

Общие требования к рекламе

Самыми общими требованиями к рекламе новый закон считает добросовестность и достоверность. Если последняя не вызывает особых нареканий, то первая кажется недоразумением. В самом деле, каким образом «добросовестность», применимая исключительно к характеристике субъективной стороны поведения субъекта, оказывается соединенной с результатом его поведения (распространенной информацией). Реклама может быть как достоверной, так и недостоверной. Поведение же субъектов рекламной деятельности может быть как правомерным, так и противоправным. Противоправное поведение может быть как виновным, так и невиновным. Невиновное поведение иногда характеризуется с помощью категории добросовестности, под которой понимается то извинительное заблуждение относительно отсутствия права [1], то фактическая честность субъекта, осознание им правомерности своего поведения и соответствие последнего господствующим в обществе морально-этическим и нравственным нормам [2], то просто как отсутствие вины [3]. Добросовестность также рассматривается в литературе вне связи с категориями вины и противоправности, как самостоятельная юридическая характеристика правомерных действий по приобретению, осуществлению, защите и прекращению субъективного права, совершенных таким образом, чтобы «при этом никому не причинялось вреда, не создавалось угрозы его причинения...» [4]. При любой позиции в этом дискуссионном вопросе никогда не ставилось под сомнение, что добросовестность и недобросовестность образует субъективную, а не объективную сторону юридического состава.

В австрийском законе о противодействии недобросовестной конкуренции (§ 1) по поводу недобросовестности говорится следующее: «Тот, кто в коммерческом обороте в целях конкуренции предпринимает действия, нарушающие добрые нравы, может стать ответчиком по иску о воспреещении совершения действий и возмещении вреда». Критерием для добрых нравов являются не противоречащие



Ю.Л. Мареев

Доцент кафедры кафедры предпринимательского права Нижегородского государственного университета им. Н.И. Лобачевского, кандидат юридических наук

общепринятым нравственным критериям взгляды опытного и добропорядочного среднего предпринимателя, занимающегося соответствующим видом бизнеса. Исходя из этого, например, нарушение норм морали может иметь место при копировании чужих производственных достижений, при хозяйственном бойкоте, при переманивании работников либо при создании препятствий к сбыту продукции. Отдельные составы нарушений нравственных норм законодатель даже выделил особо. К ним относится, например, введение в заблуждение, правила относительно так называемых дутых упаковок, свертывание производства, злоупотребление средствами индивидуализации предприятия или правила о бонусах. Если недобросовестная конкуренция налицо, то при наличии всех предпосылок признается право требовать воспрепятствования действий, соразмерного возмещения вреда.

Реклама, таким образом, может быть достоверной либо недостоверной, а действия рекламодателя, рекламопроизводителя, рекламораспространителя – добросовестными либо недобросовестными. Причем самостоятельное значение категория добросовестности приобретает только при признании действий лица правомерными. В противном случае добросовестность и недобросовестность становятся просто синонимами невиновности и виновности.

Впрочем, вполне возможно, что закон просто недопустимо расширяет зону применения понятия «добросовестность», игнорируя другие более подходящие для этого случая средства. Чтобы ответить на этот вопрос, нужно рассмотреть, каким конкретно содержанием наполнил законодатель понятие «недобросовестная реклама».

До принятия действующего закона в литературе к общим требованиям к рекламе относились распознаваемость; добросовестность; достоверность; этичность; недопущение заведомо ложной и скрытой рекламы [5].

Прежний закон свои общие требования к рекламе начинал с того, что реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств именно как реклама непосредственно в момент ее представления независимо от формы или от используемого средства распространения. Комментируя данное положение, отдельные авторы рискнули даже утверждать, что в случае, если в рекламе содержится, например, даже простейшая формула или аббревиатура (предположим, «H₂O»), которая известна определенному, пусть даже большому количеству лиц, такую рекламу следует считать

ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования, указанные выше, – она не может быть понята лицами, не имеющими специальных знаний [6].

Распознаваемость рекламы в качестве общего требования у лица неискушенного может вызвать справедливый вопрос: для чего это нужно и можно ли вообще каким бы то ни было образом гарантировать распознаваемость рекламы [7]. В некоторых случаях оказывается можно. Рекламу может сопровождать некий символ либо словесное обозначение, который можно предусмотреть в качестве обязательного. Таким обозначением в СМИ стало словосочетание «на правах рекламы». После того как оно обнаружено, уже нет нужды вникать в смысл и оценивать форму подачи информации, чтобы однозначно квалифицировать ее как рекламу.

Не случайно применительно к информации, содержащейся в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции, а также в печатной продукции нерекламного характера, требовалось делать эту специальную пометку, если в информации имело место «использование... целенаправленного обращения внимания потребителей рекламы на конкретную марку (модель, артикул) товара либо на изготовителя, исполнителя, продавца для формирования и поддержания интереса к ним». Косноязычие этой фразы было под стать ее содержанию, представлявшему собой плоскую тавтологию, поскольку в переводе на нормальный язык ее можно было бы сформулировать следующим образом: «Использование в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции, а также в печатной продукции нерекламного характера рекламы (информации рекламного содержания) без надлежащего предварительного сообщения об этом (в частности, путем пометки «на правах рекламы») не допускается». Эта пометка должна была повторяться в каждой части вышеуказанной продукции, если та распространялась частями (сериями).

В развитие этого положения в абз. 4 п. 1 ст. 5 прежнего закона была помещена странная норма, которую уж точно никак нельзя было квалифицировать в качестве общего требования, которому должна была соответствовать всякая реклама: организациям средств массовой информации запрещалось взимать плату за размещение рекламы под видом информационного, редакционного или авторского материала. Здесь трудно понять, что беспокоило законодателя больше – взимание платы за размещение рекламы под видом нерекламного материала или же размещение рекламы без пометки «на правах рекламы». Во

всяком случае создавалось впечатление, будто такие действия могли считаться допустимыми, если при этом плата за размещение рекламы не взималась [8].

Для налоговых органов, однако, это заклинание приобрело поистине знаковое значение: его отсутствие долгое время никак не могло заставить поверить их, что перед ними тоже реклама. Арбитражный суд в отличие от них повел себя более корректно. По его мнению, оповещение публики о рекламном характере информации, размещенной в материале нерекламной направленности, могло производиться разными способами, а пометка «на правах рекламы», указанная в статье 5, должна была рассматриваться в качестве одной из возможных в соответствии с буквальным смыслом данной статьи [9].

Действующий закон благоразумно отказался от этого требования, справедливо полагая, что само по себе наличие или отсутствие в информации либо на ее носителе каких-либо маркеров не должно определять квалификацию информации в качестве рекламы, а уровень распознаваемости не играет особой роли, если только рекламопроизводитель и рекламораспространитель не прибегают к методам скрытой рекламы [10]. Исключение делается только для рекламы в периодических печатных изданиях, не специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера. Размещение там ее текста должно сопровождаться пометкой «реклама» или пометкой «на правах рекламы» (ст. 16 Закона).

Недобросовестная реклама

С точки зрения юридической техники трудно объяснить, почему в статье, посвященной общим требованиям к рекламе законодатель счет нужным поместить перечень случаев, подпадающих под определение недобросовестной рекламы, поскольку недобросовестную рекламу рекламой в юридическом смысле этого слова назвать нельзя [11].

Собственно определения того, что такое недобросовестная реклама, в законе не дается [12]. Но зато имеющийся перечень дает основание для следующих выводов.

Реклама, содержащая некорректные сравнения с товарами других изготовителей или продавцов, представляет собой нарушение этических норм, и поскольку мы видим, что закон квалифицирует ее распространение (не саму по себе, но только в публичном воспроизведении) как правонарушение, то ее «появление» в результате производства, разме-

щения и распространения свидетельствует также о действии противоправном. Почему такую рекламу (то есть информацию) нужно еще объявлять недобросовестной, не понятно. Только если приравнять добрую совесть к добрым нравам, а использование в распространяемой рекламе некорректных сравнений с другими товарами признать действием правомерным, то тогда будет можно согласиться с характеристикой такой рекламы как недобросовестной [13]. Но допустимо ли говорить о том, что рекламоделец поступает правомерно, когда включает такое сравнение в информацию, передаваемую для производства и распространения рекламы?

Не лучше дело обстоит и с рекламой, которая порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента. Конечно, распространение таких сведений не всегда является действием, прямо запрещенным законом, противоправным [14]. Но данная норма не только с этической, но уже и с правовой точки зрения относит к противоправным даже случаи диффамации в рекламе. Сама же реклама, представляя собой информацию, в принципе не может характеризоваться с позиций доброй совести, но только с позиции соответствия действительности и обоснованности (достоверности).

Но все это оказывается мелочи по сравнению с рекламой притворной, то есть рекламой, распространяемой с целью прикрыть рекламу, прямо запрещенную законом. Здесь уже сама по себе рекламная информация может быть охарактеризована как дезинформация, достоверность которой не играет никакой роли, но которая предназначена привлечь внимание к другому товару – объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижению на рынке. Для этого такая реклама должна обладать свойствами, достаточными, чтобы потребитель воспринял ее как рекламу другого товара, реклама которого запрещена законом. Статья прямо называет такое свойство: притворно рекламируемый товар должен иметь товарный знак либо знак обслуживания должен быть сходен до степени смешения. Это, правда, вызывает возражение, поскольку буквальный смысл нормы выводит из предмета ее воздействия случаи, когда притворно рекламируемые товары не имеют товарных знаков либо знаков обслуживания, но используют «обозначения», сходные до степени смешения с товарными знаками (знаками обслуживания) других товаров. Но поскольку практика уже давно широко трактует аналогичную норму в конкурентном законодательстве, особых неприят-

ностей для общества и потребителя такая редакция не сулит.

При этом противозаконными должны быть способ, место либо время рекламы для действительно рекламируемого товара. Другими словами к «недобросовестной рекламе» законодатель отнес противозаконные действия по распространению рекламы товара запрещенным способом, в запрещенном месте либо запрещенным способом, прикрывая эти действия путем рекламирования другого товара, «коммерческая индивидуализация» которого (товарный знак, знак обслуживания и др.) сходно до степени смешения с «коммерческой индивидуализацией» (товарным знаком, знаком обслуживания) товара, реклама которого в данном случае запрещена. Считать такие незаконные действия, представляющие собой нарушение установленного законом запрета, недобросовестной рекламой, значит недопустимо принижать опасность таких действий. Если применительно к использованию некорректных сравнений еще можно вести речь о недобросовестности, закрыв глаза на различия между доброй совестью и добрыми нравами, то в данном случае ни о какой другой форме психического отношения к таким противоправным действиям кроме как о вине в форме умысла и речи быть не может. Совершить такие действия по неосторожности нельзя ни при каких обстоятельствах, ибо речь идет о действиях того же самого рекламодателя, который рекламирует как подставной товар, так и товар истинный. Если же рекламодателем (рекламораспространителем) выступает другое лицо, которое «истинного» товара не производит и им не торгует, то это при прочих условиях будет уже другой вид недобросовестной рекламы – акт недобросовестной конкуренции, который в данной статье указан в качестве последней разновидности «недобросовестной рекламы».

Остается еще один случай, если только, конечно, можно назвать одним случаев все те ситуации, которые действующим антимонопольным законодательством (которое сегодня правильнее было бы назвать конкурентным) относятся к актам недобросовестной конкуренции.

В соответствии со ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции» недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут при-

чинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации. К недобросовестной конкуренции в соответствии с открытым перечнем, предусмотренным в ст. 14 названного закона, относятся:

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

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

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

4) продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг;

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

Кроме того, в указанной статье (п. 2) буквально сказано о том, что не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг [15].

Как можно видеть, первый и третий из этих случаев почти дословно воспроизводятся в перечне недобросовестной рекламы. Другими словами все перечисленные в законе случаи недобросовестной рекламы, за исключением «рекламы притворной», признаются в то же время актами недобросовестной конкуренции [16]. Это означает только одно: законодатель оставил перечень случаев недобросовестной рекламы открытым, поскольку открытым является перечень актов недобросовестной конкуренции, к которым он сделал отсылку [17]. Зачем для этого нужно было пользоваться таким неуклюжим приемом, не понятно.

Главное же видится в другом. Как и недобросовестная конкуренция, недобросовестная реклама представляет собой не просто юридические составы конкретных противоправных действий, совершаемых с намерением приобрести преимущества в предпринимательской деятельности либо обойти прямые за-

преты закона, но любые случаи недобросовестной конкуренции в информационном пространстве [18]. Эпитет недобросовестная соответственно выступает здесь не простым синонимом эпитета противоправная, частным случаем ненадлежащей рекламы, но свидетельствует о злоупотреблении предпринимателем правом на рекламу [19]. Только это позволяет объяснить, почему допустимо использование выражения «недобросовестная реклама» для перечня правонарушений, внешне представляющимся закрытым, поскольку феномен злоупотребления правом лежит на границе правомерного и противоправного поведения [20]. Отдельные составы такого злоупотребления выделены законодателем в самостоятельные правонарушения, в которых уже вообще невозможно вести речь о недобросовестности, но только о вине.

В прежнем законе недобросовестной рекламе была посвящена отдельная статья 6. Не отличаясь принципиально от современного подхода к определению этого понятия, она предусматривала иной перечень случаев, подпадающих под эту квалификацию. Так, недобросовестной объявлялась реклама, дискредитирующая лиц, не пользующихся рекламируемыми товарами. Действующий закон подтвердил противозаконность рекламы, формирующей негативное отношение к лицам, не пользующимся рекламируемыми товарами, или осуждающей таких лиц (пп. 4 п. 4 ст. 5), но счел невозможным относить ее распространение к недобросовестной рекламе. Трудно объяснить, почему так произошло, поскольку и в данном случае перед нами оказывается все то же самое злоупотребление правом на рекламу и та же самая недобросовестная конкуренция. Наиболее правдоподобной причиной представляет отсутствие у разработчиков четких представлений о том, что представляет собой недобросовестная реклама и чем она отличается от рекламы противозаконной. Ведь если дискредитация конкурентов в рекламе делает ее недобросовестной, то почему дискредитация потребителей должна характеризовать рекламу иначе?

Другой случай недобросовестной рекламы прежний закон связывал с рекламой, которая вводит потребителей в заблуждение относительно рекламируемого товара посредством имитации (копирования или подражания) общего проекта, текста, рекламных формул, изображений, музыкальных или звуковых эффектов, используемых в рекламе других товаров, либо посредством злоупотребления доверием физических лиц или недостатком у них опыта, знаний, в том числе в связи с отсутствием в рекламе части

существенной информации. Нельзя заметить, что в данном случае речь идет об обмане потребителей, но обмане, осуществляемом разными способами. В одном случае – это использование средств, имитирующих рекламу другого товара, что является типичным для недобросовестной конкуренции. Действующий закон уже не содержит такого состава, из чего отнюдь не следует делать вывод о допустимости таких действий, поскольку они подпадают под общее определение недобросовестной конкуренции и в соответствии с мировой традицией считаются таковой. Такая реклама призвана использовать авторитет чужой марки для продвижения собственного товара, но не путем имитации товарного знака, а иных составляющих рекламы: общего проекта, текста, рекламных формул, изображений, музыкальных или звуковых эффектов. Реклама в данном случае в значительной степени рассматривается как произведение, самостоятельное использование охраняемых элементов которой может рассматриваться как нарушение исключительного права [21]. Но даже и в тех случаях, когда речь идет о неохранных элементах (например, о цветовой гамме, либо использовании текстов, не охраняемых гражданским правом), рабское копирование их в рекламе не может считаться правомерным, если они давно используются конкурентом в рекламе однородных товаров.

Третий случай – введение в заблуждение посредством злоупотребления доверием физических лиц. Этого состава недобросовестной рекламы также нет в действующем законе. Но это, пожалуй, можно признать правильным решением. Доверие потребителя к рекламе не должно иметь никакого значения для оценки ее правомерности и добросовестности. Гораздо важнее честность рекламодателя и добросовестность рекламодателя. С этой точки зрения введение потребителя в заблуждение уже достаточно для того, чтобы во большинстве случаев признать рекламу ненадлежащей вне зависимости от того, испытывал ли тот доверие к рекламе или нет [22].

Последний случай – введение в заблуждение путем злоупотребления «...недостатком опыта, знаний, в том числе в связи с отсутствием в рекламе части существенной информации». Его отсутствие в новом законе с учетом только что сказанного уже не нуждается в объяснении. В самом деле, российское законодательство всегда исходит из того, что у потребителя нет ни достаточного опыта, ни знаний о действительных свойствах рекламируемых товаров, так что уже тот факт, что рекламодатель не учитывает этого об-

стоятельства и не предоставляет информации, необходимой для восполнения этих пробелов, достаточно для того, чтобы выдвинуть против него возражение в том числе и в злоупотреблении доверием, если таковое вообще можно отыскать в обращении, адресованном неопределенному кругу лиц. По сути речь шла о неполной информации, которая формировала у потребителя искаженное представление о свойствах рекламируемого объекта. Так, в свое время комиссия МАП России признала ненадлежащей рекламу услуг радиосвязи «Би Лайн» о посекундной тарификации оплаты телефонных переговоров с начала разговора, поскольку, по мнению комиссии, она вводила потребителей рекламы в заблуждение относительно оплаты первой минуты телефонных разговоров в связи с отсутствием указания на конкретный тарифный план, предоставляющий посекундную тарификацию с начала разговора, что противоречит требованиям абз. 4 ст. 6 Федерального закона «О рекламе», и выдала ОАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Кроме того, к нарушителю – ОАО «ВымпелКом» применены были меры административной ответственности в виде штрафа в размере 400 МРОТ (<http://www.marprf.ru>). Но иногда неконкретная формулировка данной нормы, дававшая повод для самого широкого толкования выражения «отсутствие существенной информации», приводила к признанию недобросовестной просто неполной рекламы, которая так характерна для рекламных слоганов [23].

От случаев неполной информации, формирующих неадекватные представления о рекламируемых объектах, необходимо отличать намеренное введение потребителя в заблуждение, т.е. обман. Обман может выражаться как во включении в рекламу сведений, не соответствующих действительности (недостоверная реклама), так и в намеренном умолчании о характеристиках рекламируемого объекта, в том числе подлежащих обязательному раскрытию (недобросовестная реклама). Первое имеет место, например, при рекламе биологически активной и пищевой добавки в качестве лекарственного средства и наоборот. Второе наблюдается в случае умолчания о сроках службы товара либо месте его производства, побочных эффектах лекарственных препаратов и т.д.

Недостоверная реклама

Недостоверная реклама является рекламой, вводящей потребителя (получателя рекламы) в заблуж-

дение. Коренной ее порок с точки зрения правил добросовестной конкуренции заключается в воздействии на сознание потребителя, препятствующее принятию им свободного и разумного решения. Здесь нет насилия, но нет и свободы, поскольку нет необходимой информации, при которой возможна свобода потребителя (инвестора, партнера) в условиях конкуренции.

Недостоверная рекламная информация может относиться к товару, услуге, работе; к производителю, способу и месту производства, продавцу, проводимому мероприятию.

Негативные требования к содержанию рекламы

Закон устанавливает ряд запретов, нарушать которые запрещено в содержании рекламной информации. Одни запреты обращены к смыслу рекламы, другие – к средствам и форме передачи этого смысла.

Запреты, обращенные к смыслу рекламной информации. Закон запрещает использование рекламы, которая (1) побуждает к совершению противоправных действий, (2) призывает к насилию и жестокости, (3) имеет сходство с дорожными знаками или иным образом угрожает безопасности движения автомобильного, железнодорожного, водного, воздушного транспорта; (4) формирует негативное отношение к лицам, не пользующимся рекламируемыми товарами, или осуждает таких лиц.

Ранее действовавший закон предусматривал специальный запрет – реклама не должна была побуждать к действиям, нарушающим природоохранное законодательство (п. 7 ст. 5). Очевидно, что общее требование воздерживаться в рекламе от прямых либо косвенных призывов к нарушению действующих правовых норм делает эту норму явно избыточной. Из перечня запретов исчезло кроме того упоминание о призывах к агрессии, о возбуждении паники, о побуждении к опасным действиям, способным нанести вред здоровью физических лиц или угрожающим их безопасности [24]. Зато вместо них появились запреты призывать в рекламе к насилию и жестокости, мало чем отличающиеся по смыслу от старых запретов. Насилие (насильственные действия) представляет собой физическое или психическое воздействие одного человека на другого, нарушающее право граждан на личную неприкосновенность (в физическом и духовном смысле). Это, таким образом, одно из

противоправных действий, прямо предусмотренных Конституцией РФ, которое лежит в основе так называемого генерального деликта в гражданском праве. Жестокость же представляет собой в общем случае характеристику насилия, проявляющуюся в причинении жертве насилия мучений и страданий [25].

А.Н. Кайль полагает, что в данном случае мы сталкиваемся с юридической защитой этических норм, поскольку в новом законе отсутствует понятие неэтичной рекламы [26]. Однако это не объясняет нам природы данного правового запрета. Мы же полагаем, что перед нами частный случай противоправных действий, особое упоминание о котором диктуется не потребностями теории и юридической техники, но исключительно соображениями правовой политики, полагающей возможным выделять призывы к насилию и жестокости в рекламе в качестве специальных запретов, как бы выходящих за рамки призывов к совершению противоправных действий.

Позитивные требования к рекламе

Требования к форме рекламы, производству, размещению и распространению. Универсальное требование к производству, размещению и распространению рекламы представляет собой банальный и абстрактный императив, возлагающий обязанность соблюдения требований законодательства Российской Федерации. Ровным счетом ничего не изменилось бы от того, если бы этой нормы в Законе не было бы совсем. Ведь в этом случае все равно никому и в голову бы не могло бы прийти нарушать требования действующего законодательства, раз Закон О рекламе ни словом не упоминает о необходимости его соблюдения.

Язык рекламы

На этом фоне особое упоминание в п. 11 ст. 6 о необходимости соблюдать законодательство о государственном языке Российской Федерации выглядит уже просто как сарказм, призванный, вероятно, напомнить рекламодателям, рекламопроизводителям и рекламораспространителям о существовании этого законодательства, с которым они в противном случае, видимо, просто перестали бы считаться как законодательством «второго сорта».

Прежний закон в отношении языка рекламы был более категоричен. В п. 2 ст. 5 говорилось о том, что «реклама на территории Российской Федерации рас-

пространяется на русском языке и по усмотрению рекламодателей дополнительно на государственных языках республик и родных языках народов Российской Федерации». Эта норма не распространялась «на радиовещание, телевизионное вещание и печатные издания, осуществляемые исключительно на государственных языках республик, родных языках народов Российской Федерации и иностранных языках, а также на зарегистрированные товарные знаки (знаки обслуживания)». В силу этого исключения язык рекламы в таких случаях определялся языком вещания либо издания, хотя бы и иностранном. Тем не менее и в таком виде норма воспринималась некоторыми авторами как чрезмерно строгая. При этом в пример ставились страны, законодательство которых никаких ограничений к языку рекламы не устанавливает (США, Израиль, Франция и другие) [27]. В самом деле, язык рекламы избирается в зависимости от адресатов рекламы, и если те не понимают содержания рекламной информации, рекламодателю и распространителю рекламы может быть вменено в вину введение потребителя в заблуждение. Кажется, что никаких других разумных причин ограничивать выбор языка рекламы нет, хотя общий культурный уровень общества и национальные традиции могут оказывать давление на законодателя и воплощаться в нормах, закрепляющих приоритет государственного языка [28].

В 2005 году был принят Федеральный закон «О государственном языке Российской Федерации», предусматривающий обязательность использования русского языка в сферах, определенных этим Федеральным законом, другими федеральными законами, Законом Российской Федерации от 25 октября 1991 года N 1807-I «О языках народов Российской Федерации» и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. В п. 10 ст. 3 реклама отнесена как раз к числу одной из таких сфер, в связи с чем норма о языке рекламы в Законе о рекламе стала явно избыточной и была заменена неудачной в стилистическом отношении бланкетной нормой.

Ограничение, установленное для языка рекламы, не касается использования в рекламе зарегистрированных товарных знаков, хотя бы и на иностранных языках (Pentium, Window's, Xerox, LG, HP, Opel, VW и другие).

От рекламы необходимо отличать информацию о товарах, работах, услугах, производителях, продавцах и других лицах, подлежащую обязательному доведению до адресатов (потребителей и иных лиц) на

русском языке. Такие требования, например, предъявляются к продуктам питания, товарам длительного пользования, которые по истечении срока годности считаются непригодными для использования по назначению [29, 30].

Дополнительные общие требования к рекламе в доктрине

В литературе в дополнение к общим требованиям к рекламе предлагается предусматривать дополнительные. Так, в частности, можно встретить утверждения о том, что хорошо бы к числу общих требований к рекламе отнести «вопрос о том, какой музыкой, какими отрывками из кинофильмов, какими произведениями живописи, символами и т.д. можно и какими недопустимо сопровождать определенную рекламу [31]. Этот вопрос должен быть решен законодателем, с тем чтобы реклама отечественных колготок, например, не сопровождалась исполнением Государственного гимна России, чтобы на рекламируемом мыле не был изображен герб Российской Федерации, Петр Первый не призывал покупать японские телевизоры, а Гоголь – сникерсы» [32]. Как можно понять, речь в данном случае идет не о защите исключительных прав и особо охраняемых символов и образов, составляющих национальное культурное достояние, использование которых в рекламе почти повсеместно если не запрещено, то уж точно строго ограничено, а о художественных достоинствах рекламы и ее этической оценке. Выше уже достаточно подробно говорилось о том, почему нельзя согласиться с введением официальной этико-эстетической цензуры в коммерческой рекламе, к которой невозможно подходить с теми же мерками, что и к искусству [33]. Хотя с другой стороны, использование средств массовой информации для распространения рекламы фактически требует соблюдения некоторого обязательного минимума требований к общему художественному и этическому уровню рекламной информации. Но этот уровень требований диктуется возможностями и потребностями рекламодателя, вынужденного заботиться о своем имидже и тем самым о своей конкурентоспособности на рынке информационных

услуг. Речь идет таким образом не о публичной цензуре, а о саморегулировании рекламы, что, конечно, не одно и то же. На уровне обычаев делового оборота, предпринимательской практики соблюдение требований морали и эстетических норм является нормальным явлением, которое должно, конечно, получать поддержку в стимулирующих нормах права, но не возводиться в ранг императивных требований, обеспеченных санкциями.

Общие требования к рекламе в обычаях делового оборота (рекламной практике)

Свод обычаев и правил делового оборота рекламы на территории Российской Федерации (принятом на заседании ОСП 21 января 1997 года) предусматривает, чтобы субъекты рекламной деятельности (рекламодатели, рекламодатели, рекламодатели) при рекламе медикаментов (лекарственных средств), методов лечения и товаров, имеющих отношение к здоровью, соблюдали этические нормы. Реклама лекарственных средств, методов лечения и товаров, имеющих отношение к здоровью, не должна, в частности, формировать мнение о ненужности профессиональной медицинской помощи, обследований, консультаций и рекомендаций при употреблении медикаментов, использовании методов лечения и товаров, имеющих отношение к здоровью (в терминологии закона «создавать впечатление ненужности обращения к врачу»). Помимо того, что такие действия этически упречны, они еще способны нанести вред жизни и здоровью потребителя и в этой части с точки зрения прежнего закона являлись противоправными, поскольку в соответствии с п. 6 ст. 5 старого закона реклама не должна была побуждать к опасным действиям, способным нанести вред здоровью физических лиц или угрожающим их безопасности. Отсюда действующий закон, хотя и не включает такие действия в сферу действия запретов и ограничений общего характера, но зато предусматривает наряду с общими запретами специальные ограничения, налагаемые на содержание и форму рекламы отдельных видов объектов. ■

Литература и примечания:

1. Скловский К.И. Некоторые проблемы владения в судебной практике // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2002. N 4. С. 102.
2. Ровный В.В. Проблемы единства Российского частного права. Иркутск, 1999.
3. Гаджиев Г.А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. N 7. С. 55.
4. Белов В.А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. 1998. N 8. С. 49. По замечанию О. Гирке «Недопустимы аргументы, в основе которых лежит предположение, что гражданское право пишется для тертых деловых людей» (Gierke Otto Friedrich von. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht Verdn. und verm. Ausg. der in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft ersch. Abh. Leipzig: Duncker & Humblot, 1889. S. 198).
5. Комментарий к Закону РФ «О средствах массовой информации» (постатейный) / Изд. 2-е, перераб. и доп. / Под общей ред. Погуляева В.В. М.: ЗАО «Юстицинформ», 2005 (комментарий к ст. 36 – автор Е.А. Моргунова).
6. Ларионова В.А., Ларионов А.В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006 (комментарий к ст. 2). С. 18.
7. Не случайно Е.А. Моргунова, например, писала о том, что «по сути, это не только требование, но и критерий, по которому в случае сомнения относительно наличия у той или иной информации признаков рекламы можно судить, является данная информация рекламой или нет» (Комментарий к Закону РФ «О средствах массовой информации» (постатейный) / Изд. 2-е, перераб. и доп. / Под общей ред. Погуляева В.В. М.: ЗАО «Юстицинформ», 2005, комментарий к ст. 36). Более того, с учетом неформализуемости данного требования в подавляющем большинстве случаев его можно было считать почти исключительно критерием, а требованием, из него вытекающим, было наличие специальных «маркеров» в каждом случае размещения рекламы.
8. Трактовалась же данная норма как запрет размещения рекламы в СМИ под видом нерекламной информации: «По тем же основаниям полагаем, что к ненадлежащей относится и реклама, размещенная под видом информационного или авторского материала. За незаконное размещение такой рекламы взималась плата (абзац 4 п. 1 ст. 5 Закона «О рекламе»); Ларионова В.А., Ларионов А.В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006 (комментарий к ст. 2. С. 18).
9. П. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1998 г. N 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе».
10. Правда, существует мнение, что понятие скрытой рекламы уже понятия нераспознаваемой рекламы, то есть такой, которую нельзя распознать без специальных знаний или без применения технических средств в момент ее представления. Следовательно, реклама под видом информационного, редакционного или авторского материала, но с пометкой «на правах рекламы» (или подобной ей), не должна считаться нераспознаваемой и не будет скрытой (Практический комментарий Федерального закона РФ «О рекламе» // Российская бизнес-газета. 2001 г., 27 февраля).
11. «...необходимо отметить в целом неудачное с точки зрения юридической техники объединение требований к недобросовестной рекламе и требований к недостоверной рекламе, а также иных требований и запретов в рекламе в одну статью. Вызывает также возражение смешение в ряде случаев понятий "недобросовестная реклама" и "недостоверная реклама". Указанное обстоятельство лишь усложнило восприятие положений Закона» (Еременко В.И. Новое российское законодательство о рекламе // Адвокат. 2006. N 5).
12. А.Н. Кайль безосновательно полагает, что понятие недобросовестной рекламы дается в п. 2 ст. 5 Закона (Комментарий к Федеральному закону от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ «О рекламе». М.: СПС «Гарант», 2008). Эта норма не только не дает этого понятия в том смысле, в каком это должно происходить с точки зрения формальной логики, но и окончательно запутывается в связях между противоправностью и недобросовестностью, правонарушением и злоупотреблением правом. Более того, оставляя открытым перечень случаев недобросовестной рекламы, она никак не может следовать принципу дозволенной направленности, признаваемому для норм гражданского права, ибо не все, что прямо законом не запрещено, признается в соответствии с данной нормой правомерным.
13. В крайнем случае иррелевантным для признания правомерным самого факта распространения рекламы. Аналогично тому, как для квалификации правомерности сделки с неуправомоченным отчуждателем иррелевантен факт осведомленности об этом покупателя.
14. Гражданское законодательство обязательным условием защиты полагает несоответствие распространяемых сведений действительности, а административное и уголовное требуют наличия вины.
15. Речь идет о случаях, которые В.И. Еременко назвал рэкетом в сфере интеллектуальной собственности. Здесь лицо становится обладателем исключительного права на средство индивидуализации в силу его регистрации только потому, что другое лицо, давно использующее тождественное средство либо сходное с ним до степени смешения и пользующее-

еся устойчивой репутацией, почему-либо не воспользовалось своим правом его регистрации (Еременко В.И. О реформировании российского антимонопольного законодательства // Адвокат. 2008. N 1).

16. Что наглядно демонстрирует уже отмеченную выше характеристику коммерческой рекламы как конкуренции в информационном пространстве, информационном соревновании за потребителей и инвесторов.

17. Так, например, реклама может использоваться для введения потребителя в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей, незаконного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

18. Если формально (как это делает например А.Н. Кайль) рассматривать последнюю разновидность недобросовестной рекламы как один случай, а два первых не считать простой разновидностью этого же последнего, то можно согласиться с тем, что в п. 2 ст. 5 Закона действительно содержится исчерпывающий перечень видов недобросовестной рекламы. Вот только последний случай в переводе на язык юридической техники следовало бы сформулировать немного иначе. Например, так: «и в других случаях, квалифицируемых в соответствии с антимонопольным законодательством в качестве актов недобросовестной конкуренции».

19. А.Н. Кайль напрасно считает, что запреты на совершение «недобросовестных действий», перечисленных в п. 2 статьи 5, не следует относить к злоупотреблению правом, поскольку «как правило, конструкция злоупотребления правом используется для пресечения недобросовестной конкуренции, если субъект предпринимательства совершает определенные конкурентные действия, противоречащие общим правовым принципам (разумности, добросовестности и справедливости и др.), не предусмотренным специальными нормами действующего законодательства, т.е. когда отсутствуют конкретные запреты этих действий, но существует принципиальный (общий) запрет данного типа поведения в общих нормах» (Кайль А. Н. Комментарий к Федеральному закону от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ «О рекламе». М.: СПС «Гарант», 2008). Общий запрет недобросовестной рекламы (злоупотребления правом на рекламу), вполне сочетается с конкретными составами злоупотребления названным правом. Что, между прочим, прекрасно видно на примере той же недобросовестной конкуренции. Кстати, сам А.Н. Кайль так и не дал в своем комментарии определения того, что, по его мнению, следует считать недобросовестной рекламой, если это не злоупотребление правом на рекламу.

20. Его считают то особым видом гражданского правонарушения (В.П. Грибанов, Н.С. Малеин, Я.Г. Янев), то недопустимым способом осуществления права (Г.А. Гаджиев, Д.М. Щекин), то обычным деликтом (И.А. Покровский), и даже просто недопустимой юридической конструкцией (Р. ф. Иеринг). Г.А. Гаджиев при этом полагает, что «всякое осуществление права, противоречащее принципу добросовестности, следует рассматривать как вторую форму злоупотребления правом» (Гаджиев Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. N 7. С. 60).

21. Именно такой пример приводят в своем комментарии А.В. Ларионов и В.А. Ларионова, в котором акционерное общество для рекламы своей продукции использует рекламный ролик, использовавшийся для рекламы аналогичной продукции конкурента (Ларионова В. А., Ларионов А. В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006, комментарий к ст. 6).

22. За всем этим стоит старый вопрос о соотношении сущности и явления, субъективного права и его реализации. Доверие к тому, каким право является, и роль истинного содержания права для правовых последствий действий его обладателя.

23. Недобросовестной рекламой, которая вводила потребителей в заблуждение в связи с отсутствием в ней части существенной информации, была, по мнению А.В. Ларионова и В.А. Ларионовой, реклама «Омскпромстройбанка», которая гласила: «Мы строим будущее». В рекламе отсутствовала информация о том, в чем заключается строительство банком «будущего», о каком «будущем» идет речь и для кого оно строится (Ларионова В.А., Ларионов А.В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006, комментарий к ст. 6).

24. О них всех комментаторы закона 1995 года упоминали глухо, не стараясь даже как-то оправдать появление таких запретов и их практическую полезность. Обычно к ним подходили как чему-то такому, что не требует никаких комментариев (см.: Ларионова В.А., Ларионов А.В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006. С. 43).

25. Иногда под жестокостью в законе понимается даже насилие как таковое. Это имеет место, например, при квалификации жестокого обращения с детьми: «жестoko обращаются с детьми, в том числе осуществляют физическое или психическое насилие над ними, покушаются на их половую неприкосновенность» (абз. 5 ст. 69 СК РФ). Впрочем, это слишком специфическое понимание жестокости, которое не позволяет ее отделять от насилия вообще, в том числе и правомерного. Без ограничительного логического толкования (так называемой идеологической редукции) применять данную норму оказывается просто невозможно.

26. См.: Кайль А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ «О рекламе». М.: СПС «Гарант», 2008.

27. Ларионова В.А., Ларионов А.В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006. С. 37.

28. Мы считаем чрезмерно суровой позицию тех авторов, которые готовы подвергнуть рекламу стилистической правке и этической цензуре. Развивать вкус у предпринимателей и потребителей и воспитывать их в традициях высокой культуры нельзя, используя угрозу применения санкций. Поэтому в рекламе юридически вполне допустимы и лубочные картинки и грамматические ошибки и даже низкопробные пошлые фразы, использующие рабские заимствования иностранных слов, если те достигают своей цели и не нарушают других требований закона (иное см.: См.: Ларионова В.А., Ларионов А.В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006. С. 38).

29. Ст. 5 Федерального закона от 2 января 2000 г. 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов»; постановление Правительства РФ от 27 декабря 1996 г. N 1575.

30. Постановление Правительства РФ от 16 июня 1997 г. N 720.

31. Таковы издержки авторского стиля, менять который не позволяют нормы об охране авторских прав, равно защищающих произведения вне зависимости от их художественного достоинства.

32. Ларионова В.А., Ларионов А.В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ «О рекламе». М.: ООО «Новая правовая культура», 2006. С. 42.

33. «...понятно, почему реклама так часто бывает столь ужасающе громкой, такой жутко крикливой, такой мелочно навязчивой и вопреки всей эстетической пригаженности в основе своей такой безобразной. Это месть искусства и красоты за их эксплуатацию рекламой» (Lutkehaus L. Reklame – die Pest der Kommerzgesellschaft).