



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ



Федеральная
Антимонопольная
Служба



Факультет права
Институт исследований
национального
и сравнительного права

Башкортостанское УФАС России
Челябинское УФАС России

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ РЕКЛАМНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

КНИГА 2



ВЫСШАЯ ШКОЛА
ТАРИФНОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ

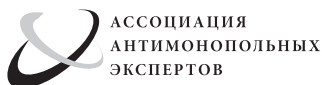


МУРАНОВ,
ЧЕРНЯКОВ
И ПАРТНЕРЫ

BGP
LITIGATION



• ПРОСПЕКТ •



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ



Федеральная
Антимонопольная
Служба



Факультет права
Институт исследований
национального
и сравнительного права

Башкортостанское УФАС России
Челябинское УФАС России



ВЫСШАЯ ШКОЛА
ТАРИФНОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ



МУРАНОВ,
ЧЕРНЯКОВ
И ПАРТНЕРЫ

BGP
LITIGATION

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ РЕКЛАМНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

СБОРНИК

КНИГА 2



• ПРОСПЕКТ •

Москва
2024

УДК 346.54
ББК 67.404
А43

Редакционный совет:

Беляев С. Г., доктор технических наук, профессор, директор Научно-методического центра «Высшая школа тарифного регулирования» РЭУ им. Г. В. Плеханова;

Березгов А. С., юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры»;

Гаджиева А. О., заместитель декана, директор Института исследований национального и сравнительного права, доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ;

Капитонов И. А., кандидат экономических наук, доцент, заместитель директора Научно-методического центра «Высшая школа тарифного регулирования» РЭУ им. Г. В. Плеханова;

Корниенко А. С., кандидат экономических наук, доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ;

Марюхина М. Р., юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры»;

Москвитин О. А., заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры».

Ответственные редакторы доктор технических наук, профессор, директор Научно-методического центра «Высшая школа тарифного регулирования» РЭУ им. Г. В. Плеханова **С. Г. Беляев**, заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» **О. А. Москвитин**.

А43 Актуальные вопросы применения рекламного законодательства : сборник. Книга 2 / отв. ред. С. Г. Беляев, О. А. Москвитин. — Москва : РГ-Пресс, 2024.

ISBN 978-5-9988-1622-2

Настоящий сборник подготовлен сотрудниками антимонопольных органов, ведущими юристами и экономистами, профессионально занимающимися вопросами применения рекламного законодательства.

Законодательство и практика приведены по состоянию на 31 января 2024 г.

Для практикующих юристов и экономистов, предпринимателей, сотрудников антимонопольных и иных органов власти, научных работников, студентов и аспирантов образовательных учреждений высшего профессионального образования.

УДК 346.54
ББК 67.404

Текст публикуется в авторской редакции.

Научное издание

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ
РЕКЛАМНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Сборник

КНИГА 2

Подписано в печать 25.01.2024. Формат 70×100 1/16.

Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» основана в 2003 году и в настоящее время входит в число ведущих юридических фирм России.

Услуги в области антимонопольного, закупочного и тарифного законодательства:

- Представление интересов клиентов в судах, антимонопольных и тарифных органах во всех регионах, центральном аппарате ФАС России;
- Оспаривание и защита тарифных решений в ФАС России и судах;
- Защита при оспаривании закупок и защита от включения в реестр недобросовестных поставщиков;
- Защита по делам о рекламе;
- Консультирование и заключения по антимонопольному, тарифному законодательству, законодательству о закупках и рекламе;
- Подготовка и подача антимонопольных уведомлений и ходатайств;
- Определение и взыскание убытков, причиненных нарушениями антимонопольного и тарифного законодательства.

Антимонопольная и тарифная практики Коллегии рекомендованы авторитетными рейтингами юридических фирм: Legal 500, «Право.ru-300», ИД «Коммерсантъ» (приложение «Юридический бизнес»), руководитель практик Олег Москвитин рекомендован рейтингами: Legal 500, Best Lawyers, ИД «Коммерсантъ» (приложение «Юридический бизнес»).

«Антимонопольное и тарифное законодательство будут играть все более важную роль в регулировании экономики России. Причем роль позитивную, не только защищающую, но и развивающую честную состязательность бизнеса, обеспечивающую развитие экономики и ее готовность к современным цифровым и прочим вызовам».

Олег Москвитин

*Партнер Коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры»,
руководитель антимонопольной
и тарифной практик*



Практика конкурентного права

Юристы фирмы BGP Litigation обладают глубокой экспертизой в области сопровождения судебных споров по вопросам антимонопольного регулирования, защиты интересов клиентов в ходе проводимых антимонопольными органами разбирательств, осуществления государственных закупок, согласований сделок слияния и поглощения и экономической концентрации, в том числе в отношении стратегических обществ, а также в рамках закона о рекламе и инвестиций в стратегические предприятия.

Кроме того, фирма BGP Litigation готова взять на себя разработку внутрикорпоративных систем предупреждения антимонопольных рисков (антимонопольный комплаенс) и представление интересов клиентов по вопросам, связанным с недобросовестной конкуренцией.

Фирма BGP Litigation оказывает юридическую поддержку по следующим направлениям антимонопольного регулирования:

- представление интересов компании в антимонопольных органах, подготовка и подача заявлений о нарушении антимонопольного законодательства и законодательства о рекламе
- консультирование по вопросам построения дилерской/дистрибьюторской сети
- анализ соглашений, а также коммерческих и бонусных политик с точки зрения их соответствия антимонопольному законодательству
- проведение правовой экспертизы (due diligence) бизнеса на предмет его соответствия требованиям антимонопольного законодательства (антимонопольный аудит)

Ирина Акимова более 20 лет консультирует и представляет интересы российских и международных компаний по самым сложным вопросам и делам, связанным со применением антимонопольного законодательства. Ее экспертиза охватывает юридические вопросы, связанные с злоупотреблением доминирующим положением, недобросовестной конкуренцией, сделками экономической концентрации, вопросами нарушения законодательства о торговле, рекламе, закупках и государственном оборонном заказе.

Ирина защищает и представляет интересы клиентов в ходе антимонопольных проверок, расследований, а также в административных производствах и судебных процессах. Также является признанным экспертом в области антимонопольного аудита и в вопросах построения систем антимонопольного комплаенса.

Экспертиза Ирины подтверждена авторитетными международными и российскими юридическими рейтингами: Chambers Europe, Best Lawyers, Legal500, Коммерсантъ и Право-300.

Председатель Генерального совета Ассоциации Антимонопольных Экспертов, член Общественного совета при ФАС России, доцент Базовой кафедры ФАС России в Финансовом университете при Правительстве Российской Федерации.



Ирина Акимова

Партнер, руководитель практики конкурентного права BGP Litigation, адвокат

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

Акимова И. В., доцент Базовой кафедры ФАС России в Финансовом университете при Правительстве Российской Федерации, Председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер и руководитель практики конкурентного права адвокатского бюро BGP Litigation, г. Москва; *Анисимова Д. А.*, адвокат коллегии адвокатов Delcredere; *Афанасьев А. И.*, вице-президент по правовым вопросам и взаимоотношениям с органами государственной власти Ozon, Руководитель Комитета по цифровым рынкам Ассоциации антимонопольных экспертов; *Беляев С. Г.*, д.т.н., профессор, директор Научно-методического центра «Высшая школа тарифного регулирования» РЭУ им. Г. В. Плеханова; *Березгов А. С.*, юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва; *Гаджиева А. О.*, заместитель декана, директор Института исследований национального и сравнительного права, доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ; *Га-рипова А. А.*, специалист в области антимонопольного и рекламного законодательства; *Дубровина Л. Е.*, специалист-эксперт отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России, г. Челябинск; *Дудина Ю. А.*, заместитель руководителя, начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России; *Елбаева Н. А.*, кандидат юридических наук, доцент Департамента международного и публичного права Финансового университета при Правительстве Российской Федерации г. Москвы, член Ассоциации антимонопольных экспертов; *Капитонов И. А.*, к.э.н., доцент, заместитель директора ВШТР РЭУ им. Г. В. Плеханова; *Козлова А. А.*, руководитель Челябинского УФАС России, г. Челябинск; *Корниенко А. С.*, к.э.н., доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ; *Мамлина Г. Р.*, ведущий специалист-эксперт отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России; *Марюхина М. Р.*, юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва; *Мерзляков С. Д.*, аспирант кафедры ПКЭП Южно-Уральского государственного университета (НИУ),

г. Челябинск; **Москвитин О. А.**, заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права НИУ ВШЭ, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва, член Генерального совета, руководитель Комитета по тарифному регулированию Ассоциации антимонопольных экспертов; **Наумова Е. А.**, юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва; **Тараданкина А. А.**, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной практики и практики интеллектуальной собственности коллегии адвокатов Delcredere; **Фомина А. В.**, руководитель группы правового сопровождения рекламы и маркетинга Ozon.

Дорогие друзья и коллеги!



Москвитин О.

В современном динамичном мире нельзя не отметить стремительное развитие рекламной отрасли как бизнеса, а вместе с ней и практики применения рекламного законодательства.

Реклама по охвату аудитории и своему влиянию на потребительские предпочтения давно стала важной частью экономической жизни общества.

Развитию рекламного бизнеса сопутствует, с одной стороны, рост числа действующих на соответствующем рынке компаний, с другой — расширение конкуренции между ними. Для привлечения и удержания внимания потребителей, пробуждения интереса новых клиентов предприниматели изобретают новые инструменты продвижения и тут критически важно учитывать требования законодательства о рекламе, быть в курсе актуальных подходов антимонопольного ведомства (а с недавнего времени и Роскомнадзора) в вопросах применения Закона о рекламе.

Этот сборник изначально планировался как продолжение вышедшей в 2021 г. книги «Актуальные вопросы применения рекламного законодательства», в которую вошли работы представителей Ассоциации антимонопольных экспертов, территориальных органов ФАС России, Института конкурентной политики Высшей школы экономики и многих других независимых экспертов. К слову, с той, первой, книгой, которая по-прежнему сохраняет актуальность, можно абсолютно бесплатно ознакомиться на сайте нашей Ассоциации.

Авторами настоящего сборника исследуются важные современные позиции ФАС России и ее территориальных органов, в том числе в части использования рекламы в сети «Интернет» и в социальных сетях. На страницах книги читателей ждет актуальная практика применения рекламного законо-

дательства, анализируются отдельные вопросы производства и распространения рекламы.

Уверены, эта книга станет надежным помощником для специалистов как в практике регулирования рекламы, так и в теоретических вопросах рекламной сферы.

Желаем всем интересного чтения и удачи в работе!

С уважением,

Олег Москвитин,

ответственный редактор сборника, партнер, руководитель антимонопольной практики КА «Муранов, Черняков и партнеры», заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права НИУ ВШЭ, член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов

Уважаемые коллеги!



Акимова И.

Правовое регулирование рекламной деятельности играет значимую роль в современном обществе, реклама, воздействуя на потребителей, формируя их предпочтения, в конечном счете напрямую влияет на рыночную власть хозяйствующего субъекта за счет привлечения внимания со стороны новых потребителей.

Актуальность изучения правовых проблем рекламной деятельности подтверждается необходимостью сбалансированного развития рынка, защиты интересов потребителей и обеспечения этичности и прозрачности ведения бизнеса.

В настоящий сборник включены научные статьи студентов, магистрантов, аспирантов и молодых ученых. Публикуемые статьи посвящены анализу и поиску путей решения важнейших проблем законодательства о рекламе как теоретического, так и практического характера, изучение которых приобретают особое значение с учетом динамичного развития, постоянного обновления и адаптации действующего законодательства к изменяющимся условиям современного мира.

Так, в рамках настоящего сборника рассмотрены понятие, содержание и особенности маркировки интернет-рекламы, которая по-прежнему вызывает множество вопросов у бизнес-сообщества; вопросы внедрения системы комплаенса в целях своевременного выявления и устранения рисков нарушения рекламного законодательства и др.

В эпоху широкого развития цифровой рекламы, особенно на платформах социальных медиа, важно обеспечить защиту прав и интересов потребителей от нечестных методов «игры» крупных хозяйствующих субъектов, в связи с чем в настоящем сборнике будут рассмотрены основные нарушения в сфере финансовых услуг и финансовой деятельности, а также проблема неявного рекламирования (product placement).

Таким образом, в настоящем сборнике содержатся статьи, наглядно показывающие, что с развитием технологий реклама становится более сложной и интегрированной, в связи с чем усложняется и процесс выявления и доказывания соответствующего нарушения. В свою очередь, изучение и анализ наиболее сложных проблем в сфере рекламы способствуют своевременной адаптации российского законодательства к новым форматам и методам рекламы, обеспечивая эффективную защиту интересов как потребителей, так и бизнес-сообщества.

С уважением,

Ирина Акимова,

доцент Базовой кафедры ФАС России в Финансовом университете при Правительстве Российской Федерации, Председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер и руководитель практики конкурентного права адвокатского бюро BGP Litigation

РИСКИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПРИЕМОВ НЕЯВНОГО РЕКЛАМИРОВАНИЯ (ПРОДАКТ-ПЛЕЙСМЕНТ)



Гаджиева А.



Москвитин О.



Наумова Е.

А. О. Гаджиева (заместитель декана, директор Института исследований национального и сравнительного права, доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ)

О. А. Москвитин (заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права НИУ ВШЭ, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва, член Генерального совета, руководитель Комитета по тарифному регулированию Ассоциации антимонопольных экспертов)

Е. А. Наумова (юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва)

Аннотация. Продакт плейсмент на сегодняшний день является востребованной формой продвижения торговой марки, товаров и услуг. Однако его использование может содержать определенные риски нарушения рекламного законодательства. В настоящей статье на основе комплексного анализа действующего законодательства, судебной практики, а также научной литературы кратко представлены результаты исследования вопросов, связанных с правовым регулированием проведения рекламных кампаний в замаскированных формах, в частности посредством продакт плейсмента. Также авторы поднимают вопрос о соотношении понятий «продакт плейсмент» и «скрытая реклама», исследуют категорию «органично интегрированного упоминания».

Ключевые слова: продакт плейсмент, скрытая реклама, способы распространения рекламы, органично интегрированная реклама, ненадлежащая реклама.

РИСКИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПРИЕМОВ НЕЯВНОГО РЕКЛАМИРОВАНИЯ (PRODUCT PLACEMENT)

Albina Gadzhieva (deputy dean, director of the Institute for National and Comparative Law Studies, associate professor of the Department of Public Law at the Faculty of Law of the Higher School of Economics)

Oleg Moskvitin (deputy head of Competition policy and market regulation Institute of the National Research University of the Higher School of Economics, partner, head of antitrust and tariff practices of Muranov, Chernyakov & Partners Law Firm, Moscow, members of General Council of Antimonopoly Experts Association)

Evgeniya Naumova (associate, of antitrust and tariff practices of «Muranov, Chernyakov & Partners» Law Firm, Moscow)

Annotation. Product placement today is a popular form of brand promotion, goods and services. However, its use may contain certain risks of violation of advertising laws. This article, based on a

comprehensive analysis of the current legislation, judicial practice, as well as scientific literature, briefly presents the results of a study of issues related to the legal regulation of advertising campaigns in disguised forms, in particular through product placement. The authors also raise the issue of the relationship between the concepts of «product placement» and «hidden advertising», explore the category of «organically integrated mention».

Keywords: *product placement, hidden advertising, methods of advertising distribution, organically integrated advertising, inappropriate advertising.*

Предпосылки возникновения и подходы к пониманию категории «продакт плейсмент» в России

В качестве специфичной формы продвижения торговой марки, товаров и услуг продакт плейсмент (product placement) «юридически появился» в отечественном законодательстве в результате принятия Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе)¹.

Так, за счет сужения законодателем в части 1 статьи 3 Закона о рекламе понятия «реклама» (по сравнению с определением, указанным в Федеральном законе «О рекламе» от 18.07.1995 № 108-ФЗ²), а также в результате выведения из сферы применения Закона о рекламе органично интегрированных в произведения науки, литературы или искусства упоминаний о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые сами по себе не являются сведениями рекламного характера³, стало возможно существование такого понятия, как продакт плейсмент.

Вместе с тем в доктрине и практике отсутствует какое-либо единое мнение, что именно понимается под вышеуказанным термином.

Так, подход, опирающийся на мнение маркетологов и потребителей, основан на том, что продакт плейсмент является формой рекламы, способом популяризации товара и представляет собой специфический способ размещения рекламной информации, при которой объект рекламирования инкорпорируется в структуру художественного произведения, и по способу размещения информации одновременно отвечает всем критериям рекламы⁴.

Иной подход основан на том, что продакт плейсмент является скрытой рекламой, не ограничивающей круг продвигаемых товаров и услуг,⁵ и, соответственно, в силу требований части 9 статьи 5 Закона о рекламе распро-

¹ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 28.04.2023) «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

² Федеральный закон от 18.08.1995 № 108-ФЗ (ред. от 21.07.2005) «О рекламе» // СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2864.

³ См. пункт 9 статьи 2 Закона о рекламе.

⁴ Чубукова И. Product placement через призму правового понятия «Реклама» // Интеллектуальная собственность и реклама: Актуальные вопросы административной и судебной практики / под ред. И. И. Шаблинского и Е. Тильман. М.: Альпина Паблишез, 2010. С. 127.

⁵ См., например: Романов А. А. Закон и индустрия скрытой рекламы // Реклама и право. 2006. № 2; Григорьева А. Реклама и право // ЭЖ-Юрист. 2010. № 35. С. 13.

странение подобной информации должно пресекаться и влечь за собой наступление административной ответственности.

Вместе с тем такие подходы являются, на наш взгляд, не совсем корректными.

Разграничение понятий «продакт плейсмент» и «скрытая реклама»

С точки зрения Закона о рекламе скрытой признается 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 (часть 9 статьи 5 Закона о рекламе).

Соответственно, ключевым признаком скрытой рекламы является ее воздействие на сознание потребителя помимо его воли при помощи специальных технических средств.

Указанная позиция авторов находит подтверждение в судебной практике.

Так, суд в Постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 24 февраля 2011 г. по делу № А40-29532/10-51-214 указал, что без разрешения вопроса об органичности либо неорганичности интегрирования в художественный фильм информации о товаре и (или) услуге, вывод о том, что предметом договора является оказание услуг скрытой рекламы, не может быть признан обоснованным. Также в указанном деле суд отметил, что подтверждением направленности рекламной информации на оказание именно не осознаваемого воздействия на потребителя является, в частности указание в договоре сторонами условия об использовании специальных технических средств для размещения информации о товаре и (или) услуге.

В свою очередь, в Постановлении Третьего арбитражного апелляционного суда от 07.09.2017 по делу № А69-1183/2017 судом было отмечено: «скрытой является реклама, которая оказывает воздействие на сознание потребителей в форме, препятствующей осознанию данного вида вмешательства, влияющего на свободу выбора потребителя».

Таким образом, разграничивая понятия «продакт плейсмент» и «скрытая реклама», подытожим:

- при демонстрации скрытой рекламы потребитель не может понимать, что демонстрируется рекламная информация в силу использования при распространении такой информации специальных технических средств;
- если же потребитель осознает, что демонстрируемая информация явно отсылает к определенным торговым маркам, товарам, услугам и при этом органично интегрирована в какое-либо произведение, например, посредством использования героями фильма реквизита — продукта определенной торговой марки, то такая информация будет считаться продакт плейсментом.

При этом продакт плейсмент, а так же варианты его использования (визуальное, вербальное или же демонстрация через использование товара),

в связи с отсутствием надлежащего правового закрепления данной категории по-разному квалифицировались не только в доктрине, но и в правоприменительной практике, как:

- рекламная информация¹;
- скрытая реклама²;
- органично интегрированное упоминание³.

Конечно, с учетом вышеизложенного, на сегодняшний день квалификация продакт плейсмента как скрытой рекламы некорректна и неактуальна, а вот вероятность квалификация продакт плейсмента в качестве рекламы с учетом его одновременного соответствия всем признакам рекламы и оценочной характеристики «органичной интегрированности» остается достаточно высокой.

При таких обстоятельствах важным дополнительным подтверждением информации в качестве рекламной или продакт плейсмента является экспертное заключение.

Так, при оспаривании в судебном порядке решений антимонопольных органов о признании рекламы ненадлежащей в подобных ситуациях необходимо привлечение специалистов, обладающих специальными познаниями в области искусств, для подготовки соответствующих экспертных заключений, поскольку суд, решая вопросы права, не обладает необходимыми познаниями в области искусствоведения.

Отметим, что антимонопольные органы также учитывают в аналогичных случаях мнение независимых специалистов. Например, до принятия решения по делу комиссия территориального антимонопольного органа посчитала необходимым приостановить рассмотрение дела и обратиться в рамках профессионально-консультационного взаимодействия в саморегулируемую организацию с целью оценки видеосюжета на предмет его восприятия с точки зрения потребителя⁴.

Категория «органичная интегрированность»

Как нами указывалось ранее, важным признаком продакт плейсмента, отличающего его от рекламы, является органичная интегрированность в произведении.

В связи с тем, что законодатель не дал оценки информации на предмет отнесения ее к органично интегрированной, ФАС России в рамках своих

¹ См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 12.11.2010 № А65-7742/2010, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 26.07.2018 № Ф10-2542/2018 по делу № А35-7141/2017.

² См., например: Определение Верховного Суда РФ от 09.04.2018 № 302-КГ18-2511 по делу № А69-1183/2017, Постановление ФАС Московского округа от 24.02.2011 № КГ-А40/281-11-2.

³ См., например: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.09.2010 N 09АП-20236/2010 по делу N А40-1839/10-110-13.

⁴ См. Постановление Коми УФАС России от 20.08.2020 по делу № 011/04/14.3-557/2020.

полномочий издала ряд разъяснений на этот счет в Письме от 25.05.2011 № АК/20129 «О признании рекламы неорганично интегрированной в теле, радиопередачу». Несмотря на то, что в настоящий момент данный документ утратил силу в связи с изданием Письма ФАС России от 02.12.2022 № МШ/109196-ПР/22 (в рамках регуляторной гильотины), полагаем, что позиция регулятора по изложенным вопросам осталась неизменной в отсутствие иных разъяснений и формирования ведомством иной практики.

Так, по мнению ФАС России, «органично интегрированной в то или иное произведение можно признать информацию о товаре или лице, которая является составной частью общего сюжета произведения (отдельной его части) и выступает в качестве дополнительной характеристики героя или созданной ситуации. При этом такие товар или организация не представлены в виде, когда внимание концентрируется именно на них, на их достоинствах и иных характеристиках, они не подменяют главных персонажей в произведении (отдельной его части), не нарушают сюжета и не могут быть изъяты из него без ущерба для целостного восприятия произведения».

В качестве примера органичной интегрированности ФАС России называет изображение товаров, которые приобретают или используют герои произведения в обоснованной сюжетом ситуации: потребление пива в баре, ресторане, без акцентирования внимания зрителей на наименовании товара, когда демонстрация товара, утвари, обстановки является естественным фоном сценического действия.

Отметим, что в любом случае если размещается информация с упоминанием (в частности, с демонстрацией) определенного наименования товара, средства его индивидуализации, в том числе товарного знака, или с упоминанием названия определенного юридического лица или индивидуального предпринимателя, коммерческого обозначения или иная подобная информация, формирующая интерес к определенному лицу или товару, то такую информацию необходимо предварительно оценивать на предмет ее органичного интегрирования и возможной квалификации в соответствии с понятием рекламы, закрепленным в статье 3 Закона о рекламе.

Заключение

В целом в связи с правовой неопределенностью понятия «продакт плейсмент», на наш взгляд, одним из возможных действенных способов минимизации рисков при распространении продакт плейсмента является использование институтов саморегулирования, примером которого могут стать положения Международного кодекса рекламной практики (ICC International Code of Advertising Practice)¹. Данный кодекс, несмотря на свою характеристику как рекомендательного нормативного акта, устанавливает требования

¹ Международный кодекс рекламной практики (принят на 47-й сессии Исполнительного совета Международной торговой палаты) // Закон. 1996. № 12.

о безошибочной отличимости рекламы от редакционных материалов вне зависимости от используемой формы и рекламносителя.

Сведения об авторах:

Гаджиева Альбина Омаровна, заместитель декана, директор Института исследований национального и сравнительного права, доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ

Адрес: 101000, г. Москва, Б. Трехсвятительский пер., 3, каб. 216

Тел.: +7 (495) 771-32-32

Москвитин Олег Андреевич, заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права НИУ ВШЭ, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москвы, член Генерального совета, руководитель Комитета по тарифному регулированию Ассоциации антимонопольных экспертов

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23, стр. 6

Тел.: +7 (495) 783-74-50; e-mail: omoskvitin@hse.ru; o.moskvitin@dcpravo.ru

Наумова Евгения Альбертовна, юрист антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москвы

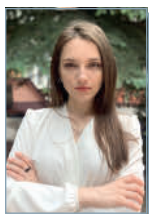
Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23, стр. 6

Тел.: +7 (495) 783-74-50; e-mail: e.naumova@dcpravo.ru

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ОПРОВЕРЖЕНИЯ НЕДОСТОВЕРНОЙ РЕКЛАМЫ



Березгов А.



Марюхина М.

А. С. Березгов (юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва)

М. Р. Марюхина (юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва)

Аннотация. Обязание к опровержению недостоверной рекламы в судебном порядке по иску антимонопольного органа (контрреклама) — инструмент, который практически не применяется на практике в настоящее время. В то же время в современную эпоху каждый человек подвержен огромному массиву информации, который, порой, не успевает обрабатываться сознанием. Именно поэтому, в частности, представляется очень важной обязанность всех участников рекламных отношений добросовестно размещать качественную, законную и достоверную информацию.

В настоящей статье авторами анализируется практика применения «контррекламы» и ее эффективность как средства защиты потребителей от недостоверной и недобросовестной рекламы.

Ключевые слова: антимонопольный орган, суд, опровержение недостоверной рекламы (контрреклама), решение, предписание.

PROBLEMS OF APPLICATION REFUTATION OF FALSE ADVERTISING

Alim Berezgov (associate of antitrust and tariff practices of «Muranov, Chernyakov & Partners» Law Firm, Moscow)

Maria Maryukhina (associate of antitrust and tariff practices of «Muranov, Chernyakov & Partners» Law Firm, Moscow)

Annotation. Refutation of false advertising in court on the claim of the antimonopoly authority is a rule of law which is almost forgotten in practice. Living in the age of digitalization, humanity is influenced by an array of information. It is important that surrounded by a large flow of information, everyone receives accurate information about goods, works and services.

In this article the authors raise the problems of using counter-advertising as means of protection against false advertising.

Keywords: antimonopoly service, court, refutation or false advertising (counter-advertising), solution, injunction.

Регулирование деятельности по распространению рекламы полностью зависит от цели самого рекламодателя, поскольку именно эта цель определяет, при каких условиях должна распространяться реклама. В цифровую эпоху рынок рекламы растет колоссальными темпами. При этом некоторые участники рекламной цепочки, к сожалению, не всегда готовы конкурировать честными методами.

Специализированное государственное регулирование рекламного законодательства началось с момента принятия Федерального закона от 18.07.1995 № 108-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе № 108). Несомненно, данный закон с 1995 по 2005 г. претерпевал частые изменения, в том числе в связи с развитием товарных рынков. Необходимо отметить, что Закон о рекламе от 1995 г. уже содержал ст. 29, которая называлась «Контрреклама».

В законе раскрывалось понятие контррекламы, которая определялась как *опровержение ненадлежащей рекламы, распространяемое в целях ликвидации вызванных ею последствий*. В свою очередь ненадлежащая реклама определялась как недобросовестная, недостоверная, неэтичная, заведомо ложная и иная реклама, в которой допущены нарушения требований к ее содержанию, времени, месту и способу распространения, установленные законодательством Российской Федерации. Также стороной отношений являлся нарушитель, который обязан был разместить контррекламу в срок, установленный антимонопольной службой. Федеральная антимонопольная служба имела полномочия определять содержание опровержения недостоверной рекламы. Важным условием, сохранившим свое действие и в настоящий момент, являлось то, что контрреклама должна осуществляться в том же средстве распространения информации с сохранением первоначальных характеристик. Так, эффективным было применение контррекламы в отношении рекламы одного магазина. Контрреклама заключалась в том, что вместо рекламных щитов с группой «На-На» со спущенными штанами и грубым слоганом, появились другие: певцы висели одетые, а надпись гласила: «Извините»¹.

При этом антимонопольная служба могла самостоятельно вынести решение об осуществлении контррекламы. В настоящее время дела об осуществлении контррекламы отнесены к компетенции суда.

Действующий Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (далее — № 38-ФЗ, Закон о рекламе № 38) не содержит конкретного понятия контррекламы. Однако отмечает, что *публичное опровержение недостоверной рекламы* является контррекламой.

Из данного определения можно сделать вывод, что не всякая реклама, не соответствующая закону, может быть публично опровергнута. Закон о рекламе № 38 указывает на недостоверную рекламу, понятие которой раскрывается в ч. 3 ст. 5 № 38-ФЗ.

Вместе с тем положения № 38-ФЗ не указывают в качестве обязательного условия для признания рекламы недостоверной установленный факт нарушения такой рекламой прав третьих лиц. Указанная трактовка нашла свое подтверждение в судебной практике и подзаконных актах. Так, согласно позиции Пленума ВАС РФ в ПП от 08.10.2012 № 58 антимонопольный орган не обязан доказывать, что недостоверная реклама ответчика нарушила или

¹ Фокова Е. Ответственность за нарушение законодательства о рекламе // Юрист. 2002. № 9.

могла нарушить права и охраняемые законом интересы третьих лиц, поскольку недостоверная реклама сама по себе уже несет угрозу нарушения этих прав.

Как следует из Закона о рекламе № 108 и Закона о рекламе № 38 лица, права и интересы которых нарушены в результате размещения ненадлежащей рекламы, вправе обратиться в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками о возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещение вреда, причиненного здоровью и имуществу, компенсации морального вреда, а также с требованием о публичном опровержении ненадлежащей рекламы.

Важной особенностью действующего Закона о рекламе № 38 является предъявление иска в суд антимонопольным органом. Кроме того, подача иска для контрольного органа — это право, а не обязанность службы¹. Как правило, на практике судами при рассмотрении соответствующих исков антимонопольного органа указывается лишь на недостоверность рекламы, подлежащей публичному опровержению, поскольку она нарушает права потребителей (то есть всех, кто ее видит, а не только конкретных лиц) — вводит в заблуждение относительно достоверности сведений, содержащихся в такой рекламе (см., например, Определение ВАС РФ от 16.01.2012 № ВАС-17234/11 по делу № А19-14339/10-22-54, Постановление УФАС Поволжского округа от 21.04.2011 по делу № А49-721/2010). Опровержение недостоверной рекламы производится за счет рекламодателя, что также является более конкретизированной нормой и не позволяет допущения расширения субъектного состава. Напомним, что рекламодатель несет ответственность за достоверность не только тех сведений, которые относятся к его собственной деятельности, являющейся объектом рекламирования, но и тех сведений, которые относятся к деятельности его конкурентов, объектом рекламирования не являющейся².

Стоит отметить немаловажную особенность ч. 3 ст. 38 Закона о рекламе № 38 — данная норма предусматривает наличие двух условий, которые применяются в совокупности для возможности реализации полномочия ФАС России с обращением в суд с иском о контррекламе: наличие решения антимонопольного органа о признании рекламы недостоверной, а также выдача предписания о прекращении распространения недостоверной рекламы. На практике достаточно часто встречаются случаи, когда распространение недостоверной рекламы прекращается, следовательно, антимонопольный орган соответствующее предписание не выдает. Например, в постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 06.08.2015 № 02АП-5813/2015 по делу № А17-2505/2014 УФАС было отказано в удовлетворении заявленных им требований о размещении контррекламы. Так, суд указал, что распространение недобросовестной рекламы было прекращено еще до вынесения управлением предписания и более чем за полтора года до вынесения судом

¹ Письмо ВАС РФ от 08.09.1995 № С5-7/ОЗ-540 «О Федеральном законе «О рекламе».

² Гришаев С.П. Реклама: правовое регулирование. М.: Ред. «Российской газеты», 2015. 175 с. (Библиотечка «Российской газеты». 2015. Вып. № 10).

решения по этому делу. Следовательно, целесообразность обращения в суд с требованием о размещении контррекламы отсутствовала в связи с невозможностью восстановления нарушенных прав неопределенного круга лиц.

Распространенные на практике ошибки

Анализ судебной практики позволяет выделить распространенные ошибки лиц, которые хотят получить опровержение недостоверной информации или подачу иска самим контрольным органом.

1. Потребитель или конкурент хозяйствующего субъекта не может сам обратиться в суд с заявлением об обязанности к опровержению недостоверной рекламы в случае признания ее таковой антимонопольным органом. Закон о рекламе № 38 наделяет таким правом исключительно контролирующий орган.

Данные выводы подтверждаются постановлением Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.06.2017 № 15АП-1884/2017 по делу № А32-6329/2015. Указанные лица вправе обратиться в суд исключительно с опровержением ненадлежащей рекламы.

2. Обращение антимонопольного органа с иском в суд должно быть осуществлено в разумные сроки после истечения сроков, установленных для исполнения выданного им предписания.

Так, например, Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа в Постановлении от 14.12.2015 № Ф02-6942/2015 по делу № А19-5881/2015 отказал Иркутскому УФАС России в удовлетворении кассационной жалобы, отметив, что ведомство обратилось в арбитражный суд с соответствующим иском спустя два года со дня получения антимонопольным органом информации о нарушении хозяйствующим субъектом законодательства о рекламе и спустя десять месяцев со дня вступления в силу решения арбитражного суда о признании недействительным определения антимонопольного органа о прекращении производства по делу.

Таким образом, по мнению суда, в данном случае подачей иска невозможно было достичь результата осуществления антимонопольным органом его контрольно-надзорной функции по пресечению распространения недостоверной рекламы, поскольку нарушение было прекращено за два года до выявления нарушения.

В настоящее время сроки, в рамках которых антимонопольный орган должен обратиться в суд, в Законе о рекламе не определены, но практика определяет эти сроки, как «разумные». Однако в соответствии с ч. 3 ст. 38 Закона о рекламе № 38 антимонопольный орган вправе обратиться в установленном порядке в суд или арбитражный суд с иском к рекламодателю о публичном опровержении недостоверной рекламы за счет рекламодателя.

По нашему мнению, только при подаче иска в разумные сроки (которые, видимо, могут несколько варьироваться в зависимости от обстоятельств дела) может быть достигнута основная задача контроля — предупреждение и пресечение фактов недобросовестной и недостоверной рекламы и устранение последствий

таких нарушений. Выводы о позднем обращении антимонопольного органа с заявлением и невозможностью в таком случае восстановления через иск нарушенных прав неограниченного круга лиц поддержал и Четвертый арбитражный апелляционный суд в постановлении № Ф02-1540/2013 от 22.02.2013 по делу № А19-19028/2012, указавший, что антимонопольный орган обратился в суд спустя полтора года со дня получения информации о нарушении законодательства о рекламе. В период рассмотрения дела в арбитражном суде отсутствовала необходимость применения такого способа гражданско-правовой защиты, как публичное опровержение недостоверной рекламы.

3. Антимонопольный орган должен учитывать, что без наличия выданного предписания об устранении нарушений рекламного законодательства вероятность удовлетворения его требований судом отсутствует¹. Закон о рекламе № 38 в ч. 3 ст. 38 предусматривает наличие двух условий для возможности реализации данного полномочия (обратиться в суд с иском о контррекламе): наличие решения антимонопольного органа о признании рекламы недостоверной, а также выдача антимонопольным органом предписания о прекращении распространения недостоверной рекламы. При этом Закон предусматривает, что данные условия должны присутствовать в совокупности. Данная позиция также отражена в постановлении Федерального Арбитражного Суда Восточно-Сибирского округа от 06.05.2013 по делу № А19-19028/2012.

Следовательно, антимонопольная служба в целях прекращения дальнейшего нарушения Закона о рекламе № 38 обязана выдать ответчику как лицу, обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе. Так, Арбитражный суд Иркутской области в решении от 17.12.2012 по делу № А19-19028/2012 указывает, что в связи с тем, что в мотивировочной части решения [антимонопольного органа] указано о нецелесообразности выдачи предписания ввиду прекращения ответчиком распространения рекламы, отсутствуют основания для применения мер гражданско-правовой защиты, то есть опубликования контррекламы в средствах массовой информации.

Мы видим, что практика обращения антимонопольного органа в суд с иском об опровержении недостоверной рекламы встречается достаточно редко. Как правило, хозяйствующие субъекты стараются устранить нарушения еще в процессе рассмотрения дела либо в установленные сроки исполнить выданное предписание.

Стоит обратить внимание, что количество выявленной антимонопольным органом недостоверной рекламы в 2022 г. по сравнению с предыдущим периодом 2021 г. выросло и составило 9,99% (в 2021 году — 8,64% всех выявленных нарушений)².

¹ Однако это не означает, что предписание нужно выдавать при отсутствии необходимости его выдачи.

² Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2022 год // URL: <https://fas.gov.ru/documents/689041?ysclid=lopyubqp851138229> (дата обращения: 08.11.2023).

Свежая практика возрождает эффективный институт таких исков?

В настоящее время в практике регулирования рекламного законодательства антимонопольный орган сделал важный шаг для возрождения такой меры ответственности, как обязанность разместить опровержение недостоверной рекламы (контррекламы).

Так, в 2023 г. ФАС России обратилась с иском в Арбитражный суд города Москвы к крупному известному банку осуществить опровержение недостоверной рекламы.

Содержание недостоверной рекламы было следующим: в рекламном видеоролике девушка танцует и поет песню со словами: «Кэшбек на все. И на это, и на это, и на это, и на то». При этом в нижней части кадра появляется гораздо менее заметный дисклеймер о том, что кэшбек не начисляется за любые денежные переводы, списание любых комиссий, при оплате телекоммуникационных, коммунальных, страховых услуг и т. д.

Исходя из массива проанализированных данных из возможных доступных источников, это, вероятно, первый иск антимонопольной службы с таким требованием за последние 15 лет, поскольку в последний раз ведомство, по нашей информации, обращалось с аналогичным иском в 2006–2008 гг.¹

Арбитражный суд поддержал выводы ФАС России и в решении указал, какие действия должен осуществить рекламодатель для опровержения изначально размещенной недостоверной рекламы². Представляется, что данное дело является достаточно значимым для применения института контррекламы.

Некоторые выводы

В рассмотренном выше случае «семь выходов в прайм-тайм на «Рен ТВ» обойдутся «...» [банку] в сумму не более 2,5 млн руб.», — оценивает представитель рекламной группы NMI Group³. Стоит отметить, что данный банк ранее уже привлекался к ответственности за распространение подобной рекламы в 2021 г. Тогда предписание было исполнено. Сумма штрафа не оглашалась, но санкцией ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ предусмотрено наложение штрафа для юридических лиц от 100 000 до 500 000 руб.

Таким образом, размещение банком контррекламы повлечет для него дополнительные (причем существенно большие, чем штраф) финансовые затраты и возможные репутационные риски перед потребителями, так как контрреклама должна быть опубликована в тех же средствах массовой ин-

¹ В контрах с рекламой // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/6279930?ysclid=lopz41ne09835966397> (дата обращения 08.11.2023).

² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 11.10.2023 № Ф05-23086/2023 по делу № А40-17982/2023.

³ Райффайзенбанку придется по требованию ФАС дать контррекламу на ТВ // URL: <https://www.vedomosti.ru/media/articles/2023/10/13/1000559-raiffaizenbanku-fas-kontreklamuyesclid=loimazkixj480944547> (дата обращения: 03.11.2023).

формации, в том же объеме, в то же время и на той же рекламной площадке, на которой была размещена недостоверная реклама.

Стоит отметить, что контрреклама является эффективным инструментом для защиты прав потребителей и бизнеса от недобросовестной рекламы. Однако для успешного использования данного инструмента необходимо соблюдать требования применимого законодательства и обращаться к антимонопольному органу для разрешения спорных вопросов.

Опровержение недостоверной рекламы может быть полезным инструментом борьбы с недобросовестными практиками рекламодателей и защиты прав и законных интересов потребителей. Анализ действующего законодательства и правоприменительной практики в рамках работы над настоящей статьей показал, что выводы судов об отсутствии необходимости применения опровержения недостоверной рекламы зачастую являются обоснованными. Результаты анализа практики позволяют сделать вывод о качественном рассмотрении дел о нарушении Закона о рекламе. При этом, к сожалению, антимонопольный орган в большей мере пока не использует данное ему полномочие по обращению в суд с требованием о размещении контррекламы.

Представляется, что в случае возрождения данной «спящей» пока практики может уменьшиться количество размещаемой недостоверной рекламы. При таких обстоятельствах, возможно, рекламодатели будут подходить к продвижению своих товаров, работ, услуг с более высокой осмотрительностью, поскольку расходы, направляемые на контррекламу, будут составлять значительные суммы. Еще одним важным последствием для недобросовестных рекламодателей в таких случаях можно считать подрыв их деловой репутации в глазах потребителей, что также может повлечь дополнительные убытки и простимулирует таких недобросовестных хозяйствующих субъектов конструировать в рекламе законными методами.

Сведения об авторах:

Березгов Алим Салимович, юрист антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23 стр.6
Тел.: +7 (495) 783-74-50; e-mail: A.Berezgov@dcpravo.ru

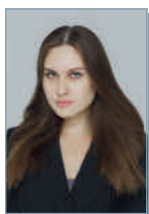
Марюхина Мария Романовна, юрист антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23 стр.6
Тел.: +7 (495) 783-74-50; e-mail: M.Maryukhina@dcpravo.ru

ОСНОВНЫЕ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О РЕКЛАМЕ В СФЕРЕ ФИНАНСОВЫХ УСЛУГ И ФИНАНСОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ



Акимова И.



Гарипова А.

И. В. Акимова (доцент Базовой кафедры ФАС России в Финансовом университете при Правительстве Российской Федерации, Председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер и руководитель практики конкурентного права адвокатского бюро BGP Litigation, г. Москва)

А. А. Гарипова (специалист в области антимонопольного и рекламного законодательства)

Аннотация. Ненадлежащая реклама финансовых услуг является одним из наиболее часто допускаемых нарушений в сфере рекламы. Авторами статьи проанализированы ключевые позиции правоприменительной практики антимонопольного органа в части нарушений в сфере рекламы финансовых услуг и финансовой деятельности.

Ключевые слова: реклама финансовых услуг, финансовая услуга, ненадлежащая реклама, финансовая деятельность.

MAIN VIOLATIONS OF LEGISLATION ON ADVERTISING IN THE FIELD OF FINANCIAL SERVICES AND FINANCIAL ACTIVITIES

Irina Akimova (Associate Professor of the FAS Russia Base Chair at the Financial University under the Government of the Russian Federation, Chair of the General Council of the Association of Antitrust Experts, Attorney-at-Law, Partner and Head of the Competition Practice of BGP Litigation, Moscow, Russia)

Azaliya Garipova (specialist in the field of antitrust and advertising legislation, Moscow, Russia)

Annotation. Inappropriate advertising of financial services is one of the most common advertising violations. The authors of the article analyzed the key positions of the law enforcement practice of the antimonopoly authority regarding violations in the field of advertising of financial services and financial activities.

Keywords: advertising of financial services, financial service, inappropriate advertising, financial activities.

Антимонопольный орган в официальной статистике, представленной в рамках Докладов о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 5 лет (с 2018 по 2022 годы), ежегодно отмечает высокий процент нарушений в рекламе финансовых услуг и финансовой деятельности. В 2018 году — 18,24%, в 2019 — 22,1%, в 2020 — 18,77%, в 2021 — 17,08%, в 2022 — 17,8%. Несмотря на незначительные изменения в цифрах, определенная стабильность по количественному критерию явно прослеживается.

При подготовке первых поправок для актуализации Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) в рамках реализации механизма «регуляторной гильотины» ФАС России разрабатывает, в том числе, изменения в статью 28 этого закона, регламентирующую рекламу финансовых услуг и финансовой деятельности.

Ненадлежащая реклама финансовых услуг в целом является одним из негативных факторов, искажающих конкуренцию на соответствующем рынке, поскольку опосредованно влияет на потребительский спрос¹.

Авторами была детально проанализирована наиболее актуальная практика антимонопольной службы за 2022 (229 дел) и 6 месяцев 2023 года (82 дела), опубликованная в открытых источниках.

Интересен анализ не столько количественной стороны вопроса, сколько качественной: выявление тенденций, понимание, в чем состоят основные нарушения, как антимонопольный орган доказывает их наличие и по каким основаниям может прекратить дело.

Закономерности, которые были выявлены авторами вследствие анализа практики антимонопольного органа:

- наиболее часто нарушаются части 1, 2, 3, 13 и 14 статьи 28 Закона о рекламе;
- наименее часто нарушается часть 6 статьи 28 Закона о рекламе;
- за рассматриваемый период (2022 год и 6 мес. 2023 года) самое большое количество нарушений пришлось на Республику Татарстан (18%), Кемеровскую область (10,5%) и Алтайский край (9,5%);
- чаще всего заявителями по делу выступают региональные управления Центрального Банка Российской Федерации, также дела часто возбуждаются после направления прокуратурой материалов проверки;
- низкий процент прекращенных дел — около 3%.

Предмет доказывания в делах о рекламе финансовых услуг и финансовой деятельности

Соответствие объекта признакам рекламы

В соответствии с частью 1 статьи 3 Закона о рекламе для признания информации рекламой она должна одновременно соответствовать следующим условиям, а именно:

- распространяться любым способом, в любой форме (в телепрограммах и телепередачах, на баннерах наружной рекламы, в интернете, в печатных изданиях, через звонки, смс-сообщения и по электронной почте);
- быть адресованной неопределенному кругу лиц (лицам, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя информации);
- должно отсутствовать указание на лицо, для которого реклама создана и на восприятие, которого направлена.

¹ Доклад ФАС России о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2018 год // URL: <https://fas.gov.ru/documents/685806>.

Достаточно спорным является вопрос, всегда ли звонок по телефону, смс-сообщение или сообщение по электронной почте считается рекламой?

С одной стороны, информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Однако согласно позиции судов¹ «в силу специфики способа распространения — по сетям электросвязи, такая индивидуализация — направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается частью 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер смс-сообщения».

Антимонопольный орган считает, что, если в тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица и не содержится указание на конкретного адресата, на восприятие которого направлена распространенная информация, значит, такая информация признается рекламой, так как не имеет ограничений по распространению, исходя из ее содержания².

Также ФАС России в своем Разъяснении³ указала, что «короткий номер» предназначен для одновременной массовой отправки смс-сообщений широкому кругу лиц.

Вместе с тем, если в текстах сообщений (звонков) присутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация, и содержится указание на конкретного адресата, значит, содержание таких сообщений (звонков) имеет ограничение по кругу распространения, исходя из своего содержания, следовательно, это не может признаваться рекламой⁴.

Некоторые банки манипулируют данной позицией, говоря о том, что смс-сообщения рассылались не всем, а заранее определенному кругу лиц, однако подтвердить данный факт часто не удается⁵: реклама, завуалированная под индивидуальное сообщение, не перестает быть по своей сути рекламой. Однако ФАС России в письме от 25.06.2013 № АК/24455/13 разъяснила, что обобщенная информация не носит персонализированного характера даже в случае упоминания имени и отчества абонента, представляет интерес для неопределенного круга лиц и является рекламой⁶. Хотя письмо и утратило силу, территориальные управления продолжают использовать данную позицию⁷.

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.02.2023 по делу № А40-68051/2022.

² Решение Московского УФАС России от 13.06.2023 по делу № 077/05/18-4917/2023.

³ Разъяснение ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

⁴ Решение Омского УФАС России от 04.04.2023 по делу № 055/05/18-1/2023.

⁵ Решение Новгородского УФАС России от 27.07.2022 по делу № 053/05/28-238/2022.

⁶ Решение Свердловского УФАС России от 21.04.2022 по делу № 066/05/28-31/2022.

⁷ См., напр., Решение Свердловского УФАС России от 06.06.2023 по делу № 066/05/18-1708/2023.

Таким образом, звонок, смс-сообщение или сообщение по электронной почте¹ будут признаваться рекламой в следующих случаях:

- если в их содержании присутствует обобщенная информация, которая способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица (даже в случае упоминания ФИО абонента-получателя);
- если сообщение или звонок поступили с короткого номера, что свидетельствует о рассылке;
- если в рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация, она не содержит конкретного адресата.

Кроме перечисленных выше признаков, реклама также должна быть направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Чтобы информация могла считаться рекламой, она должна целенаправленно представить вниманию потребителей объект рекламы. Признаком рекламы является ее способность стимулировать и поддерживать интерес к объекту для продвижения его на рынке, формирования к нему положительного отношения и закрепления его образа в памяти потребителя. Реклама призвана способствовать реализации товаров, идей и начинаний, должна влиять на мотивацию потребителя при выборе товара и побуждать его совершать определенные действия в отношении объекта рекламирования, вступать в конкретные правоотношения купли-продажи по поводу рекламируемой продукции.

Например, размещение рекламной конструкции (вывеска с текстом «Мы лучше, чем ломбард... Деньги в обмен на золото») однозначно преследует цель привлечения внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке².

Объектом рекламирования является финансовая услуга или финансовая деятельность

Согласно пункту 2 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) под финансовой услугой понимаются банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц.

¹ Требования Закона о рекламе распространяются и на направление рекламы по электронной почте (такой вывод следует, в частности, из определения Верховного Суда РФ от 08.07.2021 № 310-ЭС21-10616 по делу № А14-8969/2020).

² Решение Татарстанского УФАС России от 12.05.2023 № ВЧ-08/4761 по делу № 016/05/5-432/2023.

Вместе с тем в статье 28 Закона о рекламе содержатся также требования, предъявляемые к рекламе деятельности, связанной с привлечением денежных средств физических лиц для строительства жилья на основании договора участия в долевом строительстве, а также к рекламе таких организаций, как жилищные, жилищно-строительные кооперативы, жилищные накопительные кооперативы.

Учитывая приоритет норм Закона о рекламе перед нормами Закона о защите конкуренции применительно к оценке рекламы, из анализа положений статьи 28 Закона о рекламе следует, что в рекламном законодательстве под финансовой услугой понимаются не только услуги, прямо указанные в Законе о защите конкуренции, но также и другие услуги, связанные с привлечением денежных средств иных лиц¹.

Следует отметить, что понятие «финансовая деятельность» в российском законодательстве отсутствует. Вместе с тем такая деятельность является самостоятельным объектом рекламирования.

Системный анализ финансового и банковского законодательства позволяет сделать вывод, что под финансовой деятельностью понимается, в частности, деятельность лиц (лица), в первую очередь, профессиональных участников рынка финансовых услуг, связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц².

О том, что объектом рекламирования является финансовая услуга или финансовая деятельность, может свидетельствовать, допустим, направленность рекламы на привлечение внимания и поддержание интереса к займу и его продвижению на рынке финансовых услуг³.

Предполагаемый ответчик действительно является рекламодателем, рекламодателем или рекламопроизводителем

Законодательство устанавливает презумпцию вины рекламодателя по отношению к другим субъектам рекламной деятельности за нарушения Закона о рекламе, которые касаются содержания информации, предоставляемой для создания рекламы.

Рекламодателем может быть как лицо, заинтересованное в реализации объекта рекламирования (изготовитель товара, продавец товара, лицо, оказывающее услуги), так и иное лицо, если указанное лицо совершило действия по выбору объекта рекламирования и содержания рекламной информации. При этом отнесение того или иного лица к рекламодателю осуществляется ис-

¹ Постатейный комментарий к Федеральному закону «О рекламе» / под ред. Д. С. Бадалова, И. И. Василенковой, Н. Н. Карташова, С. Ф. Котова, Т. Е. Никитиной. М.: Статут, 2012.

² ФАС России: о внесении изменений в статью 28 Федерального закона «О рекламе» // URL: <https://mordovia.fas.gov.ru/analytic/12498>.

³ Решение Московского областного УФАС России от 18.08.2022 по делу № 050/05/28-751/2022.

ходя из объекта рекламирования, к которому формируется интерес в рекламе, условий договора о распространении рекламы, а также иных обстоятельств распространения рекламы¹.

Рекламопроизводитель осуществляет приведение рекламы в готовую для распространения форму, поэтому несет ответственность в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Рекламораспространитель совершает действия по распространению рекламы и, соответственно, несет ответственность за нарушение требований, установленных к порядку распространения рекламы (времени, месту, способу и средствам размещения рекламы).

Доказательством причастности лиц к правонарушению может быть переписка, скриншоты и фотографии, где отчетливо видно, какой субъект является рекламодателем (распространителем, производителем).

При рассмотрении дела антимонопольный орган исследует договоры (аренды рекламных конструкций, размещения рекламы, заказа (изготовление дизайн-макета) и т.д.), документы, подтверждающие исполнение указанного договора (акт выполненных работ, счет на оплату, платежное поручение и т.д.), выписки со счетов на предмет наличия переводов денежных средств, переписку.

Часто встречающиеся на практике нарушения в сфере рекламы финансовых услуг и финансовой деятельности

Рассмотрим наиболее частые нарушения в сфере рекламы финансовых услуг и финансовой деятельности подробнее в следующем разделе.

Реклама содержит гарантии или обещания эффективности деятельности (доходности вложений) в будущем, если такая эффективность деятельности (доходность вложений) не может быть определена на момент заключения соответствующего договора².

В газете была размещена реклама следующего содержания: «Привлекаем денежные средства от физических и юридических лиц под гарантированный процент — 14,5% годовых*»³.

Спорная реклама содержит указание на привлекательность инвестирования денежных средств физических и юридических лиц под гарантированный процент. Сведений о возможных рисках инвестирования денежных средств реклама не содержит, соответственно, она нарушает часть 2 статьи 28 Закона о рекламе.

При этом довольно часто банки в рекламе обещают реально возможную для получения прибыль, однако она находится в прямой корреляции с сум-

¹ Письмо ФАС России от 31.05.2016 № АК/36350/16 «О разъяснении отдельных положений Федерального закона «О рекламе».

² Часть 2 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

³ Решение Сахалинского УФАС России от 09.12.2022 по делу № 065/05/28-606/2022.

мой и сроком кредита, условия о которых указываются недоступным для восприятия потребителей шрифтом.

Согласно устоявшейся практике¹, если информация изображена таким образом, что она не воспринимается или плохо воспринимается потребителем (шрифт (кегель), цветовая гамма и тому подобное) и это обстоятельство приводит к искажению ее смысла и вводит в заблуждение потребителей рекламы, то данная информация считается отсутствующей, а соответствующая реклама ненадлежащей в силу того, что она не содержит части существенной информации о рекламируемом товаре, условиях его приобретения или использования (часть 7 статьи 5 Закона о рекламе).

Таким образом, следует избегать различного рода финансовых обещаний и гарантий, если в рекламе не удастся отразить зависимые условия и подтверждение их реализации в надлежащем виде.

Реклама услуг, связанных с предоставлением (пользованием, погашением) кредита или займа, не содержит все условия, определяющие для заемщика полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)» (далее — Закон о кредите и займе), и влияющие на стоимость кредита (займа)².

Этот состав является лидером среди нарушений со стороны банков. Только за две недели июля 2023 года антимонопольная служба выявила признаки нарушения части 3 статьи 28 Закона о рекламе в рекламных кампаниях сразу нескольких банков.

К примеру, на роллерном дисплее в Москве транслировалась реклама «Росбанка»³: крупным шрифтом указывалась привлекательная для потребителя информация об отсутствии ежемесячного платежа по кредиту. Однако данные об иных условиях, влияющих на стоимость кредита и возможность получения льготного периода (сумма, срок, условие о заключении договора страхования и пр.), размещались в поясняющей сноске трудным для восприятия шрифтом, а реклама транслировалась в течение короткого времени. Таким образом, потребители не получали полную информацию обо всех условиях, определяющих стоимость кредита. Подобная ситуация сложилась и у АО «Почта Банк»⁴.

Таким образом, следует обращать внимание не только на то, чтобы в рекламе содержались все условия, определяющие полную стоимость кредита

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе».

² Часть 3 статья 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

³ ФАС возбудила дело в отношении Росбанка по признакам нарушения рекламного законодательства // URL: <https://fas.gov.ru/News/32675>.

⁴ ФАС возбудила дело в отношении АО «Почта Банк» по признакам нарушения рекламного законодательства // URL: <https://fas.gov.ru/News/32665>.

(займа), но и на возможность восприятия информации со стороны потребителя: текст должен быть читаемым (контрастность, достаточный размер шрифта, длительность¹ трансляции).

Реклама услуг по предоставлению потребительских займов лицами, не осуществляющими профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов в соответствии с Законом о кредите и займе².

Профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов³ — деятельность юридического лица или индивидуального предпринимателя по предоставлению потребительских займов в денежной форме (кроме займов, предоставляемых работодателем работнику, займов, предоставляемых физическим лицам, являющимся учредителями (участниками) или аффилированными лицами коммерческой организации, предоставляющей заем, займов, предоставляемых брокером клиенту для совершения сделок купли-продажи ценных бумаг, и иных случаев, предусмотренных федеральным законом).

Профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов осуществляется кредитными организациями, а также некредитными финансовыми организациями в случаях, определенных федеральными законами об их деятельности⁴.

Из жалобы Национального банка Республики Бурятия следует, что в «2 ГИС»⁵ содержалась информация об услугах, оказываемых ООО «ЛА» (автоломбард «Атлант»), по выдаче займов под залог автомобиля, электроники, бытовой техники, в то время как у ООО «ЛА» на основании решения Банка России уже было прекращено действие лицензии и ООО «ЛА» было включено Банком России в список компаний с выявленными признаками нелегальной деятельности на финансовом рынке. Рекламный характер информации об автоломбарде «Атлант» подтверждается платными возможностями приложения «2 ГИС»: особая метка на карте и улучшенная карточка компании.

Между ООО «ЛА» и ООО «2Б» был оформлен бланк заказа на размещение рекламных материалов заказчика в приложениях «2 ГИС», содержащий все существенные условия договора возмездного оказания услуг. Согласие

¹ Согласно постановлению Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.10.2017 по делу № А65-7986/2017 в практике делового оборота установлено «правило трех секунд», в соответствии с которым потребитель устанавливает содержание рекламного сообщения в течение времени, равняющегося примерно 3–4 секундам.

² Часть 13 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» // Российская газета. 2006. 15 марта.

³ Пункт 5 статьи 3 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6673.

⁴ Статья 4 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6673.

⁵ Сервис «2 ГИС» — это коммерческий продукт, создаваемый на основе общедоступной информации для целей информирования пользователей об организациях, осуществляющих свою деятельность на конкретной территории.

с условиями бланка заказа ООО «ЛА» выразило с помощью конклюдентных действий — оплачивая рекламные услуги в период проведения рекламной кампании. Данный факт подтверждается приходными кассовыми ордерами с основанием платежа «за рекламные услуги».

Таким образом, антимонопольный орган признал ООО «ЛА» нарушившим часть 13 статьи 28 Закона о рекламе.

Реклама услуг осуществляется в отсутствие лицензий, разрешений, требуемой аккредитации, членства в случае, если оказание банковских, страховых и иных финансовых услуг или финансовой деятельности¹ требует соответствующего разрешения.

Антимонопольный орган при рассмотрении таких категорий дел часто обращается к гражданскому законодательству в целях толкования необходимой терминологии.

К примеру, в одном из дел, чтобы понять, есть ли нарушение в рекламном слогане «Мы лучше, чем ломбард, деньги в обмен на золото» антимонопольный орган обратился к статье 358 ГК РФ и статье 10 Федерального закона от 19.07.2007 № 196-ФЗ «О ломбардах» (далее — Закон о ломбардах).

Пунктом 1 статьи 358 ГК РФ предусмотрено, что принятие от граждан в залог движимых вещей, предназначенных для личного потребления, в обеспечение краткосрочных займов может осуществляться в качестве предпринимательской деятельности специализированными организациями — ломбардами. При этом согласно пункту 3 данной статьи закладываемые вещи передаются в ломбард.

Договор займа совершается в письменной форме и считается заключенным с момента передачи заемщику суммы займа и передачи ломбарду закладываемой вещи.

Из положений главы 4 Закона о ломбардах следует, что в случае, если заемщик не погашает обязательства перед ломбардом в срок, установленный договором займа, то по истечении установленного статьей 10 Закона о ломбардах льготного срока ломбард вправе обратиться взыскание на невостребованную вещь путем ее продажи с целью удовлетворения требований ломбарда к заемщику.

Таким образом, в этом деле Татарстанское УФАС России пришло к выводу, что договор займа подразумевает передачу заложенной вещи в ломбард, поскольку именно из стоимости заложенной вещи подлежат удовлетворению требования ломбарда в случае невозврата денежных средств заемщиком. В связи с тем, что рекламодаделец не имеет специального разрешения на рекламируемую деятельность, соответственно, не является ломбардом, Татарстанское УФАС признало его нарушившим Закон о рекламе².

¹ Часть 14 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

² См., например, Решение Татарстанского УФАС России от 12.05.2023 по делу № 016/05/5-432/2023.

Основные причины прекращения производство по делу

В некоторых случаях контролирующий орган может прекратить производство по делу о нарушении рекламного законодательства. Рассмотрим соответствующие основания.

1. Невозможность установления лица, нарушившего Закон о рекламе.

Ответственность за нарушение требований несет рекламодатель, рекламораспространитель и (или) рекламопроизводитель. Как правило, установлением надлежащего ответчика занимается именно заявитель, но, если это не очевидно, комиссия антимонопольного органа также предпринимает соответствующие меры. Однако не всегда удается найти необходимые данные (место жительства (пребывания)), чтобы уведомить такое лицо надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела. К тому же позиция антимонопольного органа в подобных случаях такова: «оперативно-розыскными полномочиями антимонопольный орган не наделен»¹.

2. Были представлены ненадлежащие доказательства, из-за чего не удалось подтвердить наличие факта нарушения.

Например, рекламные сообщения, поступившие посредством электронной почты, были зафиксированы ненадлежащим образом (на скриншоте не было видно, что отправителем сообщения являлся именно ответчик)².

Согласно факту одного из дел заявителю был осуществлен звонок с рекламной кредитной банкой. Банку удалось доказать, что номер принадлежит не ему, а индивидуальному предпринимателю, не связанному с банком³.

С одной стороны, банк действительно не должен нести ответственность за содержание недостоверной рекламы, распространенной третьими лицами, возможно, незаконно использующими общедоступную информацию о банке. С другой стороны — зачем некоему индивидуальному предпринимателю осуществлять рекламу банка, не связанному с ним? В любом случае и в этом деле имели место *prima facie evidence* («доказательства, убедительные на первый взгляд»), но не убедительные для антимонопольного органа, прекратившего дело вследствие отсутствия доказательств.

3. Реклама не содержала утверждение, что финансовые услуги по выдаче денежных средств оказывает непосредственно ответчик.

¹ Определение Удмуртского УФАС России от 29.03.2023 по делу № 018/05/28-72/2023; Определение Алтайского краевого УФАС России от 13.04.2023 по делу № 022/05/28-224/2023; Определение Самарского УФАС России от 21.02.2023 по делу № 063/05/28-1027/2022; Определение Коми УФАС России от 08.08.2022 по делу № 011/05/28-499/2022; Определение Алтайского краевого УФАС России от 17.05.2022 по делу № 022/05/28-256/2022.

² Определение Ярославского УФАС России от 04.05.2023 по делу № 076/05/18-324/2023.

³ Определение Липецкого УФАС России от 04.10.2022 по делу № 048/05/28-639/2022; Определение Липецкого УФАС России от 04.10.2022 по делу № 048/05/28-640/2022.

Например, в одном из дел в размещенной рекламе четко прослеживалось, что общество оказывает посреднические услуги по подбору кредитов, займов, следовательно, нарушения законодательства не было¹.

4. В ходе рассмотрения дела подтвердилась информация о том, что ответчик осуществляет профессиональную деятельность по предоставлению займов, поэтому может размещать соответствующую информацию в рекламе².

5. Объект жалобы не содержит всех необходимых законодательных признаков рекламы.

Например, в одном из дел аудиосюжет не имел цели продвижения конкретного товара на товарном рынке³.

Заключение

Реклама является влиятельным и масштабным способом продвижения товаров и услуг. Согласно статистике⁴ чаще всего в подкастах Яндекс.Музыки размещали рекламу финансовых услуг (15,7% в «Топ-100» и 50,3% в «Топ-100 новые»).

Напротив, на платформе Яндекс.Дзен реклама финансовых услуг с гарантированным доходом, микрозаймов, ломбардов, финансовых пирамид, услуг форекс-дилеров, брокеров и коллекторских агентств, а также криптовалюты запрещена по условиям правил рекламы платформы⁵.

Таким образом, ежегодно растущий высокий процент нарушений в рекламе финансовых услуг и финансовой деятельности может быть обусловлен огромной популярностью этой категории и многочисленностью таких рекламных кампаний.

ФАС России держит рекламу в фокусе внимания и предпринимает комплекс мер для защиты прав потребителей от недостоверной рекламы финансовых услуг и финансовой деятельности.

Авторы настоящей статьи проанализировали ежегодно растущее число нарушений одних и тех же составов правонарушений и полагают, что стоит уделить особое внимание их предотвращению. В частности, речь идет о составах частей 1, 2, 3, 13 и 14 статьи 28 Закона о рекламе. По мнению авторов, результативной может оказаться мера ужесточения санкций за подобные нарушения.

¹ Определение Приморского УФАС России от 24.01.2023 по делу № 025/05/28-1010/2022.

² Определение Алтайского краевого УФАС России от 06.03.2023 по делу № 022/05/28-794/2022.

³ Определение Ярославского УФАС России от 10.03.2022 по делу № 076/05/28-1330/2021.

⁴ Лайфхакер опубликовал большое исследование рекламы в подкастах // URL: <https://adpass.ru/lajfhaker-opublikoval-pervoe-v-rossii-issledovanie-reklamy-v-podkastah/>.

⁵ Требования к рекламным публикациям // URL: <https://yandex.ru/support/promopages/requirements/disallowed.html>.

Учитывая низкий процент признанных судами незаконными решений антимонопольных органов по данным категориям дел, можно сделать вывод, что антимонопольный орган довольно ответственно подходит к доказыванию, обращая, прежде всего, особое внимание на соответствие объекта (финансовой услуги или финансовой деятельности) признакам рекламы, опираясь исключительно на надлежащие доказательства и устанавливая ответственное за нарушение лицо и признаки недостоверности спорной рекламы.

Обращаем внимание, что пренебрежительное отношение к исполнению обязанностей по соблюдению норм в сфере законодательства о рекламе, особенно в случае, когда реклама связана с потенциальным привлечением материальных ресурсов граждан и юридических лиц, особым образом нарушает их права и законные интересы.

Сведения об авторах:

Акимова Ирина Владимировна, доцент Базовой кафедры ФАС России в Финансовом университете при Правительстве Российской Федерации, Председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер и руководитель практики конкурентного права адвокатского бюро BGP Litigation, г. Москва
Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., 6, стр. 2, ДЦ «Империя»
Тел.: +7(495)7772820; e-mail: Irina.Akimova@bgplaw.com

Гарипова Азалия Аскарровна, специалист в области антимонопольного и рекламного законодательства
Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., 6, стр. 2, ДЦ «Империя»
Тел.: +7(495)7772820; e-mail: azalia.garipova@bgplaw.com

ПЕРСПЕКТИВЫ ПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМПЛАЕНСА ХОЗЯЙСТВУЮЩИМИ СУБЪЕКТАМИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О РЕКЛАМЕ В ЦЕЛЯХ ПРЕСЕЧЕНИЯ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ



Елбаева Н.



Беляев С.



Березгов А.



Москвитин О.

Н. А. Елбаева (к.ю.н., доцент Департамента международного и публичного права Финансового университета при Правительстве Российской Федерации г. Москвы, член Ассоциации антимонопольных экспертов)

С. Г. Беляев (д.т.н., профессор, директор Научно-методического центра «Высшая школа тарифного регулирования» РЭУ им. Г. В. Плеханова)

А. С. Березгов (юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва)

О. А. Москвитин (заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права НИУ ВШЭ, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва, член Генерального совета, руководитель Комитета по тарифному регулированию Ассоциации антимонопольных экспертов)

Аннотация. В статье анализируются возможности применимости комплаенс процедур, разработанных ФАС России для управления антимонопольными рисками, в сфере рекламы с учетом ее оценки на предмет соответствия антимонопольному законодательству (в части недобросовестной конкуренции) или рекламному (в части недобросовестной рекламы).

Ключевые слова: недобросовестная реклама, недобросовестная конкуренция, антимонопольный комплаенс.

PROSPECTS FOR THE APPLICATION OF ANTIMONOPOLY COMPLIANCE BY BUSINESS ENTITIES IN THE LEGISLATION ON ADVERTISING TO SUPPRESSION OF UNFAIR COMPETITION

Natalia Elbaeva (PhD in Law, Associate Professor, Department of International and Public Law, Financial University under the Government of the Russian Federation, Moscow, member of the Association of Antimonopoly Experts Association)

Sergey Belyaev (PhD in Engineering, professor, director of the Scientific and Methodological Center «Higher School of Tariff Regulation» of the Plekhanov Russian University of Economics)

Alim Berezgov (associate, of antitrust and tariff practices of «Muranov, Chernyakov & Partners» Law Firm, Moscow)

Oleg Moskvitin (deputy head of Competition policy and market regulation Institute of the National Research University of the Higher School of Economics, partner, head of antitrust and tariff practices of Muranov, Chernyakov & Partners Law Firm, Moscow, members of General Council of Antimonopoly Experts Association)

Annotation. The article analyzes the applicability of compliance procedures developed by the Federal Antimonopoly Service of Russia to manage antimonopoly risks in the field of advertising, considering the assessment of compliance with antimonopoly legislation, in terms of unfair competition or advertising, in terms of unfair advertising.

Keywords: *unfair advertising, unfair competition, antitrust compliance.*

О соотношении понятий «недобросовестная конкуренция» и «ненадлежащая реклама»

Одно из ключевых мест в регулировании рыночных отношений в России занимают нормы конкурентного права. Нормы, гарантирующие защиту и поддержку конкуренции, предусмотрены в действующей Конституции Российской Федерации (далее — Конституция РФ). Так, например, в статье 8 и статье 34 Конституции РФ закреплены конституционные гарантии свободы экономической деятельности, а также запрещена экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию. Реализации данных конституционных гарантий служит Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон), где предусмотрено на законодательном уровне осуществление контроля за исполнением данных конституционных норм. Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), также содержит конституционные нормы, связанные с продвижением товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации, которые призваны содействовать формированию единого экономического пространства. Распространение ненадлежащей (недобросовестной, недостоверной) рекламы нарушает нормы одновременно обоих вышеназванных законов.

В настоящее время существует юридическая проблема соотношения норм двух запрещенных составов — недобросовестной конкуренции (запрет предусмотрен антимонопольным законодательством) и ненадлежащей рекламы (запрещена рекламным законодательством), что создает определенные трудности в правоприменении антимонопольным органам. Два различных нормативных акта имеют одинаковый уровень в юридической иерархии (оба акта — федеральные законы), на данную особенность указывает в своей работе К. Ю. Тотьев¹. Как отмечает данный автор, речь идет о коллизии поведенческих норм, когда к одинаковым обстоятельствам дела (фактам) применяются различные правовые последствия.

¹ Тотьев К.Ю. Ненадлежащая реклама и недобросовестная конкуренция: коллизия составов и способы ее устранения // URL: <https://base.garant.ru/5813160/>.

Говоря о соотношении норм двух вышеназванных законов, важным представляется понять, что общего и в чем различия. Общее, прежде всего, в целях правового регулирования, которые у вышеназванных законов пересекаются. На обеспечение эффективного функционирования товарных рынков направлены оба этих закона, кроме того, важным представляется тот факт, что контроль за соблюдением норм указанных законов осуществляется одним государственным органом, Федеральной антимонопольной службой России (далее — ФАС России) и ее территориальными органами. Данный факт позволяет сделать вывод о возможности применения некоторых мер защиты конкуренции, разработанных ФАС России для управления антимонопольными рисками, и в сфере рекламы — с учетом оценки рекламы на предмет соответствия антимонопольному законодательству (в части недобросовестной конкуренции) или рекламному (в части недобросовестной рекламы).

При этом важно понимать, в чем различие в правоприменении норм данных законов. Первое различие состоит в том, что, если речь идет о ненадлежащей рекламе, то можно говорить об информации, если о недобросовестной конкуренции, то о действии. Второе различие заключается в том, что противоречия, связанные с ненадлежащей рекламой, могут быть по отношению законодательства, а противоречия, связанные с недобросовестной конкуренцией, помимо законодательства, могут касаться обычаев делового оборота, требований добропорядочности и справедливости¹. Антимонопольные органы придерживаются такой же позиции (см., например, Письмо ФАС России от 25.06.2014 № АК/25319/14 «О соотношении норм Федерального закона «О рекламе» и статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции»²).

В части 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции дается определение недобросовестной конкуренции, суть которой — получение хозяйствующим субъектом противоречащих законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости преимуществ при осуществлении хозяйственной деятельности. В статьях 14.1—14.7 указанного Закона подробно перечислены виды НДК, и, как следует из статьи 14.8 данного же Закона, этот перечень является открытым. К недобросовестной конкуренции отнесены, например, распространение ложных, неточных или искаженных сведений, введение в заблуждение в отношении характера, спо-

¹ Сулов Р., Стариков И., Илюшин И. Недобросовестная конкуренция или недобросовестная реклама? Проблемы квалификации нарушений // Ваш партнер-консультант. 2017. № 23 (9689). URL: <https://www.eg-online.ru/article/347696/>

² Письмо ФАС России от 25.06.2014 № АК/25319/14 «О соотношении норм Федерального закона «О рекламе» и статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции».

соба и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и др.

В пункте 2 статьи 5 Закона о рекламе сказано, что недобросовестная реклама может являться актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

Из вышеизложенного следует, что нарушение норм недобросовестной рекламы, а также нарушение одновременно норм, содержащихся в главе 2.1 Закона о защите конкуренции (недобросовестная конкуренция), являются актом недобросовестной конкуренции.

Как справедливо отмечает ФАС России в приведенном выше письме, если информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, распространяется не только посредством рекламы, но и другим способом (например, на этикетках товара, в переписке с контрагентами по договорам), лицо подлежит привлечению к административной ответственности на основании статьи 14.33 КоАП РФ.

Таким образом, если информация, которая содержит не соответствующие действительности сведения (например, введение потребителей в заблуждение, некорректное сравнение), распространяется исключительно посредством рекламы, такая информация подлежит оценке на предмет соответствия законодательству о рекламе, если указанная информация распространяется как посредством рекламы, так и иными способами при введении товара в оборот, такая информация подлежит оценке на предмет соответствия антимонопольному законодательству (в части недобросовестной конкуренции).

В то же время имеются трудности в применении приведенных выше норм на практике антимонопольными органами, которые сталкиваются с трудностями при квалификации таких действий (бездействия) в разграничении «рекламных» и «конкурентных» нарушений. За предусмотренные в Законе о рекламе (часть 8 статьи 36) и Законе о защите конкуренции (часть 1 статьи 37) запреты о ненадлежащей рекламе и недобросовестной конкуренции, применяются различные виды административной ответственности.

Правовые последствия в административном законодательстве предусмотрены и за недобросовестную конкуренцию (статья 14.33 КоАП РФ), и за ненадлежащую рекламу (статья 14.3 КоАП РФ). Последствия за указанные правонарушения различны. При этом важно, что в статье 14.33 КоАП РФ законодатель с целью предотвращения двойного вменения предусмотрел специальное указание, что нарушения законодательства о рекламе не подпадают под санкции, предусмотренные для недобросовестной конкуренции. Данная ответственность предусмотрена статьей 14.3 КоАП РФ. Для крупной организации штраф в размере от 100 до 500 тыс. руб. — это незначительные размеры по сравнению с той выгодой, которую она получила от рекламируемых

товаров, услуг. По мнению некоторых авторов¹, данная административная ответственность является недостаточно эффективной.

Таким образом, в перспективе, на законодательном уровне следует пересмотреть максимальный размер штрафа за данные нарушения, учитывая, что это единственное наказание по данной норме.

Неоднозначна и судебная практика (например, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.07.2014 № 09АП-25077/2014-АК по делу № А40-1673/14), в которой указано, что антимонопольный орган может выбрать норму по своему усмотрению, если одно и то же нарушение можно квалифицировать по разным нормам².

Все вышеизложенное позволяет сделать выводы о несовершенстве юридической техники, которое дает основания для неоднозначного толкования норм закона.

Возможность применения комплаенс процедур в сфере рекламы

Хозяйствующим субъектам в своей деятельности при управлении антимонопольными рисками, связанными с недобросовестной конкуренцией, и рисками, сопряженными с недобросовестной рекламой, необходимо изучить вопрос включения данного риска в общую систему комплаенс рисков организации, при этом соотнести его с антимонопольными рисками. С учетом того, что в принципе комплаенс-процедуры могут быть успешно реализованы в различных сферах, разработка и принятие системы самоконтроля организации является эффективным инструментом минимизации и управления рисками организации. Как было указано выше, реклама, содержащая некорректное сравнение или вводящая в заблуждение относительно потребительских свойств товара или его производителя, а также иные признаки, указанные в главе 2.1 Закона о защите конкуренции, являясь недобросовестной конкуренцией, одновременно считается и недобросовестной рекламой. В таких случаях риски, связанные с ненадлежащей рекламой, можно рассматривать через призму антимонопольного регулирования. В соответствии с нормами пункта 2 статьи 9.1 Закона о защите конкуренции (где предусмотрены требования к разработке антимонопольной комплаенс-системы) можно разработать и принять систему самоконтроля организации, каковым является антимонопольный комплаенс, и включить риск ненадлежащей рекламы в карту рисков и управлять им наряду со всеми антимонопольными рисками организации.

Международной стандарт ISO 37301:2021 «Система менеджмента соответствия. Требование и руководство по применению» предоставляет организациям комплекс инструментов — политик, процессов и средств контроля,

¹ *Акимов Л.Ю., Андриченко Л.В., Артемьева Е.А. и др.* Разрешительная система в Российской Федерации: науч.-практич. пособие / отв. ред. А. Ф. Ноздрачев. Институт законодательства и проверки правоповедения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015 // URL: <http://ivo.garant.ru/.#/document/57233093>.

² Там же.

которые, в свою очередь, помогают организациям обнаруживать расхождения и реагировать своевременно.

Учитывая, что в организации, как правило, существует общая система управления рисками (СУР) и антимонопольные риски являются разновидностью рисков организации, включение риска ненадлежащей рекламы будет вполне уместным и, главное, результативным.

Способы внедрения и применения комплаенс-процедур в сфере рекламы внутри организации

Как известно, на практике комплаенс-система (комплаенс-политика) представляет собой корпоративную программу, направленную на соблюдение соответствующего законодательства (в данном случае: антимонопольного и рекламного). Подобная комплаенс-программа может включать в себя следующие аспекты, способствующие обеспечению соблюдения требований антимонопольного и рекламного законодательства:

- создание системы внутренних документов, регламентирующих политику ведения бизнеса таким образом, чтобы не допускать нарушений антимонопольного (в части НДК) и рекламного законодательства;
- создание системы поощрений и санкций за соблюдение и несоблюдение внутренней комплаенс-политики;
- разработка внутренних программ и процедур (алгоритмов) принятия решений в случаях повышенного риска нарушения антимонопольного и рекламного законодательства;
- антимонопольный тренинг сотрудников компании, проведение семинаров на антимонопольную (в части НДК) и рекламную тематику с привлечением квалифицированных специалистов в сфере антимонопольного и рекламного законодательства;
- регулярные курсы повышения квалификации в области регулирования рекламы и конкурентного права;
- заимствование успешного опыта применения комплаенс-программы у других компаний, осуществляющих деятельность в аналогичной сфере, обмен опытом и сотрудничество бизнеса в целях разработки эффективной комплаенс-программы;
- внедрение в штат организации должности или подразделения, ответственных за соблюдение антимонопольного и рекламного законодательства (например: риск-менеджер; антитраст-менеджер; отдел рисков и др.);
- проведение мониторинга соблюдения требований антимонопольного (в части НДК) и рекламного законодательства;
- и др.

В заключение отметим, что приведенные выше способы применения комплаенс-программы не являются универсальными для каждого хозяйствующего субъекта вне зависимости от сферы его деятельности, однако могут быть

направляющим вектором для каждого, кто планирует внедрить подобную систему в своей компании.

Мы рекомендуем хозяйствующим субъектам подходить к разработке комплаенс-политики с учетом специфики их бизнеса и таким образом, чтобы разработанная система не только способствовала соблюдению требований антимонопольного и рекламного законодательства, но и не создавала необоснованного (не отвечающего его специфике) обременения для бизнеса.

Сведения об авторах:

Елбаева Наталья Абуевна, кандидат юридических наук, доцент Департамента международного и публичного права Финансового университета при Правительстве Российской Федерации г. Москвы, член Ассоциации антимонопольных экспертов
Адрес: 125315, г. Москва, ул. Лизы Чайкиной, д. 4/1/1
Тел.: +79255747731, e-mail: Nelbaeva@gmail.com

Беляев Сергей Георгиевич, д.т.н., профессор, директор Научно-методического центра «Высшая школа тарифного регулирования» РЭУ им. Г.В. Плеханова
Адрес: 115054, Москва, Стремянный переулок, д.36
Тел.: +7 (495) 958-27-43

Березгов Алим Салимович, юрист антимонопольной и тарифных практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва
Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23 стр. 6
Тел.: +7 (495) 783-74-50, e-mail: A.Berezgov@dcpravo.ru

Москвитин Олег Андреевич, заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права НИУ ВШЭ, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москва, член Генерального совета, руководитель Комитета по тарифному регулированию Ассоциации антимонопольных экспертов
Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23 стр. 6
Тел.: +7 (495) 783-74-50, e-mail: O.Moskvitin@dcpravo.ru; omoskvitin@hse.ru

РОЛЬ ЭКСПЕРТНОГО СОВЕТА ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ ЭТИЧНОСТИ РЕКЛАМЫ



Дудина Ю.



Мамлина Г.

Дудина Ю. А. (заместитель руководителя, начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России)

Мамлина Г. Р. (ведущий специалист-эксперт отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России)

Аннотация. В настоящей статье рассматриваются случаи определения этичности рекламы Экспертным советом на примере практики Башкортостанского УФАС России.

Ключевые слова: реклама, законодательство о рекламе, неэтичная реклама, Экспертный совет.

THE ROLE OF THE EXPERT COUNCIL IN DETERMINING THE ETHICALITY OF ADVERTISING

Yulia Dudina (deputy Head, Head of the Department for Interaction with Government Bodies, Analytical Work and Advertising, Bashkortostan FAS of Russia)

Guzel Mamlina (leading specialist-expert of the department of interaction with state bodies, analytical work and advertising of the Bashkortostan Department of the Federal Antimonopoly Service of Russia)

Annotation. This article examines the determination of the ethics of advertising by the Expert Council, using the example of the practice of the Bashkortostan Office of the Federal Antimonopoly Service of Russia.

Keywords: advertising, advertising legislation, inaccurate advertising, Expert Council.

На рынке рекламы попытки выделиться среди конкурентов, стать более заметными или запоминающимися зачастую приводят к появлению неэтичной рекламы.

Согласно части 6 статьи 5 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» в рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

Вопрос признания спорной рекламы неэтичной носит субъективно-оценочный характер, так как восприятие одной и той же информации разными людьми может отличаться в зависимости от личностных характеристик субъекта.

Доля неэтичной рекламы среди всех правонарушений небольшая, но именно она является наиболее трудно оцениваемой.

Для решения вопросов, связанных с определением степени этичности рекламы, в 2007 году при управлении Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан был создан и действует по настоящее время Экспертный совет по применению законодательства РФ о рекламе.

В состав данного Совета входят представители исполнительной власти, научных организаций, хозяйствующих субъектов и ассоциаций, специалисты в отдельных областях знаний. Заседания Экспертного совета проводятся по мере необходимости, но не реже 2 раз в год.

Заседания Экспертного совета при Башкортостанском УФАС России с момента его создания проводились 55 раз.

Приводим наиболее интересные, на наш взгляд, вопросы, рассмотренные на заседаниях Экспертного совета.

Реклама, размещенная на баннере, расположенном на останковом павильоне:



Согласно заключению Экспертного совета, использование в рекламе образа связанного человека с залитыми в бетон ногами и находящегося под водой может сформировать у потребителя противоречащее нормам законодательства мнение, что товар, реализуемый хозяйствующим субъектом, предназначен для совершения противоправных действий, направленных на причинение вреда жизни и здоровью человека.

Право на жизнь, являясь основополагающим по отношению к иным правам человека, подразумевает особую защиту государством, вплоть до использования уголовно-правовых мер. Обращение государства к уголовно-правовым мерам с целью защиты права на жизнь подразумевает особый статус комплекса правоотношений, связанных с правом на жизнь.

Так, глава 16 раздела VII Особенной части УК РФ содержит преступления, направленные против жизни и здоровья. Видовым объектом отраженных в вышеуказанной главе УК РФ преступлений является жизнь и здоровье человека.

При этом в спорной рекламе изображен человек, жизнь и здоровье которого находятся под угрозой. Следовательно, на спорной рекламе изображается совершение преступления, деяния, запрещенного уголовным законом.

Резюмируя вышеизложенное, данная реклама может ассоциироваться у потребителя с противоправными действиями насильственного характера.

По итогам заседания Экспертного совета было принято решение, что указанная реклама побуждает к совершению противоправных действий, призывает к насилию и жестокости.

В другом случае в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан поступило заявление гражданина о ненадлежащей рекламе ресторана «Mchighlander». По мнению заявителя, изображение на рекламной конструкции ресторана «Mchighlander» является непристойным.

По итогам заседания Экспертного совета большинством голосов было отмечено, что данная реклама действительно содержит непристойные и оскорбительные образы.

Члены Совета, в частности, подчеркнули, что, несмотря на то, что соответствующее животное является символом заведения, на картинке (в рекламе) изображена оголенная нижняя часть тела не животного, а человека. Это выглядит вульгарно и непристойно.

Реклама размещена на одной из центральных улиц города, соответственно информация доступна большому количеству граждан, в том числе несовершеннолетним, чей возраст предполагает постоянную «открытость» психики к внешнему влиянию.

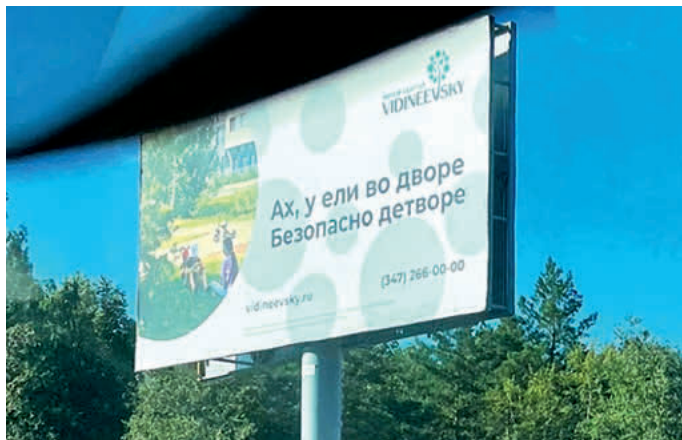
При демонстрации вышеуказанной рекламы у потребителей отсутствует право выбора или ограничения ее восприятия, в отличие от рекламы, распространяемой в печатных СМИ и на телевидении

Учитывая изложенное, реклама с изображением животного, поднимающего подол шотландской национальной мужской одежды (килт) и оголяющего нижнюю часть тела, содержит непристойные и оскорбительные образы.

В еще одном случае в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан поступила информация о размещении баннера



на трассе вблизи остановки общественного транспорта с рекламой, в завуалированной форме содержащей нецензурное слово (ЖК VIDINEEVSKY — Ах, у ели во дворе Безопасно детворе):



В целях всесторонней и полной оценки рекламы на предмет наличия или отсутствия непристойных или оскорбительных выражений указанная реклама была вынесена на рассмотрение Экспертного совета по рекламе.

Члены Экспертного совета отметили, что спорная рекламная информация содержит фразу «Ах, у ели» без четкого, внятного, ярко выраженного разделения, что приобретает характер нецензурной лексики, о чем было указано и в поступившем в УФАС заявлении.

Большинство членов Совета ответили, что данная реклама содержит бранные слова, непристойные и оскорбительные выражения.

К бранным словам относятся нецензурные слова, а также такие слова и выражения, которые используются в качестве ругательств или оскорбления.

Междометийно-застывшая фраза «Ах, у ели» в рекламной информации воспринимается, безусловно, с точки зрения семантики ее целостного акустико-речевого звучания; целостное же ее акустико-речевое звучание (сочетание звуков) представляет собой несомненное непристойное словесно-бранное выражение; в результате данный рекламный текст использует в своем реальном звучании непристойную бранную лексику.

Данная фраза в виду ее стилистики написания воспринимается как непристойное выражение, содержащее смысловые ассоциации непристойного и двусмысленного характера. Демонстрация таких выражений в общественных местах для широкого публичного обозрения противоречит общепринятой модели поведения.

Слово «ели» легко могло бы быть заменено синонимом «елки», при этом, не нарушая смысл слогана, и не создавая двусмысленности и созвучия с нецензурным словом. Аналогичная ситуация с использованием междометия

«ах» — убрав указанное междометие из рекламного слогана, его смысл не нарушится.

Важным обстоятельством является тот факт, что рекламная конструкция размещена вдоль трассы, соответственно потенциальные потребители ограничены во времени для ознакомления с содержанием рекламы.

Размещение словосочетания «Ах, у ели» по центру рекламного макета делает ее более заметной для зрительного восприятия, а также указывает на нее, как на основную смысловую нагрузку в рекламе. Остальной текст на рекламной конструкции не подлежит полному прочтению в связи с техническим исполнением (мелкие буквы, способ подачи), а также в связи с невозможностью статичного ознакомления с рекламной информацией, поскольку обозреть данную рекламу возможно только во время проезда по обозначенному участку дороги, находясь в транспортном средстве, так как каких-либо пешеходных переходов на данном участке дороги не имеется.

Таким образом, данная реклама, по мнению Экспертного совета, содержит непристойные и оскорбительные выражения.

Подводя итог, необходимо вновь отметить, что признание рекламы неэтичной является сложной задачей и для ее выполнения Башкортостанское УФАС России нередко обращается к Экспертному совету, итоги заседаний которого учитываются при вынесении решений контролирующим органом.

Сведения об авторах:

Дудина Юлия Анатольевна, заместитель руководителя, начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России

Адрес: 450008, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Тел.: + 7 (499) 7552323; e-mail: to02@fas.gov.ru

Мамлина Гузель Раитовна, ведущий специалист-эксперт отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России

Адрес: 450008, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Тел.: + 7 (499) 7552323; e-mail: to02@fas.gov.ru

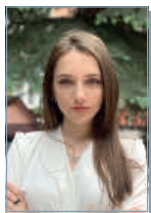
ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РАСПРОСТРАНЕНИЯ РЕКЛАМЫ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ



Капитонов И.



Москвитин О.



Марюхина М.



Корниенко А.

И. А. Капитонов (к.э.н., доцент, заместитель директора ВШТР РЭУ им. Г.В. Плеханова)

О. А. Москвитин (заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»)

М. Р. Марюхина (юрист антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва)

А. С. Корниенко (к.э.н., доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ)

Аннотация. Автор рассматривает вопросы соотношения правового регулирования рекламы и рекламы в сети Интернет. Отмечается, что в современном законодательстве нормы Закона о рекламе распространяются на все виды рекламы, распространяемой любым способом и с использованием любых средств. В статье, помимо прочего, поднимаются вопросы учета и маркировки рекламы в Интернете.

Ключевые слова: *реклама, реклама в сети Интернет, маркировка рекламы в сети Интернет.*

SPECIFICS OF THE LEGAL REGULATION ON ADVERTISING DISTRIBUTION ON THE INTERNET

Ivan Kapitonov (PhD in economics, docent, deputy head of Higher School of Tariff Regulation of the Plekhanov Russian University of Economics)

Oleg Moskvitin (deputy head of Competition policy and market regulation Institute of the National Research University of the Higher School of Economics, partner, head of antitrust and tariff practices of Muranov, Chernyakov & Partners Law Firm, Moscow, members of General Council of Antimonopoly Experts Association)

Maria Maryukhina (Associate of Antitrust and Tariff Practices, Muranov, Chernyakov and Partners Law Firm, Moscow, Russia)

Alexander Kornienko (PhD in economics, associate Professor of the Department of Public Law at the Faculty of Law of the Higher School of Economics)

Annotation. The author considers the issues of the correlation of legal regulation of advertising and advertising on the Internet. It is noted that in modern legislation, the norms of the Law on Advertising apply to all types of advertising distributed in any way and using any means. The article, among other things, raises issues of accounting and labeling of advertising on the Internet

Keywords: *advertising, advertising on the Internet, marking of advertising on the Internet.*

Цели правового регулирования рекламы

В современном мире реклама — незаменимый канал для продвижения своих услуг, один из самых ярких и эффективных способов заявить о себе на рынке. Предприниматели, ставя целью получение прибыли, значительную часть бюджета компании выделяют на рекламу и маркетинг, в связи с тем, что именно реклама помогает выделить продвигаемый бренд, услугу, работу, товарный знак и т.д., а также дает возможность создать высокую конкурентоспособность на рынке.

Одним из самых популярных и востребованных видов рекламы в современном мире является реклама в сети Интернет. Рынок интернет-рекламы достаточно нов, у рекламных агентств появляются все новые способы продвижения объектов рекламирования: размещение рекламы у блогеров в социальных сетях (SMM), размещение рекламы с настройкой поиска по целевой аудитории (таргетированная реклама), проведение комплекса рекламных мероприятий на основе поисковых запросов аудитории (контекстная реклама), размещение рекламы в разных форматах на передовых интернет-платформах с большим охватом (медийная реклама) и многое другое.

В законе отсутствует легальное понятие интернет-рекламы, однако исходя из положений статьи 3 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (далее — Закон о рекламе) представляется возможным выделить следующее определение интернет-рекламы — это «информация, распространенная с использованием сети Интернет, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке» (п. 1 ст. 3 Закона о рекламе).

На практике регулирование деятельности по распространению интернет-рекламы полностью зависит от цели рекламодателя, так как именно от цели зависит понимание, при каких условиях должна распространяться интернет-реклама. На рынке рекламных услуг существует многообразие форм и методов распространения рекламы в Интернете, которые обуславливают широкий круг различных видов договоров, заключаемых коммерсантами¹.

Реклама в сети Интернет всегда требует дополнительных элементов маркетинговых коммуникаций для эффективного взаимодействия с потребителем. Еще одна особенность Интернет-рекламы заключается в том, что она не может существовать в сети обособлено. Реклама в сети Интернет обязательно призывает потребителя к какому-либо целевому действию, призывает нажать на сообщение или сопровождающую его ссылку, для перехода на более подробный источник информации о товаре, услуге или бренде. Так в результате потребитель попадает на сайт компании, ее страницу в какой-либо социаль-

¹ *Нюняев В. О.* Некоторые аспекты договорного регулирования рекламной деятельности // Реклама и право. 2017. URL: <https://center-bereg.ru/h2079.html>.

ной сети или на посадочную страницу. Преимуществом Интернет-рекламы является точная оценка эффективности каждого средства и легкий доступ к численным показателям рекламной кампании.

Основными целями правового регулирования рекламы в Интернете, на наш взгляд, являются возможность и необходимость пресечения недобросовестной конкуренции в сфере рекламы, предотвращение и пресечение ненадлежащей рекламы, которая способна ввести потребителя в заблуждение, предотвращение распространения рекламы, способной нанести вред здоровью человека, его имуществу или развитию мировоззрения подрастающего поколения. В Российской Федерации основным законом, регулирующим отношения, связанных с регулированием рекламы, является указанный ранее Закон о рекламе. В связи со стремительным ростом рынка рекламных услуг в Интернете, к сожалению, регулятор не успевает вносить изменения. Для регулирования рекламы в сети Интернет отсутствует специальный закон, поэтому общие и специальные нормы, предусмотренные Законом о рекламе, распространяются в том числе и на рекламу в Интернете. Кроме того, хочется отметить, что Закон о рекламе не является единственным нормативно-правовым актом, которым оперируют органы исполнительной власти в части соблюдения требований закона. Не смотря на признание утратившими силу 190 разъяснений антимонопольного органа по рекламе и недобросовестной конкуренции, ФАС России неоднократно обращала внимание на необходимость учета применительно к отношениям в сфере рекламы таких актов, как Кодекс об административных правонарушениях, Федеральный закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Постановление Правительства РФ от 30.06.2021 № 1073 «О федеральном государственном контроле (надзоре) в сфере рекламы» (вместе с «Положением о федеральном государственном контроле (надзоре) в сфере рекламы»).¹

Общие требования, предъявляемые к рекламе

Как отмечает В. Л. Музыкант, «любая реклама, не соответствующая требованиям закона, является ненадлежащей»². Закон о рекламе развивает данную мысль, делая ее более четкой и структурированной. Основным способом отделения «ненадлежащей» рекламы от «надлежащей» выступает условное деление норм Закона о рекламе на общую и особенную части. Закон о рекламе выделяет в качестве основных критериев, которым должна отвечать любая реклама, добросовестность и достоверность, данное требование закреплено в ч. 1 ст. 5 Закона о рекламе. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Поскольку реклама — важнейший инструмент продви-

¹ <https://fas.gov.ru/documents/612398?ysclid=lmaewau96s201549660>.

² *Музыкант Л. В.* Теория и практика современной рекламы: учебное пособие по базовому курсу «Паблик рилейшнз» и «Реклама».

жения товаров и услуг на рынке, то она тесным образом связана с понятием «конкуренция». Основная же задача законодателя — защитить участников рекламного дела от недобросовестной и недостоверной рекламы, а значит, и от нечестной конкуренции. Законодатель не дает прямого определения недобросовестной и недостоверной рекламы, описывая их через серию признаков. Так, недобросовестная реклама — это реклама, осуществляемая в формах некорректного сравнения товаров, порочения лица, запрещенного способа рекламирования или акта недобросовестной конкуренции. Некорректное сравнение товаров представляет собой сравнения, содержание которых составляют ошибочные, основанные на неправильном расчете, исходящие из неверных предпосылок, неправильные, не соответствующие требованиям, предъявляемым к достоверности, сведениям о товарах. Важно подчеркнуть именно некорректность сравнения, а не общий его запрет: приведенное в рекламе сравнение должно быть основано на достоверных данных, а параметры должны быть сопоставимыми.

Особенности рекламы в сети Интернет

Действующим Законом о рекламе предусмотрены определенные требования, применяющиеся исключительно к рекламе в сети Интернет. Например, в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 21 Закона о рекламе в Интернете запрещена реклама алкогольной продукции.

В законе предусмотрено регулирование рекламы, распространяемой по сетям электросвязи. Развитие современных информационных и цифровых технологий предоставило рекламодателям и рекламораспространителям новые средства для доведения своей рекламы до потребителей: телефонную (мобильную), факсимильную, радиосвязь, электронную почту, Интернет и т.п. Сегодня распространение такой рекламы допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на ее получение. В целях защиты потребителей установлены также два жестких правила: реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено; рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. Специальные требования к рекламе установлены для справочного телефонного обслуживания (платного и бесплатного). Реклама при таком обслуживании может предоставляться только после сообщения, справки, запрашиваемой абонентом. Если оплата телефонного обслуживания является повременной, то время, в течение которого распространяется реклама, не должно учитываться при определении стоимости услуг телефонной связи (ст. 18 Закона о рекламе).

В 2022 году наибольшее количество выявленных антимонопольными органами нарушений по-прежнему фиксировалось при распространении рекламы по сетям электросвязи — 31,9% от всех выявленных нарушений, хотя этот

процент и заметно снизился (в 2021 году данные нарушения составили 38% всех нарушений).¹

Сегодня в мире насчитывается 5,16 миллиарда пользователей Интернета. Это значит, что 64,4% мирового населения имеют доступ в Интернет. За год количество Интернет-пользователей выросло на 1,9%.

Интернет-реклама представляет отдельную рекламную платформу, представляющую совокупность различных форм коммуникации, рекламная кампания в которой возможна с абсолютно любым бюджетом: от нуля до многомиллионных вложений.

По данным Statista, доля цифровой рекламы в глобальных расходах на рекламу увеличилась на примерно 27,7% с 2019 года — с 57,4% в 2019 году до 73,3% в 2022 году. В абсолютном выражении доходы от цифровой рекламы взлетели на 78% за последние 3 года, с чуть менее 375 миллиардов долларов до пандемии в 2019 году до более чем 667 миллиардов долларов в 2022 году.² Самый большой скачок произошел в 2021 году, когда глобальные доходы от цифровой рекламы увеличились на треть по сравнению с данными 2020 года.

Единая система учета рекламы и маркировка рекламы в сети Интернет

В целях обеспечения прозрачности рекламы, распространяемой в сети Интернет, с 1 сентября 2022 года в Закон о рекламе были внесены изменения в части обязательств участников рынка, распространяющих рекламу в сети Интернет, маркировать такую рекламу, а также передавать в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, массовых коммуникаций, информационных технологий и связи, который осуществляет учет, хранение и обработку информации о распространенной в сети Интернет (далее — Роскомнадзор), информацию (сведения) о распространяемой рекламе в сети Интернет путем внесения записи о размещаемой рекламе в Единый реестр Интернет-рекламы (далее — ЕРИР).

Участниками рынка, которые обязаны предоставлять сведения о рекламе, являются: рекламодатель (далее — РД), рекламораспространитель (далее — РР) и оператор рекламных данных (далее — ОРД).

Под маркировкой рекламы, распространяемой в сети Интернет, законодатель понимает следующее:

- пометка «реклама» на креативе;
- указание на креативе рекламодателя такой рекламы и (или) сайта / страницы сайта в сети Интернет, содержащих информацию о рекламодателе такой рекламы,
- идентификатор, присвоенный ОРД.

¹ Доклад ФАС России о состоянии конкуренции в 2022 г.

² <https://www.statista.com/outlook/advertising-media>.

В соответствии с законом не подлежит маркировке:

- социальная реклама;
- e-mail рассылка и push-уведомления о собственных товарах РД, РР, распространяемой указанными РД, РР и (или) лицами, входящими в одну группу лиц с такими РД, РР, ОРД;
- собственная информация РД на своем сайте, социальных сетях;
- реклама, которая распространяется или была распространена в сети Интернет в составе телепрограмм и телепередач, радиопрограмм и радиопередач без изменений в той же последовательности по сравнению с эфиром.¹

В соответствии с текущими требованиями закона, с точки зрения ответственности, все участники рынка должны передавать ОРД определенную законом информацию о распространяемой рекламе в сети Интернет для передачи ее в ЕРИР. Отметим, что только ОРД вправе передать информацию о распространяемой рекламе в сети Интернет в ЕРИР. ОРД осуществляет учет предоставляемых сведений о рекламе и передачу указанных сведений в ЕРИР при помощи специально предназначенных для этого программ для ЭВМ. Требования к таким программам Роскомнадзор определил в приказе от 11.04.2022 № 64².

В ноябре 2022 г. были утверждены общие требования к идентификатору рекламы, его содержанию, порядку и срокам его присвоения, размещению при распространении рекламы в сети Интернет (Приказ Роскомнадзора от 30.11.2022 № 191, далее — Приказ).

Согласно Приказу, идентификатор рекламы является уникальным цифровым обозначением для отслеживания распространяемой в сети Интернет рекламы и учета информации о ней. Этот идентификатор часто называют токеном. Выдаются такие токены ОРД. В Приказе Роскомнадзор раскрывает детали его получения и порядок размещения в рекламе.

Главное, что нужно отметить — в Приказе дается разъяснение, как должен выглядеть идентификатор на рекламном материале: в виде пометки «ERID: xxx». Идентификатор может быть размещен в начале текстового блока, поверх текстового-графического блока или в начале (поверх) видеоролика.

Иные технические характеристики идентификатора могут быть описаны в протоколе об информационном взаимодействии, который заключается между Главным радиочастотным центром Роскомнадзора (ГРЧЦ) админи-

¹ Руководство для рекламодателей по подготовке к маркировке интернет-рекламы и вступлению в силу изменений в Закон «О рекламе» с 1 сентября 2022 года // URL: https://www.akarussia.ru/press_centre/news/id10121.

² Приказ Роскомнадзора от 11.04.2022 № 64 «Об утверждении требований к программам для электронных вычислительных машин, используемым операторами рекламных данных для учета рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «интернет» и предоставления информации в федеральную службу по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций».

стрирующим ЕРИР и ОРД. Этот документ предусмотрен на тот случай, когда ни один из описанных в Приказе форматов идентификаторов не подходит к конкретной форме распространения рекламы.

На сегодняшний день чувствительной является тема, связанная с необходимостью или отсутствием необходимости маркировки информации на собственных (личных) страницах в социальных сетях. Мы живем в эпоху цифрового прорыва, когда множество граждан продает и рекламирует свои услуги в Интернете. Заявить о своей продукции имеет право любой гражданин, заинтересованный в продвижении свои услуг. Представим ситуацию, что девушка на личной странице в Telegram канале рассказывает об ассортименте продукции, о ее навыках приготовления тортов любой сложности на заказ. Будет ли данная девушка привлекаться к административной ответственности за отсутствие маркировки и является ли это рекламой? Ключевые признаки рекламы нам известны и вытекают из ст. 3 Закона о рекламе. Скорее всего, вы можете подумать, что раз «девушка рассказывает о своей продукции на неопределенный круг лиц в Интернете, привлекает внимание к своему товару и нацелена на его продвижение на рынке», то потенциально можно отнести такую информацию в личном блоге (канале) к рекламе. Однако, считаем необходимым обратить внимание на информацию, на которую Закон о рекламе не распространяется. В соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 2 Закона о рекламе этот закон не распространяется на 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.

Таким образом, не является рекламой информация о производимых или реализуемых товарах (оказываемых услугах), размещенная на официальном сайте производителя или продавца данных товаров (лица, оказывающего данные услуги), если указанные сведения предназначены для информирования посетителей сайта об ассортименте товаров (услуг), правилах пользования, а также непосредственно о продавце, производителе товара или лице, оказывающем услуги и т.п., следовательно, на такую информацию положения Федерального закона «О рекламе» не распространяются.¹ Следовательно, и информацию на личной странице (в блоге, канале) в сети Интернет, касающуюся информации о личных товарах, услугах или работах, маркировать не следует.

Исходя из вышесказанного регулирование рекламы в Интернете подчинено общим требованиям законодательства о рекламе и связанных правовых актов, предъявляемых к рекламе, с некоторыми особенностями. Из анализа Закона о рекламе можно сделать вывод, что он соответствует большинству требований современного развития рекламного законодательства, в том числе

¹ Письмо ФАС России от 22 ноября 2021 г. № 08/98550/21.

и в Интернете. При этом необходимо, на наш взгляд, ввести легальное понятие «рекламы в Интернете», понятие «рекламораспространителя в сети Интернет».

Сведения об авторе:

Капитонов Иван Александрович, к.э.н., доцент, заместитель директора ВШТР РЭУ им. Г.В. Плеханова

Адрес: 115054, Москва, Стремянный пер., 36

Тел.: +7 (495) 958-27-43; e-mail: kapitonov_ivan@mail.ru

Москвитин Олег Андреевич, заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права НИУ ВШЭ, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москвы, член Генерального совета, руководитель Комитета по тарифному регулированию Ассоциации антимонопольных экспертов

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23, стр. 6

Тел.: +7 (495) 783-74-50; e-mail: O.Moskvitin@dcpravo.ru

Марюхина Мария Романовна, юрист антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., 23, стр. 6

Тел.: +7 (495) 783-74-50; e-mail: M.Maryukhina@dcpravo.ru

Корниенко Александр Сергеевич, к.э.н., доцент департамента публичного права факультета права НИУ ВШЭ

Адрес: 101000, г. Москва, Б. Трехсвятительский пер., 3, каб. 215

КРИТЕРИИ ПРИЗНАНИЯ ИНФОРМАЦИИ ИНТЕРНЕТ-РЕКЛАМОЙ: АКТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ ПРАКТИКИ



Тараданкина А.



Анисимова Д.

А. А. Тараданкина (адвокат, партнер, руководитель антимонопольной практики и практики интеллектуальной собственности коллегии адвокатов Delcredere)

Д. А. Анисимова (адвокат коллегии адвокатов Delcredere)

Аннотация. В настоящей статье рассматриваются критерии отнесения информации в сети Интернет к интернет-рекламе на основе практики антимонопольных органов Российской Федерации и судебной практики за последние 6 лет.

Ключевые слова: реклама, интернет-реклама, рекламная информация, справочно-информационные материалы

CRITERIA FOR RECOGNIZING INFORMATION AT INTERNET ADVERTISING: CURRENT APPROACHES ON PRACTICE

Anastasia Taradankina (attorney, partner, head of antitrust and IP practices of Delcredere Attorneys at Law)

Diana Anisimova (attorney Delcredere Attorneys at Law)

Annotation. This article considers the criteria for recognizing online information as Internet advertising on the basis of the practice of antimonopoly authorities of the Russian Federation and judicial practice for the last 6 years.

Keywords: advertising, Internet advertising, advertising information, reference and information materials.

С 1 сентября 2022 года ФЗ «О рекламе»¹ был дополнен статьей 18.1 «Реклама в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», которая ввела обязанность по маркировке интернет-рекламы и передаче данных о такой рекламе в Роскомнадзор. В продолжение этого Федеральным законом от 24.06.2023 № 274-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» статья 14.3 КоАП РФ² «Нарушение законодательства о рекламе» была дополнена частями 15-17, предусматривающими специальную ответственность за неисполнение от-

¹ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 13.06.2023) «О рекламе».

² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ.

дельных требований по распространению рекламы в сети Интернет (редакция вступила в силу с 1 сентября 2023 года). В связи с данными изменениями в законодательстве остро встал вопрос о том, какая информация, распространяемая в сети Интернет, является интернет-рекламой, требует соответствующей маркировки и передачи данных о ней. Выпуск Письма от 02.12.2022 № МШ/109196-ПР/22 «О направлении информации», которым ФАС России признала утратившими силу большинство ранее изданных писем и разъяснений по вопросам рекламы, породил правовую неопределенность по многим вопросам оценки информации, размещаемой в сети Интернет.

Какая информация является рекламой

Понятие «реклама» приведено в п. 2 ст. 3 ФЗ «О рекламе». По смыслу данной нормы, критериями отнесения информации к рекламе является распространение такой информации любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, ее адресованность неопределенному кругу лиц и направленность на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассмотрим эти три основных критерия.

Во-первых, чтобы информация была признана интернет-рекламой, она должна распространяться именно в сети Интернет любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (например, на сайтах, в социальных сетях, в видеороликах блогеров и проч.). Отметим, рассылки через электронную почту, несмотря на использование сети Интернет, антимонопольный орган не относит к интернет-рекламе, и они регулируются положениями ст. 18 ФЗ «О рекламе» как реклама, распространяемая по сетям электросвязи¹.

Во-вторых, информация должна быть доведена до неопределенного круга лиц. 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. Основные критерии неопределенного круга лиц — отсутствие указания на конкретное лицо или лиц, для которых создается и распространяется реклама², а также отсутствие общих критериев, которые позволили бы однозначно определить закрытость круга лиц и вероятность изменения их состава во времени и пространстве³.

Если из информации можно однозначно понять, до каких лиц она доводится, круг лиц может быть признан определенным. Например, Верховный Суд признал круг лиц определенным в случае, когда в радиоэфире была рас-

¹ Ответ ФАС России на сообщение о распространении посредством электронной почты.

² Разъяснения ФАС России от 05.04.2007 № АЦ/4624.

³ Доклад ФАС России с руководством по соблюдению обязательных требований, дающим разъяснение, какое поведение является правомерным» (утв. ФАС России).

пространена информация о займах, которые предоставлялись ипотечным кооперативом, потому что информация содержала прямое указание на то, что услуга доступна пайщикам конкретного кооператива¹. Однако, такие случаи единичны, встречаются в судебной практике и практике антимонопольного органа крайне редко. В отношении информации в сети Интернет нам не известны случаи, когда круг лиц признавался бы определенным.

В-третьих, критерием признания информации интернет-рекламой является ее направленность на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. При оценке информации антимонопольный орган анализирует в совокупности ее текст, визуальное оформление, способ размещения и иные признаки, которые очевидно выделяют товар и привлекают к нему внимание, например, когда публикация содержит в себе информацию только о части товаров из ассортимента², стиль подачи информации отличается от иной размещаемой информации³, присутствуют призывы купить товар и/или рекламные слоганы⁴, размещается информация о скидках⁵, публикация содержит избыточную и/или положительно окрашенную информацию⁶.

Например, если публикация на сайте помимо общих условий акции содержит подробную характеристику товаров и сведения об их продавце, такая информация может быть признана рекламой как направленная на привлечение внимания и формирование интереса к конкретному товару⁷.

Также информация может иметь признаки интернет-рекламы, если визуальное оформление публикации отличается от иной информации на сайте, выделяется в виде отдельного баннера⁸, в ней присутствуют визуальные образы⁹ и/или индивидуализирующие признаки товара¹⁰.

Баннеры

Наибольшие риски признания информации в сети «Интернет» рекламой — у публикаций, размещенных в виде баннеров.

Согласно позиции, изложенной в Письме ФАС России от 28.08.2015 № АК/45828/15 «О рекламе в сети «Интернет», информация, направленная

¹ Определение Верховного Суда РФ от 22.08.2016 № 306-КГ16-6321 по делу № А65-10390/2015.

² Постановление Челябинского УФАС России от 03.10.2018 по делу № 75-14.3Ч.1/18.

³ Информация ФАС России «ФАС уточнила, какая информация является рекламой».

⁴ Постановление Челябинского УФАС России от 20.04.2018 по делу № 25-14.3Ч.1/18.

⁵ Информация ФАС России «ФАС уточнила, какая информация является рекламой».

⁶ Там же.

⁷ Определение Курганского УФАС России от 15.12.2017 по делу № Р-57/2017.

⁸ Письмо ФАС России от 28.08.2015 № АК/45828/15.

⁹ Информации ФАС России «ФАС уточнила, какая информация является рекламой».

¹⁰ Постановление Коми УФАС России от 12.01.2022 № 03-06/253 по делу № 011/04/14.3.1-1071/2021.

на привлечение внимания к конкретному товару и его выделение среди однородных товаров, в том числе размещенная в виде всплывающего баннера, может быть признана рекламой.

К примеру, на главной странице интернет-сайта krasnoeibeloe.ru были размещены сменяющиеся баннеры, содержавшие изображения различных товаров (алкогольной и безалкогольной продукции). Делая вывод о рекламном характере баннеров, антимонопольный орган, в том числе, указал, что баннеры, выполненные по типу слайд-шоу со сменой кадра и в виде отдельных блоков, привлекают внимание неопределенного круга лиц — посетителей общедоступной сети Интернет¹.

В судебной практике суды зачастую ссылаются на этот формат как наиболее яркий пример размещения информации, позволяющий привлечь внимание потребителей, и приводят как очевидный признак рекламы².

Информация на сайте и на официальной странице в социальных сетях

Согласно позиции ФАС России не признается интернет-рекламой информация о производимых или реализуемых товарах, размещенная на официальном сайте или в социальных сетях производителя или продавца, если она предназначена для информирования об ассортименте и стоимости товаров, скидках, акциях, мероприятиях и хозяйственной деятельности компании³.

Грань между «информированием» и «привлечением внимания» достаточно субъективна. Например, в 2022 году компания Тинькофф разместила на своей странице в vc.ru пост под заголовком «Кейс Холодильник.ру: как обычный QR-код сократил время обслуживания клиентов в 2 раза»⁴. Публикация содержала информацию о том, какая схема получения рассрочки действовала в магазинах «Холодильник.ру» ранее, и как Тинькофф Кредит Брокеру удалось усовершенствовать эту схему с помощью QR-кодов. По запросу ФАС России разъяснила, что данная информация носит справочный характер, поскольку она размещалась на собственной странице Тинькофф и предназначалась для информирования посетителя страницы о результатах совместной работы с «Холодильник.ру» по использованию QR-кодов при оформлении рассрочек.

Однако в некоторых случаях информация, размещенная на официальном сайте или в социальной сети организации, может быть признана рекламой. Так, в одном из дел антимонопольный орган сделал вывод о рекламном характере публикации о строящихся таунхаусах на официальном сайте застройщика, поскольку информация была направлена на привлечение внимания

¹ Постановление Челябинского УФАС России от 03.10.2018 по делу № 75-14.3Ч.1/18.

² Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 21.02.2020 № Ф09-9940/19 по делу № А60-34844/2019.

³ Письмо ФАС России от 22.11.2021 № 08/98550/21 «Об информации на сайте».

⁴ <https://vc.ru/tinkoff/472323-keys-holodilnik-ru-kak-obychnyy-qr-kod-sokratil-vremya-obsluživaniya-klientov-v-2-raza>.

потенциальных потребителей к конкретному товару — таунхаусам и способствовала его продвижению на рынке¹.

Интересную практику по признанию информации в социальных сетях интернет-рекламой сформировало Бурятское УФАС России. Рассмотрев ситуации, когда в аккаунте продавца в социальной сети был представлен каталог алкогольной продукции, антимонопольный орган указал, что информация являлась рекламой, так как распространялась не на официальном сайте продавца, а сам каталог был направлен на привлечение внимания к конкретным товарам, поскольку выделен в отдельный аккаунт для рекламирования исключительно алкогольной продукции².

Пресс-релизы

Формально пресс-релиз — это новостное информационное сообщение, то есть он не может иметь рекламный характер, так как содержит справочно-информационные сведения и при этом не формирует интерес к конкретному товару (работе, услуге). Такая информация рекламой не является. Однако некоторые компании размещают в рубрике «Пресс-релизы» информацию рекламного содержания. В этом случае вне зависимости от названия рубрики, если информация направлена на формирование интереса к конкретному товару (работе, услуге) с целью привлечения внимания к объекту рекламирования, указанная информация может подпадать под признаки рекламы и относиться к рекламной³. Например, в одном из дел антимонопольный орган признал рекламой пресс-релиз, содержащий информацию о повышении процентных ставок по наиболее востребованным вкладам определенного банка. Регулятор отметил, что информация доведена до неопределенного круга лиц и направлена на привлечение внимания, формирование и поддержание интереса к организации и оказываемым услугам, продвижение организации на рынке⁴.

Информация на сайтах-агрегаторах

Сайты-агрегаторы (такие как www.avito.ru, www.cian.ru и иные) являются справочно-информационными ресурсами, поскольку информация на них отображается исходя из результатов обработки запросов пользователя, не формирует интерес к какому-либо конкретному товару и преследует справочно-информационные цели, в связи с чем по смыслу п. 3 ч. 2 ФЗ «О рекламе» размещенная на них информация рекламой не признается⁵. Данная позиция в отношении агрегаторов включена ФАС России в Законопроект «О внесении

¹ Решение Крымского УФАС России от 28.05.2020 по делу № 07/33-20.

² Решение Бурятского УФАС России от 20.09.2021 по делу № 003/05/21-655/2021, Решение Бурятского УФАС России от 10.03.2021 по делу № 003/05/21-124/2021.

³ Ответ ФАС России «Об информации в сети «Интернет».

⁴ Решение Ярославского УФАС России от 20.02.2017 по делу № 04-01/58-16.

⁵ <Письмо> ФАС России от 22.11.2021 № 08/98550/21 «Об информации на сайте».

изменений в статье 2, 18, 21 ФЗ «О рекламе»¹. ФАС России также занимала аналогичную позицию в Письме от 21.12.2018 № АК/105192/18 «Об информации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет по адресам: www.avito.ru, www.youla.ru»².

Однако необходимо иметь в виду, что и в этом случае оценка информации зависит от характера, вида и цели информационного сообщения.

Если содержание информации на таких сайтах единообразно, информация сгруппирована по определенным рубрикам, носит справочный характер и не позволяет выделить определенный объект и сформировать к нему интерес, она не признается рекламой. Также антимонопольный орган может учитывать, заключались ли договоры на размещение информации³.

Краткие выводы и рекомендации

Позиция регулятора относительно признания информации рекламой в каждом конкретном случае может отличаться и зависит от содержания и цели публикации⁴, формы ее размещения⁵ и иных факторов, свидетельствующих о наличии признаков рекламы.

Поэтому рекомендуется разработать и внедрить систему внутренних схем оценки информации, распространяемой в сети Интернет. Это позволит эффективно проводить предварительный аудит такой информации и выявлять риски признания ее рекламой.

Сведения об авторах:

Тараданкина Анастасия Александровна, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной практики и практики интеллектуальной собственности коллегии адвокатов Delcredere
Адрес: 125047, г. Москва, ул. Гашека, 6, БЦ «Дукат Плейс III», 12-й этаж
Тел.: +7 495 737-37-38, e-mail: Nastasia.Taradankina@delcredere.org

Анисимова Диана Александровна, адвокат коллегии адвокатов Delcredere
Адрес: 125047, г. Москва, ул. Гашека, 6, БЦ «Дукат Плейс III», 12-й этаж
Тел.: +7 495 737-37-38, e-mail: diana.arefeva@delcredere.org

¹ ID проекта 02/04/03-23/00136402.

² Утратило силу в связи с изданием Письма ФАС России от 02.12.2022 № МШ/109196-ПР/22 «О направлении информации».

³ Определение Ульяновского УФАС России от 20.06.2019 по делу № 073/05/28-15654/2019.

⁴ Постановление Псковского УФАС России от 13.08.2020 по делу № 060/04/14.3-466/2020, Постановление Коми УФАС России от 12.01.2022 № 03-06/253 по делу № 011/04/14.3.1-1071/2021.

⁵ Решение Коми УФАС России от 24.03.2021 № 03-01/1984 по делу № 011/05/21-828/2020.

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ЧАСТИ 1 СТАТЬИ 18 ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «О РЕКЛАМЕ»



Козлова А.



Дубровина Л.

А. А. Козлова (руководитель Челябинского УФАС России, г. Челябинск)

Л. Е. Дубровина (специалист-эксперт отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России, г. Челябинск)

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы применения антимонопольными органами части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», приводятся примеры из практики и предлагаются пути решения выявленных проблем.

Авторы пришли к выводу о необходимости внесения изменений в действующее законодательство, направленных на конкретизацию получения согласия абонента.

Ключевые слова: *реклама по сетям электросвязи, спам, согласие на рекламу.*

PROBLEMS OF APPLICATION OF PART 1 OF ARTICLE 18 OF THE FEDERAL LAW «ON ADVERTISING»

Anna Kozlova (Head of the Chelyabinsk office of the Federal Antimonopoly Service of Russia, Chelyabinsk, Russia)

Lilia Dubrovina (specialist-expert of the department for control of tenders and authorities of the Chelyabinsk office of the Federal Antimonopoly Service of Russia, Chelyabinsk, Russia)

Annotation. The article deals with the problems of application by the antimonopoly authorities of Part 1 of Article 18 of the Federal Law «On Advertising», provides examples from practice and suggests ways to solve the identified problems.

The authors came to the conclusion that it is necessary to make changes to the current legislation aimed at specifying the receipt of the subscriber's consent.

Keywords: *advertising on telecommunication networks, spam, consent to advertising.*

Нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» — одно из наиболее распространенных нарушений рекламного законодательства. По данным ФАС России, наибольшее количество нарушений за 2022 год выявлено в сфере рекламы по сетям электросвязи (смс-рассылки, спам-звонки) — 31,8%.

Острота проблемы подтверждается законопроектом, предусматривающим ужесточение ответственности за распространение рекламы по сетям электросвязи без согласия абонента, поступившим на рассмотрение в Госдуму РФ в конце июня 2023 года.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной

связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространённой без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием¹.

Однако в действующей редакции Федерального закона «О рекламе» не установлено, в какой именно форме должно быть выражено такое согласие. Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»² также не устанавливает конкретных требований к оформлению согласия. В соответствии с позицией суда согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Тем не менее, участники рынка трактуют положения закона по-разному, в связи с чем на данный момент отсутствует единый подход в рассматриваемой сфере. Также отсутствует единая практика правоприменения со стороны судов.

Рассмотрим эту проблему на примере рекламы торговых сетей. Большинство крупных участников рынка (Лента, Магнит, Пятерочка и другие) используют для продвижения программу лояльности. Главная задача программы — привлечение внимания потенциальных потребителей к объекту рекламирования. Кроме того, программа направлена на поиск новых партнеров в целях взаимовыгодного сотрудничества. Например, различные производители сотрудничают с торговыми сетями, рекламируя друг друга путем рассылки сообщений с предложением выгодных скидок на партнерские товары для участников программы лояльности.

Потребитель, вступая в такую программу, как правило, становится держателем карты лояльности. При оформлении карты ему необходимо ознакомиться с правилами программы, где прописано условие о том, что такой клиент дает согласие на получение рекламной информации, но может отозвать свое согласие в личном кабинете или посредством звонка на горячую линию.

Однако далеко не все потребители внимательно изучают условия программы лояльности. После оформления карты потребители получают рекламные сообщения, отправление которых предусмотрено программой лояльности. Однако участники программы воспринимают данную информацию как спам. При этом потребители не предпринимают каких-либо мер по отзыву своего согласия и сразу обращаются в антимонопольный орган.

¹ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 13.06.2023) «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

² Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ. № 12. 2012.

В качестве примера приведем дело Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее — Челябинское УФАС), рассмотренное в 2023 году. Заявителю приходили смс-сообщения от сети магазинов «Магнит» (АО «Тандер») с предложениями промокодов на скидку при покупке определенного товара.

Заявитель указывал, что он не давал согласия компании АО «Тандер» на осуществление рекламной рассылки на его номер телефона. При этом заявитель не предпринял каких-либо мер в целях проверки факта наличия согласия или его отзыва.

В рамках выяснения обстоятельств отправки указанного смс-сообщения антимонопольным органом сделан запрос АО «Тандер», которое пояснило, что заявитель является держателем карты лояльности «Магнит», которую он выпустил через приложение «Кошелек».

На заседании Комиссии Челябинского УФАС России АО «Тандер» также пояснило, что выпуск карты указанным способом возможен только при условии ознакомления с двумя вариантами согласия — на принятие общих условий программы лояльности и на обработку персональных данных. Второе согласие представляет собой более краткую версию первого, где более явно усматривается условие о согласии на получение рекламных сообщений.

Поскольку в рассматриваемой ситуации заявитель подписал два согласия, в том числе более выраженное, а также не обращался в адрес рекламораспространителя с требованием прекратить рассылку, говорить о нарушении рекламного законодательства не представляется возможным, в связи с чем Челябинским УФАС прекращено производство в отношении АО «Тандер».

По заявлению этого же гражданина Челябинское УФАС России рассмотрело дело в отношении ООО «Лента». В рамках рассмотрения этого дела антимонопольным органом выявлено, что заявитель является также участником программы лояльности и держателем карты ООО «Лента», предоставляющей ему право на отдельные скидки и промокоды.

ООО «Лента» также представило лог-запись (история всех действий пользователя на сайте в хронологическом порядке), позволяющую идентифицировать потребителя (ФИО, дата рождения, номер телефона), с указанием точной даты и времени принятия им условий программы лояльности. Кроме того, общество пояснило, что потребитель имеет возможность в любой момент отозвать свое согласие, нажав на соответствующую кнопку в личном кабинете.

Кроме того, на практике часто встречаются ситуации, когда ответственность за распространение рекламных сообщений по сетям электросвязи поделена между рекламораспространителем и посредником. Например, в случае с ООО «Лента» и АО «Тандер» потребитель выпускал карты лояльности через приложение «Кошелек» (ООО «Бесконтакт»). Согласие на обработку персональных данных и согласие с условиями программы лояльности собирало ООО «Бесконтакт», затем передавало информацию ООО «Лента», АО «Тандер» и другим партнерам, которые осуществляли отpravку смс-сообщений.

При этом ООО «Бесконтакт» не может быть привлечено к ответственности за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку оно не является ни рекламодателем, ни рекламораспространителем. Отношения ООО «Бесконтакт» с заказчиками (ООО «Лента», АО «Тандер») носят гражданско-правовой характер, общество отвечает за неисполнение условий договора, а не за распространение рекламы.

Также стоит обратить внимание на дело, возбужденное Челябинским УФАС России в отношении ООО «Ив Роше Восток». В данном случае заявителю приходили рекламные предложения от магазина «Ив Роше» на электронную почту. Заявитель, обратившись в УФАС, утверждал об отсутствии его согласия на получение рекламы.

В рамках рассмотрения дела антимонопольный орган выяснил, что пользователь после приобретения билетов в кинотеатр получил письмо-квитанцию об их оплате, к которому прикреплен баннер с призывом получить подарки от партнеров. В результате перехода по ссылке на экране телефона пользователя отобразились предложения купонов на скидку от партнеров, размещенные на сайте ООО «Гетфорклик». Заявитель выбрал купон, а затем поставил галочку в чек-боксе напротив магазина «Ив Роше», обозначающую согласие на получение рекламы.

Поскольку ООО «Гетфорклик» представило лог-запись с персональными данными заявителя (ФИО, дата рождения, адрес электронной почты), а также информацию о точном времени и дате проставления галочки, антимонопольным органом прекращено производство в отношении ООО «Ив Роше Восток».

Однако в рассматриваемой ситуации непонятен статус ООО «Гетфорклик». По условиям договора с ООО «Ив Роше Восток», оно несет ответственность за сбор согласия пользователей. Тем не менее, рекламораспространителем или рекламодателем оно не является, поскольку его задача заключается в предоставлении площадки для привлечения потребителей и сбора их согласий на получение рекламы от партнеров. В свою очередь, ООО «Ив Роше Восток» не имеет технической возможности проверить, действительно ли получено согласие абонента и в какой форме оно выражено.

Ответственность ООО «Гетфорклик» носит гражданско-правовой характер, на него не распространяются требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В случае признания нарушения и передачи материалов для возбуждения дела об административном правонарушении антимонопольному органу сложно было бы доказать наличие вины ООО «Ив Роше Восток», а также статус ООО «Гетфорклик».

Подобные случаи встречаются и в сфере рекламы финансовых услуг. Так, в соответствии с Информационным письмом Банка России № ИН-06-59/70, ФАС России № АК/75514/21 от 06.09.2021 «О согласии на получение рекламы»¹ наилучшей практикой считается получение согласия на получение

¹ Информационное письмо Банка России № ИН-06-59/70, ФАС России № АК/75514/21 от 06.09.2021 «О согласии на получение рекламы» // Вестник Банка России. № 64. 2021.

рекламы посредством оформления отдельного документа, а в случае взаимодействия при предоставлении потребительского кредита (займа) посредством дистанционных (цифровых) каналов — отдельной формы на сайте кредитора в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Тем не менее, Челябинским УФАС России рассмотрено дело в отношении ПАО «Банк Синара», где банк рассылал рекламные сообщения на номер заявителя, опираясь на то, что последний подписал согласие на обработку персональных данных.

Более того, в данном случае банк пояснил, что номер заявителя находился в клиентской базе, потому что заявитель за два года до этого оставил заявку на получение кредита на сайте банка. Однако после получения консультации заявитель отказался от услуги и не заключил договор с банком.

Следовательно, договорных отношений между банком и заявителем не сложилось, а значит, не возникло основание для рассылки рекламы. К тому же в тексте вышеуказанного письма содержится следующая формулировка: «также целесообразно отражать право заемщика на установление срока действия согласия на получение рекламы посредством указания периода времени, в течение которого оно действует. Кроме того, рекомендуем не допускать включения в согласие на получение рекламы условия об автоматической пролонгации его срока действия, а также отражать информацию о том, что отказ заемщика от дачи согласия на получение рекламы не является основанием для отказа в предоставлении потребительского кредита (займа)».

По мнению авторов статьи, упомянутое Письмо носит рекомендательный, а не обязательный характер. Его положения должны исполняться, поскольку в практике антимонопольных органов встречается множество дел, связанных с рассылкой рекламы по сетям электросвязи без отдельного согласия заявителя.

Таким образом, в результате проведенного исследования выявлены следующие проблемы применения на практике части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»:

1. Отсутствие в законе требований к форме и порядку получения согласия на получение рекламы. Действующая редакция части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» не устанавливает требований к форме согласия на получение рекламы и порядок его сбора. Как следствие, участники рынка трактуют положения закона по-разному, что приводит к нарушению прав граждан.

В результате не обеспечивается возможность потребителей выражать согласие отдельно, в связи с его включением в общие условия оферты или политики обработки персональных данных и так далее.

К тому же судебная практика по данному вопросу противоречива. Так, постановлением Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 11.11.2019 по делу № А79-307/2019 решение антимонопольного органа отменено, поскольку суд полагает, что согласие на получение рекламы в общем тексте договора об оказании услуг связи является надлежащим. В решении Арбитражного

суда Липецкой области от 20.01.2021 по делу № А36-8183/2020 суд полагает, что такое согласие должно быть отдельным.

Решить указанную проблему представляется возможным следующим способом: изложить часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» в следующей редакции: «Распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы, *выраженного в отдельной форме*. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием».

2. Граждане, чьи права нарушаются, могут злоупотреблять своим правом. Подобное поведение получило название «потребительский экстремизм». Гражданин получает рекламное сообщение, не предпринимает самостоятельных (и, как правило, несложных) мер в целях проверки дачи согласия и его отзыва, обращается в антимонопольный орган для получения решения о признании рекламы ненадлежащей и последующего обращения в суд за компенсацией морального вреда.

Внесение изменений в законы необходимо, однако этот процесс может продолжаться длительное время, что не снижает количество обращений, поступающих в антимонопольные органы. К тому же следует учитывать мнение самих участников рынка, в том числе относительно действия карты лояльности при отзыве согласия на получение рекламы.

В связи с этим предлагается вынести проблему сбора согласий на получение рекламы торговыми сетями на обсуждение Ассоциацией маркетинговой индустрии «Рекламный Совет» с участием представителей Ассоциации компаний розничной торговли (АКОРТ). В результате обсуждения предлагается выработать единый подход к сбору и оформлению таких согласий.

Такая мера позволит решить проблему с пользой для всех сторон — и для участников рынка, которые смогут высказать свои предложения, и для судов, которые смогут руководствоваться единым подходом, и для антимонопольных органов.

Сведения об авторах:

Козлова Анна Алексеевна, руководитель Челябинского УФАС России, г. Челябинск

Адрес: 454091, ГСП-6, г. Челябинск, пр. Ленина, 59

Тел.: +7 (351) 263-88-71; e-mail: to74@fas.gov.ru

Дубровина Лилия Евгеньевна, специалист-эксперт отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России, г. Челябинск

Адрес: 454091, ГСП-6, г. Челябинск, пр. Ленина, 59

Тел.: +7 (351) 263-88-71; e-mail: to74@fas.gov.ru

МАРКИРОВКА РЕКЛАМЫ: ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ



Афанасьев А.



Фомина А.

А. И. Афанасьев (вице-президент по правовым вопросам и взаимоотношениям с органами государственной власти Ozon, Руководитель Комитета по цифровым рынкам Ассоциации антимонопольных экспертов)

А. В. Фомина (руководитель группы правового сопровождения рекламы и маркетинга Ozon)

Аннотация. В статье рассматривается новое регулирование маркировки рекламы. Раскрываются общие понятия по прослеживаемости рекламы, описывается процесс маркировки рекламы в Интернете. Выявлены проблемные вопросы в части отдельных рекламных размещений (самореклама, бессрочные рекламные кампании, ко-промо). Описаны отдельные вопросы, связанные с привлечением сторон к ответственности, а также разграничением деятельности ФАС России и Роскомнадзора при привлечении к административной ответственности.

Ключевые слова: маркировка рекламы, ЕРИР, Роскомнадзор, ОРД, ФАС, рекламодатель, рекламораспространитель, оператор рекламной систем

ON ADVERTISING MARKING: PROBLEMS AND WAYS OF SOLVING THEM

Artem Afanasiev (Vice-President for Legal Issues and Relations with Government Authorities of Ozon, Head of the Digital Markets Committee of the Association of Antimonopoly Experts)

Anastasia Fomina (Head of Legal Support Group for Advertising and Marketing of Ozon)

Annotation. The article discusses the new regulation of advertising labelling. General concepts of advertising traceability are disclosed, the process of advertising labelling on the Internet is described. Problematic issues in terms of individual advertising placements (self-promotion, open-ended advertising campaigns, co-promos) are identified. Some issues related to bringing the parties to responsibility, as well as differentiating the activities of FAS Russia and Roskomnadzor in bringing to administrative responsibility are described.

Keywords: advertising labelling, ERIR, Roskomnadzor, ORD, FAS, advertiser, advertising distributor, advertising system operator.

Общие положения

С 1 сентября 2022 г. вступил в силу закон, который ввел систему прослеживаемости рекламы в Интернете, определив правила ее маркировки (далее — Закон)¹.

Маркировка рекламы в части отметки рекламодателя и указание на то, что публикация является рекламой, не является чем-то новым в зарубежной практике. Так, например, в Германии в соответствии с законом о Телемедиа (Telemediengesetz)² исполнители (рекламораспространители исходя из контекста закона) в обязательном порядке должны указывать, что размещенная информа-

¹ Федеральный закон от 02.07.2021 № 347-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О рекламе».

² <https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/>. (дата обращения: 17.07.2023).

ция является коммерческим сообщением (т.е. рекламой), а также указывать наименование физического или юридического лица, являющегося рекламодателем. Такой же позицией руководствуется и законодательство в Турции. В соответствии с Законом Турции «О регулировании электронной коммерции» в коммерческой коммуникации должна быть предоставлена информация, позволяющая четко обозначить коммерческое сообщение (рекламу) и лицо, от имени которого осуществляется такое сообщение¹. В 2017 г. в США Федеральная торговая комиссия направила более 90 писем различным знаменитостям о необходимости делать отметку о рекламе, раскрывая коммерческие правоотношения с продвигаемыми брендами². Законодательство о рекламе в КНР также содержит требования обозначать соответствующую информацию как рекламную, а также запрещает размещать скрытую рекламу в СМИ под видом новостей³.

Немного шире на процесс маркировки посмотрел законодатель в России. Основные положения в части маркировки рекламы закреплены в статье 18.1 ФЗ «О рекламе»⁴. В соответствии с новыми положениями закона маркировку интернет-рекламы возможно разделить, как будет показано ниже, на две составляющие.

Техническая маркировка

Такая маркировка относится к ведомству Федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, массовых коммуникаций, информационных технологий и связи (далее — Роскомнадзор). Техническая маркировка представляет собой уникальный код, по которому отслеживается реклама в период кампании. В данном коде зашифрованы идентификатор оператора рекламных данных и идентификатор креатива.

В зависимости от формата рекламного креатива применяются различные способы маркировки⁵.

Пометка «Реклама» и информация о рекламодателе

Данная часть маркировки преследует цель уведомления пользователей Интернета о том, что тот или иной материал относится к рекламному. Регулирующий орган — Федеральная антимонопольная служба (далее — ФАС России). ФАС России в свою очередь и определяет, относится ли информация, размещенная в Интернете, к рекламе или нет.

¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/11/20141105-1.htm> (дата обращения: 17.07.2023).

² <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose-relationship>. (дата обращения: 18.07.2023).

³ <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/374499>. (дата обращения: 18.07.2023).

⁴ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

⁵ Приказ Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 30.11.2022 № 191 «Об утверждении Требований к идентификатору рекламы, его содержанию, порядку и срокам его присвоения, размещения при распространении рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», хранения и предоставления в Федеральную службу по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций» (Зарегистрирован 28.12.2022 № 71862).

Под действие Закона о маркировке попадают рекламодатели, рекламора-спространители и операторы рекламных систем, разместившие в Интернете рекламу, направленную на привлечение внимания потребителей рекламы, находящихся на территории России. При этом Закон не распространяется на оператора социальной рекламы. Указанные выше субъекты обязаны передавать информацию о рекламе через операторов рекламных данных (далее — ОРД)¹, утвержденных Роскомнадзором².

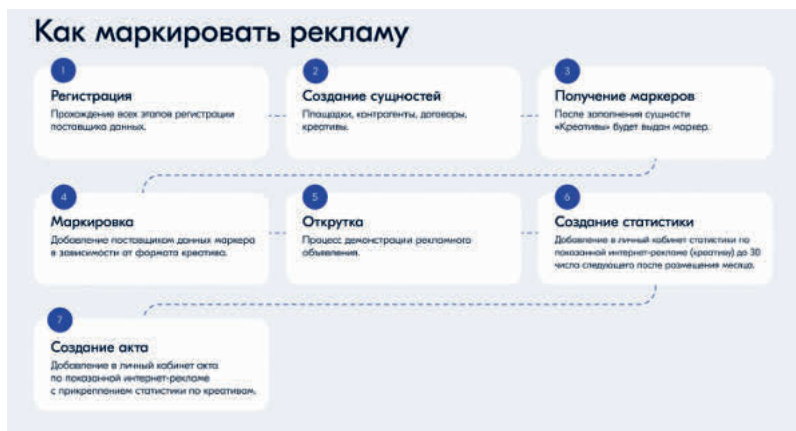
Сложность разбора вопросов, связанных с маркировкой рекламы в первую очередь состоит в том, что на текущий момент отсутствует правопримени-тельная практика в данной области. В связи этим складывается разнонаправ-ленная практика по тем или иным кейсам.

Кроме этого, интернет-рынок развивается стремительно. Представляется, что при принятии законопроекта ни законодатель, ни большая часть бизнеса не предполагали, насколько всеобъемлющей, сложной и многогранной может быть интернет-реклама. Так, внесенные изменения в ФЗ «О рекламе» охватили небольшую часть регулирования в данной области, в связи с чем значительная часть решения вопросов в части маркировки была отражена в подзаконных актах, а часть формируется бизнесом самостоятельно.

В рамках данной статьи будут рассмотрены кейсы, которые нашли отра-жение в формирующейся практике благодаря совместным усилиям регуля-торов и бизнеса в части разных способов маркировки, а также рассмотрены проблемные вопросы в области ответственности за маркировку рекламы.

Маркировка отдельных видов рекламы

Пошаговые действия по маркировке стандартных рекламных размещений выглядят следующим образом:



¹ На текущий момент существует 7 операторов рекламных данных: 1) ООО «Яндекс оператор рекламных данных»; 2) ООО «Озон ОРД» 3) ООО «ОРД-А»; 4) ООО «Лаборатория разработки»; 5) ООО «Первый ОРД»; 6) ООО «ВК Рекламные технологии»; 7) ООО «МедиаСкаут».

² Подробнее с перечнем операторов рекламных данных можно ознакомиться на сайте Роскомнадзора по ссылке: <https://rkn.gov.ru/register-ord/register/>.

Первым шагом должна быть регистрация в одном из ОРД, после чего открывается возможность регистрировать креатив и передавать данные в ЕРИР¹ через выбранный ОРД. Так, рекламодатель, рекламодателем, оператор рекламных систем (далее — поставщик данных) вносит все необходимые данные по рекламной кампании: реквизиты первоначального договора, контрагентов, площадку, на которой будет происходить размещение, а также сам креатив.

Стоит обратить внимание на тот факт, что данная информация должна быть заполнена до начала рекламной кампании также, как и получение самого уникального кода. Исключение составляют прямые эфиры с интегрированной рекламой, по которой уникальный код присваивается после выхода такого прямого эфира. В течение 30 дней после месяца, в котором происходила рекламная кампания, поставщик данных передает через ОРД соответствующую статистику. Акт может быть создан по окончании всей рекламной кампании.

Отдельные интернет-платформы осуществляют маркировку рекламы самостоятельно и в автоматическом режиме. Так, например, продавцы, которые размещают рекламу на сайте Ozon, самостоятельно ничего не маркируют, за них это делает Ozon. «ВКонтакте» и Яндекс также автоматизировано передают данные в ЕРИР за своих клиентов, что значительно упрощает работу в системах данных компаний.

Рекламодатель имеет возможность снять с себя обязанность по передаче данных в ЕРИР, переложив такую обязанность на сторону по договору (например, на рекламодателя).

Рекламных форматов в Интернете большое множество и по части из них при практическом применении возникают вопросы по их маркировке. Ниже рассмотрим ряд рекламных форматов, которые являются наиболее сложными, а также укажем способы их маркировки и передачи отчетности в ЕРИР.

Самореклама

Маркировке и учету подлежит рекламная информация, которая не только была заказана у третьего лица, но и самостоятельно размещена владельцем ресурса на своем сайте. Так, например, на своем сайте владелец ресурса среди прочих товаров выделяет один из них путем размещения баннера на главной странице. Таким образом, владелец ресурса в одном лице является рекламодателем и рекламодателем.

До недавнего времени маркировка «саморекламы» не представлялась возможной. На данный момент интерфейсы ОРД в соответствии с рекомендациями Роскомнадзора были доработаны следующим образом:

- создано отдельное поле «Самореклама», которое можно отметить при заполнении данных для передачи информации о рекламе;

¹ Единый реестр интернет-рекламы // URL: <https://erir.grfc.ru/>. (дата обращения: 10.07.2023).

- вместо регистрации сущности «Договор» передается информация о рекламодателе;
- суммы по рекламной кампании и договору не передаются в связи с их отсутствием;
- регистрация рекламных креативов происходит с привязкой сущности «Самореклама»;
- передавая статистику по рекламной кампании, необходимо отметить поле «Самореклама».

Решение вопроса, связанного с предоставлением данных по «саморекламе», является ярким примером успешного взаимодействия государственного органа и бизнеса: когда бизнес-игроки говорят о проблеме, а государственный орган в лице Роскомнадзора принимает необходимые действия для ее устранения.

Несколько рекламодателей – один креатив

Нередко возникает вопрос и о том, как маркировать материалы, на которых указано

два и более рекламоателя. Так, на данный момент существует техническое решение, которое заключается в следующем:

- до получения уникального кода регистрируется изначальный договор в ОРД с каждым из рекламоателей;
- регистрируется единый общий креатив (рекламный материал) с привязкой к любому ранее зарегистрированному первоначальному договору, то есть уникальный код присваивается только одному рекламоателю;
- по итогу статистика по рекламной кампании передается с привязкой по каждому договору и рекламоателю. Стоимость рекламных услуг по актам передается в соответствии со стоимостью услуг, которую заплатил каждый из рекламоателей.

Таким образом, вопросы маркировки, связанные с указанием нескольких рекламоателей на одном рекламном материале, были решены также не в юридической плоскости, а в технической, как и вопрос с «саморекламой».

«Вечная» реклама

Нерешенным остается вопрос в части рекламы, которая не удаляется после завершения рекламной кампании (так называемая бессрочная рекламная кампания).

Нередки случаи, когда стороны договариваются о размещении рекламы на определенный срок, но сама реклама остается доступной неопределенному кругу лиц в течение неограниченного срока (например, пост в Telegram-канале). На данный момент нет конкретного решения, в течение какого периода необходимо передавать отчетность после завершения рекламной кампании, за который и была произведена оплата заказчиком услуг.

Существует несколько путей решения:

1. Внести в договор с партнером условие об удалении рекламной публикации после завершения кампании.
2. Передавать отчетность в течение года, так как маркировка имеет срок действия один год.

В каждом из этих решений есть свои нюансы. **В первом случае** это отсутствие контроля за удалением публикации. Заказчик может заказывать услугу у одного агентства по размещению рекламных материалов среди сотен Telegram-каналов или групп социальных сетей. Отследить исполнение обязательства по удалению рекламы не представляется возможным с учетом объема размещений. **Во втором случае** остается открытым вопрос, что делать через год, когда срок действия уникального кода истек. Необходимо ли получать новый маркер или же обязательства поставщиков данных считаются исполненными и по истечении данного периода получение нового маркера не требуется. В то же время Роскомнадзор дал разъяснения, что по бессрочным размещениям «нулевые» акты передавать не нужно, а достаточно лишь статистики по размещенному рекламному материалу¹. Вопрос остается открытым. Считаем, что в данной части необходимо получить дополнительные разъяснения регулятора для четкого понимания действий со стороны поставщиков данных.

Привлечение к ответственности

В соответствии с опубликованными данными по состоянию на 23 июня 2023 г. более половины участников рынка интернет-рекламы не работают с реестром Роскомнадзора². На основании результатов опроса порядка 58% респондентов не работали с ЕРИР, и только 14% компаний разобрались в маркировке рекламы в полном объеме³. Представляется, что бизнес еще не в полной мере готов к исполнению законодательства по маркировке.

Тем не менее, закон о штрафах за отсутствие маркировки рекламы уже принят и вступает в силу с 1 сентября 2023 г. Этот закон предусматривает следующие размеры штрафов:

Введение штрафов за маркировку рекламы может поспособствовать соблюдению действующего законодательства со стороны компаний. В то же время нельзя отрицать данные опроса, приведенные выше, которые говорят о том, что современный рынок не в полной мере подготовился и понимает порядок работы с системой ЕРИР. Остается открытым вопрос о порядке привлечения рекламодателей, рекламораспространителей и операторов рекламных

¹ <https://www.vedomosti.ru/media/news/2023/03/31/969000-roskomnadzor-otmenu-nulevih-aktov> (дата обращения: 10.07.2023).

² <https://rg.ru/2023/06/23/bolee-poloviny-uchastnikov-rynka-internet-reklamy-ne-rabotaiut-s-reestrom-roskomnadzora.html> (дата обращения: 10.07.2023).

³ <https://rg.ru/2023/06/23/bolee-poloviny-uchastnikov-rynka-internet-reklamy-ne-rabotaiut-s-reestrom-roskomnadzora.html> (дата обращения: 10.07.2023).

систем к административной ответственности за нарушение ст. 18.1 ФЗ «О рекламе» в части маркировки уникальным кодом. С одной стороны, статья 18.1 ФЗ «О рекламе» четко разграничивает подведомственность государственных органов в части маркировки: ФАС России и Роскомнадзор. С другой стороны, при разрешении вопроса в части корректности технической маркировки невозможно переоценить важность наличия либо отсутствия экспертного мнения ФАС России в решениях Роскомнадзора об отнесении информации к рекламе.

Таблица 1

№	Состав правонарушения	Размер штрафа
1.	Непредставление в ЕРИР информации о рекламе, неисполнение обязанности по обеспечению предоставления информации о рекламе	<ul style="list-style-type: none"> • граждане: 10 000–30 000 руб.; • должностные лица и ИП: 30 000–100 000 руб.; • юридические лица: 200 000–500 000 руб.
2.	Распространение рекламы без идентификатора или с нарушением требований к его размещению	<ul style="list-style-type: none"> • граждане: 30 000–100 000 руб.; • должностные лица и ИП: 100 000–200 000 руб.; • юридические лица: 200 000–500 000 руб.
3.	Для ОРД за нарушение законодательства о рекламе	<ul style="list-style-type: none"> • должностные лица: 100 000–200 000 руб.; • юридические лица: 300 000–700 000 руб.

Для наглядности вышеприведенного тезиса стоит разобрать пример. Представим, что компания «А» разместила рекламный баннер в социальной сети, не отметив, что данный материал является рекламой. Соответственно компания «А» не присвоила рекламному материалу уникальный код, не указала пометку «Реклама» и не указала информацию о рекламодателе. Принимать решение о том, что является рекламой, имеет право исключительно ФАС России. В связи с этим первично именно ФАС России должен инициировать дело, указав на то, что реклама размещается без соответствующей пометки. Здесь же встает вопрос о возможном взаимодействии ФАС России и Роскомнадзора в части передачи информации о таких делах последнему.

Таким образом, на текущий момент нет четкого порядка привлечения к ответственности лиц, которые не осуществили маркировку рекламы, так как отсутствует порядок взаимодействия по данным вопросам между государственными органами (ФАС России и Роскомнадзор).

Выводы

Законодательство о маркировке — это новый виток в области интернет-рекламы, который только начинает работать несмотря на то, что закон действует уже практически год. На наш взгляд, основными проблемными точками являются:

1) вопросы, связанные с привлечением к ответственности и порядком взаимодействия Роскомнадзора и ФАС России. Представляется, что на дан-

ном этапе возникающие вопросы могут быть разрешены совместными разъяснениями регуляторов;

2) возникающие технические проблемы, которые могут быть решены только в процессе доработки систем ЕРИР и ОРД;

3) постоянно возникающие новые рекламные форматы, которые необходимо также учиться маркировать и которые требуют совершенствования нового инструментария в постоянном режиме.

Остается много вопросов как юридических, так и технических в корректной маркировке рекламы, которые еще необходимо будет решить бизнесу и соответствующим государственным органам. Однако данный Закон — это хороший пример того, когда государственные органы активно прислушиваются к экспертной позиции бизнеса, а бизнес в свою очередь стремится активно участвовать в формировании комфортной и справедливой регуляторной среды.

Сведения об авторах:

Афанасьев Артем Игоревич, вице-президент по правовым вопросам и взаимоотношениям с органами государственной власти Ozon, Руководитель Комитета по цифровым рынкам Ассоциации антимонопольных экспертов

Адрес: 123112, Москва, Пресненская наб., 10 блок С
Тел.: +7 (495) 232-10-00; e-mail: artafanasyev@ozon.ru

Фомина Анастасия Вадимовна, руководитель группы правового сопровождения рекламы и маркетинга Ozon

Адрес: 123112, Москва, Пресненская наб., 10 блок С
Тел.: +7 (495) 232-10-00; e-mail: anastasifomina@ozon.ru

СВОБОДНАЯ ТРИБУНА

К ВОПРОСУ О ЧАСТНО-ПРАВОВОМ АСПЕКТЕ АНТИКОНКУРЕНТНЫХ СОГЛАШЕНИЙ В СИСТЕМЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ



Мерзляков С.

С. Д. Мерзляков (аспирант кафедры ПКЭП Южно-Уральского государственного университета (НИУ), г. Челябинск)

Аннотация. В статье на основе анализа антимонопольного законодательства и научной литературы рассматриваются особенности антимонопольного регулирования антиконкурентных соглашений, заключаемых при проведении торгов на право заключения договора для удовлетворения государственных и муниципальных нужд в условиях цифровизации экономики.

Высказывается точка зрения по вопросу дальнейшего совершенствования антимонопольного законодательства в части правового метода регулирования общественных отношений.

Ключевые слова: антиконкурентное соглашение, антимонопольное регулирование, контрактная система, закупки, конкуренция.

TO THE ISSUE OF THE PRIVATE LAW ASPECT OF ANTI- COMPETITIVE AGREEMENTS IN THE SYSTEM OF ANTI- MONOPOLY REGULATION

Sergey Merzlyakov (postgraduate student of the Department of PC&EP, South Ural State University (NRU), Chelyabinsk)

Annotation. The article, based on an analysis of antimonopoly legislation and scientific literature, examines the features of antimonopoly regulation of anticompetitive agreements concluded during bidding for the right to enter into an agreement to meet state and municipal needs in the context of digitalization of the economy.

A point of view is expressed on the issue of further improvement of antimonopoly legislation in terms of the legal method of regulating public relations.

Keywords: *anti-competitive agreement, anti-monopoly regulation, contract system, procurement, competition.*

Защита конкуренции и обеспечение конкурентных рыночных отношений, недопущение монополистической деятельности являются основой существования и развития рыночной экономики, а активное содействие развитию конкуренции в Российской Федерации — безусловно, приоритетное направление деятельности органов власти на всех уровнях: от высших органов законодательной и исполнительной власти до законодательных и исполнительных органов власти субъектов РФ, а также органов местного самоуправления.

В соответствии с Федеральным законом «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ (далее — Закон о защите конкуренции)¹ конкуренция представляет собой соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Так или иначе, практически все юрисдикции устанавливают правила конкуренции или так называемые антимонопольные запреты и ограничения. Они устанавливаются для того, чтобы конкурентная борьба участников рынка проходила с учетом защищаемых интересов, чтобы соблюдался баланс и устранялось экономическое неравенство. Все эти правила и нормы призваны обеспечить конкурентную среду на товарном рынке и достижение баланса в рыночных отношениях.

В условиях нынешней экономической ситуации в нашей стране деятельность правительства, государства в целом и Федеральной антимонопольной службы в частности характеризуется предоставлением хозяйствующим субъектам максимальной свободы предпринимательской и экономической деятельности, что обусловлено, в том числе, и санкционным режимом.

Принятие таких правовых инструментов, как антимонопольные запреты и ограничения, вполне обосновано и направлено на защиту конкуренции, что способствует более полной реализации свободы предпринимательской деятельности, поскольку лишь в условиях эффективной защиты конкуренции свобода экономической деятельности превращается из конституционной декларации в реальность.

Одним из инструментов удовлетворения государственных и муниципальных нужд на товарном рынке являются государственные и муниципальные закупки, которые реализуются посредством проведения торгов. Данные закупки — это необходимый инструмент для обеспечения потребностей госу-

¹ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 13.06.2023) «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

дарственных структур и учреждений и обеспечения их нормального и непрерывного функционирования¹.

В настоящий момент государственные и муниципальные закупки имеют предопределяющее значение как в развитии экономики государства в целом, так и в развитии института предпринимательства, в частности. Особую актуальность это приобрело в связи с санкционными ограничениями и рядом односторонних отказов иностранных компаний от продолжения ведения деятельности, как в целом на территории РФ, так и в частности с отечественными контрагентами.

Современная рыночная экономика, основанная на принципах равенства участников, свободы договора и добросовестности действий участников гражданского оборота, является весьма уязвимой в случае заключения конкурентами на товарном рынке соглашений, которые реализуются не в интересах потребителей и приводят к ограничению конкуренции.

Отечественное конкурентное право и российское антимонопольное законодательство предусматривают следующие виды антиконкурентных соглашений: горизонтальные, вертикальные и иные (в частности, конгломеративные)².

Антиконкурентные соглашения, которые заключаются в рамках проведения торгов на право заключения договора для удовлетворения государственных и муниципальных нужд, именуется горизонтальными и представляют собой соглашения между хозяйствующими субъектами, находящимися в отношении реальной или потенциальной конкуренции³.

Подавляющая часть достигаемых в Российской Федерации антиконкурентных соглашений фиксируется на торгах (порядка 85%), что объясняется и пристальным вниманием антимонопольных органов к этому виду соглашений, и использованием электронной формы проведения торгов, облегчающей фиксацию нарушений, и активным обжалованием результатов торгов лицами, их проигравшими.

С развитием информационных технологий появляются новые формы и способы воздействия компаний на рыночные отношения, например, использование так называемых ценовых роботов, позволяющих контролировать розничную продажу товаров.

В зависимости от преследуемых целей и соответствующих им применяемых средств результаты роботизации могут оказывать на конкурентную среду как позитивное, так и негативное влияние.

Но, как показывает практика, на современном этапе развития техники роботизация процесса торгов имеет место не на стороне организатора торгов,

¹ *Шешукова Т. Г.* Система государственных закупок: понятие, влияние на экономику // *Международный бухгалтерский учет.* 2018. № 9. С. 520–521.

² *Сушкевич А. Г.* Антиконкурентные соглашения: запреты, исключения из запретов и их пределы в новом Федеральном законе «О защите конкуренции» // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2007. № 6. С. 35.

³ *Истомин В. Г.* Антиконкурентные соглашения: юридическая сущность и правовые последствия // *Журнал российского права.* 2018. № 12. С. 64.

а среди участников торгов, вынужденных в целях заключения договора взаимодействовать с организатором торгов с учетом поведения других участников. Именно здесь роботизация используется для достижения победы на торгах, а антиконкурентное поведение (при его наличии) охватывается понятием картель¹, следствием которого является повышение, снижение или поддержание цен на торгах, ответственность за достижение которого предусмотрена п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о конкуренции.

В Российской Федерации пресечение деятельности хозяйствующих субъектов, вступивших в антиконкурентный сговор, является одним из приоритетных направлений антимонопольной политики ввиду того, что картели представляют собой прямую угрозу экономической безопасности государства, поскольку заключение и исполнение такого рода соглашений влекут за собой негативные последствия в различных сферах экономики, в том числе в системообразующих отраслях, связанных с обеспечением национальной безопасности экономики и обеспечением выполнения государственного оборонного заказа.

Негативные последствия картелей заключаются в нанесении вреда не только эффективности ресурсов и потребителям, но также и в снижении объема заключаемых сделок в натуральном выражении, снижении объемов внедрения новых технологий и инноваций, возникновении больших издержек у заказчиков и покупателей, поддержании цен на торгах и, как следствие, обеспечении высокой прибыли участников картелей.

По оценкам специалистов Федеральной антимонопольной службы, ежегодный ущерб только от антиконкурентных соглашений на торгах для обеспечения государственных и муниципальных нужд оставляет сотни миллиардов рублей, а ущерб от всех антиконкурентных соглашений при проведении государственных закупок и закупок госкомпаний, при торгах по отчуждению государственного имущества и прав с учетом их латентности может достигать до 1,5–2% ВВП.

В связи с этим антимонопольное регулирование, бесспорно, является приоритетным направлением деятельности государства, которое является неотъемлемой частью экономической политики государства и состоит в системе мер, направленных на создание, развитие, поддержание и защиту добросовестной конкуренции.

Как нам представляется, только с помощью такого механизма, как антимонопольное регулирование, представляется возможным обеспечить рыночную экономику с конкурентными отношениями, обеспечивая баланс интересов между хозяйствующими субъектами, государством и обществом.

Однако необходимо понимать, что при исследовании возникают проблемы не только публично-правового, но и частно-правового характера — остаются

¹ *Егорова М.А.* Проблемы в правоприменении запретов *per se* на современном этапе // Право и экономика. 2017. № 6. С. 9.

в стороне интересы добросовестных участников торгов, которые были отстранены от участия в торгах по вине лиц, вступивших в антиконкурентный сговор, так как попросту утратили интерес участия в торгах. Данная проблема носит системный характер, но решить ее пока на практике невозможно в силу того, что действующее законодательство не предусмотрело механизм их защиты. Научный интерес к данному вопросу велик, и здесь восприятие законодательства о защите конкуренции как законодательства сугубо административного, т.е. публично-правового, представляется ошибочным — это повлечет выбор неправильного правового метода регулирования общественных отношений, что идет вразрез с целью совершенствования правового регулирования конкурентных отношений.

Сведения об авторе:

Мерзляков Сергей Дмитриевич, аспирант кафедры ПКЭП Южно-Уральского государственного университета (НИУ), г. Челябинск
Адрес: 454080, г. Челябинск, просп. Ленина, 76
Тел.: +7 (909) 078-64-71; e-mail: merzlyakovsd@yandex.ru

ОБЗОР ДЕЛА № 002/01/14.4-770/2020 БАШКОРТОТАНСКОГО УФАС РОССИИ, ВОШЕДШЕГО В ЧИСЛО ЛУЧШИХ ДЕЛ ТЕРРИТОРИАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ФАС РОССИИ ПО ИТОГАМ 2022 ГОДА



Дудина Ю.

Дудина Ю. А. (заместитель руководителя, начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России)

Аннотация. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан установлен факт нарушения статьи 14.4 Федерального закона «О защите конкуренции» путем приобретения и использования исключительных прав на товарный знак (знак обслуживания), тождественный коммерческому обозначению другого хозяйствующего субъекта в сфере оказания стоматологических услуг, и использования фирменного наименования, сходного с фирменным наименованием конкурента.

Рассмотрение этого дела № 002/01/14.4-770/2020 о недобросовестной конкуренции путем приобретения и использования товарного знака (знака обслуживания), сходного до степени смешения с коммерческим обозначением конкурента, и использования фирменного наименования, сходного с фирменным наименованием конкурента, завершилось вынесением решения Башкортостанского УФАС России от 15.12.2020.

Правомерность решения антимонопольного органа в дальнейшем была подтверждена Судом по интеллектуальным правам.

Ключевые слова: *исключительное право, товарный знак, недобросовестная конкуренция.*

REVIEW OF CASE № 002/01/14.4-770/2020 OF BASHKORTOTAN UFAS RUSSIA, WHICH WAS INCLUDED IN THE LIST OF THE BEST CASES OF THE TERRITORIAL BODIES OF FAS RUSSIA IN 2022

Yulia Dudina (deputy Head, Head of the Department for Interaction with Government Bodies, Analytical Work and Advertising, Bashkortostan FAS of Russia)

Annotation. The Department of the Federal Antimonopoly Service for the Republic of Bashkortostan has established the fact of violation of Article 14.4 of the Federal Law «On Protection of Competition» by acquiring and using exclusive rights to a trademark (service mark) identical to the commercial designation of another business entity in the field of dental services, and using a trade name similar to the competitor's trade name.

The consideration of this case № 002/01/14.4-770/2020 on unfair competition through the acquisition and use of a trade mark (service mark) confusingly similar to the commercial designation of a competitor and the use of a trade name similar to the trade name of a competitor ended with the decision of the Bashkortostan UFAS of Russia dated 15.12.2020.

The legality of the decision of the antimonopoly authority was further confirmed by the Court of Intellectual Property Rights.

Keywords: *exclusive right, trade mark, unfair competition.*


Суть дела


ООО «Э» (Заявитель) обратилось с заявлением в Башкортостанское УФАС России по вопросу неправомерных действий со стороны ООО «ЭП», выразившихся в нарушении антимонопольного законодательства и связанных с недобросовестной конкуренцией, а именно — использования в предпринимательской деятельности фирменного наименования, сходного до степени смешения с фирменным наименованием Заявителя, и по вопросу добросовестности приобретения и использования товарного знака (знака обслуживания) № 721780 ООО «ЭП», сходного до степени смешения с коммерческим обозначением ООО «Э».

ООО «ЭП» также обратилось в Башкортостанское УФАС России по вопросу неправомерных действий со стороны ООО «Э», выразившихся в нарушении антимонопольного законодательства и связанных с недобросовестной конкуренцией, а именно — использования в предпринимательской деятельности обозначений, сходных до степени смешения с товарным знаком (знаком обслуживания), принадлежащим другому лицу на законных основаниях.

В рамках рассмотрения дела № 002/01/14,4-770/2020 на предмет недобросовестной конкуренции рассматривались следующие действия ООО «ЭП»:

- использование в предпринимательской деятельности фирменного наименования, сходного до степени смешения с фирменным наименованием ООО «Э»;
- приобретение и использование товарного знака (знака обслуживания) № 721780 ООО «ЭП», сходного до степени смешения с коммерческим обозначением ООО «Э».

При рассмотрении дела установлено, что общество «ЭП» зарегистрировано 23.10.2014, осуществляет деятельность в сфере оказания стоматологических услуг и является обладателем исключительного права на товарный знак (знак обслуживания) « Zmu Dent plus» по свидетельству Российской Федерации № 721780 от 05.08.2019 с приоритетом от 09.11.2018.

ООО «Э» с 17.07.2013 осуществляет деятельность в сфере оказания стоматологических услуг и использует в своей деятельности коммерческое обозначение «».

Хозяйствующие субъекты по смыслу пункта 7 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» являются конкурентами на рынке стоматологических услуг в границах Республики Башкортостан, начиная с 04.10.2016 (дата получения обществом «ЭП» лицензии на осуществление медицинской деятельности). Общество «Э» имеет медицинскую лицензию от 24.10.2013, общество «ЭП» — от 04.10.2016.

Согласно выпискам из Единого государственного реестра юридических лиц (<https://egrul.nalog.ru/>) ООО «Э» и ООО «ЭП» осуществляют, в том числе, деятельность на рынке по кодам ОКВЭД 86.21 (общая врачебная практика),


86.23 (стоматологическая практика) и 86.90.9 (деятельность в области медицины прочая, не включенная в другие группировки).

Хозяйствующие субъекты осуществляют медицинскую деятельность при оказании первичной, в том числе доврачебной, врачебной и специализированной, медико-санитарной помощи. В частности, организуются и выполняются следующие работы (услуги): при оказании первичной доврачебной медико-санитарной помощи в амбулаторных условиях — по рентгенологии, сестринскому делу; при оказании первичной специализированной медико-санитарной помощи в амбулаторных условиях — по стоматологии ортопедической, стоматологии терапевтической, стоматологии хирургической (согласно лицензии № ЛО-02-01-002778 (ООО «Э») и лицензии № ЛО-02-01-005195 (ООО «ЭП»).

Общество «ЭП» и общество «Э» с 04.12.2018 осуществляли деятельность по одному адресу.

Выводы антимонопольного органа


Анализируя вопрос об использовании фирменного наименования ООО «ЭП», сходного до степени смешения с фирменным наименованием ООО «Э», на основании положений ГК РФ, Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» (вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен судом без назначения экспертизы), антимонопольный орган установил сходство до степени смешения используемых ООО «ЭП» и ООО «Э» фирменных наименований в отношении аналогичного вида деятельности, учитывая общее впечатление, которое производят эти наименования в целом на среднего потребителя соответствующих товаров или услуг. Было принято во внимание фонетическое тождество словесных элементов «Эмидент» и то, что основную смысловую нагрузку несет именно данное слово. Входящий в фирменное наименование ООО «ЭП» словесный элемент «Плюс» относится к слабым элементам, так как представляет собой математический символ, не оказывает влияние на восприятие фирменного наименования в целом. Тем самым при восприятии фирменного наименования внимание в первую очередь акцентируется на индивидуализирующем элементе «Эмидент».

При анализе вопроса приобретения и использования товарного знака № 721780 ООО «ЭП», сходного до степени смешения с коммерческим обозначением ООО «Э», необходимо отметить, что товарный знак (знак обслуживания) за № 721780  зарегистрирован ООО «ЭП» 05.08.2019 с приоритетом от 09.11.2018 по классу МКТУ 44 (больницы; диспансеры / центры здоровья; консультации медицинские для людей с ограниченными возможностями; консультации по вопросам фармацевтики; ортодонтия / услуги ортодонтические; помощь ветеринарная; помощь зубоврачебная/ стоматология; помощь медицинская; приготовление фармацевтами лекарств


по рецептам; прокат медицинского оборудования; прокат санитарно-технического оборудования; советы по вопросам здоровья; услуги медицинских клиник; услуги нетрадиционной медицины; услуги телемедицины; услуги терапевтические; уход за больными).

Обозначение, используемое ООО «Э», является комбинированным, включающее словесные элементы «эми» и «дент», разделенные между собой изобразительным элементом, выполненным в оригинальной графической манере, в виде двух линий переменной ширины, образующих фигуру в форме сердца.

Принимая во внимание фонетическое тождество входящих в состав сравниваемых обозначений и разделенных графическим элементом словесных элементов «Эми Дент» и «Эми Dent», а также учитывая содержание справки федерального государственного бюджетного учреждения «Федеральный институт промышленной собственности» от 17.07.2020 № 13111 по вопросу о степени сходства сравниваемых обозначений, антимонопольный орган пришел к выводу о сходстве коммерческого обозначения общества «Э» и товарного знака общества «ЭП» до степени смешения.

При рассмотрении дела не были приняты доводы ООО «ЭП» об использовании им обозначения «» с момента своего образования в 2014 году, так как в материалы дела не были представлены объективные и достоверные доказательства его использования до приоритета товарного знака по свидетельству РФ № 721780.

Вместе с тем, обществом «Э» были представлены фотоматериалы в социальной сети «В контакте» (фотографии посетителей со спорным обозначением, рекламная информация со спорным обозначением, фотографии входных групп со спорным обозначением, подарочные сертификаты), из которых следовало, что ООО «Э» использовало спорное обозначение до приоритета товарного знака по свидетельству РФ № 721780.

Таким образом, антимонопольный орган сделал вывод о том, что до даты приоритета товарного знака (знака обслуживания) по свидетельству Российской Федерации № 721780 обозначение «» приобрело известность и узнаваемость в качестве средства индивидуализации стоматологических услуг среди потребителей на территории Республики Башкортостан, а также об осведомленности общества «ЭП» о названном обстоятельстве. При этом до момента регистрации товарного знака (знака обслуживания) по свидетельству Российской Федерации № 721780 общество «ЭП» не имело каких-либо претензий к обществу «Э».

Следовательно, целью регистрации указанного средства индивидуализации являлось не стремление общества «ЭП» защитить свое исключительное право, а его намерение создать негативные последствия для своего конкурента.

Таким образом, действия общества «ЭП» направлены на незаконное получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности за счет нарушения правил конкурентной борьбы между хозяйствующими субъектами и лишают добросовестных участников товарного рынка возмож-

ности получения прибыли, поскольку подобное поведение ведет к необоснованному сокращению издержек общества «ЭП» на продвижение своей продукции за счет использования репутации средства индивидуализации общества «Э» и привлечения к своим услугам потребителей, которые полагают, что приобретают услуги общества «Э».

ООО «ЭП» признано нарушившим статью 14.4 Федерального закона «О защите конкуренции».

ВАЖНО: После вынесения решения УФАС ООО «ЭП» провело ряд мероприятий по прекращению нарушения антимонопольного законодательства: смену наименования на ООО «Прозубки», изменены вывески, обновлена лицензия на осуществление медицинской деятельности.

На основании решения Башкортостанского УФАС России Роспатент признал недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) № 721780.

ООО «ЭП» обжаловало решение Башкортостанского УФАС России.

Суд по интеллектуальным правам, исследовав фактические обстоятельства дела, согласился с позицией антимонопольного органа о том, что целью регистрации указанного средства индивидуализации являлось не стремление общества «ЭП» защитить свое исключительное право, а его намерение создать для своего конкурента препятствия в осуществлении предпринимательской деятельности.

Судом по интеллектуальным правам требования ООО «ЭП» были оставлены без удовлетворения, решение антимонопольного органа признано законным и обоснованным (решение СИП от 12.01.2022 по делу № СИП-922/2021).

Комментарий антимонопольного органа

Юлия Дудина — заместитель руководителя-начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России

Необходимо отметить, что в антимонопольный орган с заявлениями по фактам недобросовестной конкуренции обратились и ООО «ЭП», и ООО «Э».

Антимонопольным органом в рамках рассмотрения данного дела на предмет недобросовестной конкуренции рассматривались действия ООО «ЭП» по использованию в предпринимательской деятельности фирменного наименования, сходного до степени смешения с фирменным наименованием ООО «Э», и по приобретению и использованию товарного знака (знака обслуживания) № 721780 ООО «ЭП», сходного до степени смешения с коммерческим обозначением ООО «Э».

Одной из особенностей рассмотрения дел, связанных с выявлением и пресечением недобросовестной конкуренции в сфере интеллектуальной собственности, является установление цели регистрации товарного знака (знака обслуживания).

Так, комиссией Башкортостанского УФАС России в ходе рассмотрения дела установлен факт использования ООО «Э» спорного обозначения до даты

подачи заявки ООО «ЭП» на регистрацию данного обозначения в качестве товарного знака (знака обслуживания). В качестве доказательств комиссией приняты нотариально не заверенные скриншоты страниц из социальной сети «ВКонтакте»: фотографии посетителей со спорным обозначением, фотографии входных групп со спорным обозначением, подарочные сертификаты, подтверждающие факт использования ООО «Э» спорного обозначения до даты приоритета товарного знака (знака обслуживания) по свидетельству Российской Федерации № 721780.

Правомерность действий комиссии подтверждена Судом по интеллектуальным правам, при этом СИП обратил внимание, что данные материалы являются лишь средствами доказывания соответствующего юридически значимого обстоятельства и сами по себе не свидетельствуют о том, что спорное обозначение использовалось ООО «Э» исключительно в социальной сети «ВКонтакте». Напротив, из содержания скриншотов следует, что указанное обозначение использовалось в оформлении помещений и в распространявшейся рекламной продукции.

Комиссия антимонопольного органа сделала вывод об известности ООО «ЭП» факта использования спорного обозначения иным хозяйствующим субъектом до даты приоритета товарного знака (знака обслуживания) исходя из относительной узости географических границ рынка, нахождения субъектов по одному адресу. Таким образом, ООО «ЭП» не могло не знать о факте использования ООО «Э» спорного обозначения.

ООО «ЭП» обратилось в антимонопольный орган с заявлением о нарушении антимонопольного законодательства после даты приоритета спорного товарного знака (знака обслуживания), до даты приоритета какие-либо претензии к ООО «Э» не предъявлялись.

Таким образом, целью регистрации указанного товарного знака (знака обслуживания) явилось не стремление ООО «ЭП» защитить свое исключительное право, а намерение создать для своего конкурента ООО «Э» препятствия в осуществлении предпринимательской деятельности.

В результате рассмотрения дела установлен факт недобросовестной конкуренции, правильность выводов комиссии Башкортостанского УФАС России подтверждена Судом по интеллектуальным правам.

Сведения об авторе:

Дудина Юлия Анатольевна, заместитель руководителя, начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы Башкортостанского УФАС России
Адрес: 450008, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Пушкина, 95
Тел.: + 7 (499) 7552323; e-mail: to02@fas.gov.ru

АНОНС
МЕРОПРИЯТИЙ



АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ ФОРУМ 2023

Флагманское мероприятие
в сфере конкуренции

18/04/2024

Lotte Hotel Moscow



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ



Федеральная
Антимонопольная
Служба

antitrustforum.ru

competitionsupport.com

СОДЕРЖАНИЕ

Авторский коллектив	5
Вступительные слова	7
Риски использования приемов неявного рекламирования (продакт-плейсмент) (Гаджиева А. О., Москвитин О. А., Наумова Е. А.)	11
Проблемы применения опровержения недостоверной рекламы (Марюхина М. Р., Березгов А. С.)	17
Основные нарушения законодательства о рекламе в сфере финансовых услуг и финансовой деятельности (Гарипова А. А., Акимова И. В.)	24
Перспективы применения антимонопольного комплаенса хозяйствующими субъектами в законодательстве о рекламе в целях пресечения недобросовестной конкуренции (Елбаева Н. А., Беляев С. Г., Березгов А. С., Москвитин О. А.)	36
Роль экспертного совета при определении этичности рекламы (Дудина Ю. А., Мамлина Г. Р.)	43
Особенности правового регулирования распространения рекламы в сети Интернет (Капитонов И. А., Москвитин О. А., Марюхина М. Р., Корниенко А. С.)	48
Критерии признания информации интернет-рекламой: актуальные подходы практики (Тараданкина А. А., Анисимова Д. А.)	56
Проблемы применения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» (Козлова А. А., Дубровина Л. Е.)	62
Маркировка рекламы: проблемы и пути их решения (Афанасьев А. И., Фомина А. В.)	68

СВОБОДНАЯ ТРИБУНА

К вопросу о частно-правовом аспекте антиконкурентных соглашений в системе антимонопольного регулирования (Мерзляков С. Д.)	76
Обзор дела 002/01/14.4-770/2020 Башкортостанского УФАС России, вошедшего в число лучших дел территориальных органов ФАС России по итогам 2022 года (Дудина Ю. А.)	81

Для заметок

Для заметок

Для заметок

Для заметок