

КУЗНЕЦОВ Александр Вадимович — аспирант Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (119571, Россия, г. Москва, пр-кт Вернадского, 84; alexmsal@gmail.com)

ПРОБЛЕМЫ ЛЕГАЛЬНОГО ПОНЯТИЯ «РЕКЛАМА» В РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ

Аннотация. В статье системным образом рассматривается легальное определение понятия «реклама», закрепленное в федеральном законе «О рекламе». Исследуются его недостатки и предлагаются пути их устранения.

Ключевые слова: реклама, рекламная коммуникация, легальное определение, информация, неопределенный круг лиц, закон о рекламе

В настоящее время сложно представить развитие рыночных отношений без рекламной коммуникации. Реклама стала необходимым условием функционирования предприятий различных форм собственности. Огромное число гражданско-правовых договоров никогда не были бы заключены без такого понятия, как реклама. Она затрагивает интересы миллионов людей и является неотъемлемой частью их жизни.

Само слово реклама происходит от латинского *reclamare* — утверждать, выкрикивать, протестовать. Реклама на современном этапе четко уловила это определение, зачастую представляя собой крикливую, навязчивую, а иногда и ложную информацию. Тон и содержание обращений зачастую не соответствуют элементарным этическим нормам. Как и любая сфера в современном мире, рекламное дело требует высочайшего профессионализма, который вместе с глубокими знаниями основ профессии требует от тех, кто ею занимается, такта, художественного вкуса и, безусловно, знаний в сфере законодательства.

Часть 4 ст. 29 Конституции РФ¹ определяет право граждан на достоверную информацию. Реализация этого права стала возможной после принятия федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»² (далее — закон № 38-ФЗ). В соответствии со ст. 3 закона № 38-ФЗ, 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 признать, что определение рекламы, закрепленное в законе № 38-ФЗ, позволяет рассматривать ее как комплексный объект частноправовых и публично-правовых отношений. В качестве подтверждения данного тезиса необходимо отметить, что в рамках административного права реклама рассматривается как объект управления [Медведева 2013]. В предпринимательских отношениях рекламу предлагают рассматривать как созданную с применением специальных знаний и распространяемую с использованием специфических средств и приемов информацию о конкретном субъекте и (или) продуктах его коммерческой деятельности, адресованную определенному или неопределенному кругу потенциальных потребителей с целью их побуждения к совершению сделки, направленной на приобретение прав на эти продукты [Зверева 2012]. С точки зрения информационного права реклама является разновидностью массовой информации, обладающей определенными признаками, и предназначена она для реализации конкретных целей, предусмотренных законом № 38-ФЗ.

Исходя из определения, зафиксированного в законе № 38-ФЗ, для того чтобы

¹ Конституция РФ. Принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ).

² Федеральный закон от 13.03.2006 N 38-ФЗ (ред. от 28.12.2013) «О рекламе» (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.01.2014). — СЗ РФ. 20.03.2006. N 12. Ст. 1232.

информация считалась рекламой, она одновременно должна отвечать следующим критериям: а) являться информацией; б) адресоваться неопределенному кругу лиц; в) распространяться любым законным способом; г) быть направленной на привлечение внимания к объекту рекламирования и на продвижение объекта рекламирования на рынке.

Необходимо раскрыть эти существенные признаки рекламной информации.

А. *Является информацией.* Легальное определение понятия «информация» закреплено в ст. 2 федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹. В соответствии с ним информация — это сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления.

Некоторые авторы рассматривают рекламу в широком и узком смысле [Шарков 2013]. Другие, напротив, считают, что понятие «реклама» и «рекламная информация» тождественны [Шапсугов 2003].

Представляется, что понятие рекламы весьма близко к понятию информации, но вместе с тем имеет ряд особенностей. Среди них стоит отметить, во-первых, сферу применения — рекламная информация применяется, как правило, при рыночных отношениях; во-вторых, то, что рекламная информация носит добровольный характер; в-третьих, то, что рекламная информация воздействует на свой собственный круг субъектов (неопределенный круг лиц); в-четвертых, рекламная информация имеет свою собственную цель (поддержание интереса к объекту рекламирования).

Б. *Неопределенный круг лиц.* Под этим термином следует понимать лиц, которые не могут быть заранее известны в качестве получателя рекламной информации. Таким образом, данный признак означает, что в данной информации отсутствуют указания о некоем лице или лицах, для которых эта информация создана и на восприятие которых она направлена.

Соответственно, распространение неперсонифицированной информации о лице, товаре, услуге должно признаваться распространением среди неопределенного круга лиц, в т.ч. в случаях распространения сувенирной продукции с логотипом организации в качестве подарков, поскольку заранее невозможно установить всех лиц, до которых такая информация будет доведена².

Правильное понимание понятия «неопределенный круг лиц» имеет важное практическое значение. Так, расходы на рекламу, распространяемую путем почтовой рассылки по базе данных действительных или потенциальных клиентов, не учитываются для целей налогообложения³. Подобные рассылки предназначены конкретным лицам, а не неопределенному кругу лиц. Судебная практика указывает на то, что «сопоставление норм налогового законодательства и законодательства о рекламе приводит к выводу, что ключевым для учета расходов на рекламу в целях налогообложения прибыли является распространение информации неопределенному кругу лиц»⁴. Соответственно, в случаях, когда получатели рекламы заранее известны или прямо поименованы, распространяемая информация не может рассматриваться в качестве рекламы.

В качестве примера несоответствия требованию неопределенности круга лиц может служить проведение различных рекламных акций, конкурсов и т.д. среди работников организации или среди клиентов организации, данные о которых организации известны (например, среди вкладчиков банка, лиц, заполнивших при покупке товара анкеты, владельцев дисконтных или клубных карт, подписчиков и т.д.).

В. *Распространение любым законным способом.* Закон оперирует понятиями

¹ Федеральный закон от 27.07.2006 N 149-ФЗ (в ред. от 28.12.2013) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.02.2014). — *СЗ РФ*. 31.07.2006. N 31 (1 ч.). Ст. 3448.

² Письмо ФНС РФ от 25.04.2007 N ШТ-6-03/348@ «О направлении писем Федеральной антимонопольной службы от 23.01.2006 N АК/582 «О рекламе на сувенирную продукцию», от 30.10.2006 N АК/18658 «О рекламной продукции» и от 05.04.2007 N АЦ/4624 «О понятии «неопределенный круг лиц» (вместе с письмами ФАС РФ от 23.01.2006 N АК/582, от 30.10.2006 N АК/18658, от 05.04.2007 N АЦ/4624). — *Экономика и жизнь*. 2007. № 19, май.

³ См. письмо Минфина России от 24.04.2006 № 03- 03-04/1/39; письмо ФНС России «О расходах на рекламу» от 11.02.2005 № 02-1-08/242.

⁴ См. постановление ФАС Московского округа от 28.04.2005, 27.04.2005 № КА-А40/3274-05.

«форма», «средство» и «способ» распространения. Представляется разумным под формой распространения рекламы признать внешний облик предмета как носителя рекламной информации. Под средством распространения рекламы следует понимать совокупность технических и иных приспособлений, применяемых для распространения рекламной информации [Зверева 2012]. К средствам распространения рекламы можно отнести стационарные объекты (рекламные щиты, вывески и т.п.) а также подвижные объекты (автомобили, самолеты и т.п.) и др. Способами распространения рекламы можно считать специальные приемы, методы и действия, применяемые в ходе распространения рекламы.

Способы распространения информации крайне важны в свете применения ст. 437 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее – ГК РФ). В ней указаны признаки, позволяющие разграничивать «оферту» от «приглашения сделать оферту». Так, в качестве приглашения делать оферты, если иное прямо не указано в предложении, рассматриваются реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц. Напротив, содержащее все существенные условия договора предложение, в котором усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичной офертой).

Таким образом, целью оферты является заключение договора с конкретным покупателем (потребителем). Целью же рекламы является доведение информации о свойствах товаров (работ, услуг) до неопределенного круга лиц. Здесь важно отметить, что реклама не имеет своей целью сообщить потенциальному контрагенту существенные условия будущего договора.

Г. *Реклама направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования и на продвижение объекта рекламирования на рынке.* В рамках этого вопроса наибольший интерес вызывает понятие объекта рекламирования. В соответствии со ст. 3 закона № 38-ФЗ объект рекламирования – товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в т.ч. спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Под товаром имеется в виду продукт деятельности (в т.ч. работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Другими словами, это не общее понятие, характеризующее вид деятельности организации как таковой, а индивидуально определенная вещь (бутылка воды, ручка, транспортное средство и т.д.).

Под средством индивидуализации следует понимать обозначение, служащее для различения товаров, услуг, предприятий, организаций и других объектов в сфере хозяйственного оборота. К ним могут относиться фирменное наименование, наименование некоммерческой организации, товарный знак, знак обслуживания, доменное имя и др.

Закон РФ «О защите прав потребителей»² (далее – закон № 2300-1) дает определение изготовителя и продавца товара. Согласно преамбуле этого закона, изготовитель – это организация независимо от ее организационно-правовой формы, а также индивидуальный предприниматель, производящие товары для реализации потребителям, а продавец – организация независимо от ее организационно-правовой формы, а также индивидуальный предприниматель, реализующие товары потребителям по договору купли-продажи.

Понятие «изготовитель» изложено в законе № 2300-1 недостаточно объемно, что может помешать правильному толкованию его норм. В качестве примера можно привести ситуацию, когда товары изготавливаются одними организациями по заказу других, иногда одни организации осуществляют окончательную сборку товаров, произведенных другими производителями. В этих случаях трудно определить, кто же является изготовителем товара. Для того чтобы определить, является ли организа-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (в ред. от 02.11.2013). – *СЗ РФ*. 05.12.1994. N 32. Ст. 3301.

² Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 N 2300-1. – *СЗ РФ*. 15.01.1996. N 3. Ст. 140.

ция (или индивидуальный предприниматель) изготовителем определенного товара, первоочередной задачей является установление цели, с которой товар был изготовлен. Если цель состоит в том, чтобы исполнить обязательства по договору подряда вне всякой связи с тем, как результат работ будет использован в дальнейшем, то данного субъекта нельзя считать изготовителем товара. Если же цель создания товара заключается в последующей его реализации потребителю, то такой субъект является изготовителем по смыслу закона. В случаях если товар произведен на основании договора коммерческой концессии или лицензионного договора, то изготовителем товара следует считать лицо, получившее право на использование товарного знака на основании договора, а не то лицо, чей товарный знак использован для обозначения товара, поскольку товарный знак играет роль средства индивидуализации, в то время как по факту товар производится другим лицом.

Понятие «продавец», данное в законе № 2300-1, отличается от термина, закрепленного в ст. 492 ГК РФ. В нем сказано, что продавцом как стороной в договоре розничной купли-продажи является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу. Закон о защите прав потребителей, в свою очередь, расширяет список допустимых для заключения договоров купли-продажи (например, договор поставки, контрактации, энергоснабжения). Можно прийти к выводу, что продавцом следует считать не только профессиональных участников рынка, но и любых юридических лиц и (или) индивидуальных предпринимателей, заключивших любой из поименованных в ГК РФ договоров купли-продажи.

Таким образом, можно констатировать следующее: законодательное закрепление понятия «реклама» носит правильный и положительный характер и, безусловно, необходимо в современных реалиях. Однако оно не свободно от ряда недостатков. Во-первых, автор предлагает убрать из определения словосочетание «адресованная неопределенному кругу лиц». В содержании данной статьи автор приходит к выводу, что любая статья имеет направленность на определенную социальную группу. Четкое ограничение понятий «оферта» и «реклама» необходимо для предотвращения ситуаций, когда волеизъявление участников рекламных отношений истолковывается неверно. Наконец, необходимо более детально зафиксировать понятие «изготовитель», поскольку оно изложено в законе № 2300-1 недостаточно объемно, что может помешать правильному толкованию его норм.

Список литературы

Зверева Б.С. 2012. *Правовое регулирование информационного обеспечения предпринимательской деятельности в Российской Федерации*. М. 2012.

Медведева Н.М. 2013. *Рекламная деятельность в системе правовых объектов науки управления*: автореф. дис. ... к.ю.н. Хабаровск.

Шапсугов Д.Ю. 2003. *Проблемы теории и истории власти, права и государства*. М.: Юрист. 688 с.

Шарков Ф.И. 2013. Генезис теорий массовой информации. — *Коммуникология*. Т. 2. № 2.

KUZNETSOV Alexandr Vladimirovich, postgraduate student of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Vernadskogo av., 82, bld. 1, Moscow, Russia, 119571; alexmsal@gmail.com)

THE PROBLEMS OF THE LEGAL CONCEPT OF ADVERTISING IN THE RUSSIAN LEGISLATION

Abstract. In the article the author examines the legal definition of the category of advertising, fixed in the Federal Law «About the Advertising», identifies the shortcomings of the legislation and suggests the variants of its solving.

Keywords: advertising, legal definition, information, indefinite number of persons, law on advertising