

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«ТЮМЕНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
Кафедра трудового права и предпринимательства

РЕКОМЕНДОВАНО К ЗАЩИТЕ
В ГЭК И ПРОВЕРЕНО НА ОБЪЕМ
ЗАИМСТВОВАНИЯ

Заведующий кафедрой

д-р юрид. наук, доцент

 Л.В. Зайцева
19 июня 2017 г.

МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ОЦЕНКИ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ РЕКЛАМЫ КАК
ФОРМЫ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

40.04.01 Юриспруденция

Магистерская программа «корпоративный юрист»

Выполнила работу
студентка 2 курса
очной формы обучения



Тышечко
Анна
Валерьевна

Научный руководитель
канд. экон. наук, доцент



Медведева
Наталья
Георгиевна

Рецензент
Федеральный судья
Тюменского областного суда



Киселева
Лариса
Владимировна

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	3
Глава 1. Недобросовестная конкуренция и недобросовестная реклама: теоретико- правовые аспекты	7
1.1. Понятие, признаки и факторы появления недобросовестной рекламы	7
1.2. Понятие, признаки и типичные проявления недобросовестной конкуренции .	17
1.3. Предупреждение и пресечение недобросовестной конкуренции и недобросовестной рекламы	24
Глава 2. Актуальные вопросы соотношения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции	30
2.1. Недобросовестная реклама как форма недобросовестной конкуренции	30
2.2. История разрешения проблемы соотношения рекламы и конкуренции	40
2.3. Практика разрешения проблемы соотношения рекламы и конкуренции	46
Глава 3. Российский и зарубежный опыт применения законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренции	69
3.1. Зарубежное законодательство, регулирующее отношения в области недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции	69
3.2. Анализ подходов к разрешению вопросов соотношения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции	74
Заключение.....	80
Список сокращений.....	82
Список источников.....	83
Приложение	92

ВВЕДЕНИЕ

Количество рекламы в современном мире растет быстрыми темпами. Отчасти, именно на основе рекламы формируется желание потребителя приобрести тот или иной товар, поэтому предприниматели, оказывающие услуги или продающие товар, используют ее в своей деятельности довольно часто. Реклама является своего рода инструментом в конкурентной борьбе за потребителя.

Основной функцией рекламы является передача информации о товаре с целью знакомства с ним потенциальных покупателей. Она должна убедить выбрать именно этого производителя (продавца), тем самым увеличить спрос. А увеличение спроса и свободная конкуренция играют очень важную роль в развитии рыночной экономики.

В свою очередь, конкуренция является неотъемлемой частью современной экономики. Ее можно считать довольно эффективным средством саморегулирования, способствующим развитию новых отраслей.

Наряду с этим, соперничество за получение или сохранение ведущей роли на рынке определенных товаров (работ, услуг) довольно часто толкает хозяйствующих субъектов совершать действия, направленные на установление незаконного преимущественного положения. Зачастую, в погоне за преимуществами используются любые способы распространения информации, которые могут принести наибольший эффект при продвижении товара, а производитель или продавец не задумываются о законности того или иного приема. Практика показывает, что ради достижения цели информация о товаре может искажаться, то есть содержать сведения, которые не соответствуют действительности, или быть неэтичной, нарушая тем самым общепринятые нормы гуманности и морали, или же просто может иметь место нарушение способа размещения рекламы.

Следовательно, не всегда реклама бывает добросовестной. Предупреждением и пресечением недобросовестной рекламы в России занимается специально созданный государственный орган – Федеральная антимонопольная служба. Так, по

итогах осуществления государственного надзора за соблюдением законодательства о рекламе за 2014-2016 годы можно сделать вывод о том, что в последнее время с каждым годом количество недобросовестной рекламы в России растет.

Вышеуказанные факты дают основание сделать вывод об актуальности исследования в области рекламных и конкурентных отношений.

Объектом нашего исследования выступают общественные отношения, которые возникают в случаях использования рекламы для получения преимуществ перед конкурентами в условиях рыночных отношений.

Предмет исследования – нормы права, закрепляющие положения о ненадлежащей рекламе, недобросовестной конкуренции, а также устанавливающие ответственность за нарушение условий рекламного и антимонопольного законодательства, теория и практика разрешения подобных споров.

Целью работы является изучение практики применения недобросовестной конкуренции и недобросовестной рекламы, их соотношения и взаимосвязи, нормативных актов, которыми они регулируются.

Для достижения цели нами поставлены следующие задачи:

- изучить недобросовестную рекламу;
- изучить современное и предшествующее ему законодательство о рекламе;
- рассмотреть понятие, становление и формы недобросовестной конкуренции;
- изучить современное и предшествующее ему антимонопольное законодательство;
- выявить соотношение и взаимосвязь недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции;
- проанализировать российскую и зарубежную практику разрешения споров, связанных с нарушением одновременно законов о рекламе и о защите конкуренции;
- найти решение проблемы соотношения и взаимосвязи законодательства о рекламе и о защите конкуренции.

Теоретическую основу исследования составили научные положения, опубликованные в специальной и общей правовой литературе в таких областях, как предпринимательское право, экономика, история, рекламное право. В своей работе

мы опирались на труды российских правоведов: Бадмаева Б.Г., Дозорцева В.А., Зименковой О.Н., Иоффе О.С., Каминки А.И., Куликовой Ю.С., Панкратова Ф.Г. Парашука С.А., Тотьева К.Ю., Ученовой В.Г., Шершеневича Г.Ф. и других.

В целях всестороннего и комплексного подхода к рассмотрению темы диссертационного исследования были изучены также научные работы Галкина В.Г., Григорьева Д.А., Лапшиной Д.В., Малютиной О.А.

Следовательно, можно утверждать, что деятельность в сфере рекламы регулярно привлекала внимание ученых, которые постоянно выделяли проблемы, связанные с рекламой, в том числе правового характера.

Однако, необходимо отметить, что исследования в области рекламного и конкурентного права большей частью посвящены общим положениям о рекламе или о недобросовестной конкуренции, но есть и такие, в которых конкуренция и ненадлежащая реклама рассматриваются в соотношении.

Следь Ю.Г., рассматривая уголовно-правовую защиту от недобросовестной конкуренции, отметил наличие коллизии рекламного и антимонопольного законодательства¹. А Куликовой Ю.С. в рамках диссертационного исследования рассмотрены вопросы, касающиеся соотношения ненадлежащей рекламы и недобросовестной конкуренции с точки зрения гражданского и предпринимательского права². Также, в рамках исследования, нами были проанализированы научные статьи Григорьева Д.А., опубликованные в 2014-2015 годах. Следует отметить, что вышеуказанные авторы в своих трудах склонялись к необходимости признания действий, нарушающих одновременно оба закона, нарушениями в области рекламы. Однако, указанные утверждения, по нашему мнению, не учитывают последние изменения антимонопольного законодательства.

Учитывая изложенное выше, есть основания утверждать, что выбранная нами тема нуждается в дальнейшей проработке и имеет ряд важных теоретических и практических проблем, требующих теоретического и практического исследования.

¹ Следь Ю.Г. Уголовно-правовая защита от недобросовестной конкуренции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. - Ижевск, 2007. - С. 6.

² Куликова Ю. С. Ненадлежащая реклама как форма недобросовестной конкуренции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. - М., 2003. - С. 5.

Информационной базой исследования явились законы и иные нормативно-правовые акты Российской Федерации, Союза ССР и дореволюционной России, посвященные регулированию отношений в области конкуренции и рекламы, в том числе, как действующие, так и утратившие силу.

Пристальное внимание в работе было обращено на Федеральный закон «О рекламе» и Федеральный закон «О защите конкуренции» и практике их применения.

При подготовке диссертационного исследования с целью обогащения теоретического и практического опыта использовались нормативные правовые акты в области рекламы и конкуренции действующего зарубежного законодательства.

Эмпирическая база исследования представляет собой анализ нормативно-правовых актов, административной и судебной практики Российской Федерации и зарубежных стран, а также научной литературы.

Методологическую основу исследования составили следующие общенаучные и частнонаучные методы: исторический, логический, формально-юридический, сравнительно-правовой, системно-функциональный, эвристический.

На защиту выносятся следующие положения:

1. На основе анализа правовой норм рекламного и антимонопольного законодательства было выявлено, что некоторые нормы рекламного законодательства идентичны нормам антимонопольного.

2. На основе изучения правоприменительной практики было обнаружено, что единообразия как судебной, так и административной практики нет. Даже по аналогичным случаям, с участием одних и тех же лиц в разных регионах могут быть приняты различные решения.

3. Предлагается статью 14.9 Закона «О защите конкуренции» дополнить следующим предложением: «Действия хозяйствующего субъекта, указанные в статьях 14.1, 14.3, 14.6 настоящего Закона, если они совершены путем размещения рекламы, подлежат квалификации в соответствии с законодательством Российской Федерации о защите конкуренции».

4. Предлагается исключить из части 2 статьи 5 Закона «О рекламе» норму о том, что недобросовестной признается реклама, которая является актом недобросовестной конкуренции.

Основные положения диссертационного исследования были изложены в докладе на XXIV Международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов», проводившейся в апреле 2017 года в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова, а также нашли свое отражение в научных статьях.

В сборнике «Современная юридическая наука и практика: актуальные проблемы» опубликована статья на тему: «Ненадлежащая реклама как форма недобросовестной конкуренции». Выходные данные: ненадлежащая реклама как форма недобросовестной конкуренции//Современная юридическая наука и практика: актуальные проблемы. Том 2: сборник научных статей /. – М. : ЮСТИЦИЯ, 2016 – с. 70-74.

По своей структуре работа представлена введением, тремя главами, разбитыми на параграфы (в общей сложности восемь параграфов), заключением, списком сокращений, списком источников и приложениями.

Глава 1. Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама: теоретико-правовые аспекты и взаимозависимость

1.1. Понятие, признаки и факторы появления недобросовестной рекламы

Переходя к вопросу о недобросовестной рекламе, обратимся к рекламе, в целом. Латинское слово «reclamo» означает «громко кричать»¹. Первые упоминания о рекламе относятся ещё к древним временам. Реклама начинает свою историю в Египте, Вавилоне, Греции, Риме. Её выражали в разных видах. Даже в то время древние торговцы, например, рабами желали склонить на свою сторону потенциального покупателя, привлечь его внимание и «заставить» совершить выгодную для торговцев сделку.

Потребность в рекламе как таковой возникла сразу же после появления самих товаров, продавцов и покупателей. Ведь для того, чтобы успешнее реализовать любой товар, необходимо привлечь покупателя. И здесь продавец задумывается о том, как же привлечь покупателей к своему товару на средневековом рынке. Конечно, только криком. Такие крикуны именовались «зазывалами». Именно они призывали толпу людей обратить внимание на тот или иной товар. Кстати, тогда качество товара не играло заметной роли, достаточно было кричать лучше и громче всех.

Объектом устной рекламы античности часто являлись «живые вещи» — рабы. В Риме, например, имелось несколько мест работорговли, где звучали хитроумные рекламные призывы, частично дошедшие до нас в классических сочинениях. Также довольно распространенными в то время были рекламные объявления, приглашавшие граждан посетить то или иное зрелище: очередной бой гладиаторов, новый комедийный фарс, выступления жонглеров, фокусников или

¹ Петрученко О.А. Латинско-русский словарь. М.: «Эксмо», 2016. – С. 312.

уличных акробатов. К тому же, древние ремесленники ставили специальное клеймо на свои изделия, заботясь, таким образом, о своей репутации и рекламируя качественную продукцию. Античная культура явилась прекрасным образцом развития рекламной деятельности¹. Становление и развитие рекламы началось даже задолго до появления книгопечатания.

Первая реклама сообщала людям об имеющихся услугах, отличительных чертах определенного товара, о продавцах. Однако, с увеличением количества товаров и производителей, увеличилась и конкуренция, и простых рекламных «выкриков» стало недостаточно. И тогда продавцы при составлении текстов стали прибегать к разным хитростям: использовать стихотворения, поговорки, небольшие рассказы, или вовсе распространять несоответствующие действительности сведения о своем товаре.

Разумеется, на смену «зазывалам» пришла реклама в виде плакатов, рисунков, но ее суть не изменилась. И, к сожалению, иногда суть заключалась лишь в том, чтобы продать некачественный товар или то, в чем потребитель не нуждается. Так и зародилась недобросовестная реклама.

Как мы видим, исторически сложилось, так, что единственным способом донесения до потребителя информации о товаре или услуге для большинства предпринимателей является реклама. Ведь всем участникам рынка приходится конкурировать и выделяться из общей массы аналогичных товаров, а это уже не так легко.

В развитии бизнеса, как и в другой серьезной деятельности, всегда есть два пути, по которым можно следовать: длинный и надёжный или короткий и опасный. Первый путь – естественный, эволюционный, заключающийся в постепенном повышении качества, оптимизации производства и построении устойчивых положительных отношений с потребителем. Это очень долгий и сложный путь, требующий вложения сил и самосовершенствования, нацеленный на получение прибыли в долгосрочной перспективе.

¹ Рекламная деятельность: Учебник для студентов высших учебных заведений / Панкратов Ф. Г., Баженов Ю. К., Серегина Т. К., Шахурин В. Г. , - 5-е изд. - М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К^о», 2002. - С. 39.

В отличие от него имеется и альтернативный способ. Это агрессивное продвижение своих товаров и услуг, использование откровенно хитрых и порой жестоких уловок. Этот способ нацелен на сиюминутное получение быстрой прибыли за счёт нечестной игры.

Именно желание быстро выделиться среди конкурентов, отличиться, желание быть замеченными потребителями зачастую и заставляет компании прибегать к нарушению закона и использовать недобросовестную рекламу как метод продвижения товаров или услуг.

Как известно, реклама может ввести в заблуждение потребителя, нанести вред лицам, обществу или государству ввиду неточности, недостоверности информации, умолчать о недостатках или преувеличить достоинства, нарушить условия и требования по времени, месту и методу её распространения. Именно это и называется недобросовестной рекламой.

В 1450 году немецкий ювелир и изобретатель Иоганн Гуттенберг построил первый в мире печатный станок. Это было началом новой эпохи средств массовой информации и рекламы. Теперь не было необходимости тратить много времени и сил на различные публикации, так как печатный станок позволял издавать книги в больших объёмах. Во второй половине XV века Гуттенберг И. положил начало нескольким типографическим предприятиям, которые довольно быстро распространились в Европе: сначала в Италии – в 1465 году, потом в Швейцарии – в 1468 году, во Франции – в 1470 году, в Венгрии и в Бельгии – в 1473 году, и примерно в этом же году в Польше. А уже в 1476 году типографические предприятия появились в таких европейских странах как Англия, Чехия и другие. К 1472 году относят самую первую печатную рекламу в Англии. В Лондоне на двери одной церкви было размещено рекламное объявление о продаже молитвенников. Большинство исследователей полагают, что основателем печатной рекламы в Европе был французский врач Теофраст Ренодо, который в 1630 году открыл в Париже справочную контору, печатавшую во Французской газете — «La Gazette» рекламные объявления. Вскоре появляться рекламные объявления от торговцев, продающих оптом вафли, хлеб, чай, кофе, муку, и другие продукты.

В 1704 году в американских колониях появилась газета «Boston News-Letter». Данное печатное издание было полностью ориентирована на рекламу. А в 1729 году политический деятель Бенджамин Франклин создал «Пенсильванскую газету». Именно с Франклином в США связано становление и развитие рекламы в этой стране. «Пенсильванская газета» имела немалый тираж и значительное количество печатной рекламы, когда-либо существовавшей до этого времени. В середине XVIII века началась индустриальная революция в Англии, а в начале XIX века – в Северной Америке. Именно тогда торговцы осознали настоящую мощь рекламы и эффективность её использования, в целях обеспечения себе высокой прибыли. Со временем стала изменяться сама печатная реклама. Это было связано с возникновением в 1839 году фотографии. Теперь рекламная информация стала распространяться вместе с картинками и изображениями того или иного товара, что создавало большее доверие к продукту.

Развитие рекламы в России началось в X- XI веках. Именно в это время русские купцы начали прибегать к разнообразным приёмам при продаже собственных товаров. Чаще всего купцы приглашали зазывалу и платили ему за то, что он находился возле торговых лавок и громко извещал о достоинствах товара и достоинствах и честности продавца. А коробейники, торговавшие мелким товаром – баранками, кружевами, косынками, гребнями, лентами и пряниками, предпочитали устную потешную рекламу, с различными шутками и стишками.

Кстати, в это время между русскими торговцами не считалось унижительным преувеличивать достоинства своего товара, умалчивать о недостатках, и даже обманывать покупателей.

В начале XVII века появились прообразы современных «флаэров» и листовок: народные картинки – лубки, представляющие собой своего рода потешные листы с картинками. Постепенно эти листы обогащались надписями, которые становились всё более развернутыми и основательными. Такие лубки приносили в каждый дом, и они в доступной форме доносили до людей разнообразную информацию и идеи, олицетворенные в ярких и красочных изображениях. С развитием российского

экономического рынка такая реклама стала успешно использоваться для коммерческих целей.

В XIX веке получила широкое распространение печатная реклама товаров и размещение рекламы на круглых тумбах, установленных во многих городах на улицах, реклама на трамваях. Уже тогда появились мальчики на улицах возле магазинов и лавок, которые вручали прохожим календари и прейскуранты. А в Нижнем Новгороде начали издаваться такие рекламные газеты, как «Коммерческий ярмарочный листок» или «Нижегородская ярмарка». В Петербурге появились рекламные журналы: «Деловой бизнесмен» и «Торговля». Начали появляться специализированные рекламные конторы, рекламные бюро. А быстрый рост городов способствовал развитию рекламы.

После Октябрьской революции 1917 года содержание и задачи рекламы изменились. Реклама была монополизирована государством в одном из первых декретов советской власти, а предприниматели больше не имели возможности расширять своё дело за счет рекламы. Публикация рекламы была объявлена исключительным правом советского правительства и местных Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов. В 1918 году Совет Народных Комиссаров России издал декрет, которым предусмотрел организацию при всех почтово-телеграфных учреждениях централизованного приема рекламных объявлений от всех лиц и учреждений для помещения их в советских печатных изданиях. Но начавшаяся гражданская война и разруха практически свели к нулю всю торговую рекламу.

После гражданской войны реклама в России начала развиваться снова, появились рекламные агентства. Эти агентства в Москве размещали свои рекламные объявления в фойе гостиниц и театров, а также применяли для этих целей трамваи. В 60-70 годы были созданы крупные специальные организации: «Росторгреклама» при министерстве торговли РСФСР, «Союзторгреклама» при министерстве торговли СССР, «Главкоопторгреклама» при Центросоюзе СССР и другие, а также коммерческо-рекламные организации в промышленности (при министерствах и ведомствах). С целью координации рекламной деятельности организованы

межведомственные советы по рекламе. Выпускалось свыше 60 рекламных печатных изданий (например, газеты «Коммерческий вестник», «Московская реклама», «Реклама»).

Интересно, что в системе потребительской кооперации сложилась своя, автономная от государственной торговли, служба по рекламе. Всего же в потребительской кооперации СССР насчитывалось 30 рекламных агентств и комбинатов, более 200 художественно-оформительских мастерских и цехов, которые оказывали самые разнообразные услуги по рекламированию товаров и рекламному оформлению магазинов.

Однако, несмотря на наличие разветвлённой и централизованной рекламной службы в СССР, существовала определенная недооценка её роли в развитии торговли. В первую очередь, это было связано с дефицитом большинства товаров народного потребления и, следовательно, ненужность их рекламы, так как они в любом случае реализовывались населению.

Существовал также довольно идеологизированный подход к сущности рекламы, который основывался на том, что капиталистическая реклама представляет собой средство одурачивания и обмана покупателя, навязывания излишних потребностей, пропаганды капиталистического образа жизни и других негативных явлений капиталистической экономики. Считалось, что капиталистическая реклама слишком дорогая и расточительна, расходы на неё способствуют обеднению трудящихся. В связи с этим, расходы на советскую рекламу существовали в крайне незначительных размерах. Поэтому общий профессиональный уровень рекламы в нашей стране был низким, а рекламные обращения были примитивными, но понятными, например: «Летайте самолетами Аэрофлота».

Технология и уровень использования рекламных средств также сохранялись на низком уровне, поскольку, важнейшим принципом социалистической рекламы объявлялся принцип её идейности, то есть подчинение задачам и функциям коммунистического воспитания народа¹.

¹ Рекламная деятельность: Учебник для студентов высших учебных заведений / Панкратов Ф. Г., Баженов Ю. К., Серегина Т. К., Шахурин В. Г. , - 5-е изд. - М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°», 2002. - С. 42.

Переход к рыночной экономике дал толчок большим изменениям организации рекламной деятельности в России. Централизованная рекламная служба министерств и ведомств развалилась, а рекламные организации и предприятия были преобразованы в рекламные фирмы, конторы или рекламно-информационные агентства с преимущественно частными (акционерными) формами собственности.

Рыночная экономика внесла существенные изменения в содержание и формы рекламной деятельности. А, сама по себе, рекламная деятельность стала неотъемлемой частью производства и реализации товаров.

Советская реклама не имела опыта работы в рыночной экономике, поэтому в перестроечный период широко заимствовался опыт рекламы капиталистических стран, но зачастую далеко не лучшие его образцы. В средства массовой информации начинала проникать недобросовестная реклама, в том числе, такие ее виды, как недостоверная, неэтичная, заведомо ложная и скрытая. Все это вводило потребителей в заблуждение относительно рекламируемого товара. Особенно часто встречалась недостоверная реклама импортных товаров, в которой имелись не соответствующие действительности сведения о назначении, условиях применения, составе, потребительских свойствах и других характеристиках товаров и лекарственных средств.

Данный период развития рекламного дела в России можно охарактеризовать резким наплывом разнообразной яркой рекламной продукции, среди которой оказалось много недобросовестной рекламы. Таким образом, в России в период становления рыночных отношений начинает создаваться свой российский рекламный рынок: растет количество рекламных бюро, фирм, агентств, а предоставляемые ими услуги становятся более качественными. Возникает и правовое регулирование рекламного рынка.

Основным законодательным актом, регулирующим отношения, возникающие в процессе создания, размещения и распространения рекламы, является Федеральный закон № 38-ФЗ от 13 марта 2006 года «О рекламе»¹ (далее по тексту –

¹ О рекламе: федеральный закон от 13 марта 2006 № 38-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 12. – Ст. 1232

Закон «О рекламе»). Статья 3 вышеназванного закона дает следующее понятие: «реклама - 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».

Следует отметить, что ранее применялся Федеральный закон № 108-ФЗ «О рекламе» от 18 июля 1995 года, согласно которому под рекламой понималась распространяемая в любой форме, с помощью любых средств информация о физическом или юридическом лице, виде деятельности, товарах, идеях и начинаниях (рекламная информация), которая предназначена для неопределенного круга лиц и призвана формировать или поддерживать интерес к ним физическому, юридическому лицу, виду деятельности, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний¹.

Исходя из изложенного выше и, с точки зрения действующего законодательства, можно выделить следующие правовые признаки рекламы:

1) обязательное наличие в рекламе информации. Будь то информация о товарах, работах, услугах, их изготовителях или продавцах, средствах индивидуализации и любая другая. Если нет информации, то нет и объекта рекламирования;

2) распространение информации любым способом, в любой форме, с использованием любых средств. Дело в том, что общество и экономика не стоят на месте, идет развитие и появляются новые технические устройства, новые способы и методы распространения рекламы. Реклама на асфальте или реклама на воздушном шаре не предусмотрены действующим законом и появились достаточно недавно, но информация, распространенная таким способом тоже является рекламой, поскольку содержит информацию, подпадающую под понятие рекламы;

3) направленность на неопределенный круг лиц. Если же информация рекламного характера направлена конкретному человеку, организации или

¹ О рекламе: федеральный закон от 18 июля 1995 № 108-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 30. – Ст. 2864 (утратил силу).

определенному кругу лиц, то это, скорее всего, коммерческое предложение. Реклама должна быть не персонифицирована;

4) цель – привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему, его продвижение на рынке. Потребитель рекламы – это прежде всего покупатель. А реклама призвана сделать так, чтобы покупатель обратил внимание на товар (работу, услугу), заинтересовался и приобрел его. Причем заинтересовать необходимо не только товаром, но и продавцом. Ведь цель не просто дать понять человеку, что он нуждается в этом товаре, а что он должен приобрести его у определенного продавца.

Изучая недобросовестную рекламу, нельзя не обратиться к ненадлежащей рекламе. Согласно Закону «О рекламе», под ненадлежащей понимается реклама, несоответствующая требованиям законодательства Российской Федерации. Это понятие упрощено, по сравнению с ранее действовавшим Законом о рекламе 1995 года, поскольку в прежней редакции Закона 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, установленных законодательством Российской Федерации». Исходя из статьи 5 ныне действующего Закона «О рекламе», ненадлежащая реклама включает в себя недобросовестную и недостоверную рекламу. Эта же статья устанавливает общие требования к рекламе и раскрывает содержание недобросовестной и недостоверной рекламы.

В рамках диссертационного исследования нами будет рассмотрен подробнее такой вид ненадлежащей рекламы, как недобросовестная. Недобросовестной, согласно части 2 статьи 5 Закона «О рекламе», 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.

Последний пункт в редакции Закона 1995 года отсутствовал. Однако, именно он особенно важен для нас. В этом пункте можно увидеть юридическую фикцию, согласно которой некоторые акты недобросовестной конкуренции могут одновременно выступать и недобросовестной рекламой. К тому же, вышеназванный пункт прямо отсылает к Закону о защите конкуренции, что и вызывает практические проблемы.

Интересно посмотреть, как со временем трансформировалось определение понятия «реклама» в российских справочниках и словарях. Так, в словаре В. И. Даля (1882) дается следующее толкование рекламы: «Реклама — французское слово, означающее — статья в защиту свою, в опровержение чего-либо¹». Однако в словаре Ф. Ф. Павленкова (1910) можно прочесть значительно более широкое толкование: «Реклама — всякая чрезвычайная попытка обращать на себя общее внимание; обыкновенно для этого прибегают к газетным объявлениям и уличным афишам оригинального содержания. Наибольшего развития реклама достигла в Америке²». Как видим, в России к этому времени уже существуют два вида рекламы — реклама в прессе и наружная реклама. И уже сделана оговорка, что самое сильное развитие реклама получила в Америке.

¹ Толковый словарь живого великорусского языка. Том III / Даль В.И. , Под ред. Бодуэна де Куртенэ И. А. - СПб.: Славянский Дом Книги, 2014. - С. 423.

² Павленков Ф.Ф. Энциклопедический словарь . – СПб.: «Типография Ю. Н. Эрлихъ», 1910. – С. 369.

Правда, уже в 1990 году самый популярный в СССР «Словарь русского языка» под редакцией С. И. Ожегова дает более реальное определение: «Реклама — оповещение различными способами для создания широкой известности кому-, чему-нибудь с целью привлечения потребителей, зрителей и т.п. Торговая реклама, Театральная реклама»¹. Более того, дается определение сотруднику рекламы: «Рекламист — составитель рекламы (специалист)».

Подводя итог, отметим, что наряду с рекламой существует и, так называемая, недобросовестная реклама, которая зародилась еще в древности и существует до сих пор. Однако, реальная борьба с ней началась в начале 2000-х годов. Именно в 2004 году создана Федеральная антимонопольная служба, призванная бороться с нарушениями в сфере рекламы. А в 2006 году был принят новый Закон о рекламе, в большей степени ограничивающий незаконную рекламу. Кроме того, в этот период начала формироваться судебная практика применения указанных законов.

1.2. Понятие, признаки и типичные проявления недобросовестной конкуренции

Недобросовестная конкуренция фактически появилась с началом становления товарно-денежных отношений в государствах Древнего мира. Имеются даже доказательства существования недобросовестной конкуренции в ранний период цивилизации. Разумеется, в те времена такое понятие как «недобросовестная конкуренция» не применялось, а все эти не совсем честные действия относились к предпринимательству в целом. Вот как высказывался о рыночных отношениях в VI в. до н.э. Анахарсис, один из семи мудрецов античности: «Рынок — это место, нарочно назначенное, чтобы обманывать и обкрадывать друг друга». Аналогичны высказывания библейских персонажей. И древние пророки довольно

¹ Словарь русского языка / Ожегов С.И. , Под ред. Шведовой С. Ю. - М.: Азбуковник, 1990. - С. 233.

недоброжелательно относились к людям, занимавшимся предпринимательством: «Купец держит в руках фальшивые весы, – говорит Осия, – он любит мошенничать». В самой Библии имеются интересные наставления для предпринимателей: «Употребляй правильные весы, – говорится там, – и правильные каменные гири»¹.

Более четко сформировалось понятие нечестной конкуренции в спортивных состязаниях, гладиаторских боях и рыцарских турнирах, когда всякие ухищрения участников единоборств рассматривались, как попытки получить односторонние преимущества и строго².

Известный ученый-юрист Дозорцев В.А. верно отмечал, что такое понятие как «недобросовестная конкуренция» пришло к нам из иностранного права и международных договоров³. В самом деле, понятие «недобросовестная конкуренция» в законах того времени отсутствовало. По мнению Шершеневича Г.Ф. русскому законодательству противодействие недобросовестной конкуренции незнакомо, русская судебная практика ничего не сделала в этом направлении⁴. Встречались лишь отдельные специальные нормы закона, оказывающие влияние на недопущение недобросовестной конкуренции. К примеру, нормы, направленные на защиту товарного знака, содержащиеся в статье 161 Устава о промышленности⁵, в статье 1354 Уложения о наказаниях⁶. Существовало и правило статьи 670 тома X Законов гражданских, устанавливавшее борьбу с «очернением» купца и предприятия как особенно опасного проявления недобросовестной конкуренции: «Если вследствие личной обиды и оскорбления обиженный понес ущерб в кредите или имуществе, то обидевший его обязан вознаградить за сии потери и убытки по

¹ Евангелие от Матфея (гл. 19, ст. 24) // Библия онлайн URL: <https://www.bibleonline.ru/bible/rus/42/01/> (дата обращения: 13.04.2017).

² Конкурентная среда и недобросовестная конкуренция. Недобросовестная конкуренция и монополизм в историческом аспекте // Научный журнал В.В.Галкина URL: <http://vadim-galkin.ru/> (дата обращения: 20.04.2017).

³ Дозорцев В.А. Недобросовестная конкуренция или несправедливая? // Юридический мир. – 1997. – № 4. – С. 19.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Классика российской цивилистики. Том II. – М.: Статут, 2003. – С. 189.

⁵ Свод законов Российской империи. Свод Законов Российской Империи. Том XI, часть II (Уставы кредитный, торговый, о промышленности фабричной и заводской, и устав ремесленный) // Классика российского права URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/250/> (дата обращения: 22.04.2017).

⁶ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных // История России. Мультимедиа-учебник URL: <http://www.history.ru/content/view/1114/87/> (дата обращения: 22.04.2017).

усмотрению и определению суда»¹. Административное законодательство дореволюционной России признавала также недопустимой продажу товаров с обещанием премий в виде скрытых в товарах ценных вещей. Однако суды в своей практике не использовали эти нормы для защиты от недобросовестной конкуренции.

В настоящее время в действующем Федеральном законе от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»² (далее по тексту – Закон «О защите конкуренции», закон о конкуренции) инкорпорированы нормы Закона РСФСР от 22 марта 1991 года № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»³ и Федерального закона от 23 июня 1999 года № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»⁴.

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции», под недобросовестной конкуренцией понимаются «любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации».

Исходя из понятия, данного в законе, можно выделить следующие признаки недобросовестной конкуренции:

1) наличие действия хозяйствующего субъекта или группы лиц. В данном случае один или несколько хозяйствующих субъектов проявляют определенную активность в отношении конкурента. Бездействие не может свидетельствовать о наличии недобросовестной конкуренции;

¹ Свод законов гражданских / Под ред. Саатчиана А.Л. - неофициальное изд. - СПб: Издание Юридического книжного магазина И. И. Зубкова, 1911. - С. 396.

² Сборник законодательства РФ. – 2006. – № 31 (ч.1). – Ст. 3434.

³ О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках: Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 // Бюллетень нормативных актов. – 1992. – № 2-3 (утратил силу).

⁴ Там же.

2) направленность на получение преимуществ в предпринимательской деятельности. Направленность действия на получение конкурентных преимуществ в процессе осуществления коммерческой деятельности ограничивает интенсивность поведения субъекта с точки зрения цели, которая достигается с помощью этой активности. Подразумевается, что среди задач предпринимателя есть задача получить конкурентное преимущество и нелегальные привилегии в ходе осуществления предпринимательской деятельности;

3) противоречие этого действия законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости. Этот признак включает в себя три группы требований, которым противоречия деятельность хозяйствующего субъекта:

а) противоречие российским законам говорит о неправомерном поведении;

б) противоречие обычаям делового оборота. Такое понятие, как «обычай делового оборота» применялось в Гражданском кодексе Российской Федерации до 2014 года. Сейчас статья 5 Гражданского кодекса Российской Федерации содержит понятие «обычай - сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе»¹. Противоречие обычаям не является неправомерным поведением, однако нарушает нормы, установленные между конкретными субъектами предпринимательской деятельности;

в) противоречит требованиям добропорядочности, разумности и справедливости. Эта группа относится к нарушению моральных норм в ходе осуществления предпринимательской деятельности. Однако, забыв о моральной стороне, можно опорочить деловую репутацию конкурента и тогда конкуренция приобретет вид недобросовестной;

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ, – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

4) наличие действительных или возможных убытков у предпринимателя-конкурента, которые возникли из-за того, что использовалась недобросовестная конкуренция. В законодательстве определены 2 вида убытков: реальный ущерб (уже наступившие последствия) и упущенная выгода (еще не наступившие, но возможные последствия). К реальному ущербу относят только ту часть убытков, которые выразились в виде затрат, понесенных предпринимателем-конкурентом для восстановления нарушенного права, из-за того, что по отношению к нему использовалась недобросовестная конкуренция. К упущенной выгоде относятся предполагаемые доходы, которые могли быть получены, но не будут в связи с недобросовестной конкуренцией;

5) наличие вреда деловой репутации конкурента. Понятие «деловая репутация» не закреплено в законе и является морально - правовой категорией с присущими ей специфическими свойствами. Вред деловой репутации может быть нематериальным в виде ущерба «доброму имени», потере уважения и хорошего мнения коллег и общества. А это в свою очередь может привести материальные убытки в виде уменьшения числа клиентов и контрагентов.

Исходя из главы 2.1 Федерального закона «О защите конкуренции» недобросовестными считаются следующие формы конкуренции:

- дискредитация, под которой понимается распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту и (или) нанести ущерб его деловой репутации;

- введение в заблуждение;

- некорректное сравнение хозяйствующего субъекта и (или) его товара с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром;

- приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг;

- использование результатов интеллектуальной деятельности;

- создание смешения с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации;

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

- иные формы недобросовестной конкуренции.

Как видим, данный перечень открыт и запрещает также иные формы недобросовестной конкуренции, наряду с вышеуказанными.

Кстати, важность такого явления как недобросовестная конкуренция подтверждается тем, что частью 2 статьи 34 Конституции Российской Федерации¹ установлен конституционный запрет на недобросовестную конкуренцию, в соответствии с которым не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Проблема недобросовестности конкуренции известна очень давно. Изначально борьба за «честность торговли» велась через призывы к морали, человечности и даже религии. Позднее, с появлением государственного устройства, появилась возможность регулировать конкуренцию законодательно. Однако, занялись этим только в начале 90-х годов XX века. Законодательство о защите от недобросовестной конкуренции реформируется и по сей день, что говорит о важности и актуальности проблемы.

Подводя итог, отметим, что недобросовестная конкуренция сформировалась при наличии предпосылок объективного и субъективного характера. Объективными предпосылками существования и распространения недобросовестной конкуренции являются: ускоренный рост монополизации экономики, высокая степень интенсивности соперничества, развитие научно-технического прогресса. К субъективным предпосылкам существования и распространения недобросовестной конкуренции относится создание, а также использование конкурентами различных препятствий к доступу на рынок других конкурентов.

¹ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 // Собрание законодательства РФ. – 2009. - № 4. – Ст. 445

Эти «барьеры» повышают степень интенсивности соперничества и толкают предпринимателей на использование недобросовестных методов конкуренции с целью их преодоления и привлечения к себе потребительского спроса. Изучая конкуренцию, мы довольно часто сталкиваемся с понятием монополии. Их ни в коем случае нельзя отождествлять, поскольку монополия исключает конкуренцию. Конкуренция – это форма взаимного соперничества продавцов и механизм регулирования общественного производства. А монополия, в свою очередь, представляет собой рынок, на котором отсутствует конкуренция и доминирует конкретный продавец.

Обобщая сказанное, можно сделать вывод, что недобросовестной конкуренцией является совершение действий, которые противоречат действующему законодательству, являются нечестными, нарушают общепринятые правила и наносят вред деловой репутации конкурента. В связи с чем, в теории и практике возникают вопросы, связанные с трактовкой этого понятия, в частности, при определении значения убытков или конкурентов. Существенное влияние на конкурентные отношения оказывает человеческий фактор, его стремление получить прибыль любой ценой. А наиболее эффективный способ привлечь клиентов – это хорошая реклама. Вот и получается, что, создавая рекламу, многие предприниматели не задумываются о добросовестности конкуренции в борьбе за потребителя.

Следует также отметить, что в ходе анализа двух законов (о рекламе и о защите конкуренции) было выявлено следующее: такие составы как распространение сведений, порочащих деловую репутацию, некорректные сравнения товаров, создание смешения, можно встретить и в части 2 статьи 5 Закона о рекламе. Это означает, что имеется возможность считать подобные действия одновременно и недобросовестной конкуренцией и недобросовестной рекламой.

1.3. Предупреждение и пресечение недобросовестной конкуренции и недобросовестной рекламы

Проблема защиты от недобросовестной конкуренции имеет более чем вековую историю. Поскольку, такое положение дел, когда прибыль у нечистых на руку купцов была гораздо выше, не могло устраивать тех коммерсантов, купцов и ремесленников, которые вели бизнес честно. Первые элементы противодействия недобросовестной конкуренции мы замечаем не на законодательном уровне, а в рамках предпринимательских корпораций, гильдий и цехов. Понимая, что негативное мнение потребителей мешает успешному бизнесу, купцы, ремесленники, а затем и представители промышленности стали бороться с недобросовестными торговцами и производителями самостоятельно, применяя следующие методы. Замеченных в неблагоприятных делах коллег по бизнесу изгоняли из предпринимательских сообществ, что фактически означало введение для него запрета на занятие предпринимательством вообще или каким-либо отдельным видом деятельности. Так, известно, что русские купцы практически никогда не пользовались услугами юристов при заключении договоров поставки продукции. Более того, чаще всего такие договоры были устными. Замеченные в неблагоприятных делах партнеры по бизнесу дисквалифицировались весьма просто – с ними больше никто не хотел вести совместного бизнеса и нарушитель де-факто получал «черную метку»¹.

Позднее (примерно с XIX века) виновных в недобросовестности стали привлекать к третейскому или коммерческому (торговому) суду, который выносил решения, основываясь на обычаях и добрых традициях ведения дел без обмана и подделок, без клеветы на товар или конкурента. Таким образом, в основу нормы при ведении бизнеса закладывались морально-этические категории, отклонение от

¹ Гукасян Л.Е., Залесов А.В., Серегин Д.И. Законодательство о защите от недобросовестной конкуренции: пути совершенствования // Патенты и лицензии. - 2004. - №4. - С. 7-8.

которых подрывало репутацию как отдельных купцов, банкиров и промышленников, так и всего предпринимательского сообщества в целом.

При этом следует отметить, что с помощью законодательства трудно регулировать отношения, связанные с такими нравственными категориями, как совесть, мораль, справедливость. Еще в Римском праве считалось, что закон не занимается мелочами (*De minimus non curat lex*). А недобросовестная конкуренция, по мнению юриста Галкина Вадима Владимировича, вполне может быть той «мелочью», которая подрывает бизнес¹.

Автор полагает, что с одной стороны, недобросовестная конкуренция может быть мелкой и незаметной: с административной и уголовной точки зрения ненаказуемой (или наказуемой весьма символично); с другой стороны – существенно отражаться на бизнесе довольно большого круга предпринимателей.

Эту особенность недобросовестной конкуренции, подрывающую добрую репутацию даже тех предпринимателей, которые ведут дела честно, представители бизнеса особенно остро стали ощущать во времена промышленной революции, когда конкуренция обострилась, а фактор репутации и клиенте стал важнейшим элементом конкурентоспособности.

Пресечение недобросовестной конкуренции было признано составной частью охраны объектов промышленной собственности Парижской конвенцией в конце XIX века. В середине XX века Конвенцией, создавшей Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности, право на защиту от недобросовестной конкуренции было объявлено частью прав, составляющих не только промышленную, но и интеллектуальную собственность в целом. И хотя Россия была участницей этих конвенций, да и Конституцией Российской Федерации установлен приоритет норм международных договоров над внутренним законодательством, отечественное право XX века потребовало регулирования защиты от недобросовестной конкуренции и нормами национального

¹ Конкурентная среда и недобросовестная конкуренция. Недобросовестная конкуренция и монополизм в историческом аспекте // Научный журнал В.В.Галкина URL: <http://vadim-galkin.ru/> (дата обращения: 20.04.2017).

законодательства с целью избежать неточностей в работе правоприменительных органов.

Главной особенностью российского антимонопольного законодательства является регулирование конкурентных отношений с помощью двух разных правовых инструментов: норм антитрестовского законодательства, цель которого – создание препятствий для монополизации рынка, антиконкурентных соглашений и ограничения конкуренции органами власти, и норм законодательства о защите от недобросовестной конкуренции, цель которого – предотвратить несправедливые формы конкуренции¹.

Основным источником правового регулирования защиты от недобросовестной конкуренции и по сей день является Конституция Российской Федерации, устанавливающая, с одной стороны, свободу (статья 8), а с другой – запрет экономической деятельности, направленной, в частности, на недобросовестную конкуренцию (статья 34). В действующем российском законодательстве также есть ряд общих норм, касающихся поведенческих требований при осуществлении экономической деятельности. Так, Гражданский кодекс Российской Федерации содержит, в частности, нормы, устанавливающие свободу определения прав и обязанностей на основе договора (статья 1), пределы применения обычаев (статья 5), пределы осуществления гражданских прав, то есть ограничение злоупотребления правом (статья 10). Требования, нарушение которых при осуществлении экономической деятельности, по сути, является актом недобросовестной конкуренции, содержатся в ряде специальных законов в области охраны интеллектуальной собственности, а также в некоторых подзаконных актах.

Недобросовестная конкуренция наносит вред не только добропорядочным субъектам экономической деятельности, но и потребителям и обществу в целом. В настоящее время в Российской Федерации правовая система защиты от недобросовестной конкуренции инкорпорирована в антимонопольное

¹ Гукасян Л.Е., Залесов А.В., Серегин Д.И. Законодательство о защите от недобросовестной конкуренции: пути совершенствования // Патенты и лицензии. - 2004. - №4. - С. 9-10.

законодательство. Основным актом является Закон о защите конкуренции. Но положения, непосредственно направленные против недобросовестной конкуренции, содержатся и в Законе рекламе.

В Законе о рекламе также имеются положения, связанные с: конкретизацией перечня недозволенных способов поведения, нарушающих правила добросовестной конкуренции; введением правил добросовестной конкуренции не только в отношении содержания рекламы, но и способов, места и времени размещения рекламы; введением общего понятия ненадлежащей рекламы, не допускаемой законом; разработкой механизма государственного контроля за рекламной деятельностью; установлением конкретных способов пресечения ненадлежащей рекламы путем введения административной ответственности в виде штрафов для юридических лиц, а также административной и уголовной ответственности руководителей юридических лиц; определением конкретного механизма устранения последствий ненадлежащей рекламы.

Ряд положений, характеризующих недобросовестную рекламу, полностью соотносятся с формами недобросовестной конкуренции, изложенными в главе 2.1 Закона «О защите конкуренции».

К подобным элементам относятся: некорректное сравнение рекламируемого товара с товаром других юридических или физических лиц, дискредитация и создание смешения.

Таким образом, можно отметить наличие взаимосвязи рекламы и недобросовестной конкуренции, поскольку методы недобросовестной конкурентной борьбы в большинстве возможны через использование рекламы, в том числе и недобросовестной.

История государственного регулирования недобросовестной рекламы и конкуренции началась с 90-х годов XX века. Именно в 1990 году образовался Государственный комитет РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур в соответствии с Законом Российской Советской Социалистической Федеративной Республики «О республиканских министерствах и государственных комитетах РСФСР».

Однако, уже в марте 1997 года Государственный комитет Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур был преобразован в Государственный антимонопольный комитет Российской Федерации, который просуществовал чуть больше года.

Осенью 1998 года Государственный антимонопольный комитет Российской Федерации и часть других ведомств, регулирующих предпринимательство и естественные монополии в разных сферах экономики, были упразднены. На их месте образовано Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства.

В марте 2004 года вышеуказанное Министерство было упразднено, а его полномочия передали другим ведомствам. В частности, функции контроля над деятельностью естественных монополий и над соблюдением законодательства о рекламе перешли к вновь образованной Федеральной антимонопольной службе, которая и по сей день занимается этими вопросами.

В настоящее время для предупреждения и пресечения недобросовестной конкуренции и недобросовестной рекламы в каждом регионе созданы управления Федеральной антимонопольной службы. В каждом управлении обязательно есть отдел контроля рекламы и недобросовестной конкуренции, основная деятельность которого заключается в следующем:

- выявление и пресечение недобросовестных действий хозяйствующих субъектов на товарных и финансовых рынках (недобросовестной конкуренции);
- наложение штрафов за осуществление недобросовестной конкуренции;
- выявление и пресечение распространения ненадлежащей рекламы;
- наложение штрафов за нарушение законодательства о рекламе.

Однако, мы полагаем, что полностью устранить совокупность предпосылок существования недобросовестной конкуренции не представляется возможным, так как они возникают из природы самой недобросовестной конкуренции. Поэтому можно лишь ослабить их действие и в основном с помощью государственного вмешательства, так как сам конкурентный механизм с этими функциями не

справляется. Это хорошо иллюстрирует пример массового распространения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции.

Резюмируя рассмотренное выше отметим, что реклама в целом появилась еще в древности. В России ее развитие берет начало в X веке. Со временем российская реклама развивалась, становилась сложнее, интересней и ярче. А в XIX из рекламной деятельности начал строиться бизнес. Безусловно, развитие рекламы тесно связано с развитием рыночной экономики, поскольку в отсутствии рыночной экономики нет, как таковой, конкуренции, а значит и затраты на рекламу нецелесообразны.

К слову, важно помнить, что после появления рекламы появилась и недобросовестная, нечестная реклама. Количество такой рекламы не уменьшается, а борьба с ней продолжается и сегодня. Основным правовым инструментом в этой борьбе является Закон о рекламе, который запрещает, в частности, недобросовестную рекламу.

Недобросовестная конкуренция, зародившаяся еще в странах Древнего мира, всегда была отрицательным явлением и с ней велась борьба. В современной России пресечение недобросовестной конкуренции происходит путем ее запрета Законом о защите конкуренции. Однако, анализируя рекламное и антимонопольное законодательство, мы обнаружили, что распространение сведений, порочащих деловую репутацию, некорректное сравнение товаров и создание смешения запрещены не только Законом о защите конкуренции, но и Законом о рекламе.

Глава 2. Актуальные вопросы соотношения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции

2.1. Недобросовестная реклама как форма недобросовестной конкуренции

Для ответа на вопрос как соотносятся недобросовестная реклама и недобросовестная конкуренция обратимся к формам недобросовестной конкуренции, указанным в главе 2.1 Закона «О защите конкуренции». Согласно данному закону недобросовестными считаются следующие формы конкуренции:

1) дискредитация, под которой понимается распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту и (или) нанести ущерб его деловой репутации;

2) введение в заблуждение. Само по себе введение в заблуждение, согласно письму Федеральной антимонопольной службы России от 24 декабря 2015 года № ИА/74666/15 «О применении четвертого антимонопольного пакета» (далее по тексту – письмо ФАС России о применении четвертого антимонопольного пакета) является следствием распространения не негативной информации, как в дискредитации, а позитивной, и ее содержание касается деятельности самого распространителя и (или) его товара. Однако как в том, так и в рассматриваемом случае, распространяемая информация для признания действий актом недобросовестной конкуренции должна не соответствовать действительности¹;

3) некорректное сравнение хозяйствующего субъекта и (или) его товара с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром. В данном случае имеется ввиду использование слов «лучший», «первый», «номер один»,

¹ О применении четвертого антимонопольного пакета: письмо Федеральной антимонопольной службы России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 // Официальные документы России. Кремль-Москва. URL: <http://kremlin-moscow.com/008031> (дата обращения: 10.05.2017).

«самый» и иных слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара без указания параметров такого сравнения. Или же, сравнение с конкурентом без указания на сравниваемые характеристики или сравнение по несопоставимым критериям;

4) приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг;

5) использование результатов интеллектуальной деятельности;

б) создание смешения с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации. Данной нормой запрещается конкуренция путем копирования или имитации внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.

Письмо ФАС России о применении четвертого антимонопольного пакета разъясняет, что именно следует понимать под копированием и имитацией: копированием внешнего вида изделия является воспроизведение внешнего вида изделия другого хозяйствующего субъекта (предпринимателя) и введение его в гражданский оборот. Имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров;

7) незаконное получение, использование или разглашение информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну. Имеется в виду, два состава нарушения: получение и использование (разглашение). Под получением информации следует понимать возможность ознакомления со сведениями, составляющими охраняемую законом тайну хозяйствующего субъекта -

конкурента, а под использованием - применения указанных сведений с целью получения преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;¹

8) иные формы недобросовестной конкуренции.

Как видим, данный перечень открыт, что прямо предусмотрено законом, который так же запрещает также иные формы недобросовестной конкуренции, наряду с вышеуказанными.

Такие формы недобросовестной конкуренции предусмотрены действующим законодательством. Как видим, недобросовестная реклама на первый взгляд не является формой недобросовестной конкуренции. Однако, необходимо разобраться более детально в данном вопросе. Рассмотрим, что включает в себя недобросовестная реклама.

Недобросовестной рекламой, согласно части 2 статьи 5 Закона о рекламе, признается такая реклама, которая:

а) содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами. И в Законе «О рекламе» и в Законе «О защите конкуренции» содержится запрет на некорректное сравнение. Однако, в случае с рекламой не разъясняется что представляет собой некорректность. Некоторые авторы, в связи с этим, считают, что под некорректностью подразумевается нетактичность, невежливость, неучтивость, неблагопристойность, несоответствие нормам этики². Другие, включают еще и указание на использование ошибочных, неправильных, не соответствующих требованиям, предъявляемым к достоверности, сведений о товарах³.

Федеральная антимонопольная служба придерживается следующей позиции: сравнение предполагает такую подачу информации, в которой сопоставляются два и

¹ О применении четвертого антимонопольного пакета: письмо Федеральной антимонопольной службы России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 // Официальные документы России. Кремль-Москва. URL: <http://kremlin-moscow.com/008031> (дата обращения: 10.05.2017).

² Спиридонова М.А., Удалова Н.М. Комментарий к Федеральному закону от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе». – Саратов: Ай Пи Эр Медиа, 2011. - С. 493.

³ Бадалов Д.С., Василенко И.И., Карташев Н.Н. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О рекламе». - М.: Инфра-М, 2012. - С. 46.

более явления, исследуются их параметры, сходство или различие. В отношении сравнения товаров это может производиться путем прямого сопоставления свойств, характеристик, параметров изделий, так и сравнения одного изделия с другим либо указанием на их разницу.

К некорректному сравнению должно относиться такое, которое противопоставляется корректному. В толковом словаре термин «корректный» определяется как «вежливый, тактичный, учтивый», а также «правильный, точный». Соответственно для целей определения значения понятия под некорректным сравнением необходимо понимать неточное, неправильное сравнение. При этом сведения, приводимые в таком сравнении, на первый взгляд являются достоверными, однако их выбор или объединение создают определенную несовместимость.

Так, некорректным может быть признано сравнение, которое основано на несопоставимых фактах, при котором создается общее вводящее в заблуждение впечатление (относительно самой возможности сравнения), при сравнении необъективных характеристик. Кроме того, также к некорректному сравнению могут быть отнесены случаи, когда делается вывод о сходстве товаров либо превосходстве одного товара над другим, однако конкретные характеристики сравниваемых товаров не указываются¹;

б) порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента. Порочение лица, как отмечает Федеральная антимонопольная служба, может производиться путем приведения отдельных высказываний, использования определенных образов. При этом такие сведения должны носить недостоверный характер. То есть, распространение ложных и неточных сведений способных нанести вред деловой репутации конкурента. По сути, это та же самая дискредитация, запрещенная антимонопольным законодательством;

в) представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, если она осуществляется под видом

¹О рекламе оккультных услуг и недобросовестной рекламе: письмо ФАС России от 30 сентября 2011 года № АК/37027 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Высшая школа: учебное пособие. – Вып. 27. – 1 DVD-ROM.

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. Данная норма также аналогична запрету, установленному в статье 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции»;

г) является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

Последний пункт, касающийся недобросовестной конкуренции, появился в редакции Закона 2006 года, и именно он особенно важен в рамках диссертационного исследования. В этом пункте можно увидеть юридическую фикцию, согласно которой некоторые акты недобросовестной конкуренции могут одновременно выступать и недобросовестной рекламой. К тому же, вышеназванный пункт прямо отсылает к Закону о защите конкуренции, что и вызывает проблемы его применения.

Таким образом, проанализировав нормы части 2 статьи 5 закона «О рекламе» и нормы главы 2.1. закона «О защите конкуренции» (с учетом четвертого антимонопольного пакета), мы увидели, что некоторые нормы рекламного законодательства идентичны нормам антимонопольного. Сравнительный анализ норм можно увидеть в таблице (приложение 1).

Частично цели двух этих законов пересекаются: и тот и другой направлены на обеспечение единства экономического пространства и эффективное функционирование товарных рынков. Однако Закон «О рекламе» направлен в большей степени на обеспечение прав потребителей на достоверную и добросовестную рекламу, а Закон «О защите конкуренции» защищает хозяйствующих субъектов от посягательств конкурентов и создает условия для здорового соперничества на товарных рынках.

В литературе можно встретить мнение, сторонники которого считают, что понятие «недобросовестная конкуренция» шире, чем даже понятие «ненадлежащая

реклама»¹. Приверженцы этого убеждения уверены, что понятие «недобросовестная конкуренция» поглощает понятие «ненадлежащая реклама» и следует закрепить ненадлежащую рекламу как форму недобросовестной конкуренции.

Существует и другая точка зрения, сторонники которой полагают, что наоборот понятие «ненадлежащая реклама» шире, чем понятие «недобросовестная конкуренция». Они объясняют это невозможностью квалифицировать всякую ненадлежащую рекламу как акт недобросовестной конкуренции, поскольку для признания конкуренции недобросовестной должны обязательно присутствовать три признака:

- 1) действие хозяйствующего субъекта, которое направлено на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- 2) противоречие законодательству Российской Федерации;
- 3) вероятный либо реальный вред другому хозяйствующему субъекту.

В ненадлежащей рекламе, по мнению Болотнова В.И., зачастую отсутствует последний признак. Однако всегда будет являться ненадлежащей та реклама, которая содержит признаки недобросовестной конкуренции².

Определить, какое понятие шире, достаточно сложно. Реклама нередко используется как способ конкурентной борьбы. Мы часто встречаем нарушение Закона защите конкуренции в рекламном ролике, буклете, плакате, где смешиваются границы регулирования рекламного и антимонопольного законодательства. Поэтому появляется необходимость отграничивать рекламу от конкуренции. Учитывая возможность использовать рекламу как средство борьбы с конкурентом, мы можем сделать вывод о том, что недобросовестная реклама является одной из форм недобросовестной конкуренции, а понятие «недобросовестная конкуренция» включает и ненадлежащую рекламу как свою форму.

Вопрос соотношения недобросовестной рекламы и конкуренции имеет значение и в практической деятельности. Существует два состава нарушений: за

¹ Куликова Ю. С. Ненадлежащая реклама как форма недобросовестной конкуренции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. - М., 2003. - С. 7.

² Болотнов И.В. Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама // Корпоративный юрист. – 2009. - №5. – С. 26-57

недобросовестную рекламу (ответственность наступает по Закону «О рекламе») и за недобросовестную конкуренцию (ответственность предусмотрена антимонопольными нормами). Однако бывает, что нарушение норм закона о конкуренции выражено в рекламе. В такой ситуации возникает вопрос, за нарушение норм какого закона привлекать к ответственности. На первый взгляд, ответ прост: часть 4 пункта 2 статьи 5 Закона «О рекламе» признает недобросовестной любую рекламу, являющуюся актом недобросовестной конкуренции. Но антимонопольные органы не всегда придерживаются этого мнения.

Так, 21 февраля 2017 года Комиссией Владимирского УФАС России рассмотрено дело № К-999-02/2016 в отношении общества с ограниченной ответственностью «Лайф». В ходе дела выяснилось, что ООО «Лайф» в отсутствие договорных правоотношений, какого-либо разрешения с правообладателем товарного знака «БЕБИБУМ», принадлежащего ООО «ПРИВАТ ИСТЕЙТ», использовало в контекстной рекламе Центра современной медицины словосочетания «бебибум», сходного до степени смешения с указанным товарным знаком.

Правом использования указанного товарного знака обладает только общество с ограниченной ответственностью «Здоровье» на основании заключенного с ООО «ПРИВАТ ИСТЕЙТ» лицензионного договора.

ООО «Здоровье» и ООО «Лайф» выступают конкурентами по отношению друг к другу, так как осуществляют один и тот же вид экономической деятельности – деятельность больничных организаций.

Комиссией установлено, что в действиях ООО «Лайф» присутствуют все признаки недобросовестной конкуренции, указанные в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции, а именно:

- направленность на получение преимуществ перед хозяйствующими субъектами – конкурентами, выразилась в том, что действия ООО «Лайф» по размещению контекстной рекламы в поисковой системе Яндекс с использованием словосочетания «бебибум», способствовали привлечению внимания к услугам

Центра современной медицины, соответственно, ООО «Лайф» получает преимущества, связанные с продвижением соответствующих медицинских услуг;

- противоречие принципам добропорядочности, разумности и справедливости выразилось в том, что ООО «Лайф» использует товарный знак «БЕБИБУМ», право использования которым принадлежит ООО «Здоровье»;

- способность нанесения убытков ООО «Здоровье» действиями ООО «Лайф» выражается в возможном перераспределении спроса на рынке оказания медицинских услуг.

Более того, действия ООО «Лайф» были направлены на получение преимуществ при ведении предпринимательской деятельности перед ООО «Здоровье», в том числе, в виде отсутствия материальных затрат на заключение соглашения с правообладателем на использование товарного знака, в снижении издержек на продвижение своей предпринимательской деятельности за счет использования положительной репутации товарного знака.

Учитывая изложенное, Комиссия Владимирского УФАС России пришла к выводу о том, что в действиях общества с ограниченной ответственностью «Лайф» установлены признаки нарушения пункта 1 статьи 14.6 Федерального закона от «О защите конкуренции», которые выразились в незаконном использовании словосочетания «бебибум» при размещении контекстной рекламы Центра современной медицины, сходного до степени смешения с товарным знаком «БЕБИБУМ»¹.

Интересно, что выражено это нарушение было в контекстной рекламе, и из буквального толкования закона данные действия необходимо признавать именно нарушением рекламного законодательства. Однако, нельзя не согласиться с Управлением в том, что такой рекламой могли быть причинены убытки конкурентам и в ней точно присутствует нарушение антимонопольного законодательства.

¹ Размещение в контекстной рекламе в сети Интернет словосочетания, сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком, является недобросовестной конкуренцией, запрет на которую установлен статьей 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» // Управление Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области URL: <http://vladimir.fas.gov.ru/news/12767> (дата обращения: 19.05.2017).

Проанализировав законодательство о рекламе и законодательство о конкуренции, имеющуюся административную практику их применения, мы видим взаимосвязь между недобросовестной конкуренцией и рекламой, которая заключается в следующем - недобросовестная конкуренция может выражаться в рекламе, распространение которой не только нарушает права и законные интересы потребителей, но еще и является формой недобросовестной конкуренции.

Поэтому, наиболее важной, на наш взгляд, является проблема разграничения ненадлежащей рекламы (запрещенной рекламным законодательством) и недобросовестной конкуренции (запрещена антимонопольным законодательством), поскольку коллизия, создаваемая наличием одинаковых норм в двух абсолютно разных законах, приводит к неодинаковому пониманию, и, следовательно, к отсутствию единообразной судебной практики.

2.2. История разрешения проблемы соотношения рекламы и конкуренции

В нашей стране правовое регулирование рекламной деятельности долгое время отсутствовало. В СССР было мало рекламы, потому что в силу плановой экономики отсутствовала сама по себе конкуренция. Например: «Летайте самолетами! Аэрофлот», – но это была единственная авиакомпания (приложение 2). Или: «Храните деньги в сберегательной кассе! Госбанк» – это был единственный банк» (приложение 3). А, следовательно, не было и конкуренции, как таковой.

В период перестройки в конце 80-х годов XX века произошел первый рекламный бум. Одним единственным законом, регулирующим рекламу, был Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»¹. Этим законом был введен запрет на распространение

¹ О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках: Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 // Бюллетень нормативных актов. – 1992. – № 2-3 (утратил силу).

дискредитирующей информации о конкуренте (недобросовестная конкуренция). Как мы видим, и реклама и конкуренция изначально регулировались одним законом.

Позднее были приняты иные законы, частично регулирующие рекламу отдельно от конкуренции. Среди них Законы РФ «О средствах массовой информации»¹, «О сертификации продукции и услуг»².

Специальное же правовое регулирование рекламной деятельности началось с указа Президента РФ от 10 июня 1994 года № 1183 «О защите потребителей от недобросовестной рекламы»³. Согласно данному указу финансовые организации обязаны были при обнародовании рекламы указывать достоверную и полную информацию о предоставляемых услугах, не допускать сравнение, если его невозможно подтвердить. В данном указе была предусмотрена довольно серьезная ответственность: за нарушение положений указа организация могла быть лишена лицензии или ее действие могло быть приостановлено, а рекламодатель обязан был в течение трех дней снять недобросовестную рекламу с распространения.

Формирование специального рекламного законодательства завершилось принятием Федерального закона от 18 июля 1995 года № 108-ФЗ «О рекламе»⁴. Введение в действие в середине 1995 году Федерального закона «О рекламе» значительно стабилизировало обстановку на рекламном рынке. Регулирование отношений в сфере рекламной деятельности и установление требований к рекламе отдельных видов товаров создали правовую основу для формирования рекламного рынка, являющегося важной инфраструктурной составляющей российской экономики.

Закон «О рекламе» 1995 года просуществовал более десяти лет. Его замена на новый закон «О рекламе» 2006 года была обусловлена развитием общества,

¹ О средствах массовой информации: Закон РФ от 27.12.1991 № 2124-1 // Российская газета. – 1992. – № 32

² О сертификации продукции и услуг: Закон РФ от 10.06.1993 N 5151-1 // Российская газета. – 1993. – № 120 (утратил силу)

³ О защите потребителей от недобросовестной рекламы: Указ Президента РФ от 10.06.1994 № 1183 // Бюллетень Верховного Суда России. – 2004. – № 7 (утратил силу).

⁴ О рекламе: федеральный закон от 18 июля 1995 № 108-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 30. – Ст. 2864 (утратил силу).

российской экономики и науки, а также общественных отношений в сфере рекламы. Кстати, за эти одиннадцать лет в отдельных федеральных законах появились нормы, регулирующие отношения в области рекламы.

Так, например, статья 17 Федерального закона № 171 от 22 ноября 1995 года «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»¹ устанавливала требования к рекламе алкогольной продукции, как отдельному виду рекламы. Кроме того, требования к рекламе алкогольных напитков содержал и Федеральный закон «О рекламе» (статьи 16 и 33 Закона). Установление требований к рекламе одного товара (алкогольной продукции) в рамках двух Федеральных законов вызывало их различное коллизионное толкование, как субъектами рекламной деятельности, так и государственными контролирующими органами. А это, в свою очередь, вызывало сложности в применении этих норм на практике.

Аналогичная ситуация складывалась и с закреплением отдельных положений, регулирующих отношения в области рекламы, в рамках Федеральных законов «О рынке ценных бумаг»², «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»³, «О лекарственных средствах»⁴, «О физической культуре и спорте»⁵, «О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами»⁶. Именно поэтому появилась острая необходимость консолидации норм, регулирующих отношения в сфере рекламной деятельности, в один закон.

¹ О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции: федеральный закон от 22 ноября 1995 № 171-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 48. – Ст. 4553.

² О рынке ценных бумаг: федеральный закон от 22 апреля 1996 № 39-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 17. – Ст. 1918.

³ О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг: федеральный закон от 5 марта 1999 № 46-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 10. – Ст. 1163.

⁴ О лекарственных средствах: федеральный закон от 22 июня 1998 № 86-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 26. – Ст. 3006 (утратил силу).

⁵ О физической культуре и спорте в Российской Федерации: федеральный закон от 29 апреля 1999 № 80-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 18. – Ст. 2206 (утратил силу).

⁶ О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами: федеральный закон от 19 июля 1997 № 109-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 29. – Ст. 3510.

Кроме того, многие положения действующего рекламного законодательства не учитывали специфики и особенностей отношений, складывающихся на современном рекламном рынке.

Развитие отношений в области рекламы породило новые способы ее распространения, требующие надлежащей правовой регламентации. Многие положения старого рекламного законодательства не применялись и не отвечали требованиям современного развития отношений в области рекламы.

Вносимые отдельные изменения и дополнения в Федеральный закон 1995 года «О рекламе» в целом уже не могли адекватно отразить необходимые изменения как с точки зрения общих подходов к регулированию рекламного рынка, так и специфики рекламы отдельных товаров.

Поэтому, учитывая особенности развития современного рекламного рынка, решение указанных проблем было возможно лишь путем комплексного изменения рекламного законодательства.

С 1 июля 2006 года в Российской Федерации начал действовать новый Федеральный закон № 38-ФЗ «О рекламе».

Как мы видим, коллизии, возникающие в связи с регулированием одних и тех же отношений двумя разными законами возникли еще в конце прошлого века. К слову, рассматриваемая нами проблема соотношения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции появилась также довольно давно и уже были предприняты попытки ее решения на законодательной уровне.

Дело в том, что еще в самой первой редакции Закона РСФСР от 22 марта 1991 года № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», который предшествовал ныне действующему Закону «О защите конкуренции», в статье 10 упоминалось некорректное сравнение хозяйствующим субъектом в процессе его рекламной деятельности производимых или реализуемых им товаров с товарами других хозяйствующих субъектов. А значит, некорректное сравнение в процессе рекламной деятельности уже тогда было признано одной из форм недобросовестной конкуренции. Однако, в 1995 году эта форма была изъята из

данного закона и появилась только в новом законе «О рекламе» в 2006 году, а не в законе «О защите конкуренции».

Позднее в Закон «О защите конкуренции» была добавлена норма, признающая некорректное сравнение недобросовестной конкуренцией. Но относительно некорректного сравнения в рекламной деятельности уже существовал Закон «О рекламе», который признавал рекламу путем некорректного сравнения недобросовестной. Получается, в рекламных правоотношениях до 2006 года действовал Федеральный закон № 108 от 18 июля 1995 «О рекламе». И в статье 6 названного закона тоже предусматривался запрет на недобросовестную рекламу, включающую некорректное сравнение.

Это вызывало сложность в определении: нарушением какого именно закона является некорректное сравнение собственного товара рекламоателя в рекламе с товаром конкурента.

В 1997 году Конституционный суд Российской Федерации все же определил, как соотносятся законодательство о рекламе и о защите конкуренции. В своем решении от 4 марта 1997 года № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона «О рекламе»¹, суд отметил, что нормы Закона «О рекламе», касающиеся запрета на недобросовестную, недостоверную, заведомо ложную рекламу товаров и услуг, развивают положение Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (ведение конкурентной борьбы незаконными методами, распространение ложных, неточных или искаженных сведений, введение потребителей в заблуждение относительно потребительских свойств и качества товара, некорректные сравнения и т.п.) и реализуют положения статей 8 и 34 Конституции Российской Федерации о запрете недобросовестной конкуренции. В связи с чем, конкурентное законодательство признавалось общим по отношению к специальному Закону «О рекламе».

¹ По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года «О рекламе»: Постановление Конституционного Суда РФ от 04.03.1997 № 4-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 1997. – № 1.

Однако, в связи с принятием в 2006 году новых законов о рекламе и о защите конкуренции эта проблема снова стала актуальна. Особенно с учетом вновь введенной абзацем 4 части 2 статьи 5 закона «О рекламе» нормы, согласно которой недобросовестная реклама может быть актом недобросовестной конкуренции.

В современной России некоторые суды уже пытаются устранить коллизию и аргументируют применение в конкретном случае рекламного, а не антимонопольного законодательства, ссылаясь на пункт 4 части 2 статьи 5 Закона о рекламе, согласно которому недобросовестной признается реклама, являющаяся актом недобросовестной конкуренции.

К тому же, законодательством об административной ответственности исключается применение нормы части 1 статьи 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (далее по тексту – КоАП РФ), устанавливающей административную ответственность за недобросовестную конкуренцию, к составу ненадлежащей (в том числе недобросовестной) рекламы, описанному в статье 14.3 Кодекса. Следовательно, КоАП РФ, как и Конституционный суд 1997 года, признает Закон о рекламе специальным, и отдает ему предпочтение в случае, если имеет место наличие в рекламе акта недобросовестной конкуренции.

Однако, например, Григорьев Д.А. предполагает, что законодатель делает такое исключение в КоАП РФ для того, чтобы подчеркнуть специальность законодательства о рекламе лишь в сфере применения административного права и за пределами Кодекса оно специальным по отношению к антимонопольному законодательству уже не будет.

Как отмечалось выше, в научных кругах по сей день идут споры о том, является ли Закон «О рекламе» специальным по отношению к Закону «О защите конкуренции». Однако, по нашему мнению, Закон «О защите конкуренции» и Закон «О рекламе» не стоит рассматривать как общее и специальное законодательство относительно друг друга, поскольку оба закона являются федеральными и находятся на одной ступени в иерархии юридических источников. Мы считаем, что именно

реклама в последнее время довольно часто используется как метод борьбы с конкурентом, а не наоборот.

2.3. Практика разрешения проблемы соотношения рекламы и конкуренции

Как в литературе, так и на практике вопрос разграничения недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы решается неодинаково. Часто при подаче иска в суд или жалобы в Федеральную антимонопольную службу просят привлечь к ответственности за нарушение двух законов (о рекламе и о защите конкуренции). Судебные решения и решения Федеральной антимонопольной службы по этому вопросу также не отличаются единообразием.

Некоторые суды, например, не считают данную коллизию проблемой, полагая, что, если это акт недобросовестной конкуренции, то это не реклама вообще. Так, в одном из дел апелляционный суд пришел к выводу, что листовка с информацией об услугах считается не рекламой, а актом недобросовестной конкуренции¹. Отметим, что в распространенных листовках фактически содержалась информация о необходимости при обмене полисов изменить страховщика на ООО «СМК «УГМК-Медицина». Суд кассационной инстанции обозначил, что при таком соотношении вопрос о квалификации спорных листовок как рекламы или нерекламной информации непринципиален, поскольку и та и другая информация может быть актом недобросовестной конкуренции, и в любом случае нарушает антимонопольное законодательство, а значит, является недобросовестной.

Мы считаем такой подход к решению дела нарушающим принцип правовой определенности, предусматривающий недопустимость наличия в судебном решении

¹ Постановление от 3 марта 2010 г. по делу № А60-33138/2009 «Об оспаривании решений антимонопольных органов о привлечении к административной ответственности» // СудАкт: Судебные и нормативные акты РФ URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/oMmUscrxJPYe/> (дата обращения: 30.04.2017).

двух точек зрения по одному и тому же вопросу. Хотя Федеральная антимонопольная служба зачастую избегает мотивировок выбора между рекламным и антимонопольным законодательством по делам о недобросовестной конкуренции. Если в заявлении содержится информация о нарушении двух законов, то антимонопольный орган сначала выбирает один из них, а затем рассматривает дело с этого закона. Как правило, Закон «О рекламе» антимонопольной службой применяется в качестве специального (приоритетного) нормативного акта.

Однако, можно встретить решения, в которых сначала возбуждается и рассматривается дело о защите конкуренции, а потом на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы актом недобросовестной конкуренции возбуждается дело о нарушении Закона «О рекламе».

Например, в одном из дел антимонопольный орган установил, что реклама общества с ограниченной ответственностью «М.видео Менеджмент», содержащая слоган «Не покупайте технику! Ждите...», размещенная напротив магазина бытовой техники «БытГазТехника», была актом недобросовестной конкуренции (рис. 2.1, приложение 4).

Решением Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл действия общества с ограниченной ответственностью «М.видео Менджмент» признаны нарушением Закона о защите конкуренции. Арбитражный суд тоже признал решение службы законным и обоснованным. Позднее эта же реклама была признана нарушающей пункт 4 части 2 статьи 5 Закона «О рекламе», поскольку решением уже установлено, что данная реклама является актом недобросовестной конкуренции.

В аналогичном деле в отношении общества с ограниченной ответственностью «ГУД ВИН» суд также указал, что факт совершения обществом административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, подтверждается материалами дела, в том числе решением

антимонопольного органа, которым распространение ненадлежащей рекламы признано актом недобросовестной конкуренции¹.

Мы считаем, что такой подход неверен, поскольку нарушает принцип, недопустимости двойной ответственности за совершение одного и того же противоправного действия, установленный пунктом 5 статьи 4.1 КоАП РФ. Считаем, что в подобных случаях следует прекращать дело о нарушении Закона о рекламе.

Как, например, в решении, принятом по одному из споров с участием ЗАО «Вотек Мобайл» и ОАО «МТС» в Воронежской области². ЗАО «Вотек Мобайл» («Теле2-Воронеж») обратилось в Арбитражный суд Воронежской области с заявлением к управлению Федеральной антимонопольной службы по Воронежской области о признании недействительным решения управления № 11-9р от 05.03.2009. Данным решением управление признало рекламу с использованием слогана «TELE2. Всегда дешевле» (приложение 5) недобросовестной.

Решением суда от 20 августа 2009 года в удовлетворении заявленного требования отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, ЗАО «Теле2-Воронеж» обратилось с апелляционной жалобой, в которой просило решение суда первой инстанции отменить. По мнению заявителя жалобы, суд первой инстанции неправильно применил нормы материального права, неполно выяснил обстоятельства, имеющие значение для дела, выводы суда не соответствуют фактическим обстоятельствам дела.

Как следует из материалов дела, 16 января 2009 года ОАО «МТС» обратилось в УФАС России по Воронежской области с заявлением, в котором просило признать рекламу ЗАО «Вотек Мобайл», содержащую слоган «TELE2. Всегда дешевле» недостоверной, как содержащую не соответствующие действительности сведения о

¹ Постановление о назначении административного наказания по делу об административном правонарушении № Р-127/2014 // Управление Федеральной антимонопольной службы по Амурской области URL: <http://amur.fas.gov.ru/solution/17755> (дата обращения: 30.04.2017).

² Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.10.2009 по делу № А14-5955/2008166/32 // Правосудие: судебная практика России URL: <http://pravosudie.biz/3383222> (дата обращения: 30.04.2017).

преимущества рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуемыми другими продавцами, а также стоимости услуг в нарушение пунктов 1, 4 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» и выдать ЗАО «Вотек Мобайл» предписание о недопущении распространения подобной рекламы впредь.

Заявитель апелляции жалобы указывает на то, что управление в ранее принятом решении № 66-14/14к от 11 августа 2008 года уже установило факт распространения рекламы, содержащей слоган «TELE2. Всегда дешевле», и квалифицировало действия общества как несоответствующие Закону «О защите конкуренции», что автоматически повлекло за собой квалификацию действий как несоответствующих Закону «О рекламе», в том числе признание данной рекламы недобросовестной.

ЗАО также полагает, что оценка использования рекламного слогана «TELE2. Всегда дешевле», как недостоверной и недобросовестной рекламы, была дана решениями Арбитражного суда Воронежской области по делам № А14-13966-2007/511/5, № А14-10877/2008-337/19, в связи с чем, при рассмотрении дела № 11-9р имелись все основания для его прекращения, в соответствии с пунктом «г» статьи 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17 августа 2006 № 508¹.

Представители ОАО «МТС» в судебном заседании возражали против доводов апелляции жалобы, по основаниям, изложенным в письменном отзыве, полагая при этом, что при первоначальном обращении ОАО «МТС» управлением было установлено нарушение антимонопольного законодательства, а при повторном - нарушение законодательства о рекламе, в связи с чем действующее законодательство не содержит норм, в соответствии с которыми дело о нарушении законодательства о рекламе № 11-9р должно было быть прекращено.

¹ Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: Постановление Правительства РФ от 17 августа 2006 года № 508 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 35. – Ст. 375.

По мнению Арбитражного суда апелляционной инстанции, вывод нижестоящего суда о том, что нарушение Закона о рекламе не было предметом рассмотрения управления по ранее возбужденному делу о нарушении Закона «О защите конкуренции», не может быть признан соответствующим нормам действующего законодательства и материалам дела. На момент возбуждения управлением дела о нарушении законодательства о рекламе уже вступили в силу решения арбитражного суда, в котором действия были признаны недобросовестной конкуренцией. Следовательно, решение антимонопольного органа было признано недействительным и отменено.

Из приведенных примеров следует, что единообразия судебной и административной практики нет. Даже по аналогичным случаям, с участием одних и тех же лиц в разных регионах могут быть приняты различные решения. К тому же, указанный выше пример обращения в суд ОАО «МТС» говорит о том, что иногда заявители просят привлечь к ответственности дважды за одно и то же нарушение, что запрещено.

Кстати, это не единственное нарушение ЗАО «Вотек Мобайл». Так, в ноябре 2015 года управление Федеральной антимонопольной службы России по Чувашии признало рекламу ЗАО «Вотек Мобайл» (Теле2) с использованием слогана «Просто дешевле» (приложение б) ненадлежащей, поскольку неясно было, какие именно услуги дешевле, а также не было доказано, что все услуги Теле2 на самом деле дешевле, по сравнению с услугами других операторов¹. В свою очередь, в данной рекламе ОАО «МТС» усмотрело и наличие признаков недобросовестной конкуренции, но антимонопольный орган применил следующую позицию Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации: при обнаружении в рекламной информации признаков недобросовестной конкуренции действия по

¹ Решение УФАС России по Чувашии по делу № Р-97/2015 // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://fas.gov.ru/press-center/fas-in-media/detail.html?id=18224> (дата обращения: 28.04.2017).

распространению рекламы следует квалифицировать как нарушение законодательства о рекламе¹.

Согласно пункту 7 Постановления Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 8 октября 2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», при разграничении сферы применения Закона о рекламе и Закона о защите конкуренции судам следует исходить из того, что если ложные, неточные или искаженные сведения, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами, находящимися в состоянии конкуренции с указанным лицом, а также иная информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, содержатся в рекламе, то применяется административная ответственность, установленная статье 14.3, а не статье 14.33 КоАП РФ².

В связи с этим, Федеральная антимонопольная служба высказывала мнение о том, что если информация содержит не соответствующие действительности сведения, некорректное сравнение, вводит потребителей в заблуждение, распространяется исключительно в рекламе, то она подлежит оценке на предмет соответствия законодательству о рекламе; если же она распространяется как в рекламе, так и иными способами при введении товара в оборот - подлежит оценке на предмет соответствия антимонопольному законодательству (в части недобросовестной конкуренции)³. То есть предлагается применять нормы Закона о рекламе как специальные по отношению к общим нормам Закона о защите конкуренции.

¹ О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»: Постановление пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 года № 58 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.04.2017).

² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Российская газета. – 2001. – № 256.

³ О соотношении норм Федерального закона «О рекламе» и статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции»: информационное письмо № АК/25319/14 от 25 июня 2014 года " // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.05.2017).

И в практике действительно, присутствуют тому подтверждения. Например, Постановление антимонопольного органа от 25 января 2012 года № 11-03-14.3-02/714 о привлечении ООО «Плаза АвтоДар» к ответственности, обжалованное в Федеральном Арбитражном суде Поволжского округа¹.

Как следует из материалов дела, решением антимонопольного органа от 29 июля 2011 года по делу № 11-03-5-02/38 реклама ООО «Плаза АвтоДар» «www.plazaavtodar.ru. Азизбекова, 70. Купил права? Купи машину! Плаза АвтоДар. Продажа авто. Срочный выкуп. 500-911» (приложение 7), распространявшаяся с апреля 2012 года на территории города Волгограда, признана ненадлежащей, нарушающей подпункт 2 части 2 статьи 5 Закона о рекламе.

В данном случае, двумя лингвистическими экспертизами было доказано, что рекламный слоган «Купил права? Купи машину!» несет содержание, негативно характеризующую Государственную инспекцию безопасности дорожного движения Министерства внутренних дел Российской Федерации. Таким образом, суд кассационной инстанции оставил жалобу без удовлетворения.

Однако, мы не согласны с таким подходом. По нашему мнению, нормы закона о рекламе и о защите конкуренции не следует рассматривать как общее и специальное законодательство по отношению друг к другу, поскольку они, прежде всего, обладают одинаковой юридической силой. К тому же, эти федеральные законы различны по содержанию, по целям, по форме, а соотношение как общее и специальное более характерно для одного закона или даже одной главы (например, для статей 168 и 173 Гражданского кодекса Российской Федерации).

К тому же, как уже отмечалось выше, понятие «ненадлежащая реклама» нельзя рассматривать как специальное по отношению к общему понятию «недобросовестная конкуренция».

Несмотря на то, что при буквальном толковании пункта 4 части 2 статьи 4 Закона «О рекламе», а также схожие позиции Пленума Верховного суда и

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 2 августа 2012 г. N Ф06-5233/12 по делу N А12-19634/2011 // Информационно-правовой портал "Гарант.ру" URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/39035329/> (дата обращения: 28.04.2017).

Федеральной антимонопольной службы, единства в судебной правоприменительной практике нет. К примеру, на одном из региональных телеканалов Самарской области распространялся рекламный ролик ООО «Мой дом» (производитель оконных конструкций), в котором использовалась фраза: «Абсолютно автоматизированная линия. Абсолютно герметичный режим. Таких производств в Поволжье больше нет». На видео была показана эта линия сборки, которая даже на первый взгляд не являлась полностью автоматизированной, и к тому же абсолютно автоматизированных линий по производству оконных конструкций не существует, как и абсолютно герметичного прижима окон. Помимо этого в ролике говорилось: «Российский профиль желтеет. У нас только немецкий». Подтверждение тому не предоставляется, а в сертификате соответствия указано, что материал профиля изготавливается в России, а не в Германии. По жалобе ООО «Самарские оконные системы» УФАС России по Самарской области сочло, что данные действия свидетельствуют о недобросовестной конкуренции, даже не смотря на то, что распространялись они посредством рекламы¹.

Аналогичное решение было вынесено в отношении ООО «ПЕНОПЛЭКС СПБ»², которое осуществляет производство и реализацию на территории Российской Федерации теплоизоляционных плит из экструзионного пенополистирола, и является владельцем комбинированного товарного знака с приоритетом от 18 августа 2005 года, зарегистрированного в отношении товаров 01, 17, 19, 27, 35, 37 классов МКТУ, что подтверждается свидетельством № 320079 от 26 января 2006 года. Товарный знак представляет собой композицию, в которой словесный элемент «ПЕНОПЛЭКС» выполнен в кириллице буквами оригинального шрифта белого цвета на оранжевом фоне и такими же буквами оранжевого цвета на белом фоне (приложение 8).

¹ решение по делу № 76-11708-15/8 // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://solutions.fas.gov.ru/to/samarskoe-ufas-rossii/76-11708-15-8-d5c16a83-8c24-449d-a225-ea49fa04a5e6> (дата обращения: 29.03.2017).

² Постановление ФАС Московского округа от 16.04.2010 № КА-А40/2355-10-1,2 по делу № А40-90489/09-51-712 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 19.04.2017).

В качестве одного из способов индивидуализации своей продукции Общество в течение длительного периода времени (с 2002 года) использует оранжевый цвет для самих теплоизоляционных плит из экструзионного пенополистирола, для упаковки продукции, а также во всех рекламных материалах. Общие принципы и критерии внешнего вида выпускаемой продукции, а также оформления рекламных материалов с целью формирования в глазах потребителей четких отличий общества с ограниченной ответственностью «ПЕНОПЛЭКС СПБ» и поставляемой им продукции от других производителей экструзионного пенополистирола предусмотрены Положением о фирменном стиле, утвержденным приказом генерального директора ООО от 28 декабря 2001 года.

ЗАО «ТехноНИКОЛЬ» является разработчиком и держателем технических условий ТУ 2244-047-17925162-2006 на «Плиты пенополистирольные экструзионные ТЕХНОПЛЕКС» и владельцем словесного товарного знака с приоритетом от 11 мая 2006 года в отношении товаров 01, 17, 19, 27, 35, 37, 42 классов МКТУ по свидетельству № 343166 от 7 февраля 2008 года. Товарный знак состоит из двух фонетически сходных слов «ТехноПлекс» и «TechnoPlex», расположенных одно над другим, при написании которых используется стандартный шрифт.

По лицензионному договору от 1 июля 2008 года № 01-07/08 неисключительное право на использование товарного знака по свидетельству № 343166 передано обществу с ограниченной ответственностью «Завод ТЕХНОПЛЕКС» (город Рязань), которое осуществляет деятельность по производству и реализации теплоизоляционных плит из экструзионного пенополистирола «ТЕХНОПЛЕКС», что подтверждается решением ФАС России от 13 октября 2008 года по делу № 1 14/81 - 08 и представленными в материалы дела фотографиями.

До 2008 года продукция общества «Завод ТЕХНОПЛЕКС» предлагалась потребителям в виде плит бирюзового цвета, в упаковке аналогичной цветовой гаммы. Однако, начиная с 2008 года, на товарном рынке теплоизоляционных плит появилась продукция в упаковке из полиэтиленовой пленки оранжевого цвета,

маркированная словесным обозначением «ТЕХНОПЛЕКС®» эффективная теплоизоляция из экструзионного пенополистирола», сходная с упаковкой теплоизоляционных плит из экструзионного пенополистирола, вводимых в оборот ООО ««ПЕНОПЛЭКС СПБ» с 2002 года. Надпись «ТЕХНОПЛЕКС» на упаковке выполнена схожим с использованным в товарном знаке по свидетельству № 320079 шрифтом (приложение 9). Данная продукция также находится в обращении в городе Санкт-Петербурге.

Помимо этого, тождественное указанному комбинированное обозначение общество «ТехноНИКОЛЬ» разместило на своем Интернет-сайте в виде рекламы по адресу www.technoplex.ru, применив его в отношении материалов из экструзионного пенополистирола.

Анализ действий ООО «ПЕНОПЛЭКС СПБ» и ЗАО «ТехноНИКОЛЬ» по продвижению экструзионного пенополистирола к потребителю, в том числе его рекламирование, в частности, в сети Интернет, позволили Управлению Федеральной антимонопольной службы признать указанные организации конкурирующими хозяйствующими субъектами на рынке теплоизоляционных материалов в определенных географических границах - территория Российской Федерации.

При этом управление пришло к выводу о том, что цветографическое оформление упаковки и плит из экструзионного пенополистирола, используемые ЗАО «ТехноНиколь» с 2008 года, являются элементами фирменного стиля ООО «ПЕНОПЛЭКС СПБ», а обозначение ТЕХНОПЛЕКС, используемое ЗАО ««ТехноНИКОЛЬ» при введении в оборот экструзионного пенополистирола, способно вызвать в сознании потребителей смешение с товарным знаком по свидетельству № 320079, правообладателем которого является ООО «ПЕНОПЛЭКС СПБ».

По мнению управления, ЗАО «ТехноНИКОЛЬ» имело своей целью введение потребителей в заблуждение относительно производителя товара из-за сходства упаковок теплоизоляционных плит «ТЕХНОПЛЕКС» и «ПЕНОПЛЭКС», а также присвоение коммерческого успеха конкурента, поскольку у потребителей экструзионного пенополистирола к 2008 году возникла устойчивая ассоциативная

связь упаковок оранжевого цвета в сочетании с обозначением ПЕНОПЛЭКС с продукцией ООО «ПЕНОПЛЭКС СПБ», о чем свидетельствуют представленные Обществом сведения о затратах на рекламу теплоизоляционных плит со словесным обозначением «ПЕНОПЛЭКС» и объемах их продаж.

Суд согласился с антимонопольной службой, и данные действия были признаны нарушением закона «О защите конкуренции». Однако, на сайте была реклама, использующая изображение сходное до степени смешения с товаром конкурента. Разумеется, привлечь к ответственности за нарушение сразу двух законов в одном действии невозможно, поэтому необходимо выбрать нарушение норм закона о рекламе или закона о защите конкуренции имело. В данном случае, вероятнее всего был выбран закон «О защите конкуренции» в связи с тем, что нарушение было не только в рекламе, но и на этикетках. Скорее всего, антимонопольная служба и суд посчитали, что нарушитель преследовал целью получить именно конкурентное преимущество, а не привлечь внимание рекламой. Хотя, по нашему мнению, нарушение рекламного законодательства имело место, поскольку распространялась спорная реклама в сети интернет.

Относительно некорректного сравнения правоприменительной практики меньше. Большинство судов и антимонопольных органов исходят из того, что если нарушение было выражено исключительно в рекламе, значит, нарушаются нормы рекламного права. Если же нарушение проявилось на информационной вывеске у входа, этикетке товара или даже в наименовании самой организации, то это нарушение антимонопольного законодательства.

В подтверждение тому приведем следующие примеры.

ООО ответственностью «Инвест-силикат-стройсервис» обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с заявлением о признании недействительным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области от 13 сентября 2011 года по делу № Р11/120¹.

¹ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.09.2012 по делу N А70-12469/2011 // Правосудие: судебная практика России URL: <http://pravosudie.biz/data/2012/09/11/page2> (дата обращения: 20.04.2017).

Арбитражным судом установлено и материалами дела было подтверждено, что в газете «Недвижимость. Строительство для всех» от 11 апреля 2011 года № 13 и от 13 июня 2011 года № 22 размещена реклама ООО «Инвест-силикат-стройсервис» следующего содержания: «ООО «Инвест-силикат-стройсервис». Завод силикатных изделий. С нами легко и выгодно строить! ВНИМАНИЕ экологически чистый кирпич. Удельная эффективная активность естественных радионуклидов в 3 раза ниже, чем у керамического кирпича».

ЗАО «Винзилинский ЗКСМ», считая сравнение в указанной рекламе силикатных и керамических кирпичей некорректным, обратилось с заявлением в УФАС Тюменской области.

По результатам рассмотрения заявления административным органом 26 сентября 2011 года вынесено решение, которым реклама ООО «Инвест-силикат-стройсервис» признана ненадлежащей, нарушающей требования пункта 1 части 2 статьи 5 Закона «О рекламе».

Отказывая в удовлетворении заявленного требования, арбитражные суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что в анализируемой рекламе имеет место некорректное сравнение двух товаров, применяемых с одной целью и производимых на одной территории, при этом после прочтения ее текста формируется общая негативная оценка керамического кирпича по отношению к силикатному кирпичу. Распространив спорную рекламу, ООО нарушило пункт 1 части 2 статьи 5 Закона «О рекламе», поскольку допустило некорректное сравнение собственного товара с другим товаром, представив при этом характеристики собственного товара «в выгодном свете» относительно аналогичной характеристики товара, производимого конкурентами.

Кассационная инстанция, оставляя судебные акты без изменения, исходила из следующего.

Законодательство не содержит разъяснений, что можно считать некорректным сравнением, нет и критериев «корректности». В то же время на практике некорректными признаются случаи, когда без видимых оснований аналогичные товары (услуги) иных продавцов (исполнителей, производителей), а также сами

иные продавцы, (исполнители, производители) снабжаются эпитетами, принижающими их качественные характеристики.

При этом общей речевой стратегией такой рекламы является стратегия дискредитации на основе сравнения. Цель (снижение имиджа) достигается в результате применения комплекса приемов, ориентированных на передачу отрицательной информации, направленных на формирование предпочтения к рекламируемому товару (услуге), продавцу (исполнителю, производителю) за счет негативной (зачастую уничижительной) оценки аналогичных товаров (услуг), других продавцов (исполнителей, производителей).

В рекламе ООО «Инвест-силикат-стройсервис» присутствует некорректное сравнение рекламируемого силикатного кирпича с другим аналогичным - керамическим кирпичом путем указания на наличие у него удельной эффективной активности естественных радионуклидов, превышающих в 3 раза их наличие в рекламируемом кирпиче, поэтому ее нельзя признать надлежащей по данному критерию. Из формы подачи и смысла рекламной информации вытекает явная негативная оценка керамического кирпича, как аналогичного, производимого обществом, и некорректное сравнение его с конкурирующим товаром.

Действительно, в данном случае информация была передана посредством рекламы в газете, следовательно, признана была нарушением рекламного законодательства.

Другое нарушение было зарегистрировано в 2014 году в Москве. Рекламируя шубы с утверждением «КАЛЯЕВ: наши шубы лучше алефа. Качество шуб Каляев лучше алефа», меховая фабрика «Каляев» также нарушила требования Закона в части запрета некорректного сравнения. Комиссия ФАС России признала такую рекламу недостоверной и предписала меховой фабрике «Каляев» прекратить нарушение и возбудила дело об административном правонарушении.

Дело по признакам нарушения законодательства о рекламе ФАС России возбудила по обращению ООО «Пятигорская меховая фабрика «АЛЕФ»» с претензией к рекламе меховой фабрики «Каляев», распространявшейся в мае 2014 года в рекламной системе «Яндекс. Директ» в сети Интернет. Использованное в

рекламе утверждение «КАЛЯЕВ: наши шубы лучше алефа. Качество шуб Каляев лучше алефа» свидетельствует о превосходстве продукции меховой фабрики «Каляев» над аналогичными товарами, производящимися на меховой фабрике заявителя - ООО «Пятигорская меховая фабрика «АЛЕФ»».

Антимонопольный орган привел следующие аргументы: при использовании в рекламе каких-либо сравнительных характеристик, которые указывают на превосходство товара над товарами иных производителей (например, «лучший»), должны быть указаны те конкретные критерии, по которым осуществляется сравнение и которые обосновывают данное утверждение.

В рекламе шуб «Каляев» не приведены критерии сравнения, и соответственно, невозможно установить обоснованность того, что продукция меховой фабрики «Каляев» действительно «лучше» продукции меховой фабрики ООО «Пятигорская меховая фабрика «АЛЕФ»». В связи с этим, реклама шуб меховой фабрики «Каляев» противоречит требованиям пункта 1 части 2 и пункта 1 части 3 статьи 5 Закона «О рекламе».

Другой пример: Московское УФАС России рассмотрела жалобу ООО «Агроторг» (далее по тексту – Заявитель) в отношении ООО «НОТА» дело по признакам нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции»¹.

Эти два общества являются конкурентами на рынке розничной торговли продуктами питания и товарами народного потребления и осуществляют свою деятельность, в том числе, на территории района Северное Тушино. Заявитель владеет сетью универсамов «Пятерочка», в то время как ООО «НОТА» является владельцем универсама «Троечка» (приложение 10).

Как указывает в своей жалобе Заявитель, ООО «НОТА» нарушает его права и законные интересы путем использования в своем магазине вывески, сходной до степени смешения с вывеской супермаркетов «Пятерочка». По запросу Московского

¹ Постановление Московского УФАС от 11.09.2016 по делу № А70-14699/2016 // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://solutions.fas.gov.ru/documents/> (дата обращения: 20.04.2017).

УФАС Федеральной службой по интеллектуальной собственности была подготовлена справка, подтверждающая доводы Заявителя.

В данном случае, действительно, шрифт, используемый для написания названия универсама «Трочка» идентичен шрифту «Пятерочки», а цифра три, обведенная белым кругом, схожа с цифрой пять. К тому же, используются схожие цвета. Все это, в совокупности, приводит к сходству до степени смешения двух универсамов. Данное действие ООО «Нота» было признано нарушением закона «О защите конкуренции», поскольку было доказано не только сходство. Целью ООО «Нота» явилось использование уже разрекламированного бренда «Пятерочка» для привлечения покупателей.

Однако, не всегда государственный орган, вынося решение, отталкивается от целей и нарушенного права. В ноябре 2011 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Тверской области поступила информация о размещении рекламы с текстом следующего содержания: «Astra и никаких ФОКУСОВ»¹. По мнению заявителя, реклама содержала некорректные сравнения рекламируемого товара с другим находящимся в обороте товаром, который произведен другим изготовителем или реализуется другими продавцами, что нарушает требования статьи 5 Закона «О рекламе».

Управление пришло к выводу, что данная реклама содержала некорректные сравнения рекламируемого товара (автомобилей марки «Опель» модели «Астра» (Astra) с находящимися в обороте товарами (автомобилями марки «Форд», модели Focus), которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

Решением управления от 19 апреля 2012 года по делу № 05-6/2-02-2012 указанная реклама признана ненадлежащей, рекламодатель признан нарушившим требования пункта 1 и 4 части 2 статьи 5 Закона «О рекламе».

¹ Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2013 по делу № А66-7255/2012 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 04.05.2017).

Суд согласился с управлением и подтвердил, что употребляемое в рекламе выражение «ASTRA и никаких FOKУCOB» содержит сравнение автомобилей «Опель-Астра» с автомобилями «Форд-Фокус», при этом акцентируется превосходство автомобиля «Опель-Астра» по сравнению с автомобилем «Форд-Фокус», что направлено на получение преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности, в рекламе указано на превосходство товаров заявителя и его магазина без указания критериев первенства объектов рекламирования. Путем размещения такой рекламы общество заявляет о себе как о продавце лучшего товара либо указывает на то, что конкурирующий товар хуже рекламируемого.

Следовательно, в результате использования в рекламе такой сравнительной характеристики при отсутствии фактического и документального обоснования рекламируемый товар воспринимается потребителями как первый по всем возможным показателям и реклама может ввести их в заблуждение относительно потребительских свойств и качеств товаров при их выборе.

Кроме того, данное сравнение является некорректным.

В рекламном тексте в слове «FOKУCOB» использована английская буква «F», используемая в наименовании автомобиля Ford Focus. Автомобиль Ford Focus занимает первое место по продаваемости среди других автомобилей производимых компанией Ford, что усиливает смысловую нагрузку при сравнении автомобилей.

Разумеется, аргументы представителя рекламодателя о том, что слово «Фокус» употреблено в рекламе в значении «искусный», «трюк», «номер», «демонстрирующий необъяснимые (с точки зрения зрителя) эффекты», «чудеса», а не в значении модели марки «Форд» не был принят, так как при просмотре рекламы у ее потребителя объективно возникает ассоциация, связанная со сравнением автомобилей моделей «Астра» и «Фокус», поскольку отсутствует другое логичное объяснение использованной в рекламе фразы.

В итоге данная реклама признана нарушающей рекламное законодательство, несмотря на то, что рекламная конструкция располагалась на расстоянии 200 метров от автосалона «Ford motors company» и, велика вероятность,

что нарушитель преследовал целью каким-либо образом показать потребителю преимущество своего товара, перед товарами конкурента.

Безусловно, необходимо детально и всесторонне исследовать каждое нарушение и выбирать в каждом конкретном деле правовую норму, исходя из целей, которые преследовал нарушитель, в зависимости от того, какое общественное отношение наиболее пострадало, и какой из законов в конкретном случае целесообразнее применить для наиболее справедливого разрешения спора. Однако, такой подход, по нашему мнению, не решает проблему полностью, поскольку оставляет большой простор для субъективной оценки. А возможность оценивать нарушения каждый раз индивидуально приводит к отсутствию единого подхода и порождает абсолютно разные решения по аналогичным делам.

Например, в ФАС России в октябре 2014 года поступило обращение Национального союза производителей молока (Союзмолоко) с указанием на признаки нарушения законодательства в рекламе молока ООО «Талицкий молочный завод», распространяющейся в городах Екатеринбург и Тюмень¹.

Согласно представленной ООО «Талицкий молочный завод» информации реклама молока этого ООО распространялась в региональном эфире федеральных телеканалов: «Россия-1», «НТВ», «Первый канал», «Рен ТВ», «Пятый канал», «ТВ-Центр», «ТНТ», «СТС». Также реклама данной продукции распространялась на рекламных конструкциях в Екатеринбурге и в Тюмени.

Видеоряд рекламного ролика демонстрировал процесс наполнения стакана молоком, одновременно диктор сообщал: «Это молоко, прошедшее процессы нормализации и стерилизации. Кипячение при высоких температурах нейтрализует естественную микрофлору, что позволяет молоку храниться дольше».

Следующий видеоряд показывает три пустых стакана, и диктор за кадром сообщает: «А это молоко из Талицы... (пауза). Мы бы с радостью его показали, но оно уже закончилось».

¹ Решение по делу № 3-00-45/00-08-14 по признакам нарушения законодательства о рекламе от 09 октября 2014 года // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://solutions.fas.gov.ru/attachment/14542> (дата обращения: 20.04.2017).

Далее появляется мальчик, выпивает четвертый стакан «Талицкого молока» и говорит: «Натуральное не должно храниться долго».

Завершается видеоролик кадром, на голубом фоне которого содержатся изображение бутылки молока ООО «Талицкий молочный завод» и текст: «Талица молоком славится», «Натуральное долго не хранится». Одновременно диктор за кадром сообщает: «Талица молоком славится». В кадре мальчик ставит пустой стакан на стол и закадровым детским голосом сообщает: «Срок хранения всего 5 суток».

На рекламных конструкциях реклама распространялась в двух вариантах.

1) на голубом фоне содержались изображения пустого стакана и полупустой бутылки, сопровождаемые утверждениями: «Талица молоком славится», «Натуральное долго не хранится», «Срок хранения всего 5 суток» (приложение 11):

2) на голубом фоне содержались изображения четырех пустых стаканов и полупустой бутылки молока, сопровождаемые утверждениями: «Талица молоком славится», «Натуральное долго не хранится», «Срок хранения всего 5 суток» (приложение 12).

Из рекламы следовало, что молоко ООО «Талицкий молочный завод» со сроком годности 5 суток (без указания на способ его термической обработки – пастеризацию) сравнивалось по критерию натуральности с молоком, срок хранения которого более 5 суток, в частности с молоком, прошедшем процесс нормализации и стерилизации и, имеющем срок годности до 6 месяцев. Данное сравнение является некорректным.

Таким образом, реклама молока ООО «Талицкий молочный завод» с утверждением: «Натуральное долго не хранится» и указанием на срок его хранения 5 суток, была признана антимонопольной службой нарушением пункта 1 части 2 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

Как уже отмечалось, частично цели рекламного и конкурентного законов пересекаются. В этой связи, например, Князева И.В. утверждает, что защита от недобросовестной конкуренции является одной из основных целей законодательства о рекламе, для реализации которых оно устанавливает ряд четко определенных

требований к производству и распространению рекламы, и их нарушение ведет к получению «необоснованных преимуществ по сравнению с добросовестно хозяйствующим субъектом».

На практике нарушителей, конечно, чаще всего привлекают к ответственности на основании статьи 14.3 КоАП РФ «Нарушение законодательства о рекламе». Это происходит ввиду указания в статье 14.33 КоАП РФ «Недобросовестная конкуренция» на невозможность применения ответственности по данной статье, если в действиях лиц есть признаки нарушения Закона о рекламе.

Все более или менее понятно, например, в случае с указанием на превосходство товара. Проанализировав антимонопольную практику по делам связанным с рекламой, являющейся актом недобросовестной конкуренции, можно заметить, что позиционирование продукции как «товар номер один» без указания оснований и критериев такого преимущества – это, чаще всего, признается дискредитацией, то есть недобросовестной конкуренцией. В случае, если же указание на продукцию как на лучший товар выражается распространением рекламы, ответственность должна наступить на основании статьи 14.3 Кодекса об административных нарушениях РФ «Нарушение законодательства о рекламе».

Как пример, можно рассмотреть рекламу фитнес-клубов «World Class» в Москве, содержащую слоган «Сеть фитнес-клубов № 1» (приложение 13). При этом в рекламе не назывались конкретные критерии, по которым проводилось сравнение и, которые имели объективное подтверждение.

Разумеется, представители фитнес-клуба аргументировали данный слоган тем что словосочетание «Сеть фитнес-клубов № 1» включено в товарный знак «World Class». Однако даже этот факт, по заключению антимонопольного органа, не освобождает рекламодателя от обязанности подтвердить свое преимущество и звание клуба №1. «World Class» же не только не сообщил в рекламе, информацию, позволяющую считать его «номером один», но и не смог подтвердить антимонопольному органу свое лидерство по таким критериям, как стоимость абонемента или разнообразие предлагаемых услуг.

Хотя данным способом распространялась не только реклама. На вывеске у входа в клуб, которая не является рекламой, присутствовала фраза «Сеть фитнес-клубов №1».

Однако, если превосходство продукции выражается по-другому, например путем размещения надписи «Питьевая вода № 1 лучшая на Урале» или «Икра № 1» на этикетке товара, нарушители будут привлекаться к ответственности на основании статьи 14.33 КоАП РФ «Недобросовестная конкуренция». Причем, важно отметить, что для признания такой этикетки, нарушающей законодательство, на ней не должно быть указано критериев, опросов и наград, на основании которых она признана лучшей.

Отметим также, что согласно законодательству, если и указывать на этикетке превосходство товара перед конкурентами, то это превосходство нужно обязательно подкрепить основаниями. Это могут быть опросы покупателей, конкурсы и тому подобное.

Например, в 2012 году Московским УФАС было рассмотрено дело ООО Белорусско-германского совместного предприятия «Санта Бремор» (СП «Санта Бремор») и ООО «Бремор-Регион» о нарушении антимонопольного законодательства ООО «Самарский майонезный завод», выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с введением в заблуждение в отношении производителя продуктов питания «Икра классическая № 1», «Икра с копченым лососем № 2» и «Икра подкопченная № 3»¹

В ходе рассмотрения дела было выявлено, что заявители осуществляют деятельность на товарном рынке рыбы и морепродуктов Российской Федерации, в частности, ООО СП «Санта Бремор» с 2002 года осуществляет поставки на территорию Российской Федерации икры мойвы «Икра деликатесная классическая № 1», «Икра деликатесная с копченым лососем № 2» и «Икра деликатесная подкопченная № 3». ООО «Бремор-Регион» с 2007 года вводит в гражданский

¹Решение от 04.06.2012 № 08/17598 о нарушении антимонопольного законодательства // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://fas.gov.ru/upload/documents/archive/e55ce0122> (дата обращения: 04.05.2017).

оборот на территории Российской Федерации указанные продукты питания производства ООО СП «Санта Бремор».

В 2004 году икра деликатесная «Икра № 1» производства ООО СП «Санта-Бремор» удостоилась золотой медали лауреата международного конкурса «Лучший продукт-2004» («ПРОДЭКСПО-2004», город Москва). В 2002 году икра деликатесная «Подкопченная» производства ООО СП «Санта Бремор» награждена серебряной медалью участника конкурса «ПРОДУКТ ГОДА-2002» Международного профессионального конкурса продуктов питания и напитков 2002 (WorldFood, город Москва).

В ноябре 2011 года заявителями была обнаружена на рынке Российской Федерации икра мойвы «Икра классическая № 1», «Икра с копченым лососем № 2», «Икра подкопченная № 3» производства ООО «Самарский майонезный завод» (приложение 14). Было также доказано, что товарный знак «Береста», указанный на крышечке икры принадлежит ООО «Самарский майонезный завод». При этом, было выявлено, что ООО «Самарский майонезный завод» скопированы этикетки икры мойвы производства ООО СП «Санта Бремор», в частности:

- скопировано композиционное построение, в том числе его отдельные словесные и изобразительные элементы;
- использовано идентичное цветовое решение отдельных словесных и изобразительных элементов;
- повторены характерные оригинальные изобразительные элементы.

После всестороннего исследования УФАС России признало действия ООО «Самарский майонезный завод» на товарном рынке рыбы и морепродуктов Российской Федерации, связанные с введением в заблуждение в отношении производителя пресервов из икры мойвы «Икра классическая № 1», «Икра с копченым лососем № 2» и «Икра подкопченная № 3» под наименованием «Береста», актом недобросовестной конкуренции, противоречащим пункту 2 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции».

Однако, не все голосования и победы в конкурсах на лучший товар могут быть приняты как надлежащее обоснование преимущества. Доказательством тому служит решение по делу в отношении ООО «ПТО «ТЕХ-КРЕП»¹.

Рассматривая заявленное по делу требование в части признания недействительными решения и предписания, суды двух инстанций установили, что поводом для возбуждения антимонопольным органом дела о нарушении законодательства о рекламе послужило обращение предпринимателя Каменева Ю.Н. с претензиями относительно рекламы крепежной продукции марки «Tech-KREP», содержащей, помимо прочего, утверждение «Строительный крепеж № 1» (приложение 15).

Оценивая сущность утверждения «Строительный крепеж № 1», суды отметили, что подобное суждение прямо указывает на превосходство рекламируемого товара в сравнении с другими товарами, поскольку «№ 1» подразумевает, что рекламируемый товар является первым из числа других однородных товаров, обладая более высокими достоинствами и преимуществом перед ними. При этом каких-либо сравнительных критериев, обосновывающих подобное указание, в спорной рекламе не приведено.

Суды не признали в качестве подтверждающей спорное утверждение сноску на итоги голосования премии «Марка № 1». Данная премия присуждается в области построения брендов и не может расцениваться как положительное признание потребительских качеств, производимых под конкретной маркой товаров.

Судом апелляционной инстанции также признан несостоятельным довод общества о том, что утверждение «№ 1» относится к бренду «Tech-KREP», а не к словосочетанию «строительный крепеж». При этом суд отметил, что особенности отображения спорных элементов рекламы формируют у конечных потребителей восприятие единого словосочетания «Строительный крепеж № 1».

¹ Об отмене решения и предписания о нарушении законодательства РФ о рекламе: Постановление ФАС Московского округа от 20.02.2014 N Ф05-440/2014 по делу № А40-72706/2013 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 04.05.2017).

С учетом установленных по делу фактических обстоятельств, суд кассационной инстанции счел правильным вывод судов двух инстанций о соответствии законодательству оспариваемого решения и выданного на его основе предписания.

В комментарии к Закону «О рекламе», подготовленном Бадаловым Д.С., Василенковой И.И., Карташовым Н.Н., Котовым С.Ф. и Никитиной Т.Е., говорится о том, что рекламу можно рассматривать как акт недобросовестной конкуренции только при условии, что ее распространение способно нести в себе угрозу наступления неблагоприятных последствий для имущественной и (или) неимущественной сферы конкурента. Коллектив авторов указывает следующее: «когда признаки недобросовестной конкуренции проявляются в рекламе, положение пункта 4 части 2 статьи 5 Закона «О рекламе» действует в системной связи с положениями статьи 14 Закона «О защите конкуренции» и квалифицирует действия рекламодача как недобросовестную конкуренцию, а рекламу – как акт недобросовестной конкуренции»¹.

Но отметим, что законодательно такие разъяснения не закреплены.

Безусловно, такой подход даже поддержан Пленумом Верховного суда Российской Федерации. Однако, на наш взгляд не совсем правильно признавать подобные действия нарушением законодательства о рекламе. Когда размещается реклама, которая каким-либо образом дискредитирует конкурента в глазах потребителя, то ему (конкуренту) наносится вред, который сложно восстановить просто убрав недобросовестную рекламу.

Рассмотрим следующую реальную ситуацию. Человек видит в рекламном буклете магазина «Галамарт» фразу: «Мы не ФИКСируем цены. Мы их снижаем!» (приложение 16).

При просмотре такой рекламы у потребителя объективно возникает ассоциация, связанная со сравнением сети магазинов «Галамарт» и сети магазинов

¹ Постатейный комментарий к Федеральному закону «О рекламе» / Д. С. Бадалов, И. И. Василенкова, Н. Н. Карташов и др. - М.: Статут, 2012. - С. 112.

фиксированных цен «ФИКСпрайс» (приложение 17). Причем, понятно, что выгоднее для потребителя приобрести товар там, где цены ниже, а не зафиксированы на определенном уровне и, возможно, даже выше, чем в «Галамарте». Данная реклама, безусловно, не является добросовестной. Безусловно, нарушение закона в данной рекламе имеется. Но, по нашему мнению, целью «Галамарта» было вызвать негативное отношение потребителя к ценовой политике «ФИКСпрайса».

В данном случае отношения между двумя хозяйствующими субъектами были затронуты намного сильнее – в результате такой рекламы пострадала деловая репутация магазина фиксированных цен.

Проанализировав практику рассмотрения споров ФАС и ее территориальных органов, а также судебных органов, мы видим, что решения по аналогичным неоднозначны. К тому же, некоторые предприниматели используют рекламу как метод борьбы с конкурентами, нарушая тем самым сразу два закона. И ответственность может наступить за нарушение норм, предусмотренных как тем, так и другим законом. Однако, закон о рекламе в большей части защищает потребителя, который от такой рекламы пострадал меньше, чем конкурирующий хозяйствующий субъект.

Практика показывает, что такая свобода в выборе норм приводит к отсутствию единообразной практики судов и антимонопольных органов. Единая же практика качественно улучшает процесс рассмотрения аналогичных дел. А наличие коллизий, наоборот, ведет не только к разрозненности понимания подходов к разрешению дел, но и усложняет работу антимонопольных и судебных органов, увеличивает число обжалований.

Глава 3. Российский и зарубежный опыт применения законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренции

3.1. Зарубежное законодательство и практика, регулирующие отношения в области недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции

Большой интерес представляет зарубежное законодательство, регулирующее отношения, связанные с недобросовестной конкуренцией и недобросовестной рекламой. Но для начала необходимо обратиться к такому международному акту, как Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС). В них рассмотрим положения статьи 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, запрещающей ложные утверждения о деятельности конкурента или его продуктах, где указывается на такой вид рекламы, как сравнительная: в целях сбыта своих собственных продуктов утверждается, что продукты конкурента не являются безопасными. Этот пример очень похож на недобросовестную рекламу, запрещенную российским законодательством.

Для начала рассмотрим регулирование недобросовестной рекламы и конкуренции в странах ближнего зарубежья. Согласно статье 16 Закона Республики Казахстан от 25 декабря 2008 года «О конкуренции», заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама признается актом недобросовестной конкуренции¹.

Также следует обратиться к закону Республики Казахстан от 19 декабря 2003 года № 508-III «О рекламе»². Статья 7 данного закона говорит о том, какая реклама относится к недобросовестной. А собственно недобросовестная реклама

¹ О конкуренции: Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 года № 112-IV // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2008. – № 10. – Ст. 84.

² О рекламе: Закон Республики Казахстан от 19 декабря 2003 года № 508-III // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2003 г. – № 24. – Ст. 174.

регулируется уже антимонопольным законодательством. Таким образом, мы видим, что в Казахстане не возникает подобной коллизии, а любая недобросовестная реклама признается недобросовестной конкуренцией, согласно действующему в Республике законодательству.

Немного иначе дела с оценкой недобросовестной рекламы обстоят в Республике Беларусь. Однако, и там нарушение конкурентного законодательства посредством рекламы рассматривается как недобросовестная конкуренция.

Так, согласно статье 16 Закона Республики Беларусь от 12 декабря 2013 года № 94-З «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» недобросовестной конкуренцией признается незаконное использование хозяйствующим субъектом не принадлежащего ему фирменного наименования, товарного знака (знака обслуживания), географического указания на товарах, их упаковках, вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, в рекламных материалах, печатных средствах массовой информации и иной документации, в том числе введение в гражданский оборот товаров с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, средств индивидуализации участников гражданского оборота или их товаров¹.

В Законе Республики Беларусь от 10 мая 2007 года № 225-З «О рекламе»² не говорится ничего о недобросовестной конкуренции, лишь приводятся виды ненадлежащей рекламы.

Следовательно, по белорусским законам, только такой рекламный метод, как использование чужих средств индивидуализации в рекламе, является недобросовестной конкуренцией.

В статье 2 Закона Германии «О борьбе с недобросовестной конкуренцией» от 03 июля 2004 года (с изменениями в 2010 году) содержится запрет на недостоверную рекламу как акт недобросовестной конкуренции в виде указания на недопустимость наличия в публичных объявлениях или сообщениях, рассчитанных

¹ О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции: Закон Республики Беларусь от 12 декабря 2013 года №94-З // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. – 2013. – № 2/2092.

² О рекламе: Закон Республики Беларусь от 10 мая 2007 года №225-З // Народная газета. – 2007. – №171.

на более или менее широкий круг лиц, неверных сведений о торговых отношениях, в частности о качестве, происхождении, способе производства или источниках получения товаров¹. При этом, отдельного закона, регулирующего исключительно рекламу, в Германии нет. Однако, в вышеуказанном законе, регулирующем борьбу с конкуренцией, есть общий запрет совершать в деловом обороте действия, имеющие целью конкуренцию и нарушающие добрые нравы. Это создает определённый простор в правоприменении и дает возможность относить к таким действиям любую недобросовестную рекламу, в том числе.

Согласно статье 9 Закона Китайской народной республики «О недобросовестной конкуренции» от 2 сентября 1993 года, предпринимателям запрещается с помощью рекламы вести пропагандистскую работу, которая может ввести в заблуждение потребителя относительно качества, характеристик, сферы применения, производителя, срока годности, месте происхождения и составе товара². Как видим, в Китае запрещено использовать рекламу как метод конкурентной борьбы за потребителя. Однако, в конкурентном законе Китая уделено внимание лишь такому виду ненадлежащей рекламы, как недостоверная реклама. В частности, за введение в заблуждение потребителя посредством рекламной деятельности предприниматель будет привлечен к ответственности по Закону «О недобросовестной конкуренции».

Важно отметить, что сама по себе, рекламная деятельность в Китае строго регулируется государством. В качестве основных нормативных актов, регулирующих вопросы осуществления рекламной деятельности в стране, выделяются следующие: Закон Китайской народной республики от 01 февраля 1995 года «О рекламе»; Положения о контроле над рекламой от 30 ноября 2004 года и Меры по контролю над рекламой, осуществляемой в печатной форме от 01 января 2005 года.

¹ О борьбе с недобросовестной конкуренцией: закон Германии от 31 марта 2010 года // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=10009> (дата обращения: 14.05.2017).

² О борьбе с недобросовестной конкуренцией: закон Китайской Народной Республики от 2 сентября 1993 года // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=849> (дата обращения: 14.05.2017).

В свою очередь, Закон Монголии от 06 июня 2010 «О конкуренции»¹ также упоминает в 10 статье о том, что хозяйствующему субъекту запрещается рекламировать свои товары в сравнении с идентичными, производимыми конкурентами. Согласно этому закону, недобросовестной конкуренцией признается так называемая сравнительная реклама. Однако, в Законе Монголии от 30 июля 2002 годам «О рекламе»², аналогично российскому законодательству, указывается запрет на незаконную рекламу, в том числе ненадлежащую. К такой относится реклама, наносящая вред деловой репутации конкурента, идентичная, а также реклама, призывающая к враждебности, ложная и неэтичная.

Представляет интерес практика регулирования недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции в Болгарии. В этой стране в 2008 году принят закон «О защите конкуренции»³, который регулирует, в том числе, и рекламу. Дело в том, что в законе глава седьмая носит название «Запрет на нечестную конкуренцию» и запрещает определенные виды рекламы. К таким запретам относятся:

- запрет на рекламу, которая может нанести ущерб репутации конкурентов;
- запрет на сравнительную рекламу. Под сравнительной понимается любая реклама, которая явно или косвенно идентифицирует конкурента или предлагаемые товары или услуги;
- запрет на имитацию, то есть предложение товаров или услуг с внешним видом упаковки, которые вводят в заблуждение или могут привести к тому что, потребители спутают происхождение, производителя.

Закона же, регулирующего отдельно рекламу, в Болгарии, нет. Отношения связанные с рекламой регулируется законодательством о конкуренции, а также иными законами, например, законом Болгарии «Об адвокатуре», запрещающим рекламу адвокатов и опубликование их имен. Следовательно, в Болгарии любая

¹ О конкуренции: закон Монголии от 6 июня 2010 года // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=8309> (дата обращения: 14.05.2017).

² О рекламе: закон Монголии от 30 июля 2002 года // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=15360> (дата обращения: 14.05.2017).

³ О защите конкуренции: закон Болгарии от 28 ноября 2008 года // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=11489> (дата обращения: 14.05.2017).

недобросовестная реклама априори признается недобросовестной конкуренцией и санкции наступают именно по закону «О конкуренции».

В Грузии порядок регулирования недобросовестной конкуренции, которая выражается путем распространения рекламы, схож с порядком регулирования в Казахстане. Согласно Закону Грузии «О конкуренции» от 21 марта 2014 года № 2159 существует запрет на недобросовестные деяния экономических агентов. В данной статье говорится о том, что не допускается недобросовестная конкуренция. Кроме того, разъясняется, что для целей настоящего закона недобросовестной конкуренцией считается деяние экономического агента, противоречащее нормам деловой этики и ущемляющее интересы конкурентов и потребителей, в частности, положение о передаче с использованием любых средств коммуникации информации о товарах (в том числе путем ненадлежащей, недобросовестной, недостоверной или явно фальсифицированной рекламы), создающей у потребителя неправильное представление и тем самым побуждающей к определенному экономическому деянию¹.

В свою очередь, рекламное законодательство Грузии конкретизирует закон «О конкуренции», разъясняя, что именно относится к ненадлежащей, недобросовестной, недостоверной или явно фальсифицированной рекламе.

На Ямайке действует закон, который носит название «О добросовестной конкуренции»². Это закон запрещает ложную рекламу. В свою очередь, под ложной рекламой понимается реклама любого товара, который продавец не собирается продавать или цена, которая не соответствует действительности, с целью ввести в заблуждение потребителя.

Из проведенного анализа (приложение 18) мы видим, что законодательство некоторых зарубежных стран о защите от недобросовестной конкуренции также относит к сфере своего применения недобросовестную рекламу. Только в одной из указанных стран акт недобросовестной конкуренции, если он выражен в рекламе,

¹ О конкуренции: закон Грузии от 21 марта 2014 года № 2159 // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=10914> (дата обращения: 14.05.2017).

² О добросовестной конкуренции: Закон Ямайки от 09 марта 1993 года // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=2593> (дата обращения: 14.05.2017).

признается нарушением рекламного законодательства. Однако, в этой же стране сравнительная реклама отдельно признается недобросовестной конкуренцией.

Однако, в большинстве стран действует правило, согласно которому, если предприниматель, например, некорректно сравнил свой товар с товаром конкурента, при этом использовал рекламу, как форму донесения этого до потребителя, то такое нарушение будет считаться нарушением законодательства о конкуренции.

3.2. Анализ подходов к разрешению вопросов соотношения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции

В России вопрос соотношения законодательства о рекламе и о конкуренции стал актуальным достаточно давно: после 2006 года, когда вступили в действие Законы «О рекламе» и Закон «О защите конкуренции». А говорить о рекламе как о форме недобросовестной конкуренции начали еще в начале 2000-х годов. В это время Куликова Ю.С. занималась изучением ненадлежащей рекламы как формы недобросовестной конкуренции. В частности, Куликовой Ю.С. рассмотрены вопросы, касающиеся соотношения ненадлежащей рекламы и недобросовестной конкуренции с точки зрения гражданского и предпринимательского права.

Уже позднее, в 2007 году Следь Ю.Г. также исследовал вопрос соотношения рекламы и конкуренции. Однако, основой его исследования была уголовно-правовая защита от недобросовестной конкуренции. Но даже в контексте уголовного права, Ю.Г. Следя заинтересовало, какой же закон применять в случае наличия в одной рекламе составов, запрещенных одновременно и Законом «О рекламе» и Законом «О защите конкуренции».

Согласно Закону «О рекламе», под ненадлежащей понимается реклама, которая нарушает законодательство Российской Федерации. К таковой относится, помимо, недобросовестной еще и недостоверная. По нашему мнению, необходимо разграничивать эти понятия. Решением вопросов соотношения недобросовестной

рекламы и недобросовестной конкуренции занимался Григорьев Д.А. В своей статье «Понятия «недобросовестная реклама» и «недобросовестная конкуренция» в российском законодательстве»¹, автор обращал внимание, в том числе, и на вопрос разграничения ответственности за нарушение рекламного и антимонопольного законодательства. Григорьев Д.А. предлагает признавать нарушение норм о недобросовестной конкуренции в рекламе нарушением антимонопольного закона.

Также, по мнению Лапшиной Д.В., Закон «О защите конкуренции» имеет приоритет над Законом «О рекламе», так как действия, нарушающие законодательство о рекламе с целью получения преимуществ перед другими лицами, должны признаваться недобросовестной конкуренцией, и возможность причинения убытков конкурентам такими действиями презюмируется².

Мы полностью согласны с данной позицией. Считаем, что в случае распространения рекламы, нарушающей одновременно два вышеназванных закона, целью имеется именно недобросовестная конкуренция, а совсем не сообщение информации о товаре. В данном случае реклама выступает лишь средством, с помощью которого распространяется недостоверная или некорректная информация в отношении конкурента (товаров конкурентов).

С этим соглашается и Зименкова О.Н., считая верным сводить практически все действия недобросовестной конкуренции к ложной, мошеннической рекламе, направленной либо на восхваление с помощью недобросовестных приемов товаров, продукции и услуг лица, создающего такую рекламу, либо на дискредитацию товаров и продукции конкурента и тем самым привлечение к себе клиентуры, то есть «рекламу наоборот»³.

К тому же, Тотьев К.Ю., считает, что недобросовестная реклама и недобросовестная конкуренция соотносятся не как специальный и общий составы, а

¹ Понятия «недобросовестная реклама» и «недобросовестная конкуренция» в российском законодательстве // Предпринимательство и право: информационно-аналитический портал URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=6223> (дата обращения: 17.05.2017).

² Лапшина Д.В. Ненадлежащая реклама и недобросовестная конкуренция // Конкуренция и право. – 2011. – №4. – С.10-11.

³ Зименкова О.Н. Правовое регулирование конкурентных отношений в России и за рубежом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. - М., 1984. - С. 8.

как общий и специальный запреты, по его мнению, все акты недобросовестной конкуренции с применением рекламы входят в состав недобросовестной рекламы, потому, должны признаваться недобросовестной рекламой.

Следует отметить, что в настоящее время данная позиция противоречит позиции некоторых судов, которые, пытаясь устранить коллизию и обосновать применение в конкретном случае рекламного, а не антимонопольного законодательства, ссылаются на пункт 4 части 2 статьи 5 Закона «О рекламе».

Малютина О.А., исследуя коллизию норм между ненадлежащей рекламой и недобросовестной конкуренцией, полагает, что соотношение понятий «ненадлежащая реклама» и «недобросовестная конкуренция» следует представлять не как часть и целое, а как взаимопересекающиеся области, где ненадлежащая реклама может одновременно отвечать признакам недобросовестной конкуренции и входить в состав такого сложного деяния, как недобросовестная конкуренция¹.

Как видим, вопрос исследования рекламы как формы недобросовестной конкуренции стоит перед российскими исследователями уже более пятнадцати лет и сегодня не теряет своей актуальности. Разные авторы предлагают разные решения. Одни считают, что нарушение норм конкурентного закона в рекламе следует признавать нарушением рекламного законодательства. Другие же, наоборот, полагают, что необходимо нарушение норм закона о защите конкуренции, даже если оно выражено в рекламе, признавать нарушением Закона «О защите конкуренции».

Помимо выявления проблемы соотношения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции, уже было предложено несколько вариантов ее решения. К примеру, Дорогова Е.В. предлагает следующий способ. По ее мнению, чтобы избежать коллизии составов, правоприменителю следует в каждом конкретном деле выбирать подходящую норму, исходя из того, какое общественное

¹ Малютина О.А. Ненадлежащая реклама и недобросовестная конкуренция: коллизия или конкуренция норм // Юридическая техника. – 2017. – №11. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/nenadlezhaschaya-reklama-i-nedobrosovestnaya-konkurenciya-kolliziya-ili-konkurenciya-norm> (дата обращения: 16.05.2017).

отношение наиболее пострадало, какую цель преследовал правонарушитель, и какой закон в конкретном случае лучше восстановит справедливость¹.

Безусловно, при решении дела следует учитывать цели, которые преследовал нарушитель, и рассматривать спор индивидуально. Однако, полагаем, что это не решит проблемы полностью, поскольку появится возможность решать дело, оценивая ситуацию субъективно.

В свою очередь, Григорьев Д.А. считает, что для устранения коллизии не следует применять нормы Закона «О рекламе» как специальные по отношению к общим нормам Закона о защите конкуренции в силу ряда причин. Во-первых, указанное соотношение правовых норм обычно используется законодателем в рамках одной главы или статьи общего законодательного акта, а это не применимо к двум разным законам, к тому же, одинаковым по юридической силе. Во-вторых, с точки зрения формальной логики понятие «ненадлежащая реклама» нельзя рассматривать как видовое (специальное) по отношению к родовому (общему) понятию «недобросовестная конкуренция», поскольку первое не содержит всех признаков, присущих второму. Так, для состава ненадлежащей рекламы не требуется устанавливать конкурентные отношения между потерпевшим и виновным хозяйствующими субъектами (для состава недобросовестной конкуренции этот признак обязательный)².

Следует согласиться с точкой зрения Григорьева Д.А., поскольку, действительно, сложно рассматривать два разных понятия, имеющих различные признаки и, содержащихся в двух законах, регулирующих разные общественные отношения как общее и специальное относительно друг друга.

В свое время Следь Ю.Г. в рамках диссертационного исследования, предложил внести изменения в Закон «О защите конкуренции» в целях

¹ Дорогова Е.В. Соотношение недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы // Правопорядок: история, теория, практика. – 2013. – №1 (1). URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/sootnoshenie-nedobrosovestnoy-konkurentsii-i-nenadlezhashey-reklamy> (дата обращения: 16.05.2017).

² Понятия «недобросовестная реклама» и «недобросовестная конкуренция» в российском законодательстве // Предпринимательство и право: информационно-аналитический портал URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=6223> (дата обращения: 17.05.2017).

единообразного понимания сути нарушений в области рекламы, заменив запрет на некорректное сравнение товаров общим запретом на ненадлежащую рекламу как отдельный вид недобросовестной конкуренции. Таким образом, Следь Ю.Г. предложил новую общую норму в Закон «О защите конкуренции», запрещающую любую ненадлежащую рекламу как форму недобросовестной конкуренции.

Нам близка позиция Следя Ю.Г., однако, считаем, что помимо этого следует исключить из Закона о рекламе норму, согласно которой акты недобросовестной конкуренции признаются ненадлежащей рекламой, поскольку данное положение может вводить в заблуждение провозприменителя. К тому же, мы полагаем, что запрет, предложенный Следом Ю.Г., может привести к тому, что любая недобросовестная реклама будет признаваться антимонопольным органом как акт недобросовестной конкуренции. Следовательно, будут применяться нормы Закона «О защите конкуренции», даже тогда, когда предметом отношений будет исключительно реклама.

Подводя итог, отметим, что исследований коллизии норм рекламного и конкурентного законов достаточно. Для решения вопроса предлагаются различные методы, однако, все исследователи сходятся в одном: существует коллизия и необходимо, так или иначе, разграничить ответственность за эти два нарушения. К тому же, двойная ответственность за одно деяние в российском праве запрещена.

В целях разрешения проблемы соотношения недобросовестной рекламы и недобросовестной конкуренции, мы предлагаем признавать действия, целями которых является получение преимуществ перед другими хозяйствующими субъектами, недобросовестной конкуренцией, в том числе, даже если эти действия выражены так же в форме рекламы. При этом в Закон «О защите конкуренции» мы предлагаем внести изменения, которые касаются норм о дискредитации, некорректном сравнении, и создании смешения, поскольку именно эти действия признаются одновременно нарушением и рекламного и антимонопольного законов и вызывают коллизии в сфере их правоприменения. В связи с этим, мы предлагаем квалифицировать эти действия, в случае, если они совершены путем размещения рекламы, в соответствии с Законом «О защите конкуренции». При этом нормы

главы 2.1 Закона о защите конкуренции могут быть дополнены статьей 14.9 следующего содержания: «Действия хозяйствующего субъекта, указанные в статьях 14.1, 14.3, 14.6 настоящего Закона, если они совершены путем размещения рекламы, подлежат квалификации в соответствии с законодательством Российской Федерации о защите конкуренции».

Однако представляется, что для полного разрешения коллизии только этих изменений недостаточно. Необходимо также исключить из части 2 статьи 5 Закона «О рекламе» норму о том, что недобросовестной признается реклама, которая является актом недобросовестной конкуренции.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На основе вышеизложенного и с учётом проведённого анализа практики применения рекламного и антимонопольного законодательства можно сделать следующие выводы и рекомендации.

Недобросовестная реклама берет свое начало еще в Древнем мире. Спустя недолгий период после появления самой рекламы, нечестные продавцы стали пытаться любыми способами продать свой товар или услугу. В погоне за прибылью торговцы могли приукрасить свой товар в рекламе или недоговорить его минусы. И в настоящее время такая недобросовестная реклама встречается. Однако, с ней ведется борьба путем запрета таковой в законе о рекламе и административной ответственности за ее распространение.

В условиях современного рынка все более значимой становится проблема конкуренции, то есть соперничества различных хозяйствующих. При такой борьбе не только игнорируются интересы конкурентов, но и нарушаются права потребителей. Перед законодателями рано или поздно встает задача определения рамок, ограничивающих деятельность хозяйствующих субъектов, чтобы такая деятельность наносила как можно меньший ущерб отдельным участникам хозяйственных отношений. Не только антимонопольное, но и рекламное законодательство устанавливают запрет на недобросовестную конкуренцию. Это и позволяет соблюдать баланс между субъективными правами конкретного хозяйствующего субъекта и правами окружающих его лиц.

Недобросовестная конкуренция может выражаться в нарушении условий конкуренции путем применения незаконных методов конкурентной борьбы.

В процессе осуществления хозяйственной деятельности практически каждая коммерческая организация прибегает к рекламе своих товаров, работ, услуг. В связи с этим возникает необходимость защиты государством прав и законных интересов хозяйствующих субъектов - конкурентов, потребителей рекламы, четкого

законодательства о рекламе и верного его понимания и применения всеми участниками рекламных отношений.

В свою очередь, реклама нередко используется и как способ конкурентной борьбы. Можно встретить нарушение закона о защите конкуренции в различных рекламных продуктах. В таком случае становится необходимым разделить рекламу и конкуренцию. Мы видим, что реклама может быть использована и как средство борьбы с конкурентом, поэтому делаем вывод о том, что недобросовестная реклама является одной из форм недобросовестной конкуренции, а понятие «недобросовестная конкуренция» включает и ненадлежащую рекламу как одну из ее форм.

Таким образом, мероприятия по защите от недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы весьма важны, а их воздействие на рынок существенно.

Следует отметить, что в данный момент часть запретов, содержащихся в Законе о защите конкуренции, дублирует нормы статьи 5 Закона о рекламе. Большинство спорных ситуаций, связанных с недобросовестной конкуренцией, выраженной в рекламе, как правило, уполномоченными органами разрешаются с применением Закона о рекламе. Однако, в некоторых случаях такие ситуации трактовались как нарушающие антимонопольные запреты. Коллизия возникает из-за наличия в двух разных законах одинаковых составов правонарушений.

Для решения проблемы мы предлагаем признавать действия, целью которых является получение преимущества перед другими хозяйствующими субъектами, недобросовестной конкуренцией, даже если эти действия выражены в форме рекламы. Однако, чтобы не возникало коллизий в дальнейшем, считаем необходимым исключить из закона о рекламе указание на то, что не добросовестной признается реклама, являющаяся актом недобросовестной конкуренции.

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

ВС РФ — Верховный Суд Российской Федерации

ВАС РФ – Высший Арбитражный суд Российской Федерации

ВОИС – Всемирная организация интеллектуальной собственности

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации

ЗАО – Закрытое акционерное общество

КоАП РФ — Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации

ООО – Общество с ограниченной ответственностью

ОАО – открытое акционерное общество

СЗ РФ — Собрание законодательства Российской Федерации

УФАС – Управление Федеральной антимонопольной службы

ФАС – Федеральная антимонопольная служба

ФЗ – Федеральный закон

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Нормативные правовые акты

- 1.1. Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года: по сост. на 30.04.2017 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2014. - № 31. – Ст. 4398.
- 1.2. Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции // ВОИС. – 1997. – № 832. – С. 42.
- 1.3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ: по сост. на 28.03. 2017 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
- 1.4. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ: по сост. на 17.04. 2017 г. // Российская газета. – 2001 г. – № 256.
- 1.5. О рекламе: федеральный закон от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ: по сост. на 28.03. 2017 г. // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 12. – Ст. 1232.
- 1.6. О защите конкуренции: федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ: по сост. на 03.07. 2016 г. // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 31 (ч.1). – Ст. 3434.
- 1.7. О средствах массовой информации: федеральный закон от 27 декабря 1991года № 2124-1: по сост. на 03.07.2016 г. // Российская газета. – 1991. – № 32.
- 1.8. О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции: федеральный закон от 22 ноября 1995 года № 171-ФЗ: по сост. на 03. 07. 2016 г. // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 48. – Ст. 4553.
- 1.9. О рынке ценных бумаг: федеральный закон от 22 апреля 1996 года № 39-ФЗ: по сост. на 03.07.2016 г. // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1918.

- 1.10. О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг: федер. закон: от 05.03.1999 № 46-ФЗ: по сост. на 03.07. 2016 г. // Собрании законодательства Российской Федерации. – 1999. – №10. – Ст. 1163.
- 1.11. О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами: федеральный закон от 19 июля 1997 года № 109-ФЗ: по сост. на 17.04. 2017г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997 г. – № 29. – Ст. 3510.
- 1.12. Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе: Постановление Правительства Российской Федерации от 30 июня 2004 года № 331: по сост. на 17.10.2016 г. // Российская газета. – 2004. – № 3539.
- 1.13. О рекламе: федеральный закон от 18.07.1995 года № 108-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 30. – ст. 2864 (утратил силу).
- 1.14. О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках: Закон РСФСР от 22 марта 1991 года № 948-1 // Бюллетень нормативных актов. – 1992. – № 2-3 (утратил силу).
- 1.15. О сертификации продукции и услуг: закон Российской Федерации от 10 июня 1993 года № 5151-1: по сост. на 10.01.2003// Российская газета. – 1993. – № 120 (утратил силу).
- 1.16. О лекарственных средствах: федеральный закон от 22 июня 1998 года № 86-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 26. – Ст. 3006 (утратил силу).
- 1.17. О физической культуре и спорте в Российской Федерации: федеральный закон от 29 апреля 1999 года № 80-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1999. – № 18. – Ст. 2206 (утратил силу).
- 1.18. О защите потребителей от недобросовестной рекламы: указ Президента РФ от 10 июня 1994 года № 1183// Бюллетень Верховного Суда России. – 2004. – № 7 (утратил силу).
- 1.19. Свод законов Российской империи. Свод Законов Российской Империи. Том XI, часть II (Уставы кредитный, торговый, о промышленности фабричной и заводской, и устав ремесленный) [Электронный ресурс] // Классика российского права URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/250/> (дата обращения: 22.04.2017).

- 1.20. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных [Электронный ресурс] // История России. Мультимедиа-учебник URL: <http://www.history.ru/content/view/1114/87/> (дата обращения: 22.04.2017).
- 1.21. Свод законов гражданских / Под ред. Саатчиана А.Л. - неофициальное изд. - СПб: Издание Юридического книжного магазина И. И. Зубкова, 1911. - С. 396.

2. Зарубежные нормативные правовые акты

- 2.1. О конкуренции: закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 года № 112-IV // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2008. – № 10. – Ст. 84.
- 2.2. О рекламе: закон Республики Казахстан от 19 декабря 2003 года № 508-III // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2003. – № 24. – Ст.174.
- 2.3. О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции: закон Республики Беларусь от 12 декабря 2013 года №94-3 // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. – 2013. – № 2/2092.
- 2.4. О рекламе: закон Республики Беларусь от 10 мая 2007 года №225-3 // Народная газета. – 2007. – №171.
- 2.5. О борьбе с недобросовестной конкуренцией: закон Германии от 31 марта 2010 года [Электронный ресурс] // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=10009> (дата обращения: 14.05.2017).
- 2.6. О борьбе с недобросовестной конкуренцией: закон Китайской Народной Республики от 2 сентября 1993 года [Электронный ресурс] // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=849> (дата обращения: 14.05.2017).
- 2.7. О конкуренции: закон Монголии от 6 июня 2010 года [Электронный ресурс] // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=8309> (дата обращения: 14.05.2017).

- 2.8. О рекламе: закон Монголии от 30 июля 2002 года [Электронный ресурс] // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=15360> (дата обращения: 14.05.2017).
- 2.9. О защите конкуренции: закон Болгарии от 28 ноября 2008 года // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=11489> (дата обращения: 14.05.2017).
- 2.10. О конкуренции: закон Грузии от 21 марта 2014 года № 2159 [Электронный ресурс] // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=10914> (дата обращения: 14.05.2017).
- 2.11. О добросовестной конкуренции: Закон Ямайки от 09 марта 1993 года [Электронный ресурс] // Всемирная организация интеллектуальной собственности URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=2593> (дата обращения: 14.05.2017).

3. Специальная литература

- 3.1. Бадмаев Б.Г. Исторические аспекты недобросовестной конкуренции / Б.Г. Бадмаев // Финансовое право. - 2005. - № 8. – С.12-17.
- 3.2. Болотнов И.В. Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама / И.В. Болотнов // Корпоративный юрист. – 2009. - №5. – С. 56-59.
- 3.3. Гукасян Л.Е. Законодательство о защите от недобросовестной конкуренции: пути совершенствования / Л.Е. Гукасян, А.В. Залесов, Д.И. Серегин // Патенты и лицензии. – 2004. – №4. – С. 7-12.
- 3.4. Дозорцев В.А. Недобросовестная конкуренция или несправедливая? / В.А. Дозорцев // Юридический мир. – 1997. - № 4. – С. 29-30.
- 3.5. Дорогова Е.В. Соотношение недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы [Электронный ресурс] // Правопорядок: история, теория, практика. – 2013. – №1 (1). – URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/sootnoshenie-nedobrosovestnoy-konkurentsii-i-nenadlezhaschey-reklamy> (дата обращения: 16.05.2017).

- 3.6. Евангелие от Матфея [Электронный ресурс] // Библия онлайн URL: <https://www.bibleonline.ru/bible/rus/42/01/> (дата обращения: 13.04.2017).
- 3.7. Зименкова О.Н. Правовое регулирование конкурентных отношений в России и за рубежом: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.Н. Зименкова. – Москва, 1984. – 27 с.
- 3.8. Каминка А.И. Очерки торгового права / А.И. Каминка. – М.: Зерцало, 2002. – 416 с.
- 3.9. Конкурентная среда и недобросовестная конкуренция. Недобросовестная конкуренция и монополизм в историческом аспекте [Электронный ресурс] // Научный журнал В.В. Галкина URL: <http://vadim-galkin.ru/> (дата обращения: 20.04.2017).
- 3.10. Куликова Ю. С. Ненадлежащая реклама как форма недобросовестной конкуренции: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ю.С. Куликова – Москва, 2003. – 24 с.
- 3.11. Лапшина Д.В. Ненадлежащая реклама и недобросовестная конкуренция // Конкуренция и право. – 2011. - №4. – С.10-13.
- 3.12. Малютина О.А. Ненадлежащая реклама и недобросовестная конкуренция: коллизия или конкуренция норм [Электронный ресурс] // Юридическая техника. – 2017. – №11. – URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/nenadlezhaschaya-reklama-i-nedobrosovestnaya-konkurenciya-kolliziya-ili-konkurenciya-norm> (дата обращения: 16.05.2017).
- 3.13. Панкратов Ф.Г. Рекламная деятельность: Учебник для студентов высших учебных заведений / Панкратов Ф. Г., Баженов Ю. К., Серегина Т. К., Шахурин В. Г., - 5-е изд. - М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°», 2002. – 364 с.
- 3.14. Парашук С.А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии) / С.А. Пращук. – М.: Городец-издат, 2002. – 416 с.
- 3.15. Павленков Ф.Ф. Энциклопедический словарь / Ф.Ф. Павленков. – СПб.: Типография Ю. Н. Эрлихъ, 1910. – 1559 с.

- 3.16. Петрученко О.А. Латинско-русский словарь / О.А. Петрученко. – М.: Эксмо, 2016. – 816 с.
- 3.17. Понятия «недобросовестная реклама» и «недобросовестная конкуренция» в российском законодательстве [Электронный ресурс] // Предпринимательство и право: информационно-аналитический портал URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=6223> (дата обращения: 17.05.2017).
- 3.18. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О рекламе» / Д.С. Бадалов, И.И. Василенкова [и др.]. – М.: Статут, 2012. - 462 с.
- 3.19. Размещение в контекстной рекламе в сети Интернет словосочетания, сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком, является недобросовестной конкуренцией, запрет на которую установлен статьей 14.6 ФЗ «О защите конкуренции» [Электронный ресурс] // Управление Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области URL: <http://vladimir.fas.gov.ru/news/12767> (дата обращения: 19.05.2017).
- 3.20. Следь Ю.Г. Уголовно-правовая защита от недобросовестной конкуренции: автореф. дис. на соиск. учен. степ канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ю.Г.Следь. – Ижевск, 2007. – 26 с.
- 3.21. Словарь русского языка / Ожегов С.И. , Под ред. Шведовой С. Ю. – М.: Азбуковник, 1990. – 2008 с.
- 3.22. Спиридонова М.А. Комментарий к Федеральному закону от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» [Электронный ресурс]/ Спиридонова М.А., Удалова Н.М.— электрон. текстовые данные. – Саратов: Ай Пи Эр Медиа, 2011. – 242 с. – Режим доступа: <http://www.iprbookshop.ru/1635>.— ЭБС «IPRbooks», по паролю.
16. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Классика российской цивилистики. Том II / Г.Ф. Шершеневич. – М.: Статут. – 2003. – 266 с.
- 3.23. Толковый словарь живого великорусского языка. Том III // Даль В.И., Под ред. Бодуэна де Куртенэ И. А. - СПб.: Славянский Дом Книги, 2014. – 1200 с.
- 3.24. Тотьев К.Ю. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции). Учебник / К.Ю. Тотьев. – М.: РДЛ, 2000. – 352 с.

3.25. Ученова В.В., Старых Н.В. История рекламы или Метаморфозы рекламного образа. Учебник для ВУЗов / В.В. Ученова, Н.В. Старых. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 1999. – 336 с.

4. Судебная и административная практика

- 4.1. По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года «О рекламе»: Постановление Конституционного Суда РФ от 04.03.1997 года № 4-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 1997. – № 1.
- 4.2. О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»: Постановление пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 года № 58 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.04.2017).
- 4.3. Об оспаривании решений антимонопольных органов о привлечении к административной ответственности: постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда № 17АП-1102/2010-АК от 19 ноября 2009 г. по делу N А60-23496/2009 [Электронный ресурс] // Информационно-правовой портал "Гарант.ру" URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/36987360/> (дата обращения: 28.04.2017).
- 4.4. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.09.2012 по делу N А70-12469/2011 [Электронный ресурс] // Правосудие: судебная практика России URL: <http://pravosudie.biz/data/2012/09/11/page2> (дата обращения: 20.04.2017).
- 4.5. 10. Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2013 по делу № А66-7255/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 04.05.2017).
- 4.6. Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.10.2009 по делу № А14-5955/2008166/32 [Электронный ресурс] // Правосудие: судебная практика России URL: <http://pravosudie.biz/3383222> (дата обращения: 30.04.2017).

- 4.7. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 2 августа 2012 г. N Ф06-5233/12 по делу N А12-19634/2011 [Электронный ресурс] // Информационно-правовой портал «Гарант.ру» URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/39035329/> (дата обращения: 28.04.2017).
- 4.8. Постановление Московского УФАС от 11.09.2016 по делу № А70-14699/2016 [Электронный ресурс] // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://solutions.fas.gov.ru/documents/> (дата обращения: 20.04.2017).
- 4.9. Постановление о назначении административного наказания по делу об административном правонарушении № Р-127/2014 [Электронный ресурс] // Управление Федеральной антимонопольной службы по Амурской области URL: <http://amur.fas.gov.ru/solution/17755> (дата обращения: 30.04.2017).
- 4.10. Об отмене решения и предписания о нарушении законодательства РФ о рекламе: Постановление ФАС Московского округа от 20.02.2014 N Ф05-440/2014 по делу № А40-72706/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 04.05.2017).
- 4.11. Решение по делу № 76-11708-15/8 [Электронный ресурс] // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://solutions.fas.gov.ru/to/samarskoe-ufas-rossii/76-11708-15-8-d5c16a83-8c24-449d-a225-ea49fa04a5e6> (дата обращения: 29.03.2017).
- 4.12. Решение УФАС России по Чувашии по делу № Р-97/2015 [Электронный ресурс] // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://fas.gov.ru/press-center/fas-in-media/detail.html?id=18224> (дата обращения: 28.04.2017).
- 4.13. Решение от 04.06.2012 № 08/17598 о нарушении антимонопольного законодательства [Электронный ресурс] // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://fas.gov.ru/upload/documents/archive/e55ce0122> (дата обращения: 04.05.2017).
- 4.14. Решение по делу № 3-00-45/00-08-14 по признакам нарушения законодательства о рекламе от 09 октября 2014 года [Электронный ресурс] //

Федеральная антимонопольная служба URL:
<http://solutions.fas.gov.ru/attachment/14542> (дата обращения: 20.04.2017).

- 4.15. Решение от 04.06.2012 № 08/17598 о нарушении антимонопольного законодательства [Электронный ресурс] // Федеральная антимонопольная служба URL: <http://fas.gov.ru/upload/documents/archive/e55ce0122> (дата обращения: 04.05.2017).
- 4.16. О применении четвертого антимонопольного пакета: письмо ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Высшая школа: учебное пособие. – Вып. 27. – 1 DVD-ROM.
- 4.17. О рекламе оккультных услуг и недобросовестной рекламе: письмо ФАС России от 30 сентября 2011 г. № АК/37027 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Высшая школа: учебное пособие. – Вып. 27. – 1 DVD-ROM.
- 4.18. О соотношении норм Федерального закона «О рекламе» и статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции»: информационное письмо ФАС России от 25 июня 2014 г. № АК/37027 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Высшая школа: учебное пособие. – Вып. 27. – 1 DVD-ROM.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1

Сравнение отдельных норм федеральных законов: «О рекламе» от 13.03.2006

№ 38-ФЗ и «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ

ФЗ «О рекламе»	ФЗ «О защите конкуренции»
В части определения понятия, содержания некорректного сравнения	
<p>Статья 5. Общие требования к рекламе</p> <p>1. Реклама должна быть добросовестной и достоверной.</p> <p>Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.</p> <p>2. Недобросовестной признается реклама, которая:</p> <p>1) содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами;</p>	<p>Статья 14.3. Запрет на недобросовестную конкуренцию путем некорректного сравнения</p> <p>Не допускается недобросовестная конкуренция путем некорректного сравнения хозяйствующего субъекта и (или) его товара с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром, в том числе:</p> <p>1) сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром путем использования слов «лучший», «первый», «номер один», «самый», «только», «единственный»... иных слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара и (или) хозяйствующего субъекта, без указания конкретных характеристик или параметров сравнения, имеющих объективное подтверждение, либо в случае, если утверждения, содержащие указанные слова, являются ложными, неточными или искаженными;</p> <p>2) сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром, в котором отсутствует указание конкретных сравниваемых характеристик или параметров либо результаты сравнения не могут быть объективно проверены;</p> <p>3) сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром, основанное исключительно на незначительных или несопоставимых фактах и содержащее негативную оценку деятельности хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товара.</p>
В части положений, касающихся сведений, которые порочат деловую репутацию / дискредитации	
<p>Статья 5. Общие требования к рекламе</p> <p>1. Реклама должна быть добросовестной и достоверной.</p> <p>Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.</p> <p>2. Недобросовестной признается реклама, которая:</p> <p>2) порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента;</p>	<p>Статья 14.1. Запрет на недобросовестную конкуренцию путем дискредитации</p> <p>Не допускается недобросовестная конкуренция путем дискредитации, то есть распространения ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту и (или) нанести ущерб его деловой репутации, в том числе в отношении:</p> <p>1) качества и потребительских свойств товара, предлагаемого к продаже конкурентом, назначения такого товара, способов и условий его изготовления или применения, результатов, ожидаемых от использования такого товара;</p> <p>2) количества товара, предлагаемого к продаже другим хозяйствующим субъектом-конкурентом, наличия такого товара на рынке, возможности его приобретения на определенных условиях, фактического размера спроса на товар;</p> <p>3) условий, на которых предлагается к продаже товар другим хозяйствующим субъектом-конкурентом, в частности цены.</p>

В части положений о создании смешения	
<p>Статья 5. Общие требования к рекламе</p> <p>1. Реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.</p> <p>2. Недобросовестной признается реклама, которая:</p> <p>3) 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;</p>	<p>Статья 14.6. Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с созданием смешения</p> <p>Не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать смешение с деятельностью конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе:</p> <p>1) незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»;</p> <p>2) копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар.</p>

ПРИЛОЖЕНИЕ 2

Примеры рекламы компании «Аэрофлот» в СССР



Примеры рекламы Госбанка в СССР



Спорная реклама «М.видео Менеджмент»



ПРИЛОЖЕНИЕ 5

Реклама ЗАО «Вотек Мобайл» в Воронежской области



Реклама ЗАО «Вотек Мобайл» в Чувашии



ПРИЛОЖЕНИЕ 7

Рекламная конструкция ООО «Плаза АвтоДар»,
нарушающая закон «О рекламе»



ПРИЛОЖЕНИЕ 8

Товарные знаки ООО «ПЕНОПЛЭКС» и ЗАО «ТехноНИКОЛЬ»



ПРИЛОЖЕНИЕ 9

Упаковки товаров-конкурентов «ТЕХНОПЛЕКС» и «ПЕНОПЛЭКС»



ПРИЛОЖЕНИЕ 10

Внешнее оформление универсамов «Троечка» и «Пятерочка»



ПРИЛОЖЕНИЕ 12

Вариант 2 спорной рекламы ООО «Талицкий молочный завод»



ПРИЛОЖЕНИЕ 13

Спорная реклама и вывеска сети фитнес-клубов «World Class»



ПРИЛОЖЕНИЕ 14

Внешний вид упаковки икры производства ООО «Самарский майонезный завод» и ООО Белорусско-германского совместного предприятия «Санта Бремор»



ПРИЛОЖЕНИЕ 15

Спорная реклама строительных крепежей ООО «ПТО «ТЕХ-КРЕП»



ПРИЛОЖЕНИЕ 16

Реклама сети магазинов «Галамарт»

Цены не ФИКСИруем, а снижаем!

9р.	19р.	29р.	39р.	49р.
				 <i>Работает без батареек!</i>
Шнур хозяйственный, плотный, 10 м	Перчатки резиновые, VETTA, разм. в ассорт.	Ложка, лопатка, половник, VETTA (цена за 1 шт)	Свечи хозяйственные, 40 гр, набор 4 шт	Фонарь, пластик, 9,5х5 см, карманный
				
Губка силиконовая для блеска, ФУКС, в ассорт.	Набор губок для мытья посуды, 5 шт, VETTA	Пакеты для запекания, универсальные, 4 шт	Совок + щетка, пластик	Шторка для ванной, 80х180 см

Мы НЕ
ФИКСИРУЕМ ЦЕНЫ!

Мы их снижаем!

Галамарт

магазин повседневных товаров

Реклама сети магазинов «FIXprice»



ПРИЛОЖЕНИЕ 18

Сравнительный анализ зарубежного законодательства в области недобросовестной рекламы как формы недобросовестной конкуренции

Страна	Основные законы, регулирующие недобросовестную рекламу	Реклама, признаваемая нарушением законодательства о конкуренции
Республика Казахстан	1. Закон Республики Казахстан от 25.12. 2008 «О конкуренции». 2. Закон Республики Казахстан от 19.12.2003 № 508-III «О рекламе».	Заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама признается актом недобросовестной конкуренции.
Республика Беларусь	1. Закон Республики Беларусь от 12.12.2013 № 94-З «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции». 2. Закон Республики Беларусь от 10.05.2007 № 225-З «О рекламе».	Использование чужих средств индивидуализации в рекламе является недобросовестной конкуренцией.
Германия	Закон Германии от 03.07.2004 «О борьбе с недобросовестной конкуренцией».	Недостоверная реклама признается актом недобросовестной конкуренции, а также любые действия, имеющие целью конкуренцию и нарушающие добрые нравы.
Китайская народная республика	1. Закон Китайской народной республики «О недобросовестной конкуренции» от 02.09.1993. 2. Закон Китайской народной республики от 01.02.1995 «О рекламе». 3. Положения о контроле над рекламой от 30.11.2004. 4. Меры по контролю над рекламой, осуществляемой в печатной форме от 01.01.2005.	Пропагандистская реклама и реклама, вводящая в заблуждение признаются недобросовестной конкуренцией.
Монголия	1. Закон Монголии от 06.06.2010 «О конкуренции». 2. Закон Монголии от 30.07.2002 годам «О рекламе».	Сравнительная реклама считается недобросовестной конкуренцией.
Болгария	Закон Болгарии «О защите конкуренции» от 28. 11 . 2008.	Реклама, наносящая ущерб деловой репутации конкурента, сравнительная реклама, реклама с использованием имитации считаются недобросовестной конкуренцией.
Грузия	1. Закон Грузии от 21.03.2014 № 2159 «О конкуренции». 2. Закон Грузии от 24.12.1999 «О рекламе».	Ненадлежащая, недобросовестная, недостоверная, явно фальсифицированная реклама признаются недобросовестной конкуренцией и запрещаются.
Ямайка	Закон «О добросовестной конкуренции» от 09.03.1993.	Ложная реклама запрещается и признается нарушающей добросовестную конкуренцию.