**Недобросовестная реклама.**

**Практика применения законодательства о рекламе**

 Одной из сфер деятельности Федеральной антимонопольной службы (ФАС России) является осуществление функций контроля и надзора за соблюдением законодательства в сфере рекламы, а также принятие подзаконных нормативных правовых актов в данной сфере.

Законодательство Российской Федерации о рекламе состоит из Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ "О рекламе". Отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы регулируются также принятыми в соответствии с настоящим Федеральным законом иными федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации:

Федеральный закон от 23.02.2013 № 15-ФЗ «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма и последствий потребления табака»

Федеральный закон от 07.06.2013 № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»,

Федеральный закон от 28.09.2010 № 244-ФЗ «Об инновационном центре «Сколково».

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях

Порядок рассмотрения Федеральной антимонопольной службой и ее территориальными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе регламентируется Правила рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденные постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, а также следующими административными регламентами:

Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденный приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12,

Положение о государственном надзоре в области рекламы, утвержденное постановлением Правительства РФ от 20.12.2012 №1346,

Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по надзору за соблюдением законодательства о рекламе путем проведения проверок соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденный приказом ФАС России от 04.06.2012 № 360

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13 марта 2006 года N 38-ФЗ "О рекламе" реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Информация, не отвечающая признакам, содержащимся в указанном понятии рекламы, не может быть признана рекламой, на такую информацию, а также на порядок ее размещения, не распространяются положения Федерального закона "О рекламе"

Согласно статье 3 Федерального закона "О рекламе" под объектом рекламирования понимается товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама. Товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Объектом рекламирования может выступать тот товар, предназначенный для продажи или иного введения в гражданский оборот, который можно индивидуализировать, выделить среди однородной группы товаров. Соответственно, реклама товара всегда представляет собой информацию о конкретном товаре, который можно индивидуализировать внутри группы однородных товаров.

Рекламой признается информация, позволяющая четко обозначить, индивидуализировать конкретный объект рекламирования, выделить его среди однородных товаров и сформировать к нему интерес в целях продвижения на рынке, в том числе в случае размещения такой информации на рекламных конструкциях.

Информация, не содержащая указания на объект рекламирования, в том числе наименования организации, названий товаров (работ, услуг), средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которые позволяют выделить конкретное лицо или конкретный товар среди множества однородных, не направленная на их продвижение на рынке и не формирующая интереса к ним, не является рекламой, поскольку такая информация не содержит объекта рекламирования.

В случае размещения на фасаде торгового объекта или магазина фотографий каких-либо товаров или каких-либо изображений (например, пейзаж, бутылка вина, пивная кружка, какая-либо техника, одежда и т.п.) без индивидуализирующих признаков, характеристики, цены указанных товаров, такие изображения не могут быть признаны рекламными, поскольку не преследуют цели продвижения товара на рынке.

Федеральный закон «О рекламе» не распространяется на:

- политическую рекламу, в том числе предвыборную агитацию и агитацию по вопросам референдума;

- 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;

- сообщения органов государственной власти, иных государственных органов, сообщения органов местного самоуправления, сообщения муниципальных органов, которые не входят в структуру органов местного самоуправления, если такие сообщения не содержат сведений рекламного характера и не являются социальной рекламой;

- объявления физических лиц или юридических лиц, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности;

- информацию о товаре, его изготовителе, об импортере или экспортере, размещенную на товаре или его упаковке;

- любые элементы оформления товара, помещенные на товаре или его упаковке и не относящиеся к другому товару;

- упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

- информацию, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом. К такой информации относятся, в частности, сведения, предоставляемые лицами в соответствии со статьей 495 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), статьей 11 Федерального закона "О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции", статьей 18 Федерального закона "О качестве и безопасности пищевых продуктов", статьями 9, 10 Закона "О защите прав потребителей", пунктом 16 статьи 2, частью 5 статьи 18 Федерального закона "О лотереях", статьей 92 Федерального закона "Об акционерных обществах", статьей 27 Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации".

- вывески и указатели, не содержащие сведений рекламного характера. Например, размещение наименования (коммерческого обозначения) организации в месте ее нахождения, а также иной информации для потребителей непосредственно в месте реализации товара, оказания услуг (например, информации о режиме работы, реализуемом товаре) не является рекламой, поскольку размещение такой информации в указанном месте не преследует целей, связанных с рекламой.

Реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

**Недобросовестной признается реклама, которая:**

- содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами;

- порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента;

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

- является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

Поскольку при рекламировании товаров и услуг бывают случаи недобросовестной конкуренции, необходимо разграничить случаи применения норм Закона о защите конкуренции и Закона о рекламе.

Разъяснения по поводу разграничения законодательства о рекламе и законодательства о недобросовестной конкуренции были даны Пленумом Высшего Арбитражного Суда (далее – **ВАС РФ**) и ФАС России.

В соответствии с пунктом 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 года № 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ "О рекламе" при выборе норм, подлежащих применению в конкретной ситуации, необходимо исходить из того, что если ложные, неточные или искаженные сведения, а также иная информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, содержатся в рекламе, то применяется административная ответственность, установленная за нарушение законодательства о рекламе (статья 14.3 КоАП РФ), а не ответственность за недобросовестную конкуренцию (статья 14.33 КоАП РФ).

Если же 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.

ФАС России придерживается аналогичной позиции по данному вопросу. В Информационном письме № АК/25319/14 от 25 июня 2014 года "О соотношении норм Федерального закона "О рекламе" и статьи 14 Федерального закона "О защите конкуренции" ФАС России указала, что, если информация, которая содержит не соответствующие действительности сведения, введение потребителей в заблуждение, некорректное сравнение, распространяется исключительно в рекламе, такая информация подлежит оценке на предмет соответствия законодательству о рекламе, если указанная информация распространяется как в рекламе, так и иными способами при введении товара в оборот, такая информация подлежит оценке на предмет соответствия антимонопольному законодательству (в части недобросовестной конкуренции).

Таким образом, основным различием между применением аналогичных положений Закона о защите конкуренции и Закона о рекламе является форма выражения, используемая недобросовестным конкурентом.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 5 Закона о рекламе реклама, содержащая некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами, признается недобросовестной.

рекламная продукция, в том числе видеоролики, распространенные в Интернете, не должна содержать в себе сведения, высказывания или иную информацию, в том числе сравнение, о товаре конкурента или его свойствах, если эта информация не раскрывает все свойства, характеристики и параметры товара конкурента, а касается лишь части из них или не раскрывает их вообще, и может каким-либо образом создать у лица, просматривающего рекламную продукцию, впечатление о том, что товар конкурента по своим качественным и иным свойствам явно уступает товару, которому посвящена реклама.

Иначе такая реклама будет являться рекламой, основанной на явно некорректном сравнении рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами, то есть недобросовестной рекламой в соответствии со ст. 5 Закона о рекламе.

Пример:

В рекламе осуществляется сравнение лекарственного препарата "Ренни" с алюминийсодержащими препаратами с тем посылом, что в составе препарата "Ренни" нет алюминия и поэтому он не наносит вред пищеварению.

Указание на превосходство лекарственного препарата "Ренни" над иными находящимися в обороте лекарственными препаратами от изжоги, в состав которых входит алюминий, является недостоверным, сравнение с такими препаратами является некорректным, и демонстрация вредного воздействия алюминийсодержащих препаратов на стенки желудка порочит деловую репутацию.

Ко второй форме ненадлежащей рекламы относится реклама, содержание которой порочит честь, достоинство или деловую репутацию не только конкурента, но и любого другого лица, не находящегося в конкурентных отношениях с рекламодателем. Сюда относятся случаи недобросовестного отношения рекламы к конкурентам рекламодателя, т.е. когда реклама содержит высказывания, образы, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию лица (обычно конкурента).

Жизнь, здоровье, достоинство личности, честь и доброе имя, деловая репутация лишены материального (имущественного) содержания и относятся к нематериальным благам, принадлежащим гражданину от рождения или в силу закона (статья 150 Гражданского кодекса Российской Федерации). При создании юридического лица у него возникает такое неимущественное право (благо), как деловая репутация. Вид деятельности, товар, профессия также обладают деловой репутацией. Содержание этих понятий складывается из личностного и общественного мнения о человеке либо суждений о хозяйствующем субъекте как участнике делового оборота, его положении в обществе

По смыслу абзаца 5 пункта 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.02.2005 N 3 порочащие сведения квалифицируются как сведения, в частности, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица.

Как видим, перечень порочащих сведений, определенных Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.02.2005 N 3, носит открытый характер, и отличительной характеристикой таких сведений является наличие одновременно трех обстоятельств:

во-первых, факт распространения сведений о лице;

во-вторых, порочащий характер этих сведений;

в-третьих, несоответствие их действительности.

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

В качестве примера можно привести рекламу спиртных напитков под видом рекламы безалкогольных напитков или продуктов питания под тем же названием. Такая реклама получила название **суррогатного рекламирования**.

К методу суррогатного рекламирования прибегают в тех случаях, когда реклама определенного товара запрещена каким-либо способом, в каком-либо месте или в какое-либо время. В этом случае рекламируемый товар, на способ, время и место размещения рекламы которого законодательство о рекламе не устанавливает запретов, наделяется наименованием, упаковкой и иными средствами индивидуализации, тождественными или сходными до степени смешения со средствами индивидуализации запрещенного к рекламированию товара

Метод суррогатного рекламирования эксплуатирует способность психики человека при восприятии выстраивать ассоциации, то есть устанавливать закономерную связь между отдельными событиями, фактами, предметами или явлениями, отраженными в сознании и закрепленными в памяти.

Пункт 4 части 2 статьи 5 ФЗ «О рекламе» относит к четвертой, форме недобросовестной рекламы рекламу, которая является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

Понятие недобросовестности на рынке товаров связано с конкурентными отношениями. Учитывая опасность для нормального функционирования рыночной экономики, которую таит в себе недобросовестная конкуренция, запрет на нее закреплен как в Конституции Российской Федерации, так и в рамках Федерального закона "О защите конкуренции", который определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции и является актом, составляющим основу антимонопольного законодательства.

Федерального закона "О защите конкуренции" относит к формам недобросовестной конкуренции:

- распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации;

- введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей;

- некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами;

- приобретение и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг (далее - средства индивидуализации);

- совершения хозяйствующим субъектом действий по продаже, обмену или иному введению в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности, за исключением средств индивидуализации, принадлежащих хозяйствующему субъекту-конкуренту;

- совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации (фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, копирование или имитация внешнего вида товара).

- незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну.

Проявление данных форм в рекламе является актом недобросовестной конкуренции и запрещается комментируемой нормой.

 Пример.

Н задании речного вокзала г. Волгограда был размещен рекламный баннер следующего содержания: «ВОЛМА ВОЛГОГРАД – ГОРОД ВЕЛИКИХ ПОБЕД (изображение герба города Волгограда)     ВОЛГОГРАД | 2018 | ФУТБОЛ ВОЛМА ВОЛГОГРАД – ГОРОД ВЕЛИКИХ ПОБЕД    ВОЛМА ФУТБОЛ | 2018».

В тексте рекламы использован товарный знак ВОЛГОГРАД  2018, правообладателем которого с 2014 года является FIFA.

Рассмотрев дело, антимонопольный орган пришел к выводу, что использование в рекламе слов «ВОЛГОГРАД 2018», «ФУТБОЛ 2018» и герба Волгограда одновременно с товарным знаком «ВОЛМА» создает ложное представление о причастности производителей товаров под брендом «ВОЛМА» к матчам Чемпионата мира по футболу FIFA 2018, проводимым в Волгограде. Антимонопольный орган установил, что FIFA не имеет заключённых с группой компаний «ВОЛМА» договоров, предоставляющих право использования товарного знака Правообладателя. Правообладатель не выражал и никаким иным образом не предоставлял группе компаний «ВОЛМА» разрешений на использование принадлежащего ему товарного знака.

Данные действия в соответствии со специальной нормой ст. 20 «Обеспечение добросовестной конкуренции в связи с осуществлением мероприятий» Закона о подготовке и проведении в России Чемпионата мира по футболу признаются актом недобросовестной конкуренции. Недобросовестная конкуренция в рекламе запрещена, такая реклама является недобросовестной, а следовательно ненадлежащей.

Практика применения законодательства о рекламе Калмыцким УФАС России.

Типичным нарушением Закона о рекламе является нарушение ст. 8 Закона, регламентирующей рекламу товара при дистанционном способе их продажи.

Согласно ст. 8 Закона о рекламе в рекламе товаров при дистанционном способе их продажи должны быть указаны сведения о продавце таких товаров: наименование, место нахождения и государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица; фамилия, имя, отчество, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя.

Пример.

Калмыцким УФАС России было возбуждено дело о нарушении законодательства о рекламе в отношении ИП. В рекламном буклете в нарушении ст. 8 ФЗ «О рекламе» отсутствовали сведения о продавце товара, а именно ФИО, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя

В соответствии с пунктом 1 статьи 7 Федерального закона "О рекламе" не допускается реклама товаров, производство и (или) реализация которых запрещены законодательством Российской Федерации.

 Согласно пункту 5 Правил продажи товаров дистанционным способом, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 сентября 2007 г. N 612 (далее - Правила) не допускается продажа дистанционным способом алкогольной продукции, а также товаров, свободная реализация которых запрещена или ограничена законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 2 Правил "продажа товаров дистанционным способом" - продажа товаров по договору розничной купли-продажи, заключаемому на основании ознакомления покупателя с предложенным продавцом описанием товара, содержащимся в каталогах, проспектах, буклетах либо представленным на фотоснимках или с использованием сетей почтовой связи, сетей электросвязи, в том числе информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", а также сетей связи для трансляции телеканалов и (или) радиоканалов, или иными способами, исключающими возможность непосредственного ознакомления покупателя с товаром либо образцом товара при заключении такого договора.

 Таким образом, дистанционная продажа алкогольной продукции является видом деятельности, запрещенным законодательством Российской Федерации.

 Данная реклама была признана ненадлежащей и нарушающей положения ст. 8, п. 1 ст. 7 Федерального закона "О рекламе".

Пример.

Калмыцким УФАС России было возбуждено дело о нарушении законодательства о рекламе в отношении ИП. В рекламном буклете в нарушении ст. 8 ФЗ «О рекламе» отсутствовали сведения о продавце товара, а именно ФИО, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя.

 В соответствии с п. 8 ст. 7 ФЗ «О рекламе» не допускается реклама табака, табачной продукции, табачных изделий и курительных принадлежностей, в том числе трубок, кальянов, сигаретной бумаги, зажигалок. Данная реклама была признана ненадлежащей и нарушающей требования п. 8 ст. 7, ст. 8 ФЗ «О рекламе»

Нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, -влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, **административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение** при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

Предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

С1 января 2016 года по 31 декабря 2018 года не проводятся плановые проверки в отношении юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, отнесенных к субъектам малого предпринимательства, в том числе плановые проверки в сфере рекламы.