

О рекламе, коммерческой рекламе и рекламной деятельности как о правовых категориях



Челышев М.Ю.

кандидат юридических наук, доцент
заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права
Казанского государственного университета

В статье рассматриваются основные положения законодательства Российской Федерации о рекламе и рекламной деятельности, различные аспекты правоприменительной практики. Особое внимание уделено правовой сущности рекламной деятельности, в частности, исследуется понятие правового режима данной деятельности.

Как известно, одним из весьма распространенных явлений современной жизни является реклама. В силу присущих рекламе особенностей (повторяемость и проч.) реклама выступает довольно эффективным инструментом воздействия на рынок через психологию потребителей. Поэтому современный законодатель уделяет существенное внимание правовому режиму рекламы. О ценности рекламы как правовой категории свидетельствует и значительное количество научных работ, в том числе и диссертационных исследований по различным юридическим наукам, специально посвященных рекламе [4]. Большая часть подобных трудов выполнена как исследования гражданско-правового режима рекламы. Это вполне оправданно, поскольку такой режим составляет основу современного правового регулирования отношений, возникающих в связи с осуществлением рекламной деятельности. Интересно обратить внимание и на то, что реклама как правовое явление исследуется не только в период рыночного хозяйствования, но и анализировалась ранее, во времена существования СССР [3]. Ведутся и экономические научные разработки рекламной тематики [7].

В действующем законодательстве базовое определение рекламы можно обнаружить в ст. 3 Закона о рекламе [12]. Здесь установлено, что реклама – это информация, распространенная

любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Приведенное определение указывает на то, что для рекламы как правового явления характерно одновременное наличие трех признаков (три правовых признака рекламы):

– Реклама есть информация (признак информационной природы рекламы). Соответственно, представление о природе рекламы можно получить, раскрыв понятие «информация». Как установлено в ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» [9], информация есть сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления. Таким образом, реклама представляет собой особого рода сведения (сообщения, данные), т.е. она имеет специальный информационный объект. Таким образом выступают сведения (сообщения, данные) об объекте рекламирования. Под последним понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные

на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама (ст. 3 Закона о рекламе). Нужно учитывать, что законодатель, регулируя отношения по поводу рекламы, исходит из широкой трактовки термина «товар» – это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (ст. 3 Закона о рекламе). В законодательстве имеется и более узкое понимание этого термина. Согласно п. 1 ст. 455 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК), товаром по договору купли-продажи признается любая вещь с соблюдением правил об оборотоспособности (ст. 129 ГК).

– Реклама адресована неопределенному (заранее не установленному) кругу лиц (признак публичности рекламы). Ими являются, *во-первых*, потребители рекламы, т.е. лица, на привлечение внимания которых к объекту рекламирования направлена реклама (ст. 3 Закона о рекламе). Следует заметить, что потребители рекламы – это более широкая в содержательном отношении категория в сравнении с термином «потребитель» по Закону о защите прав потребителей [2], что проявляется в двух аспектах: 1) потребителями рекламы могут быть и физические, и юридические лица, а по Закону о защите прав потребителей потребителем выступает исключительно физическое лицо; 2) потребители рекламы – и предприниматели, и не предприниматели; по Закону о защите прав потребителей потребитель – не предприниматель.

Во-вторых, сюда нужно отнести и любых иных лиц, получающих рекламную информацию. Выделение последней группы субъектов связано с тем, что при определении категории «потребители рекламы» законодатель вводит такое понятие как направленность рекламы на привлечение внимания к объекту рекламирования. По сути, круг этих лиц, в известной мере, конечный, хотя и может быть довольно большим. Например, реклама табака, табачных изделий и курительных принадлежностей (ст. 23 Закона о рекламе), лекарственных средств, медицинской техники, изделий медицинского назначения и медицинских услуг, в том числе методов лечения (ст. 24 Закона о рекламе) и проч. направлена, в первую очередь, на привлечение внимания соответствующих потребителей това-

ров, работ и услуг. Эти лица и являются потребителями рекламы. В тоже время характер распространения рекламы таков, что ее получают и другие лица, не являющиеся потребителями товаров, работ и услуг.

Совокупность указанных лиц и потребителей рекламы как раз и образует содержание понятия «неопределенный круг лиц», используемого в определении рекламы. Через указанных субъектов двух видов реклама (если речь идет о предпринимательской рекламе) воздействует на рынок определенных товаров, работ и услуг, выступая организационно-правовым средством его обеспечения и развития.

– Реклама как информация (рекламная информация) имеет специальную цель (признак функциональной направленности рекламы). Как было указано выше, она направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (ст. 3 Закона о рекламе). По существу, законодатель указывает отдельные этапы рыночной динамики, связанные с рекламой: при помощи рекламы привлекается интерес субъекта к объекту рекламирования, далее у него оформляется соответствующий интерес к указанному объекту (либо он поддерживается), что означает формирование устойчивого потребительского спроса на объект рекламирования. В свою очередь, такой спрос является необходимым условием для продвижения этого объекта на рынке.

Все три рассмотренных признака по смыслу Закона о рекламе касаются только предпринимательской и социальной рекламы, однако стоит заметить, что они характерны для любой рекламы. На основании действующего законодательства можно выделить три типа рекламы:

– предпринимательская реклама (как ее еще иногда обозначают в законодательстве и на практике – коммерческая). Нужно заметить, что такое название (предпринимательская или коммерческая реклама), строго говоря, не вполне точное, поскольку эта реклама может быть связана и с иными видами экономической деятельности. Однако в силу сложившейся традиции в настоящей работе будет использоваться именно данный термин – предпринимательская или коммерческая реклама;

- социальная реклама;
- политическая реклама.

Отношения в связи с рекламой первого и второго типов регламентируются Законом о рекламе, что подтверждается содержанием ст.ст. 2, 3, 10 Закона о рекламе. Анализ указанных норм показывает, что оба типа рекламы (предпринимательская и социальная) разграничиваются по особенностям первого и третьего признаков рекламы (содержанию информации по ее функциональной направленности, т.е. по содержанию этого признака). Как установлено в ст. 3 Закона о рекламе, социальная реклама представляет собой информацию, распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц и направленную на достижение благотворительных и иных общественно полезных целей, а также обеспечение интересов государства. Из приведенного определения в сравнении с выделенными выше признаками рекламы совершенно очевидно, что у предпринимательской и социальной рекламы первые два признака совпадают, а отличие выражено в третьем признаке: указанные типы рекламы преследуют разные цели. Соответственно, различаются они и по содержанию, т.е. по объекту рекламирования.

То же самое можно указать и в отношении политической рекламы, на которую Закон о рекламе не распространяется (ч. 2 ст. 2 Закона о рекламе). Политическая реклама – рекламная информация, преследующая политические цели (формирование и поддержание интереса к разного рода политическим силам – политическим партиям и др.) [5]. Пример судебного спора по поводу данной рекламы – Определение Судебной Коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 6 октября 2006 г. № 25-Г06-13. Данный спор примечателен еще и тем, что он носит, в известной мере, межотраслевой характер. Такой характер проявляется в том, что, применяя законодательство о выборах, суды основывали свою позицию, в том числе, и на оценке гражданско-правового договора (одно из доказательств по делу), обеспечивающего рекламу, заключенного между коммерческой организацией и региональным отделением политической партии. Обычно эта реклама свя-

зана с выборами в органы власти и проведением референдума. На один из аспектов ее содержания прямо указывается в ч. 2 ст. 2 Закона о рекламе – она может включать в себя предвыборную агитацию и агитацию по вопросам референдума. Осуществление политической рекламы регламентируется специальным законодательством о выборах и референдуме.

Таким образом, три рассматриваемых типа рекламы, выделяемых в соответствии с действующим законодательством, имеют в своей основе единый набор правовых признаков, что позволяет отнести их к одному правовому явлению – рекламе. Различаются же эти типы рекламы по:

- специфике первого и третьего признаков: содержанию рекламной информации и функциональной направленности;
- правовому регулированию: предпринимательская и социальная реклама, с одной стороны, и политическая, с другой, регулируются разными нормативными правовыми актами;
- субъектному составу соответствующих правоотношений по осуществлению рекламы;
- нормативно закрепленным требованиям к соответствующей рекламе. Предпринимательская и социальная реклама различаются, кроме того, по набору специальных нормативных требований. О видах таких требований и их содержании применительно к коммерческой рекламе говорится ниже.

Разграничивая типы рекламы, законодатель, вместе с тем, указывает и на некоторые возможности их определенного смешения. Так, на основании ст. 56 Федерального закона от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» можно определить следующее соотношение между коммерческой и политической рекламой: с одной стороны, агитационные материалы не могут содержать коммерческую рекламу (п. 5.1), но в самой коммерческой рекламе могут содержаться отдельные элементы политической рекламы (п. 4). В последнем случае такая реклама должна подчиняться как общим правилам Закона о рекламе, так и специальным положениям названного Федерального закона от 12 июня 2002 г. Правовые нормы, разграничивающие

политическую и коммерческую рекламу, содержатся и в Федеральном конституционном законе от 28 июня 2004 г. № 5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации».

С позиции Закона о рекламе коммерческая реклама представляет собой информацию определенного содержания, распространением которой достигается известный экономический (рыночный) эффект. Другими словами, Закон о рекламе указывает на информационно-экономическое существо рекламы.

В специальной юридической литературе обозначаются и другие аспекты значения рекламы. Например, с позиции законодательства о защите прав потребителей коммерческая реклама рассматривается как один из способов доведения информации до потребителей [1]. При этом следует выделять, с одной стороны, не рекламные способы доведения информации до потребителей (вывеска по ст. 9 Закона о защите прав потребителей и проч.), а, с другой стороны, рекламу. Реклама может рассматриваться и как деятельность. Так, Э.Л. Страунинг приводит следующее определение рекламы: «это деятельность по распространению рекламных данных (данных о субъектах возможного правоотношения, его объектах и условиях), направленная на неопределенный круг ее потребителей, осуществляемая с целью получения прибыли (дохода) от основной деятельности, которую она обеспечивает, и выполняющая организационные и информационные функции» [10].

Гражданско-правовая природа коммерческой рекламы (ее гражданско-правовое значение) определена в ст. 437 ГК, помещенной в главе 28 «Заключение договора». Здесь реклама, по общему правилу, рассматривается в качестве предложения делать оферты, т.е. предложения делать предложения о заключении договора, если иное прямо не указано в ней. При этом ГК, также как и Закон о рекламе, устанавливает, что реклама адресуется неопределенному кругу лиц (п. 1 ст. 437 ГК). В данном случае процедура заключения договора выглядит следующим образом: осуществление рекламы (предложения делать оферту) – оферта – акцепт (ст. 438 ГК). Вместе с тем, реклама признается публичной офертой, если из нее усматривается воля рекламодателя заключить договор с любым, кто от-

зывается, на указанных условиях и если реклама содержит все существенные условия договора. Здесь по ст. 11 Закона о рекламе данная оферта действует в течение двух месяцев со дня распространения рекламы при условии, что в ней не указан иной срок. Во второй ситуации отмеченная процедура строится несколько по-иному: публичная оферта – акцепт.

Коммерческая (предпринимательская) реклама, обладая в соответствии с Законом о рекламе тремя указанными выше признаками, как и любой иной тип рекламы, имеет особенности:

А) в части объектов рекламирования – ими выступают объекты гражданских прав субъектов предпринимательской и иной хозяйственной деятельности, сами эти субъекты, осуществляемые ими мероприятия. Таким образом, содержанием коммерческой рекламы выступает информация о названных объектах рекламирования. Вместе с тем, некоторые виды информации, обращенные к неопределенному кругу лиц, не могут составлять содержание коммерческой рекламы (поскольку Закон о рекламе распространяется и на социальную рекламу, то виды информации, названные в п. 2 ст. 2 Закона о рекламе, не могут составлять содержание и этого типа рекламы) и, соответственно, Закон о рекламе на такие виды информации не распространяется (ч. 2 ст. 2). В частности, Закон о рекламе не применяется к вывескам и указателям, не содержащим сведений рекламного характера, информации о товаре, его изготовителе, об импортере или экспортере, размещенной на товаре или его упаковке и прочим видам информации, определенным в Законе о рекламе в исчерпывающей форме.

Все эти виды информации, хотя и обладают двумя обозначенными выше признаками рекламы (информационная природа, публичность), однако отличаются от рекламы по третьему признаку (функциональной направленности) – их назначение иное, нежели чем у рекламы. Например, названные два вида информации, не относящиеся к рекламе, в соответствии с Законом о защите прав потребителей принадлежат к видам (категориям) потребительской информации, которые должны быть предоставлены потребителю. Назначение этой потребительской информации – обеспечить надлежащую

реализацию ряда субъективных прав потребителей (на надлежащее качество товаров, работ и услуг, на защиту и др.).

Б) в части функциональной направленности (цель коммерческой рекламы) – она направлена на формирование и поддержание устойчивого потребительского интереса на товары, работы и услуги субъектов предпринимательской и иной хозяйственной деятельности. При оценке цели рекламы в юридической литературе указывается, что цель рекламы есть «получение прибыли (дохода) лицом, чья деятельность обеспечивается» [10]. С таким утверждением нужно согласиться лишь в том смысле, что это опосредованная (отдаленная и проч.) цель коммерческой рекламы. Непосредственная же цель связана, как указано выше, с формированием и поддержанием устойчивого потребительского интереса. В данном контексте весьма показательным обстоятельством, что осуществление коммерческой рекламы действующее законодательство о налогах и сборах, а также сами субъекты предпринимательской и иной хозяйственной деятельности связывают, прежде всего, с определенными затратами (расходы на рекламу – см., например, ст. 264 Налогового кодекса РФ). Таким образом, получается следующая последовательность: осуществление рекламы (рекламные вложения) – потребительский спрос – получение прибыли.

В) в части субъектного состава соответствующих правоотношений по осуществлению рекламы – коммерческая реклама осуществляется в интересах субъектов предпринимательской и иной хозяйственной деятельности. Эти лица выступают в роли рекламодателей. Потребителями рекламы в данной ситуации выступают потенциальные контрагенты рекламодателя: как аналогичные субъекты предпринимательской и иной хозяйственной деятельности, так и иные лица – потребители в смысле Закона о защите прав потребителей, т.е. физические лица, не являющиеся предпринимателями.

Наряду с этим, представление об особенностях коммерческой рекламы можно получить путем анализа закрепленных в Законе о рекламе системе нормативных требований к соответствующей рекламе, а также деления ее на отдельные виды. Коммерческая реклама мо-

жет быть подразделена на виды по различным основаниям. Сам Закон о рекламе позволяет указать, как минимум, на две основных классификации коммерческой рекламы. Во-первых, деление рекламы по отдельным способам ее распространения, например: наружная реклама (ст. 19 Закона о рекламе), реклама на транспортных средствах и с их использованием (ст. 20 Закона о рекламе). Во-вторых, реклама подразделяется по видам товаров, работ и услуг, в частности: реклама финансовых услуг (ст. 28 Закона о рекламе), реклама ценных бумаг (ст. 29 Закона о рекламе).

Юридическое (практическое) значение приведенных классификаций состоит в следующем. Поскольку реклама всегда распространяется каким-либо способом, то обе этих классификации подлежат совместному применению для цели выявления совокупности нормативных требований, которым должна в конкретной жизненной ситуации отвечать реклама определенного вида товара, работы, услуги, распространенная определенным способом. Так, наружная реклама продуктов детского питания должна отвечать требованиям ст. 19 Закона о рекламе о наружной рекламе и ст. 25 Закона о рекламе, посвященной рекламе этого вида товаров.

Нормативные требования, которые предъявляются к рекламе в соответствии с Законом о рекламе подразделяются на общие и специальные. Общие требования должны быть соблюдены (выполнены) в любых видах рекламы. В свою очередь, специальные требования к рекламе должны быть соблюдены (выполнены) лишь в ее отдельных видах (в наружной рекламе, в рекламе продукции военного назначения и оружия и проч.). По своей правовой природе общие и специальные требования к рекламе представляют собой субъективные обязанности рекламодателя, рекламопроизводителя, рекламораспространителя, которые затрагивают основные параметры рекламы: содержание, способы, время и место ее распространения. Эти обязанности обладают следующими особенностями:

- в совокупности образуют систему;
- устанавливаются для цели обеспечения частных интересов третьих лиц – потребителей рекламы (несовершеннолетних и проч.), а также в публичных интересах;

– в основном они пассивные (обязанности воздерживаться от определенного поведения), устанавливаемые в законодательстве о рекламе в форме запретов [11], но могут быть и активными (обязанности совершать определенные действия).

Характер нормативных требований к рекламе как в основном правовых запретов вызван потребностями современного правового регулирования в рекламной сфере. Он обусловлен задачей обеспечения нужной для рынка степени свободы в области рекламной деятельности. При помощи запретов законодатель исключает конкретные проявления негативного (нежелательного) поведения участников рекламного рынка, оставляя им за рамками таких запретов максимальную степень свободы выбора вариантов поведения в области рекламы (в части определения объектов рекламирования, их описания и проч.).

Юридическое значение системы общих и специальных требований к рекламе, установленных в законодательстве о рекламе состоит в том, что анализ этой системы применительно к конкретной рекламе позволяет на практике ответить на следующие вопросы: является ли данная реклама надлежащей? Имеет ли место ненадлежащая реклама? В чем состоит существо нарушения законодательства о рекламе?

В ст.ст. 5, 6, 7 Закона о рекламе сформулированы общие требования к рекламе. В основном это правовые запреты, устанавливающие субъективные обязанности соответствующих лиц (рекламодателей и проч.) воздерживаться от указанного в Законе о рекламе конкретного противоправного поведения. Указанные правовые запреты, образующие систему, группируются в рамках двух взаимосвязанных классификаций. По такому основанию как известные параметры рекламы и ее последствия можно выделить четыре вида запретов: запреты рекламы определенного вида, запреты, касающиеся содержания рекламы, запреты рекламы, влекущей определенные негативные последствия, запрет определенного способа распространения рекламы (первая классификация рекламных запретов).

1. Общие требования к рекламе в виде запретов рекламы определенного вида – это:

– Запрет недобросовестной рекламы. Законодатель в ст. 5 Закона о рекламе перечислил в исчерпывающей форме четыре случая, когда реклама признается недобросовестной, например, если она порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента. Таким образом, за пределами этих ситуаций реклама считается добросовестной, т.е. добросовестный характер рекламы определяется по методу исключения.

– Запрет недостоверной рекламы. Это реклама, которая содержит не соответствующие действительности определенные сведения (двадцать позиций), в частности, о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами; о любых характеристиках товара, в том числе о его природе, составе, способе и дате изготовления, назначении, потребительских свойствах, об условиях применения товара, о месте его происхождения, наличии сертификата соответствия или декларации о соответствии, знаков соответствия и знаков обращения на рынке, сроках службы, сроках годности товара и проч. Как и в предыдущем случае, содержание рассматриваемого запрета устанавливается по методу исключения – реклама будет считаться достоверной, если она не содержит ни одного из обозначенных в ст. 5 Закона о рекламе вида сведений.

– Запрет «неполной» рекламы. Согласно ч. 7 ст. 5 Закона о рекламе не допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

– Запрет скрытой рекламы. В соответствии с ч. 9 ст. 5 Закона о рекламе не допускается использование в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции или в другой продукции и распространение рекламы, которая оказывает не осознаваемое потребителями рекламы воздействие на их сознание, в том числе такое воздействие путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами.

– Запрет рекламы определенных товаров. Запрещена реклама целого ряда прямо указанных

в Законе о рекламе видов товаров, в частности, товаров, производство и (или) реализация которых запрещены законодательством РФ, наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров (ст. 7 Закона о рекламе).

2. Общие требования к рекламе в виде запретов, касающихся содержания рекламы, это:

– Запрет определенной «правомерной» информации в рекламе. Согласно ч. 5 ст. 5 Закона о рекламе, в рекламе не допускается, в частности, указание на то, что объект рекламирования одобряется органами государственной власти или органами местного самоуправления либо их должностными лицами; указание на лечебные свойства, то есть положительное влияние на течение болезни, объекта рекламирования, за исключением такого указания в рекламе лекарственных средств, медицинских услуг, в том числе методов лечения, изделий медицинского назначения и медицинской техники и прочее. Сама по себе подобная информация носит правомерный характер, однако ее использование в рекламе может вводить потребителей рекламы в заблуждение, причинять им иной вред либо вред публичным интересам. В соответствии со сложившейся традицией в отечественной юриспруденции, в данном случае мы исходим из широкого понимания термина «вред»: это всякое умаление охраняемого законом права или интереса.

– Запрет рекламной информации, нарушающей нормы морали и нравственности. Как установлено в ч. 6 ст. 5 Закона о рекламе, в рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов РФ, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

– Запрет указания в рекламной информации сведений, не соответствующих утвержденным правилам и регламентам. В рекламе товаров, в отношении которых в установленном порядке утверждены правила использования, хранения

или транспортировки либо регламенты применения, не должны содержаться сведения, не соответствующие таким правилам или регламентам (ч. 8 ст. 5 Закона о рекламе).

3. Общее требование к рекламе в виде запретов рекламы, влекущей определенные негативные последствия, это запрет такой рекламы, которая: побуждает к совершению противоправных действий; призывает к насилию и жестокости; имеет сходство с дорожными знаками или иным образом угрожает безопасности движения автомобильного, железнодорожного, водного, воздушного транспорта; формирует негативное отношение к лицам, не пользующимся рекламируемыми товарами, или осуждать таких лиц.

4. Общее требование к рекламе в виде запрета определенного способа распространения рекламы – это запрет рекламы в школьных материалах. Не допускается размещение рекламы в учебниках, предназначенных для обучения детей по программам начального общего и основного общего образования, школьных дневниках, а также в школьных тетрадях (ч. 10 ст. 5 Закона о рекламе).

Данный правовой запрет в рамках системы запретов как основной части общих требований к рекламе образует относительно самостоятельную группу рекламных запретов, направленных на правовую охрану несовершеннолетних. Наряду с ним, в эту группу входят запреты, установленные в ст. 6 Закона о рекламе, в частности, это запреты: дискредитации родителей и воспитателей, подрыва доверия к ним у несовершеннолетних; создания у несовершеннолетних искаженного представления о доступности товара для семьи с любым уровнем достатка и др.

Таким образом, по такому основанию как субъект правовой охраны можно выделить два вида рекламных запретов – предназначенные для организации правовой охраны несовершеннолетних и для целей правовой охраны других лиц (вторая классификация рекламных запретов). Смысл данной классификации состоит в том, что она указывает на несовершеннолетних как лиц, нуждающихся в рамках рекламных правоотношений в особой (повышенной) правовой охране. Указанная выше взаимосвязь первой и второй классификаций рекламных за-

претов, входящих в общие требования к рекламе, состоит в том, что:

– все эти запреты подлежат одновременному соблюдению и только тогда соответствующая реклама будет считаться надлежащей;

– правовые запреты второй классификации можно сгруппировать также как и запреты первой классификации (по тем же основаниям).

Наряду с правовыми запретами в структуре общих нормативных требований к рекламе включается общая обязанность соблюдения субъектами рекламной деятельности требований законодательства РФ при производстве, размещении и распространении рекламы, в частности, это требования гражданского законодательства и законодательства о государственном языке РФ (ч. 11 ст. 5 Закона о рекламе). Например, в соответствии со ст. 3 Федерального закона от 1 июня 2005 г. № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации» [8] государственный язык РФ – русский язык – подлежит обязательному использованию, в частности, в рекламе (одна из сфер использования государственного языка РФ). Таким образом, приведенная норма возлагает на субъектов рекламной деятельности активную обязанность – использовать в рекламе, прежде всего, русский язык. Что касается требований гражданского законодательства, то речь идет, главным образом, о соблюдении в рекламе предписаний четвертой части ГК о правах на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Такое толкование обусловлено, в частности, новой редакцией ч. 11 ст. 5 Закона о рекламе, которая установлена ст. 35 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Далее – о правовой сущности рекламной деятельности. В самом общем виде рекламная деятельность представляет собой совокупность определенных мероприятий (стадий рекламной деятельности), конечной целью которой является организация конкретной рекламы. С учетом сущности названного целевого признака рекламная деятельность может быть рассмотрена, как минимум, с двух позиций.

Во-первых, как деятельность самого продавца, изготовителя, исполнителя. В таком случае, как верно отмечается в юридической литерату-

ре [10], это деятельность обеспечительная, сопутствующая основной предпринимательской деятельности, ее обслуживающая. Подобный обеспечительный характер рекламной деятельности признается и самим законодателем, например, в п. 4 ст. 306 Налогового кодекса РФ. Здесь для целей взимания налога на прибыль с иностранных организаций (решения вопроса о наличии или отсутствии постоянного представительства иностранной организации) устанавливается, что к подготовительной и вспомогательной деятельности, в частности, относится содержание постоянного места деятельности исключительно для сбора, обработки и (или) распространения информации, ведения бухгалтерского учета, маркетинга, рекламы или изучения рынка товаров (работ, услуг), реализуемых иностранной организацией, если такая деятельность не является основной (обычной) деятельностью этой организации. В рамках этой обеспечительной деятельности продавец, изготовитель, исполнитель осуществляет (организует) рекламу для самого себя («рекламная деятельность для себя»).

Во-вторых, она может представлять собой самостоятельную предпринимательскую деятельность, ее разновидность («рекламная деятельность для третьих лиц»). Тут уже реклама осуществляется (организуется) предпринимателем на основании возмездных договоров для цели удовлетворения рекламных потребностей третьих лиц (контрагентов названного предпринимателя). На практике этих предпринимателей довольно часто именуют «рекламными фирмами», зачастую не особенно разбираясь, кто «скрывается» за подобным названием – юридическое лицо или индивидуальный предприниматель.

Рекламную деятельность осуществляют специальные субъекты, которые обозначены в Законе о рекламе. Ими являются рекламодаделец, рекламопроизводитель и рекламораспространитель. Для коммерческой рекламы – это юридические лица, индивидуальные предприниматели. Как установлено в Законе о рекламе (ст. 3):

– рекламодаделец – это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо;

– рекламопроизводитель – лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму;

– рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Нужно подчеркнуть, что при распространении определенной рекламы субъектный состав конкретных отношений может быть различным, поскольку функции названных субъектов могут в той или иной мере совпадать. Например, одно лицо может одновременно осуществлять функции рекламопроизводителя и рекламодателя. Полагаем, что нет оснований отрицать также и возможность совпадения функций всех трех субъектов в одном лице. Конечно, в таком случае для лица, осуществляющего рекламную деятельность, она носит обеспечительный характер. В свою очередь, отличительной чертой рекламной деятельности как предпринимательской деятельности является то или иное разграничение функций рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателя. Такая ситуация является отражением известной специфики рекламной сферы, проявляющейся, в частности, в существовании особого круга лиц, профессионально и самостоятельно занимающихся рекламой (профессиональные участники рекламного рынка).

С точки зрения содержания рекламной деятельности, последняя в любом ее понимании выступает как совокупность определенных мероприятий или, по-другому, стадий рекламной деятельности. Эти стадии образуют фактическое содержание рекламной деятельности. К ним следует отнести:

– установление объекта рекламирования, т.е. ответ на вопрос: что рекламируется?;

– определение рекламной стратегии (рекламной политики), в том числе и содержания конкретной рекламы в ее рамках, т.е. ответ на вопрос: как будет рекламироваться соответствующий объект?;

– изготовление рекламы, т.е. приведение ее в готовую для распространения форму;

– распространение рекламы.

Нужно заметить, что указанные мероприятия как собственно стадии во многом носят условный характер. Так, первое мероприятие может быть осуществлено в рамках второго и т.д. Вместе с тем, выделение названных стадий весьма ценно для оценки существа рекламной деятельности. Рекламная деятельность как предпринимательство, в зависимости от конкретной ситуации, может охватывать как все ее стадии, так и представлять собой возмездную организацию тех или других отдельных рекламных мероприятий, например, только размещение конкретной рекламы.

Рекламную деятельность можно охарактеризовать не только с фактических, но и с правовых позиций, для чего целесообразно использовать категорию «правовой режим». Данная деятельность, с точки зрения, права имеет два взаимосвязанных правовых режима, которые в совокупности характерны и для иных видов предпринимательской и иной хозяйственной деятельности, например, инновационной деятельности, коммерческой деятельности и т.д. [14].

Во-первых, к названным режимам нужно отнести частноправовой режим осуществления рекламной деятельности, основу представления о котором составляет категория договора. При этом следует заметить, что юридической формой рекламной деятельности выступает возмездный гражданско-правовой договор. По аналогии с тем, как в литературе иногда определяют юридическое существо предпринимательской деятельности [13, с.9], рекламная деятельность с правовой точки зрения представляет собой заключение и исполнение, в случае с предпринимательством – систематическое, соответствующих договоров (об оказании рекламных услуг, на изготовление рекламных конструкций и проч.).

Таким образом, юридическое содержание рекламной деятельности в случае с коммерческой рекламой образует систематическое (как правило) совершение и исполнение возмездных договоров, целью которых является обеспечение реализации названных выше фактических действий, составляющих содержание рекламной деятельности. В рассматриваемом аспекте рекламная деятельность регламентиру-

ется нормами частного (гражданского) права. В целом указанный правовой режим коммерческой деятельности следует охарактеризовать как договорно-правовой режим, т.е. речь идет о правовом режиме непосредственного осуществления рекламной деятельности.

Конечно, нужно оговориться, что договор в области рекламы может и не использоваться. Он может не применяться, когда осуществляется обозначенная выше «рекламная деятельность для себя». В данном случае рекламная деятельность с правовой точки зрения выражается лишь в односторонних юридических действиях – приглашение делать оферты либо осуществление публичной оферты. Естественно, что эти действия присутствуют и тогда, когда в рекламная деятельность оформляется договорами. Вместе с тем, в силу известной специализации рекламного рынка для практики такая ситуация «бездоговорной рекламы» не вполне типична. Кроме того, рекламная деятельность как предпринимательство вне договорных форм существовать не может, поскольку ту прибыль, которая упоминается в ст. 2 ГК, предприниматели иначе, чем по договору не получают.

Во-вторых, осуществление рекламной деятельности связано с необходимостью исполнения ее субъектами ряда публично-правовых обязанностей. Совокупность правовых предписаний о подобных обязанностях, на наш взгляд, следует обозначить как публично-правовой режим осуществления рекламной деятельности. Конечно, нужно учитывать, что строго формально в рамках такого публично-правового режима устанавливаются не собственно правила, посвященные этой деятельности (она по определению частноправовая), а, прежде всего, закрепляются ее публично-правовые предпосылки (регистрационные и проч.) и последствия в виде адекватных публично-правовых обязанностей субъектов, осуществляющих рекламную деятельность (платить законно установленные налоги и сборы и др.). Указанные обязанности могут быть «положительными» (не связанные с юридической ответственностью) и «отрицательными» (необходимость нести соответствующую ответственность). Следовательно, публично-правовой режим осуществления рекламной деятельности есть совокупность публично-правовых предписаний, определяющих пуб-

лично-правовые предпосылки и последствия осуществления обозначенной деятельности.

Названные последствия могут выражаться и в реализации субъективных прав органов публичной власти, осуществляющих в рекламной сфере контрольно-надзорные функции, т.е. полномочий этих органов в области рекламы. Основным таким органом является антимонопольный орган (федеральный антимонопольный орган и его территориальные органы). В соответствии со ст. 33 Закона о рекламе, данный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства РФ о рекламе. Антимонопольный орган в рекламной сфере правомочен, в частности, выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе и проч.

Литература:

1. Валеев Д.Х., Васьекевич В.П., Чельшев М.Ю. Комментарий к Закону РФ «О защите прав потребителей» (постатейный). – М.: Юрайт-М, 2002. – 255 с.
2. Закон РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей» с изм. и доп. // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. – 1992. – № 15. – Ст. 766.
3. Иванов В.И. Правовые проблемы рекламы в СССР: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1979. – 154 с.
4. Кузнецова О.Б. Правовое регулирование отношений, возникающих в области рекламы: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – 228 с.
5. Официальный сайт Верховного Суда РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.suprcourt.ru>.
6. Парламентская газета. – 2006 г. – 21 декабря. – № 214–215.
7. Селезнев О.П. Организация управления рекламой проекта: дис. ... канд. экон. наук. – М., 1999. – 154 с.
8. СЗ РФ. – 2005. – № 23. – Ст. 2199.
9. СЗ РФ. – 2006. – № 31 (часть I). – Ст. 3448.

10. Страунинг Э.Л. Правовые признаки рекламы // Закон. – 2006. – Декабрь. – С.95–101.
11. Тотьев К. Ненадлежащая реклама: законодательные запреты и ограничения // Хозяйство и право. – 1996. – № 1. – С.54-63.
12. Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» с изм. и доп. // СЗ РФ. – 2006. – № 12. – Ст. 1232.
13. Хорьков Ю.А. Правовое положение субъектов малого предпринимательства: частноправовой аспект: дис. ... канд. юр. наук. – Казань, 2006. – 183 с.
14. Чельшев М.Ю. Межотраслевое правовое регулирование как средство обеспечения публичных интересов в экономической сфере // Журнал российского права. – 2005. – № 12 (108). – С.136–140.

