащей рекламы предоставить преимущество на рынке производителю тех или иных товаров, работ или услуг.

Ненадлежащая реклама согласно ФЗ «О рекламе» представляет собой рекламу, не соответствующую требованиям законодательства Российской Федерации. В зависимости от того, какое из основных требований, предъявляемых к рекламе, не соблюдается, ненадлежащую рекламу можно определить как недобросовестную или недостоверную.

Несмотря на то, что в законодательстве этот термин не употребляется, по своей сущности он закреплен в качестве разновидности недобросовестной рекламы в п. 2 ст. 5 ФЗ «О рекламе». Недостоверной считается реклама, которая содержит сведения, не соответствующие действительности. В силу того, что такая реклама содержит ложные сведения, она способна ввести в заблуждение потребителя относительно свойств и характеристик рекламируемого объекта либо условий его приобретения (будь то товар, результат интеллектуальной деятельности, средство индивидуализации или другой объект).

Согласно п. 29 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58, достоверной должна быть не только информация об объекте рекламы, но и его сравнительные характеристики по отношению к иным товарам.

По общему правилу, рекламодаделец несет ответственность за достоверность сведений, которые относятся к его собственной деятельности, являющейся объектом рекламирования, а также сведений, которые относятся к деятельности его конкурентов, объектом рекламирования не являющейся.

Недобросовестной рекламой считается реклама, которая содержит:

– некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами других изготовителей;

– порочит честь, достоинство или деловую репутацию других лиц;

– представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена, но осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождествен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания товара, в отношении рекламы которого установлены соответствующие ограничения.

Так, например, недобросовестной может быть признана реклама, которая содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с товарами других производителей.

Естественно, в большинстве своем методы рекламирования достаточно прозрачные: это рекламные объявления, размещаемые в общественном (наземном и подземном) транспорте, реклама в средствах массовой информации, наружная (щиты, панно, вывески, лайтбоксы и пр.), печатная реклама и др.

Однако существует еще и так называемая скрытая реклама, которая активно, но при этом опосредованно, воздействует на психику потребителя, осторожно внушая ему, в пользу какого товара следует сделать выбор.

В соответствии с ФЗ «О рекламе» скрытая реклама – это такая, которая оказывает не осознаваемое потребителями рекламы воздействие на их сознание. Распространение такой рекламы в РФ находится под запретом. На то есть несколько причин, одной из которых является скрытая реклама тех товаров, которые открыто рекламировать действующим российским законодательством не разрешено.

В тоже время, судебная практика по рассмотрению споров, связанных с применением законодательства о рекламе, выработала подход, в соответствии с которым скрытой рекламой не будет считаться та информация о товаре или конкретном производителе, которая органично интегрирована в произведение

литературы, науки или искусства и к которой не привлекается значительное внимание.

Отдельно стоит рассматривать понятие Product Placement (продакт плейсмент). Данный термин обозначает бартерный или оплаченный рекламодателем рекламный прием, заключающийся в том, что реквизит в аудиовизуальных произведениях имеет реальный коммерческий аналог.

Если в некоторых странах за рубежом продакт плейсмент – обычная практика, то в законодательстве Российской Федерации сих пор не сформировано общепринятое понятие данной технологии. Использование продакт плейсмент в России можно законодательно трактовать как скрытую рекламу. Соответственно продакт плейсмент, использованный в кинофильме, может быть приравнен к скрытой рекламе и запрещен к показу, а его создатели – оштрафованы.

Таким образом, представляется необходимым законодательно установить понятие продакт плейсмент, установить требования к данному виду рекламы, а также закрепить права и ответственность всех сторон этого процесса, начиная от автора, производителя (как правообладателя), заканчивая вещателем (т.е. каналом передачи рекламы).

Ответственность за нарушение рекламного законодательства реализуется в соответствии с Федеральным законом «О рекламе», Кодексом об Административных правонарушениях РФ и Гражданским кодексом РФ, при этом ответственность за нарушения несут как физические лица, так и юридические, в том числе рекламодатели и рекламодиспропространители.

Органом, осуществляющим государственный надзор в сфере рекламы, а также обладающим полномочиями по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, является Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации (ФАС).

По результатам рассмотрения таких дел ФАС выдает обязательные для исполнения предписания. В случае распространения недостоверной рекламы

ФАС вправе обратиться в суд с требованием о контррекламе – публичном опровержении распространенной недостоверной рекламной информации. Зачастую такое опровержение осуществляется в той же форме и таким же способом, что и первоначальная недостоверная реклама.

В заключение стоит отметить, что во многих странах мира скрытая реклама либо запрещена, либо допускается с большими оговорками, предостерегающими производителей товаров о невозможности манипулирования общественным потребительским сознанием через скрытую рекламу. Это представляется правильным.

Социокультурные потребности человека не должны сводиться к потреблению того или иного товара как хочет навязать нам скрытая реклама. Именно поэтому, законодательные органы должны как можно больше ограничивать эту сферу влияния на сознание людей. Только четко сформулированными законами можно добиться грамотного регулирования этой сферы.

В связи со сказанным, предлагается следующее определение. Скрытая реклама – это завуалированное, неидентифицированное размещение рекламного материала с целью создания положительного образа рекламируемого продукта или предоставляемой услуги.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Нормативные правовые акты

1. Гражданский кодекс РФ от 30.11.1994 №51 (ред.29.12.17) // Собрание законодательства РФ.–1994.–№32.–ст.3301.
2. Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38–ФЗ (ред.31.12.17)//Собрание законодательства РФ.–№12.–ст.1232
3. Федеральный закон от 29.12.2010 №436–ФЗ (ред. 01.05.17) //Собрание законодательства.–2011–№1.–ст.48.
4. Федеральный закон от 01.12.2007 № 315–ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О саморегулируемых организациях» // Собрание законодательства РФ – 2007– № 49. – Ст. 6076.
5. Федеральный закон от 01.12.2007 № 315–ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О саморегулируемых организациях» // Собрание законодательства РФ – 2007– № 49. – Ст. 6076.
6. Федеральный закон от 12.04.2010 № 61–ФЗ (ред.28.12.17) «Об обращении лекарственных средств» // Собрание законодательства РФ.–2010– №16.–ст.1815.
7. Федеральный закон от 07.07.2003 г. № 126–ФЗ (ред. от 17.04.2017 г.) «О связи» // Собрание законодательства РФ.– 2003.– № 28.– ст. 2895.
8. Закон РСФСР от 22.03.1991 N 948–1 (ред. от 26.07.2006) «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»// Собрание законодательства РФ.–1991.–№16.–ст.499.
9. Закон РФ от 27.12.1991 N 2124–1 (ред. от 18.04.2018) «О средствах массовой информации»// Ведомости съезда народных депутатов РФ и ВС РФ.– 1991.–№7.–ст.300.
10. Закон РФ от 07.02.1992 № 300–1 (ред. от 03.07.2016) «О защите прав потребителей» // Собрание законодательства РФ – 1996, № 3. – Ст. 140.

11. Постановление Правительства Российской Федерации от 10 сентября 2007 г. № 575 (ред. от 3 февраля 2016 г.) «Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи» // Собрание законодательства РФ. –2007.– № 38.– Ст. 4552.

12. Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 28 августа 2015 г. № АК/45828/15 «О рекламе в сети «Интернет» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

13. Письмо Федеральной налоговой службы России от 5 апреля 2007 г. №АЦ/4624 «О понятии «неопределенный круг лиц» // Экономика и жизнь. № 19. 2007.

14. Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 28 мая 2015 г. № АД/26584/15 (с изм. от 18 августа 2016 г.) «О разъяснении отдельных положений Федерального закона «О рекламе» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

15. Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 19 мая 2006 г. № АК/7654 «Об особенностях отдельных способов распространения рекламы» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

16. Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 31 октября 2013 г. № АК/43077/13 «О рекламе посредством смс-сообщений» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

17. Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 13 июня 2013 г. № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе СМС-сообщений оператора связи» [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

2. Постановления высших судебных инстанций и материалы юридической практики

18. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16 апреля 2013 г. № 15567/12 // Вестник ВАС РФ. –2013.– № 7.

19. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ.– № 12.– 2012.

20. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Российская газета.– № 50.– 2005.

21. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ. –№ 12. –2012.

22. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 октября 2011 г. № 17АП–9876/2011– ГК по делу № А60–97292011 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

23. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 30 мая 2011 г. № Ф09–2746/11 по делу № А50–26562/2010 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

24. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 15 февраля 2011 г. № Ф–09–113–11–С1 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

25. Апелляционное определение Брянского областного суда от 20 января 2015 г. № 33–4667/2014 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

26. Решение Федеральной антимонопольной службы России от 8 июня 2015 г. по делу № 4–14.3–283/00–08–15 [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

27. Решение Арбитражного суда города Москвы по Делу № А40–168251/09–26–1216 от 11.06.10. [Электронный ресурс]. URL: Справочная правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2018).

3. Литература

28. Алексеев, С.В. Правовое регулирование маркетинговой деятельности: учебное пособие для вузов./С.В. Алексеев –М.: ЮНИТИ–ДАНА, Закон и право, 2013.–480с.

29. Авдеев, В.В. Антимонопольное право: нарушение законодательства о рекламе /В.В. Авдеев// Бухгалтерский учет в издательстве и полиграфии. –2013. № 3.– С. 32.

30. Баранова, М.В. Правовая природа и социальная опасность скрытой рекламы/М.В. Баранова // Философия права. –2009.– №2. [Электронный ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-priroda-i-sotsialnaya-opasnost-skrytoy-reklamy> (дата обращения: 23.03.2018).

31. Балахметова, Д. Реклама в Интернете/Д. Балахметова // Юридическая газета.– 2011.– № 14.– С. 6–7.

32. Викентьев, И.Л. Приемы рекламы./И.Л. Викентьев.– Новосибирск: ЦЭРИС, 2013.–215с.

33. Гришаев, С. П. Реклама: правовое регулирование/С.П. Гришаев // СПС Консультант Плюс

34. Догадин, А.О. К вопросу об административной ответственности за нарушения избирательного законодательства/А.О. Догадин// Административное право и процесс. – 2014. –№ 6.– С. 73–74.

35. Жилинский, С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник. 9–е изд., пересмотр. и доп./С.Э. Жилинский– М.: Норма, 2008. –846с.

36. Ермакова, И.В. К вопросу о запрете некорректного сравнения в рекламе/И.В. Ермакова // Адвокат. 2014. № 11. С. 59–60.

37. Иванова, А.А. Правовые основы применения Product placement на территории РФ [Электронный ресурс] /А.А. Иванова// URL: <http://www.mediascope.ru/node/831>(дата обращения: 03.03.2018)

38. Лисецкий Р.М. Административно–юрисдикционная защита рекламной деятельности: Монография./Р.М. Лисецкий– М.: ФГКУ "ВНИИ МВД России", 2013.–475с.

39. Музыкант, В.Л. Теория и практика современной рекламы./В.Л. Музыкант– М., 2008.–415с.

40. Музыкант, В.Л. Формирование бренда средствами PR и рекламы . – /В.Л. Музыкант–М.: Экономист, 2002.– 606 с.

41. Спектор, Е.И. Комментарий к Федеральному закону «О рекламе»./Е.И. Спектор– М., 2007.–476с.

42. Старостин С.А. Проблемы государственного управления при создании публичной инфраструктуры // Административное право и процесс. – 2016.– № 7. – С. 31–33.

43. Федосеева, Н.Н. «Правовые аспекты Интернет–рекламы»/Н.Н. Федосеев // Туризм: право и экономика.–2006.– № 5. – С. 1.

44. Янин, Д. Реклама. Новые правила игры/Д.Янин // Спрос.– 2006.– № 5. –С. 4– 5.

45. Product placement в средствах массовой информации // Под ред. Мэри–Лу Галисиан / пер. с англ. М.: «Эт Сеттера Пабблишинг», 2004. 130 с.

46. <http://www.chelduma.ru/npa/ob-utverzhdanii-polozheniya-o-poryadke-rasprostraneniya-naruzhnoy-reklamy-i-informacii-v-gorode>

47. <https://cheladmin.ru/resolution/postanovlenie-administracii-g-chelyabinska-no-52-p-ot-12052014>